



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.653/Add.1
11 juin 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-sixième session
Genève, 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2004

**PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTE-SIXIÈME SESSION**

Rapporteur: M. Pedro COMISSARIO AFONSO

CHAPITRE IV

PROTECTION DIPLOMATIQUE

Additif

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes Page

- C. Texte des articles sur la protection diplomatique adoptés
par la Commission en première lecture.....
2. Texte des articles et commentaires y relatifs

**C. Texte des articles sur la protection diplomatique adoptés
par la Commission en première lecture (*suite*)**

2. Texte des articles et commentaires y relatifs

1. On trouvera ci-dessous le texte des articles sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à sa cinquante-sixième session.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

1) À l'origine, l'élaboration d'articles sur la protection diplomatique avait été considérée comme relevant de l'étude de la responsabilité des États. Et de fait, dans ses rapports présentés de 1956 à 1961, le premier Rapporteur sur la responsabilité des États, M. F. V. Garcia Amador, avait inséré un certain nombre d'articles qui y étaient consacrés. Par la suite, la codification de la responsabilité des États ne devait guère faire de place à la protection diplomatique, et il est expressément dit dans le projet final sur ce sujet que les deux questions qui sont au cœur de la protection diplomatique – la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes – seront traitées par la Commission dans le cadre d'une autre étude¹. Il n'en existe pas moins un lien étroit entre les deux projets. Beaucoup des principes énoncés dans les articles sur la responsabilité des États valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement auprès de l'État de la nationalité le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité des États².

2) La protection diplomatique relève du sujet du «Traitement des étrangers». Il ne s'agit pas pour autant ici d'analyser les règles primaires relatives à ce sujet – c'est-à-dire celles qui

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, commentaire de l'article 44, notes 722 et 726.

² Articles 28, 30, 31 et 34 à 37. Une bonne partie du commentaire de l'indemnisation (art. 36) est consacrée à l'examen des principes applicables aux réclamations concernant la protection diplomatique.

régissent le traitement de la personne et des biens des étrangers, dont la violation engage la responsabilité envers l'État de nationalité de la personne lésée. Les présents articles ne portent que sur les règles secondaires – celles qui ont trait aux conditions à réunir pour pouvoir présenter une demande de protection diplomatique. Cela revient en gros aux règles régissant la recevabilité des réclamations. Aux termes de l'article 44 du projet sur la responsabilité des États:

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

a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;

b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.».

Les présents articles donnent corps à cette disposition en développant les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes.

3) Il n'est pas question dans le présent projet de la protection d'un agent par une organisation internationale, généralement qualifiée de «protection fonctionnelle». Bien qu'il existe des similitudes entre cette protection fonctionnelle et la protection diplomatique, il y a aussi d'importantes différences. La protection diplomatique est un mécanisme destiné à obtenir réparation d'un préjudice causé au national d'un État en partant du principe qu'un tel préjudice est un préjudice causé à l'État lui-même. La protection fonctionnelle, en revanche, est une méthode destinée à favoriser le bon fonctionnement d'une organisation internationale en assurant le respect de ses agents. Ce sont des différences de ce genre qui ont amené tant la Commission que la Sixième Commission à conclure que la protection exercée par une organisation internationale au bénéfice de l'un de ses agents n'a pas sa place dans un ensemble d'articles relatifs à la protection diplomatique. À la question de savoir si un État peut exercer la protection diplomatique en faveur d'un national qui est aussi l'un des agents d'une organisation internationale, la Cour internationale de Justice, en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, a répondu en ces termes: «En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'État soit l'organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas

pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens...»³.

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Définition et champ d'application

La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour une personne ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

Commentaire

- 1) L'article premier définit la protection diplomatique en décrivant ses principaux éléments et indique en même temps le champ d'application de ce mécanisme qui permet de protéger les nationaux ayant subi un préjudice à l'étranger.
- 2) Selon le droit international, un État est responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite. La protection diplomatique est la procédure employée par l'État de nationalité de la personne lésée pour protéger cette personne et obtenir réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Les présents articles ne concernent que les règles régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut être exercée et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elle puisse l'être. Ils ne visent pas à définir ni à décrire les faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État pour préjudice causé à un étranger. Ces articles, comme les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴, maintiennent la distinction entre règles primaires et règles secondaires et ne traitent que de ces dernières.

³ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, p. 185 et 186.

⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 77, Commentaire général, par. 1) à 3).

3) L'article premier indique clairement que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. En l'exerçant, l'État prend fait et cause, en son nom propre, pour son national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Cette formule reprend celle que la Cour internationale de Justice a employée dans l'affaire de l'*Interhandel* en disant que l'État demandeur «prend fait et cause pour son ressortissant»⁵ dont des droits ont été violés. L'intérêt juridique de l'État pour exercer sa protection diplomatique découle du préjudice résultant pour un de ses nationaux du fait illicite d'un autre État.

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

5) La protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques. Plusieurs décisions judiciaires font une distinction entre «l'action diplomatique» et «l'action judiciaire» pour désigner ce que peut faire l'État qui a recours à la protection diplomatique⁶. L'article premier conserve cette distinction, mais va plus loin que la seule action judiciaire en l'englobant sous l'expression «d'autres moyens de règlement pacifique». L'«action diplomatique» s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression «autres moyens de règlement pacifique» englobe toutes les formes licites de règlement des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire. L'emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique.

⁵ *C.I.J. Recueil 1956*, p. 27.

⁶ Affaire du *Chemin de fer Panevežys-Saldutiskis*, *C.P.J.I. Recueil, Séries A/B*, n° 76, p. 16; affaire *Nottebohm*, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.

6) L'article premier précise bien, comme l'indiquait déjà le commentaire général⁷, que les présents articles traitent uniquement de l'exercice de la protection diplomatique par un État, et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs fonctionnaires, qui a été reconnue par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif en l'affaire *Réparation des dommages*⁸. Cette protection fonctionnelle⁹ est fondamentalement différente de la protection diplomatique en ce qu'elle repose sur la fonction de l'organisation et sur le statut de ses agents¹⁰.

7) La protection diplomatique s'entend de la protection des nationaux qui ne se livrent pas à des activités internationales officielles pour le compte de l'État. Les diplomates et les consuls sont protégés par d'autres règles et instruments de droit international, notamment la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques¹¹ et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires¹².

Article 2

Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles.

Commentaire

1) L'article 2 souligne que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. Il consacre l'idée vattélienne qu'un préjudice causé à un national est un préjudice indirectement

⁷ Voir *supra* le commentaire général, par. 3).

⁸ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.

⁹ *Ibid.*, p. 185.

¹⁰ *Ibid.*, p. 180 et 186.

¹¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

¹² Nations Unies, *id.*, vol. 596, p. 261.

causé à l'État¹³. Cette opinion a été reprise par la Cour permanente de justice internationale en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, dans une formulation plus prudente:

«En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.»¹⁴.

Cette position s'attire souvent le reproche d'être une fiction difficile à concilier avec les réalités de la protection diplomatique, qui exige que la nationalité ait été continue pour qu'une réclamation diplomatique puisse être présentée¹⁵, que les recours internes aient été épuisés par le national lésé et que les dommages aient été évalués et correspondent à la perte subie par l'individu. Néanmoins, le «principe Mavrommatis» ou la «fiction vattélienne», puisque c'est ainsi que l'on désigne l'idée qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État, demeure la pierre angulaire de la protection diplomatique¹⁶.

2) Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a ni devoir ni obligation de le faire. Le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux¹⁷, le droit international n'impose pas une telle obligation. Cela a été clairement énoncé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«[...] dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit

¹³ Dans *Le droit des gens* (1758), Emmerich de Vattel écrivait: «Quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen» (chap. VI, p. 136).

¹⁴ *C.P.J.I. Recueil 1924, Série A*, n° 2, p. 12.

¹⁵ Voir les articles 5 et 10.

¹⁶ Pour un examen de cette idée et les critiques la concernant, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, A/CN.4/506, par. 61 à 74.

¹⁷ Pour un examen des droits internes sur le sujet, voir *ibid.*, par. 80 à 87.

estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens [...]. L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce.»¹⁸.

Une proposition visant à mettre à la charge de l'État de la nationalité une obligation limitée de protection a été rejetée par la Commission, qui a estimé que même le développement progressif du droit ne l'autorisait pas à aller aussi loin¹⁹.

3) Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ne peut être mis en œuvre que dans le cadre des paramètres définis dans les présents articles.

DEUXIÈME PARTIE

NATIONALITÉ

CHAPITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Protection par l'État de la nationalité

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

¹⁸ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 44.

¹⁹ Voir l'article 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, A/CN.4/506. Pour le débat à la Commission, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/55/10), par. 447 à 456.

Commentaire

- 1) Si l'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, l'article 3 pose en principe que c'est l'État de nationalité de la personne lésée qui a le droit, mais n'est pas tenu, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne. Dans cet article, l'accent est mis sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu, lien qui habilite l'État à exercer sa protection diplomatique. Ce lien étant différent pour les personnes physiques et pour les personnes morales, des chapitres distincts sont consacrés à ces deux catégories différentes.
- 2) Le paragraphe 2 admet qu'il peut y avoir des circonstances où la protection diplomatique pourra être exercée au bénéfice de non-nationaux. L'article 8 prévoit cette protection dans le cas des apatrides et des réfugiés.

CHAPITRE II

PERSONNES PHYSIQUES

Article 4

État de nationalité d'une personne physique

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

Commentaire

- 1) L'article 4 définit l'État de la nationalité aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques. Cette définition repose sur deux principes: d'une part, qu'il appartient à l'État de la nationalité de déterminer, conformément à son droit interne, qui peut prétendre à sa nationalité, d'autre part, que le droit international impose des limites à l'octroi de la nationalité. L'article 4 contient aussi une liste non exhaustive des facteurs de rattachement constituant habituellement des motifs valides d'octroi de la nationalité.
- 2) Le principe qui veut que ce soit à chaque État qu'il appartient de décider qui sont ses nationaux est étayé à la fois par la jurisprudence et par la pratique conventionnelle. En 1923, la Cour permanente de justice internationale déclarait, en l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*:

«dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, ... comprises dans le domaine réservé»²⁰.

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

«Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux.»²¹.

Plus récemment, il a été consacré dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité²².

3) La liste des facteurs de rattachement aux fins de l'octroi de la nationalité qui sont énumérés à l'article 4 a valeur d'illustration et n'est pas exhaustive. Elle contient néanmoins ceux qui sont le plus communément retenus par les États pour octroyer leur nationalité: la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*) et la naturalisation. Le mariage à un national ne figure pas dans cette liste, car, dans la plupart des cas, le mariage ne suffit pas en lui-même à conférer la nationalité: il faut en plus une courte période de résidence, à l'issue de laquelle la nationalité est conférée par naturalisation. Lorsque le mariage à un national emporte automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international²³. Une personne peut aussi acquérir la nationalité à l'issue d'une succession d'États, conformément aux principes énoncés dans les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adoptés par la Commission²⁴.

4) Les facteurs de rattachement énumérés à l'article 4 sont ceux qui sont le plus fréquemment retenus par les États développés pour établir la nationalité. Dans certains pays en développement,

²⁰ C.P.J.I. *Recueil* 1923, *Série B*, n° 4, p. 24.

²¹ Société des Nations, *Recueil des Traités*, p. 89.

²² Traités européens, n° 166, art. 3.

²³ L'article 9 1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 13) interdit l'acquisition de la nationalité dans de telles circonstances. Voir *infra* le paragraphe 6).

²⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/54/10), par. 47.

où les registres des naissances ne sont pas clairs, il peut être difficile de prouver la nationalité. En pareils cas, la résidence pourrait être une preuve de la nationalité, encore qu'elle ne puisse pas constituer elle-même un critère de la nationalité. Un État peut toutefois conférer la nationalité aux personnes ainsi concernées par la naturalisation.

5) L'article 4, à la différence de l'arrêt *Nottebohm*²⁵, n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme facteur additionnel aux fins de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. Malgré des divergences de vues sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, et en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient «extrêmement ténus»²⁶ par rapport à ceux qu'il avait avec le Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui avait amené la Cour à répéter que le Liechtenstein «n'[était] pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala»²⁷. Cela donne à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale²⁸ applicable à tous les États, mais uniquement une règle relative selon laquelle un État dans la situation du Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits. De plus, la Commission a pris garde au fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif proposée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement

²⁵ Dans cette affaire, la Cour internationale de Justice a déclaré: «Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national.» (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 23).

²⁶ Ibid., p. 25.

²⁷ Ibid., p. 26.

²⁸ C'est ainsi que la Commission de conciliation italo-américaine a interprété l'affaire *Nottebohm* dans l'affaire *Flegenheimer* (1958), *International Law Reports*, vol. 25, p. 148.

appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, du fait que dans le monde contemporain, en raison de la mondialisation économique et des migrations, des millions de personnes se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont elles n'acquièrent jamais la nationalité, ou ont acquis par leur naissance ou leur ascendance la nationalité d'États avec lesquels elles ont les liens les plus ténus²⁹.

6) Il est indiqué à la fin de l'article 4 que l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Bien que tout État ait le droit de décider qui sont ses nationaux, ce droit n'est pas absolu. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois en matière de nationalité l'avait confirmé, en introduisant à l'article premier, qui stipule qu'«il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux», un tempérament précisant: «cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité»³⁰. Aujourd'hui, les conventions, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité³¹. C'est ainsi que l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose:

«Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari

²⁹ Pour une argumentation plus complète en faveur d'une limitation de la portée de l'affaire *Nottebohm*, voir le premier rapport du *Rapporteur spécial* sur la protection diplomatique, document A/CN.4/506, par. 106 à 120.

³⁰ Voir également l'article 3, par. 2, de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité.

³¹ C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État «avec un autre principe selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme» (*International Law Reports*, vol. 79, p. 296).

pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari.»³².

7) L'article 4 reconnaît donc qu'un État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé peut contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international. L'article 4 exige que la nationalité ait été acquise d'une manière «non contraire au droit international». Cette double négation met l'accent sur le fait que c'est à l'État qui conteste la nationalité de la personne lésée qu'il incombe de prouver que celle-ci a été acquise en violation du droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui conteste la nationalité parce que l'on admet qu'il faut laisser à l'État conférant sa nationalité une «marge d'appréciation»³³ et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par un État de sa nationalité³⁴.

Article 5

Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation.
2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le préjudice a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.
3. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un ancien État de nationalité de cette personne à raison d'un

³² Voir également l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 123, et l'article 5 d) iii) de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195.

³³ Voir l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica*, I.L.R., vol. 79, p. 302 et 303.

³⁴ R.Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e édition (1992), p. 856.

préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

Commentaire

- 1) Bien que la règle de la continuité de la nationalité soit bien établie³⁵, elle a été très critiquée³⁶, au motif qu'elle peut donner naissance à des situations très douloureuses lorsqu'un individu change de nationalité pour des raisons sans rapport avec la formulation d'une réclamation diplomatique. Les propositions visant son abandon ont été rejetées de crainte que celui-ci ne donne lieu à des abus et ne soit cause de «*nationality shopping*» (recherche de la nationalité la plus avantageuse) aux fins de la protection diplomatique³⁷. La Commission estime que la règle de la continuité de la nationalité doit être conservée, mais qu'il faut prévoir des exceptions pour les cas où le résultat de son application serait contraire à l'équité.
- 2) Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le préjudice avait été causé qu'à la date à laquelle la réclamation a été officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce que le problème se pose rarement dans les faits³⁸. Dans ces conditions, la Commission a

³⁵ Voir, par exemple, la décision de la Commission des réclamations États-Unis-Yougoslavie dans l'affaire *Kren, I.L.R.*, vol. 20, p. 234.

³⁶ Voir les observations de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 101 et 102; voir aussi E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990).

³⁷ Voir la déclaration du surarbitre Parker dans *Administrative Decision No V* (1925), 19 *A.J.I.L.*, p. 612 à 614: «toute autre règle serait une porte grande ouverte aux abus et risquerait de convertir une nation puissante en *claim agency*, en entité agissant au nom de ceux qui, après avoir subi un préjudice, céderaient leurs réclamations aux nationaux de cet État ou profiteraient de son régime de naturalisation pour lui faire épouser leurs revendications».

³⁸ H. Briggs «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations» (1965 II), *Annuaire de l'Institut de droit international*, p. 72 et 73.

décidé de laisser ouverte la question de savoir si la nationalité doit être conservée entre la survenance du préjudice et la présentation de la réclamation³⁹.

3) La première prescription est que le national lésé ait été un national de l'État réclamant au moment où le préjudice a été causé. Normalement, la date du préjudice engageant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite coïncidera avec la date à laquelle l'acte préjudiciable a été commis.

4) La seconde condition temporelle prévue au paragraphe 1 est la date de présentation officielle de la réclamation. La jurisprudence n'est pas uniforme quant à la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation doit avoir été continue. Cette incertitude provient en grande partie du fait que les conventions qui ont créé des commissions mixtes des réclamations usent de termes différents pour définir la date de la réclamation⁴⁰. L'expression «présentation de la réclamation» est celle qui est le plus souvent employée dans les traités, les décisions judiciaires et la doctrine pour indiquer la date limite, ou *dies ad quem*, à laquelle la protection diplomatique peut être exercée. La Commission a ajouté le mot «officielle» pour indiquer que la date de présentation de la réclamation est celle où la première demande officielle ou formelle est faite par l'État exerçant sa protection diplomatique, par opposition aux contacts diplomatiques officieux et demandes informelles de renseignements à ce sujet.

5) Le titre de l'État à exercer la protection diplomatique naît à la date de la présentation officielle de la réclamation. Si toutefois l'intéressé devait changer de nationalité entre cette date et la décision finale, il cesserait d'être un national aux fins de la protection diplomatique. En ce sens, la règle de la continuité de la nationalité exige le lien de nationalité «du moment de la survenance du préjudice jusqu'à la décision finale»⁴¹. En pratique, de tels cas seront probablement rares, d'où la formulation de la règle retenant la nationalité jusqu'à la présentation de la réclamation.

³⁹ L'Institut de droit international a adopté la même démarche à sa session de Varsovie en 1965: (1965 II), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51, p. 260 à 262.

⁴⁰ Voir la déclaration du surarbitre Parker, op. cit., *A.I.J.L.*, p. 616 et 617.

⁴¹ R. Jennings et A. Watts, (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e ed. (1992), p. 512.

6) Le mot «réclamation», au paragraphe 1, vise aussi bien une réclamation présentée par la voie diplomatique qu'une réclamation portée devant un organe juridictionnel. Une telle réclamation peut préciser le comportement que doit adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que doit prendre la réparation. Cette question est traitée plus exhaustivement à l'article 43 du projet de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et dans le commentaire y relatif⁴².

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

8) La perte de la nationalité peut être volontaire ou involontaire. En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption et de mariage lorsque le changement de nationalité en découle automatiquement, la nationalité sera perdue involontairement. Dans les autres cas de changement de nationalité, l'élément de volonté n'est pas aussi clair. Pour des raisons de ce genre, le paragraphe 2 n'exige pas que la perte de la nationalité soit involontaire.

9) C'est, on l'a vu⁴³, la crainte qu'une personne ne change délibérément de nationalité pour acquérir celle d'un État plus désireux ou plus à même de présenter une réclamation diplomatique pour son compte qui est à la base de la règle de la continuité de la nationalité. La deuxième condition prévue au paragraphe 2 tient compte de cette crainte en stipulant que la personne au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée doit avoir acquis sa nouvelle nationalité pour une raison qui n'a pas de rapport avec la formulation de la réclamation. Cette condition vise

⁴² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 324.

⁴³ Voir le paragraphe 1).

à limiter les exceptions à la continuité de la nationalité aux cas d'acquisition obligatoire d'une nationalité, tel celui d'une personne qui a acquis une nouvelle nationalité automatiquement, par exemple par mariage ou adoption ou en raison d'une succession d'États.

10) La troisième condition qui doit être remplie pour que la règle de la continuité de la nationalité ne s'applique pas est que la nouvelle nationalité ait été acquise d'une manière non contraire au droit international. Cette condition doit être envisagée conjointement avec l'article 3.

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

Article 6

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

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

Commentaire

1) Bien que certains systèmes juridiques internes interdisent aux nationaux d'acquérir une autre nationalité, la dualité ou la pluralité de nationalités doit être acceptée comme l'une des réalités de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par le jeu parallèle des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* ou parce qu'une nationalité lui est conférée par naturalisation sans l'obliger à renoncer à sa nationalité antérieure. Le droit international n'interdit pas la dualité ou la pluralité de nationalités: de fait, ce phénomène a été avalisé par l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, en ces termes:

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

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

2) Le paragraphe 1 autorise un État de nationalité à exercer sa protection diplomatique au profit de son national même lorsque l'intéressé a la nationalité d'un ou de plusieurs autres États. Suivant en cela l'article 4, il n'exige pas de lien effectif entre le national et l'État exerçant sa protection diplomatique.

3) Bien que certains veuillent faire de l'existence d'un lien effectif entre l'État de la nationalité et son national qui a une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'a pas la nationalité, ni les décisions arbitrales⁴⁴ ni les essais de codification⁴⁵ n'exigent dans l'ensemble une telle condition. Dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral avait conclu que l'Égypte ne pouvait pas opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité persane, en ces termes:

⁴⁴ Voir la décision du Tribunal arbitral mixte yougoslavo-hongrois dans l'affaire *de Born*, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 1925-1926, affaire n° 205.

⁴⁵ Voir l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, 179 L.N.T.S., p. 89; la résolution sur «*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*», adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue à Varsovie en 1965, *Résolutions de l'Institut de droit international*, 1957-1991 (1992), p. 56 (art. 4 b)); le projet de Convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, art. 23 3), dans L.B. Sohn et R.R. Baxter, «Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens» (1961), *American Journal of International Law*, n° 55, p. 548; García Amador, Troisième rapport sur la responsabilité des États, dans *Annuaire...* 1958, vol. II, p. 64 (art. 21 3)), document A/CN.4/111.

«la règle du droit international veut que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation d'une des puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance»⁴⁶.

Cette règle a été suivie dans d'autres affaires⁴⁷ et a été confirmée plus récemment par le Tribunal des différends irano-américains⁴⁸. La décision de la Commission de ne pas exiger de lien effectif en pareilles circonstances est logique. À la différence de la situation dans laquelle un État de nationalité présente une réclamation à un autre État de nationalité pour un double national, il n'y a pas de conflit au sujet de la nationalité lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un double national contre un État tiers.

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

⁴⁶ Nations Unies, *R.S.A.*, vol. 2, p. 1188 (1932).

⁴⁷ Voir les décisions de la Commission de conciliation Italie/États-Unis dans les affaires *Mergé*, *I.L.R.*, vol. 22, p. 456 (p. 155), *Verano*, *ibid.*, vol. 25, p. 464 et 465 (1957) et *Stnakovic*, *ibid.*, vol. 40, p. 155 (1963).

⁴⁸ Voir *Dallal c. Iran* (1983), 3 I.U.S.C.T.R., p. 23.

Article 7

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

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

Commentaire

- 1) L'article 7 vise l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité. Tandis que l'article 6, qui concerne une réclamation au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités contre un État dont elle n'a pas la nationalité, n'exige pas de lien effectif entre l'État réclamant et le national, l'article 7 exige de l'État réclamant qu'il démontre que sa nationalité est prépondérante tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.
- 2) Dans le passé, la règle de non-responsabilité, qui interdisait à un État de nationalité de présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre l'autre État de nationalité, bénéficiait d'un large appui. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité proclame à l'article 4:

«Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national.»⁴⁹.

On retrouve dans des projets de codification ultérieurs une approche analogue⁵⁰, et cette position a aussi été affirmée dans des sentences arbitrales⁵¹. Dans son avis consultatif rendu en 1949

⁴⁹ Voir également l'article 16 a) du projet de Convention de Harvard de 1929 relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, *A.J.I.L.*, n° 23 (1929), Supplément spécial 22.

⁵⁰ Voir l'article 23 5) du projet de Convention de Harvard de 1960 relatif à la responsabilité internationale des États en raison des dommages causés aux intérêts économiques des étrangers, *ibid.*, vol. 55 (1961), p. 545; et l'article 4 a) de la résolution sur «*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*», adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie, art. 4 a), *Résolutions de l'Institut de droit international*, 1957-1991 (1992) p. 56; *Annuaire de l'Institut de droit international* 1985, vol. II, p. 260 à 262.

dans l'affaire de la *Réparation des dommages*, la Cour internationale de Justice qualifiait de «pratique courante» des États celle qui consistait à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité⁵².

3) Toutefois, dès avant 1930, il y avait eu des sentences arbitrales défendant une autre position, à savoir que l'État de la nationalité dominante ou effective pouvait présenter une réclamation au profit d'un national à l'encontre d'un autre État de nationalité⁵³. Cette jurisprudence devait inspirer la Cour internationale de Justice, dans un autre contexte, en l'affaire *Nottebohm*⁵⁴, et elle fut expressément approuvée en 1955 par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, en ces termes:

«Le principe, fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci est celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsque cette

⁵¹ Voir l'affaire *Alexander* (1898) Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2529 (Commission des réclamations américano-britannique); affaire *Oldenbourg*, Décisions et avis des membres de la Commission, 5 octobre 1929 au 15 février 1930, p. 97, et affaire *Honey*, Autres décisions et avis des membres de la Commission, postérieurement au 15 février 1930, p. 13 (Commission des réclamations anglo-mexicaine); affaire *Adams et Blackmore*, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. 5, p. 216 et 217 (Commission des réclamations anglo-mexicaine).

⁵² *C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.

⁵³ Affaire *James Louis Drummond 2 Knapp*, P.C. Rep. p. 295, 12 Eng. Rep. p. 492; affaires *Milani*, *Brignone Stevenson* et *Mathinson* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela), dans Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 429 à 438, 710, 754 à 761 et 438 à 455, respectivement; affaire *Carnevaro* (Cour permanente d'arbitrage, 1912), dans Scott, *The Hague Court Reports*, vol. 1, p. 284; affaire *Hein* (Tribunal arbitral mixte anglo-allemand), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1919-1922*, affaire n° 148, p. 216; affaire *Blumenthal* (Tribunal mixte franco-allemand), *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, vol. 3 (1924), p. 616; affaire *de Montfort* (Tribunal mixte franco-allemand), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925-1926*, affaire n° 206, p. 279; affaire *Pinson* (Commission mixte des réclamations France-Mexique), *Annual Digest of Reports and Public International Law Cases 1927-1928*, affaires n°s 19 et 195, p. 297 à 301; affaire *Tellech* (Commission tripartite des réclamations États-Unis d'Amérique, Autriche et Hongrie), (1928), Nations Unies, *R.S.A.*, vol. 2, p. 248.

⁵⁴ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 22 et 23. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas la double nationalité mais la Cour a trouvé un appui pour sa conclusion selon laquelle Nottebohm n'avait pas de lien effectif avec le Liechtenstein dans des décisions judiciaires comme celles qui sont visées à la note 369.

prépondérance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle.»⁵⁵.

Dans son avis, la Commission de conciliation estimait que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. La règle ainsi adoptée allait être appliquée par la Commission dans plus de 50 affaires ultérieures concernant des doubles nationaux⁵⁶. Se fondant sur ces affaires, le Tribunal des réclamations irano-américain a appliqué le principe de la nationalité dominante et effective dans plusieurs affaires⁵⁷. Une autre institution qui étaye le principe de la nationalité dominante est la Commission d'indemnisation des Nations Unies, établie par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des dommages du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq. La Commission n'examine les plaintes présentées par des doubles nationaux possédant la nationalité iraquienne que s'ils possèdent de bonne foi la nationalité d'un autre État⁵⁸. Les projets de codification récents ont avalisé cette approche. Dans son troisième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des États, Garcia Amador proposait la disposition suivante:

«En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercé que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques.»⁵⁹.

⁵⁵ *I.L.R.* (1955), vol. 22, p. 455 (par. V.5). Voir aussi Nations Unies, *R.S.A.*, vol. XIV, p. 247 (1955).

⁵⁶ Voir, par exemple, affaire *Spaulding* (1956), *International Law Materials*, vol. 25, p. 452; affaire *Zangrilli* (1956), *ibid.*, p. 454; affaire *Cestra* (1957), *ibid.*, p. 454; affaire *Puccini* (1957), *ibid.*, p. 454; affaire de la *Succession Salvoni* (1957), *ibid.*, p. 455; affaire *Ruspoli* (1957), *ibid.*, p. 457; affaire *Ganapini* (1959), *ibid.*, vol. 30, p. 366; affaire *Turri* (1960), *ibid.*, p. 371; affaire *Graniero* (1959), *ibid.*, p. 451; affaire *Di Cicio* (1962), *ibid.*, vol. 40, p. 148.

⁵⁷ Voir, en particulier, *Esphahanian v. Bank Tejarat* (1983), 21 I.U.S.C.T.R., p. 166; affaire n° A/18 (1984) 5 I.U.S.C.T.R., p. 251.

⁵⁸ S/AC.26/1991/Rev.1, par. 11.

⁵⁹ A/CN.4/111, dans *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 64.

Orrego Vicuña avançait un point de vue analogue dans son rapport présenté en 2000 à l'Association de droit international⁶⁰.

4) La Commission estime que le principe qui permet à l'État de la nationalité dominante ou effective de présenter une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité reflète l'état actuel du droit international coutumier. De plus, il est conforme à l'évolution du droit international dans le domaine des droits de l'homme, qui accorde une protection juridique aux individus même contre un État dont ils sont les nationaux. L'article 7 donne corps à cette conclusion.

5) Les sources utilisent le terme «effectif» ou «dominant» pour décrire le lien requis entre l'État qui présente la réclamation et son national dans les cas où cette réclamation vise un autre État de nationalité. La Commission a décidé de n'utiliser aucun de ces deux termes, mais de leur préférer, en anglais, le terme «predominant» «prépondérant», qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre. Le tribunal qui examine la question doit mettre en balance le poids des nationalités concurrentes, et l'essence de cette opération est plus exactement rendue par ce qualificatif appliqué à la nationalité, que par «effective» ou «dominante». C'est en outre le terme employé par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ du développement de la règle coutumière actuelle⁶¹.

6) La Commission ne cherche pas ici à décrire les facteurs à prendre en considération pour décider quelle est la nationalité prépondérante. Selon la jurisprudence, ces facteurs comprennent: la résidence habituelle, le temps passé dans chaque pays de nationalité, la date de naturalisation (c'est-à-dire le temps pendant lequel l'intéressé a été un national de l'État qui exerce sa protection avant que la réclamation soit présentée); le lieu et la langue d'enseignement et l'enseignement suivi; l'emploi et les intérêts financiers; le lieu de la vie familiale; les liens familiaux dans chaque pays; la participation à la vie publique et sociale; l'utilisation de la langue; l'imposition, les comptes en banque, la sécurité sociale; les visites à l'autre État

⁶⁰ «Interim Report on the “The Changing Law of Nationality of Claims”» dans *Association de droit international, Rapport de la soixante-neuvième Conférence* (2000), p. 646, par. 11.

⁶¹ *I.L.R.*, 1955, vol. 22, p. 455.

de nationalité; la possession et l'usage d'un passeport de l'autre État; le service militaire. Aucun de ces facteurs n'est décisif, et le poids attribué à chacun d'eux variera selon les circonstances de chaque espèce.

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

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

Article 8

Apatrides et réfugiés

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

Commentaire

1) La règle générale était qu'un État ne pouvait exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. En 1931, la Commission des réclamations américano-mexicaine avait jugé, dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, que les apatrides ne pouvaient pas bénéficier de la protection diplomatique, en disant:

«Un État ... n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage.»⁶².

Cette conclusion ne correspond plus à la position exacte du droit international, que ce soit pour les apatrides ou pour les réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie (1961)⁶³ et la Convention relative au statut des réfugiés (1951)⁶⁴.

2) L'article 8, qui relève du développement progressif du droit, s'écarte de la règle traditionnelle laquelle réserve aux seuls nationaux le bénéfice de la protection diplomatique, et permettant aux États d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de non-nationaux s'il s'agit d'apatrides ou de réfugiés. Bien que la Commission ait agi dans le cadre des règles applicables aux apatrides et aux réfugiés, elle n'a pas essayé de se prononcer sur le statut de ces personnes. Elle ne s'intéresse qu'à la question de l'exercice de la protection diplomatique à leur égard.

3) Le paragraphe 1 porte sur la protection diplomatique des apatrides, sans toutefois définir cette catégorie de personnes. On en trouve la définition dans la Convention de 1954 relative au statut des apatrides⁶⁵, selon laquelle ce terme désigne «une personne qu'aucun État

⁶² Nations Unies, *R.S.A.*, vol. IV, p. 678 (1931).

⁶³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

⁶⁴ Nations Unies, *ibid.*, vol. 189, p. 151.

⁶⁵ Nations Unies, *ibid.*, vol. 360, p. 117.

ne considère comme son ressortissant par application de sa législation»⁶⁶. Cette définition peut sans nul doute être considérée comme ayant acquis une valeur coutumière. Un État peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une telle personne, quelles que soient les circonstances dans lesquelles celle-ci est devenue apatride, pourvu qu'elle réside légalement et habituellement sur le territoire de cet État, tant au moment où le préjudice s'est produit ou à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

4) L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle place la barre assez haut⁶⁷. Quelques membres de la Commission considéraient que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la majorité a estimé qu'en combinant le caractère légal et le caractère habituel de la résidence, on se rapprochait de la condition d'effectivité exigée pour la nationalité et que cela se justifiait pour une mesure exceptionnelle introduite *de lege ferenda*.

5) Le critère temporel prévu à l'article 5 est répété au paragraphe 1. L'apatride doit résider légalement et habituellement sur le territoire de l'État réclamarant tant au moment de la survenance du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. De la sorte, on a l'assurance que les non-nationaux sont soumis aux mêmes règles que les nationaux en ce qui concerne le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation.

6) Le paragraphe 2 prévoit la protection diplomatique des réfugiés par l'État de résidence. La protection diplomatique par l'État de résidence est particulièrement importante dans le cas du réfugié, puisque celui-ci «ne peut ou ... ne veut se réclamer de la protection de [l'État dont il a la nationalité]»⁶⁸ et que, s'il le fait, il court le risque de perdre son statut de réfugié dans l'État de résidence. Le libellé du paragraphe 2 suit celui du paragraphe 1. Les différences

⁶⁶ Article premier.

⁶⁷ Elle repose sur l'article 6, par. 4 g), de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité, où les termes «résident légalement et habituellement» sont employés à propos de l'acquisition de la nationalité. Voir aussi le projet de convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers, qui retient au nombre des personnes bénéficiant de la protection en vertu de la Convention «les apatrides ayant leur résidence habituelle dans cet État» (art. 21 3) c)).

⁶⁸ Convention relative au statut des réfugiés, art. premier A) 2).

importantes qui existent entre les apatrides et les réfugiés, comme il ressort du paragraphe 3, expliquent la décision de la Commission de consacrer un paragraphe distinct à chaque catégorie.

7) La Commission a décidé d'insister sur le critère de la résidence légale et habituelle comme condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des réfugiés, de même que des apatrides, bien que l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés mette la barre moins haut (du moins dans la version anglaise), en faisant obligation aux États contractants de délivrer des documents de voyage aux réfugiés qui séjournent légalement [«lawfully staying»] sur leur territoire⁶⁹. La Commission a été influencée par deux facteurs: premièrement, le fait que la délivrance de documents de voyage, aux termes de la Convention, ne donne en aucun cas au porteur un droit à la protection diplomatique⁷⁰, deuxièmement, la nécessité de fixer la barre assez haut lorsqu'on s'écarte *de lege ferenda* de la règle traditionnelle. Certains membres de la Commission ont fait valoir qu'en faisant de la résidence légale et habituelle une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique, on fixait la barre trop haut, tant pour les apatrides que pour les réfugiés⁷¹.

8) Le terme «réfugié», au paragraphe 2, ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967, mais désigne aussi des personnes qui ne répondent pas strictement à cette définition. La Commission a envisagé d'employer l'expression «réfugiés reconnus», qui figure dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité⁷², et qui aurait élargi la notion pour y englober les réfugiés auxquels cette qualité est reconnue par des instruments régionaux tels que la Convention de 1969 de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique⁷³, laquelle est communément considérée comme un modèle en matière de protection

⁶⁹ Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention que «stay» (le séjour) ne va pas jusqu'à la résidence durable.

⁷⁰ Voir le paragraphe 16 de l'annexe de la Convention de 1951.

⁷¹ Voir *supra*, par. 4).

⁷² Art. 6 4) g).

⁷³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, p. 45. Cette convention étend la définition du réfugié à «toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou

internationale des réfugiés⁷⁴, et la Déclaration de Cartagena de 1984 sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, adoptée en 1985 par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains⁷⁵. Cependant, la Commission a préféré ne pas fixer de limites, afin qu'un État puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard de toute personne qu'il considère et traite comme un réfugié. Ce serait particulièrement important pour les réfugiés se trouvant dans des États qui ne sont pas parties aux instruments régionaux ou internationaux existants.

9) Le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation qui figure à l'article 5 est ici répété au paragraphe 2. Le réfugié doit résider légalement et habituellement dans l'État réclamant tant au moment où le préjudice est causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

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

dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité».

⁷⁴ Note sur la protection internationale présentée par le Haut-Commissaire aux réfugiés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session*, A/AC.96/830, p. 17, par. 35.

⁷⁵ OEA, Assemblée générale, quinzième session ordinaire (1985), résolution adoptée par la Commission générale à sa cinquième session, le 7 décembre 1985.

11) Tant le paragraphe 1 que le paragraphe 2 disposent que l'État d'accueil «*peut* exercer la protection diplomatique». L'emploi de cet auxiliaire souligne le caractère discrétionnaire de ce droit. Au regard du droit international, les États ont le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux⁷⁶. A fortiori, ce pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'il s'agit d'exercer leur protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié.

12) La Commission souligne que l'article 8 vise uniquement la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés. Il ne porte *pas* sur l'octroi de la nationalité à ces catégories de personnes. L'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié ne peut ni ne devrait être considéré comme faisant naître une attente légitime d'octroi de la nationalité. Il ressort clairement de l'article 28 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, lu conjointement avec le paragraphe 15 de son annexe, que la délivrance d'un document de voyage à un réfugié est sans incidence sur la nationalité du porteur. A fortiori, l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride ne devrait aucunement être interprété comme ayant une incidence sur la nationalité de la personne protégée.

CHAPITRE III

PERSONNES MORALES

Article 9

État de nationalité d'une société

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

Commentaire

1) L'article 9 admet que la protection diplomatique puisse être étendue aux sociétés. Le début du texte reprend celui de l'article 4, relatif à la protection diplomatique des personnes physiques. Il ressort clairement de l'ensemble de l'article que pour avoir la qualité d'État de nationalité aux

⁷⁶ Voir l'article 2 et le commentaire y relatif.

fins de la protection diplomatique d'une société, il faut réunir certaines conditions, comme il en va dans le cas de la protection diplomatique des personnes physiques.

2) La pratique des États est axée surtout sur la protection diplomatique des sociétés, c'est-à-dire d'entreprises à but lucratif ayant la forme de sociétés anonymes, dont le capital est représenté par des actions, et non d'autres personnes morales. C'est ce qui explique pourquoi le présent article, de même que les suivants, portent sur la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires. Une disposition distincte est consacrée à la situation des personnes morales autres que ces sociétés.

3) Si l'octroi de la nationalité à une société est «compris dans le domaine réservé»⁷⁷ d'un État, le droit international, suivant le dictum de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction*, «attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège»⁷⁸. Deux conditions sont posées à l'acquisition de la nationalité par une société aux fins de la protection diplomatique: constitution de la société et présence de son siège dans l'État où elle a été constituée. En pratique, la législation de la plupart des États exige que les sociétés constituées sous sa loi aient un siège sur le territoire de l'État considéré. La condition supplémentaire concernant le siège pourrait donc paraître superflue. La Cour n'en a pas moins clairement indiqué que les deux conditions devaient être réunies en disant: «Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux.»⁷⁹. Peut-être la Cour voulait-elle voir dans l'exigence d'un siège la nécessité d'un lien tangible, si ténu fût-il, entre l'État et la société. C'est ce que confirme son insistance sur le fait que le siège de la *Barcelona Traction* était situé au Canada et que, joint à d'autres, ce facteur créait un «lien étroit et permanent» entre le Canada et la *Barcelona Traction*⁸⁰.

⁷⁷ *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, C.P.J.I. Recueil, Série B, n° 4, p. 24.

⁷⁸ *Affaire concernant la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (ci-après la *Barcelona Traction*) C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 42, par. 79.

⁷⁹ Ibid., p. 42, par. 70.

⁸⁰ Ibid., p. 42, par. 71.

4) L'article 9 emploie le terme «établie» au lieu de «constituée», car ce dernier est un terme technique qui n'existe pas dans tous les systèmes juridiques. Il est néanmoins évident que «établie» recouvre la notion de constitution, de même que celle d'enregistrement, en sus des autres moyens susceptibles d'être employés par un État pour créer une société.

L'«établissement» (ou constitution) d'une société sous les lois d'un État particulier ne suffit pas aux fins de la protection diplomatique. Il faut qu'il existe en outre un lien tangible avec l'État où la société est formée – concrétisé par un siège ou siège social ou autre lien semblable. Il s'agit ici de donner effet à l'insistance avec laquelle la Cour internationale de Justice exige dans la *Barcelona Traction* qu'il y ait un facteur de rattachement entre l'État où la société est constituée et cette société. La formule «un lien étroit et permanent», qu'elle emploie pour qualifier le lien entre la société Barcelona Traction et le Canada n'a pas été retenue ici, car elle placerait la barre trop haut pour le facteur de rattachement. On a préféré le «siège», facteur de rattachement requis par la Cour en sus de la constitution. Certains systèmes de droit n'exigeant pas de siège, mais un autre lien, on a retenu «la direction ou ... un lien similaire» comme autres solutions possibles. De manière générale, l'article 9 exige entre la société et l'État une relation qui aille au-delà de la simple formation ou constitution et se caractérise par un facteur de rattachement supplémentaire. Cette relation, régie par le droit interne de l'État qui prétend exercer sa protection diplomatique, peut être désignée par des termes différents selon les systèmes juridiques⁸¹.

5) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'État national des actionnaires majoritaires (la Belgique) avait fait valoir qu'il était habilité à exercer la protection diplomatique à l'égard de la société en raison du fait que son actionnariat lui conférait avec la société un lien effectif de

⁸¹ Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la Cour indique clairement qu'il n'y a pas, en droit international, de règles régissant la constitution de sociétés. Il faut donc se tourner vers le droit interne pour établir si les conditions d'immatriculation ont été remplies. La Cour dit: «Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34 et 35, par. 38).

la nature de celui qui avait été admis dans l'affaire *Nottebohm*⁸². La Cour a rejeté cet argument, mais en se refusant à écarter l'application aux sociétés du critère du lien effectif, jugeant qu'en l'espèce il existait un lien «étroit et permanent» entre la Barcelona Traction et le Canada, puisque la société y avait son siège et y avait tenu les réunions de son conseil d'administration pendant de nombreuses années⁸³. L'article 9 n'exige pas qu'il existe entre la société et l'État protecteur un lien effectif du genre de celui que préconisait la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Au surplus, il rejette l'idée d'un lien effectif comme facteur de rattachement nécessaire dans le cadre de la protection diplomatique des sociétés, car celui-ci risquerait d'aboutir à l'apatridie des sociétés établies dans un État et ayant leurs actionnaires majoritaires dans un autre État. Le siège, la direction «ou ... un lien similaire» ne doivent donc pas être considérés comme des formes de lien effectif, surtout dans la mesure où ce terme est censé impliquer les actionnaires majoritaires comme facteur de rattachement.

6) Le membre de phrase «ou ... un lien similaire» doit être replacé dans le contexte de «son siège ou sa direction», suivant la règle d'interprétation *eiusdem generis*, qui exige qu'une proposition générale de ce genre soit interprétée restrictivement pour cadrer avec celle qui la précède. Cela veut dire qu'elle n'aura pas de vie propre. Elle doit nécessairement désigner un lien semblable à celui que constitue le «siège» ou la «direction».

7) Par opposition à l'article 4, l'article 9 emploie l'article défini en parlant de «l'» État sous la loi duquel la société a été établie pour désigner l'État de nationalité. Cette formule sert à éviter de donner à penser qu'une société pourrait avoir une double nationalité. La pluralité de nationalités étant possible dans le cas des personnes physiques, l'article 4, pour sa part, parle d'«un» État de nationalité.

Article 10

Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé ainsi qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

⁸² C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

⁸³ C.I.J. Recueil 1970, p. 42, par. 70 et 71.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État.

Commentaire

1) Les principes généraux relatifs à la condition de continuité de la nationalité ont été analysés dans le commentaire de l'article 5. En pratique, la continuité de la nationalité soulève moins de problèmes dans le cas des sociétés que dans celui des personnes physiques. Alors que ces dernières changent aisément de nationalité par suite de naturalisation, volontaire ou non (en cas de mariage ou d'adoption, par exemple), et de succession d'États, les sociétés ne peuvent changer de nationalité qu'en étant formées ou constituées à nouveau dans un autre État, auquel cas elles acquièrent une nouvelle personnalité, rompant ainsi avec la continuité de leur nationalité⁸⁴. Il n'y a qu'un seul cas où une société puisse peut-être changer de nationalité sans changer de personnalité morale, c'est celui de la succession d'États.

2) Le paragraphe 1 affirme le principe traditionnel qui veut qu'un État soit en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société ayant sa nationalité tant au moment du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La première condition, que la société lésée ait la nationalité de l'État réclamant au moment où celui-ci présente la réclamation, ne pose pas de problème. Les difficultés commencent, en revanche, à propos du *dies ad quem*, la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation est exigée⁸⁵. Il faut que la société ait clairement la nationalité de l'État réclamant lorsque la réclamation est officiellement présentée. Cette thèse trouve des appuis dans le droit conventionnel, la jurisprudence et la

⁸⁴ Voir l'affaire *Orinoco Steamship Company, R.S.A.*, vol. 9, p. 180 (1903). Dans cette affaire, une société constituée au Royaume-Uni avait cédé sa réclamation contre le Gouvernement vénézuélien à une société constituée aux États-Unis qui lui avait succédé. Comme le traité créant la Commission autorisait les États-Unis à présenter une réclamation au nom de leurs nationaux en pareilles circonstances, la réclamation fut admise. Toutefois, le surarbitre Barge dit clairement que, sans le traité, elle n'aurait pas été permise; *ibid.*, p. 192.

⁸⁵ Cette question n'avait pas été tranchée par la Cour permanente de justice internationale en l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.J.I. Recueil, Série A/B*, n° 76, p. 4 à 17 (1939). Voir aussi le Quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États, A/CN.4/489, qui met en relief les difficultés entourant la nationalité des personnes morales en relation avec la succession d'États.

doctrine⁸⁶. En ce sens, le titre de l'État à l'exercice de la protection diplomatique naît à la date de la présentation officielle de la réclamation. Si toutefois la société devait changer de nationalité entre cette date et la décision finale, elle cesserait d'être nationale aux fins de la protection diplomatique. En ce sens, la règle de la continuité de la nationalité exige l'existence du lien de nationalité «du moment de la survenance du préjudice à la décision finale»⁸⁷. En pratique, il est probable que ces cas seront rares⁸⁸. D'où la formulation de la règle, qui prévoit la nationalité jusqu'à la présentation de la réclamation.

3) Le mot «réclamation», au paragraphe 1, recouvre à la fois la réclamation présentée par la voie diplomatique et celle qui est déposée auprès d'un organe juridictionnel. Cette réclamation peut préciser la conduite que l'État responsable devrait tenir en vue de mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que la réparation devrait prendre⁸⁹.

4) Des difficultés surgissent quand il s'agit de l'exercice de la protection diplomatique d'une société qui a cessé d'exister au regard du droit de l'État où elle avait été formée et dont elle avait la nationalité. Si l'on considère que l'État de nationalité de cette société n'a pas la faculté de présenter une réclamation du fait que celle-ci n'existe plus au moment de la présentation de cette réclamation, aucun État ne pourra exercer sa protection diplomatique pour un préjudice causé à ladite société. L'État de nationalité des actionnaires ne sera certainement pas en mesure de le faire, puisqu'il serait dans l'incapacité de prouver qu'il avait l'intérêt nécessaire au moment où le préjudice avait été causé à la société. Cette question avait troublé plusieurs juges dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁹⁰, mais elle a aussi troublé des juridictions⁹¹ et des auteurs⁹².

⁸⁶ Voir *Kren Claim*, I.L.R., vol. 20, p. 234 (1953).

⁸⁷ R. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 512.

⁸⁸ Pour un exemple récent, voir *The Loewen Group Inc. And Raymond L. Loewen c. États-Unis*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 26 juin 2003, affaire n° ARB(AF)/98/3.

⁸⁹ Voir aussi l'article 43 du projet de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), par. 77.

⁹⁰ MM. Jessup (*C.I.J. Recueil* 1979, p. 193), Gros (ibid., p. 277) et Fitzmaurice (ibid., p. 101 et 102), de même que le juge ad hoc, M. Riphagen (ibid., p. 345).

Le paragraphe 2 suit une démarche pragmatique en autorisant l'État de nationalité d'une société à exercer sa protection diplomatique pour un préjudice subi par la société lorsqu'elle avait sa nationalité, alors qu'elle a cessé d'exister – et partant d'avoir sa nationalité – par suite de ce préjudice. Pour pouvoir le faire, l'État réclamant doit prouver que c'est à cause du préjudice à propos duquel la réclamation est présentée que ladite société a cessé d'exister. Le paragraphe 2 doit être lu conjointement avec l'article 11, alinéa *a*, qui précise bien que l'État de nationalité des actionnaires ne sera pas en droit d'exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsqu'un préjudice causé à une société a entraîné sa dissolution.

Article 11

Protection des actionnaires

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

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

Commentaire

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

⁹¹ Voir la réclamation *Kunhardt (États-Unis c. Venezuela)*, R.S.A., vol. 9, p. 171 (1903), et plus particulièrement l'opinion dissidente du commissaire vénézuélien, M. Paúl, p. 180; *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, R.S.A., vol. 5 (1929), p. 61, p. 63.

⁹² L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), p. 206 et 207; W. E. Beckett, «Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies», (1932), vol. 17, *Transactions of the Grotius Society*, p. 158, p. 191; E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, 1990, p. 197 à 202.

préoccupait que de la question de la protection diplomatique des actionnaires d'une «société anonyme, dont le capital est représenté par des actions»⁹³. Ces sociétés se caractérisent par une nette distinction entre la société et les actionnaires⁹⁴. Lorsque les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un préjudice causé à la société, c'est vers la société que l'actionnaire doit se tourner pour qu'elle forme les recours voulus, car, «bien que deux entités distinctes puissent souffrir du même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés»⁹⁵. Ce n'est que lorsque les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires qu'un actionnaire a un droit de recours indépendant⁹⁶. Ces principes régissant la distinction entre la société et les actionnaires découlent du droit interne et non du droit international⁹⁷.

2) Pour parvenir à sa décision selon laquelle l'État où une société a été constituée et non l'État de nationalité des actionnaires de la société est l'État approprié pour exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à la société, la Cour s'est fondée sur plusieurs considérations de principes. Premièrement, lorsque des actionnaires investissent dans une société qui a des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment le risque que la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard⁹⁸. Deuxièmement, si l'État de nationalité des actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique, cela risquerait d'ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États, les grandes sociétés ayant fréquemment des actionnaires de nombreuses nationalités⁹⁹. La Cour a indiqué à cet égard que si l'État de nationalité de l'actionnaire était habilité à agir pour le compte de celui-ci, il n'y avait pas de raison pour que chaque actionnaire ne jouisse pas de ce droit¹⁰⁰. Troisièmement, la Cour a

⁹³ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 40.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 34, par. 41.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 35, par. 44.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 36, par. 47.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 37, par. 50.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 35 (par. 43), p. 46 (par. 86 et 87), p. 50 (par. 99).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 48 et 49, par. 94 à 96.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 48, par. 94 et 95.

préférée ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique¹⁰¹.

3) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a admis que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans deux situations: premièrement, lorsque la société a cessé d'exister dans le pays où elle a été constituée¹⁰² – ce qui n'était pas le cas de la *Barcelona Traction*; et deuxièmement, lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable d'avoir causé le préjudice à la société et que le seul moyen de défense dont disposent les actionnaires étrangers sur le plan international est de recourir à la protection de leur État de nationalité¹⁰³ – ce qui n'était pas le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ces deux exceptions, qui n'ont pas été examinées de façon approfondie par la Cour dans cette affaire parce qu'elles n'étaient pas pertinentes en la matière, sont reconnues aux alinéas *a* et *b* de l'article 11. Il est important de souligner que les actionnaires d'une société pouvant avoir la nationalité de différents États, plusieurs États de nationalité peuvent exercer la protection diplomatique sur la base de ces exceptions.

4) Selon l'alinéa *a* de l'article 11, la société doit avoir «cessé d'exister» avant que l'État de nationalité des actionnaires soit habilité à intervenir en leur faveur. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, la balance semblait pencher en faveur d'un critère moins rigoureux, qui permettrait d'intervenir pour le compte des actionnaires lorsque la société avait «pratiquement cessé d'exister»¹⁰⁴. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a fixé un critère plus strict pour déterminer la disparition d'une société. Elle a jugé insuffisants les critères de «paralyse» ou de «situation financière précaire» d'une société¹⁰⁵. Elle n'a pas non plus retenu comme critère le fait

¹⁰¹ Ibid., p. 38 (par. 53), p. 50 (par. 98).

¹⁰² Ibid., p. 40 et 41, par. 65 à 68.

¹⁰³ Ibid., p. 48, par. 92.

¹⁰⁴ Affaire *Delagoa Bay Railway Co.* Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 648; affaire *El Triunfo*: Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 649; affaire *Baasch & Romer*, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. X, p. 723 (1903).

¹⁰⁵ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40 et 41, par. 65 et 66.

que la société puisse avoir pratiquement cessé d'exister, estimant qu'il manquait «de toute précision juridique»¹⁰⁶. Considérant que «la situation juridique de la société est seule pertinente», la Cour a déclaré: «Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement»¹⁰⁷. Ce critère a été ultérieurement adopté par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁸.

5) Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas dit expressément que la société devait avoir cessé d'exister *au lieu de sa constitution* avant que les actionnaires soient en droit d'intervenir. Il semble néanmoins ressortir clairement du contexte de l'affaire dont la Cour était saisie que, dans son esprit, la compagnie devait avoir cessé d'exister dans l'État où elle avait été constituée et non dans l'État où elle avait subi le préjudice. La Cour était disposée à reconnaître que la société avait cessé d'exister en Espagne¹⁰⁹ mais a souligné que cela ne l'empêchait pas de continuer d'exister au Canada, État où elle avait été constituée, déclarant que: «En l'espèce, la *Barcelona Traction* est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits se soient éteints, cette situation indique plutôt que ses droits subsistent tant qu'il n'y a pas de liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister»¹¹⁰. Une société «naît» dans l'État où elle est constituée lorsqu'elle est enregistrée conformément à la loi et que la personnalité morale lui est octroyée. Inversement, elle «s'éteint» lorsqu'elle est liquidée dans l'État où elle a été constituée, c'est-à-dire l'État qui lui a donné l'existence. Il semble donc logique que ce soit au droit de l'État dans lequel elle a été constituée qu'il appartienne de dire si une société a cessé d'exister et n'est plus capable de fonctionner en tant que personne morale.

¹⁰⁶ Ibid., p. 41, par. 66.

¹⁰⁷ Ibid. Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Nervo (ibid.; p. 256) et Ammoun (ibid., p. 319 et 320).

¹⁰⁸ Affaire *Agrotexim*, C.E.D.H, *Série A*, n° 330-A, p. 25, par. 68.

¹⁰⁹ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40, par. 65. Voir également les opinions individuelles de deux juges, MM. Fitzmaurice (ibid., p. 75) et Jessup (ibid., p. 194).

¹¹⁰ Ibid., p. 41, par. 67.

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

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

8) On trouve dans la pratique des États, dans des sentences arbitrales¹¹¹ et dans la doctrine des éléments qui apportent, ne serait-ce que timidement, un certain appui à une exception générale non assortie de la condition restrictive énoncée à l'alinéa *b*. Il est significatif toutefois que ce soit dans les sentences relatives aux trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été *obligée* de se constituer dans l'État auteur du préjudice: *Delagoa Bay Railway*¹¹², *Mexican Eagle*¹¹³ et

¹¹¹ Affaire de la *Delagoa Bay Railway Company*, Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 648; *Mexican Eagle (El Aguila)*, Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272 à 1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841; *El Triunfo*, Nations Unies, R.S.A., vol. XV, p. 467 (1902); *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. II (1926) p. 790. Pour un examen complet des autorités, voir L. Caflisch *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969); M. Jones, «Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies» (1949) 26 *B.Y.I.L.*, p. 225. Voir également E. Jimenez de Aréchaga «International Responsibility», dans *Manual of International Law*, dir. publ. Max Sørensen (1968), p. 580 et 581.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

*El Triunfo*¹¹⁴, que se trouvent les arguments les plus forts en faveur de l'intervention de l'État de nationalité des actionnaires. Rien n'indique dans ces sentences que ledit État n'est en droit d'intervenir que dans cette circonstance, mais il ne fait aucun doute que c'est dans ce cas-là que l'intervention est le plus nécessaire. À l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État étranger ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu ce qui suit:

«Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger»¹¹⁵.

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

«Certes, on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un État devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'État des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'État national de la *Barcelona Traction*.»¹¹⁶.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1273 et 1274.

¹¹⁶ *C.I.J Recueil 1970*, p. 48, par. 92.

Dans leurs opinions individuelles relatives à l'arrêt *Barcelona Traction*, les juges Fitzmaurice¹¹⁷, Tanaka¹¹⁸ et Jessup¹¹⁹ se sont prononcés sans réserve en faveur du droit de l'État national des actionnaires d'intervenir lorsqu'un préjudice est causé à la société par l'État où elle a été constituée¹²⁰. Bien que Fitzmaurice¹²¹ et Jessup¹²² aient tous deux concédé que le besoin d'une telle règle soit particulièrement fort lorsque la condition préalable à l'exercice de l'activité d'une société dans un État était qu'elle ait été constituée en vertu de la loi de cet État, aucun d'eux n'était disposé à admettre que la règle soit limitée à de telles circonstances. Par contre, les juges Padilla Nervo¹²³, Morelli¹²⁴ et Ammoun¹²⁵ se sont fermement élevés contre cette exception.

10) C'est surtout dans le contexte des traités que des changements sont apparus après l'arrêt *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'exception en question. Il n'en ressort pas moins une tendance en faveur de la thèse selon laquelle les actionnaires d'une société peuvent intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable d'un préjudice causé à la société¹²⁶. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*¹²⁷, une chambre de la Cour

¹¹⁷ Ibid., p. 72 à 75.

¹¹⁸ Ibid., p. 134.

¹¹⁹ Ibid., p. 191 à 193.

¹²⁰ Le juge Wellington Koo a aussi appuyé cette position dans son opinion individuelle relative à l'arrêt *Barcelona Traction (Exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 58, par. 20.

¹²¹ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 73, par. 15 et 16.

¹²² Ibid., p. 191 et 192.

¹²³ Ibid., p. 257 à 259.

¹²⁴ Ibid., p. 240 et 241.

¹²⁵ Ibid., p. 318.

¹²⁶ Voir *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, 84 *I.L.R.*, p. 484, 496 (interprétant l'article VII (2) de la Déclaration d'Alger); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* (1987) 26 *I.L.M.*, p. 647, 652 à 654 (interprétant l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États).

¹²⁷ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

internationale de Justice a autorisé les États-Unis à formuler une demande en réparation contre l'Italie pour des préjudices subis par une société italienne dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines. La Cour ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de sa conclusion avec celle à laquelle elle était parvenue dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ni sur la question de l'exception laissée sans réponse dans le même arrêt, en dépit du fait que l'Italie eut objecté que la société dont les droits auraient été violés était constituée en Italie et que les États-Unis cherchaient à protéger les droits d'actionnaires de la société¹²⁸. Ce silence pourrait s'expliquer par le fait que la Chambre n'avait pas à évaluer le droit international coutumier, mais à interpréter un traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation, qui prévoyait la protection des actionnaires américains à l'étranger. Par contre, la Chambre était manifestement saisie de la question de l'exception à l'étude¹²⁹. Il est donc possible d'en déduire un appui à l'exception en faveur du droit de l'État des actionnaires d'une société d'intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société¹³⁰.

11) Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, bien que les opinions soient divisées sur le point de savoir si la pratique des États et les sentences arbitrales la reconnaissait et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. L'*obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka ont incontestablement donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, ne serait-ce que dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance¹³¹. Dans ces circonstances, il serait possible d'appuyer une

¹²⁸ Ibid., p. 64 (par. 106), 79 (par. 132).

¹²⁹ Cela ressort clairement d'un échange d'arguments entre les juges Oda (ibid., p. 87 et 88) et Schwebel (ibid., p. 94) sur le sujet.

¹³⁰ Cette vue a été exprimée par Yoram Dinstein «*Diplomatic Protection of Companies under International Law*», dans *International Law: Theory and Practice* (1988) (dir. publ. K. Wellens), p. 512.

¹³¹ Conformément aux règles applicables aux réclamations internationales adoptées par le Royaume-Uni en 1985, lorsqu'un ressortissant britannique a des intérêts, en tant qu'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État et qui en a donc la nationalité et que ledit État cause un préjudice à la société, le Gouvernement de sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts du ressortissant britannique (Règle VI), reproduite dans (1988) *International and Comparative Law Quarterly* 1007.

exception générale sur la base d'une décision judiciaire. Or, l'alinéa *b* de l'article 11 ne va pas si loin. Il limite plutôt cette exception à ce que l'on a appelé une «société Calvo», c'est-à-dire une société dont la constitution, comme la clause Calvo, a pour objet de la mettre à l'abri des règles du droit international relatif à la protection diplomatique. Elle limite l'exception au cas où la société avait, au moment du préjudice (autre critère restrictif), la nationalité de l'État qui est réputé être responsable du préjudice et où sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État. Il ne fait pas de doute que des pressions politiques seront exercées parfois sur des investisseurs étrangers pour qu'ils enregistrent une société dans l'État où ils souhaitent exercer des activités. D'après l'exception énoncée à l'alinéa *b*, cela ne suffit pas: la constitution de la société doit être la condition exigée par la loi de cet État comme condition à l'exercice d'activités dans ledit État.

Article 12

Atteinte directe aux droits des actionnaires

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

Commentaire

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

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

... La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat

d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant»¹³².

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

2) La question de la protection des droits propres des actionnaires a été examinée par la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*¹³³. Néanmoins, dans cette affaire, les droits en question, par exemple les droits des actionnaires d'organiser, de contrôler et de gérer la société, étaient énoncés dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'il était demandé à la Chambre d'interpréter, et celle-ci n'a pas exposé les règles du droit international coutumier sur ce sujet. Dans l'affaire *Agrotexim*¹³⁴, la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a reconnu les droits des actionnaires à être protégés contre la violation directe de leurs droits, mais a jugé qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation¹³⁵.

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

¹³² C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 46 et 47.

¹³³ C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

¹³⁴ Série A, n° 330-A.

¹³⁵ Ibid., p. 23, par. 62.

4) L'article 12 ne précise pas quel est le système juridique applicable pour déterminer quels sont les droits propres des actionnaires par opposition à ceux de la société. Dans la plupart des cas, cette question doit être tranchée par le droit interne de l'État où celle-ci a été constituée. On pourrait néanmoins invoquer les principes généraux du droit lorsque la société a été constituée dans l'État fautif, pour faire en sorte que les actionnaires étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement discriminatoire¹³⁶.

Article 13

Autres personnes morales

Les principes énoncés dans les articles 9 et 10 au sujet des sociétés s'appliquent *selon le cas* à la protection diplomatique d'autres personnes morales.

Commentaire

1) Les dispositions du présent chapitre ont été axées jusqu'ici sur un type particulier de personne morale, la société. Il y a deux explications à cela. Premièrement, les sociétés, à la différence d'autres personnes morales, ont certains traits communs et uniformes: ce sont des entreprises à but lucratif dont le capital est constitué d'actions dans lesquels une distinction nette est établie entre l'entité qu'est la société et les actionnaires, la responsabilité de ces derniers étant limitée. Deuxièmement, le commerce et les investissements étrangers sont principalement le fait de la société, et non de l'entreprise publique, de l'université, de la municipalité, de la fondation et autres personnes morales de ce type. Non contentes d'animer la vie économique internationale, les sociétés sont aussi au cœur du règlement des différends internationaux. La protection diplomatique des personnes morales s'entend principalement de la protection des investissements étrangers. C'est pourquoi, la société est la personne morale qui occupe la place centrale dans le domaine de la protection diplomatique; c'est la raison aussi pour laquelle le présent projet d'articles est consacré, et doit l'être, en grande partie à cette entité.

2) Dans l'acception ordinaire du mot, la «personne» s'entend d'un être humain. Au sens juridique, cependant, une «personne» s'entend de tout être, objet, association ou institution

¹³⁶ Dans son opinion individuelle dans l'affaire *ELSI*, M. Oda a évoqué «les principes généraux du droit concernant les sociétés» s'agissant des droits des actionnaires: *C.I.J. Recueil 1989*, p. 87 et 88.

auquel la loi reconnaît la capacité d'acquérir des droits et de contracter des obligations. Il est loisible à un système juridique de conférer la personnalité juridique à tout objet ou association de son choix. L'octroi de la personnalité juridique varie selon les systèmes juridiques et n'obéit pas à des règles uniformes.

3) Il existe un débat doctrinal et jurisprudentiel au sujet de la nature juridique de la personnalité morale et, en particulier, quant à la genèse d'une personne morale. Selon la théorie de la fiction, une personne morale ne peut voir le jour que moyennant un acte formel d'incorporation émanant de l'État. Autrement dit, une entité autre qu'une personne physique peut obtenir les attributs de la personnalité par un acte de l'État qui l'assimile en vertu d'une fiction juridique à une personne physique, sous réserve des limitations que la loi peut imposer. Selon la théorie réaliste, l'existence de la personne morale est un fait et n'est pas tributaire de la reconnaissance par l'État. Dès lors qu'une association ou une entité agit en fait comme une entité juridique distincte, elle devient une personne morale, avec tous les attributs de celle-ci, sans qu'il soit nécessaire que l'État lui octroie la personnalité juridique. Quoi qu'on puisse penser de la théorie dite réaliste, il est évident qu'une personne morale ne saurait exister sans une forme de reconnaissance par la loi, c'est-à-dire par un système juridique interne. C'est ce qu'ont souligné la Cour européenne de justice¹³⁷ et la Cour internationale de Justice¹³⁸.

4) Étant créées par le droit interne, les personnes morales sont extrêmement diverses. Ce peuvent être des sociétés, des entreprises publiques, des universités, des écoles, des fondations, des églises, des collectivités locales, des associations à but non lucratif, des organisations non gouvernementales, voire des partenariats (dans certains pays). Le fait qu'il n'est pas possible de prêter à toutes ces personnes morales des traits communs et uniformes explique pourquoi les auteurs de droit international public et de droit international privé limitent dans une large mesure leur examen des personnes morales en droit international à la société. Il convient néanmoins de s'intéresser aux personnes morales autres que les sociétés dans le contexte de la protection diplomatique. Il ressort de la jurisprudence de la Cour permanente de

¹³⁷ (CEJ), affaire 81/87 *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust* [1988] ECR 5483, par. 19.

¹³⁸ *Barcelona Traction, C.I.J Recueil* 1970, p. 33 et 34 (par. 38).

justice internationale qu'une commune¹³⁹ ou une université¹⁴⁰ peut être considérée dans certaines circonstances comme une personne morale, un national d'un État. On ne voit pas pourquoi une telle personne morale n'aurait pas droit à la protection diplomatique, lorsqu'elle subit un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité autonome ne faisant pas partie de l'appareil de l'État intervenant¹⁴¹. Les fondations à but non lucratif, dont les avoirs sont affectés par un donateur ou un testateur à des fins caritatives, sont des personnes morales qui n'ont pas de membres. De nombreuses fondations actuelles financent des projets à l'étranger afin d'encourager la santé, la protection sociale, les droits des femmes, les droits de l'homme et l'environnement dans des pays en développement. Au cas où de telles personnes morales seraient victimes d'un acte internationalement illicite de l'État hôte, il est probable qu'elles bénéficieraient de la protection diplomatique de l'État sous les lois duquel elles ont été constituées. Les organisations non gouvernementales (ONG) qui luttent pour de nobles causes à l'étranger semblent devoir appartenir à la même catégorie que les fondations¹⁴².

5) Du fait de la diversité des buts et des structures des personnes morales autres que les sociétés, il est impossible d'établir des dispositions distinctes concernant la protection

¹³⁹ Dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente a jugé que la commune de Ratibor faisait partie de la catégorie des «nationaux allemands» au sens de la Convention germano-polonaise relative à la Haute-Silésie de 1922, *C.P.J.I. Recueil, Série A*, n° 7, p. 73 à 75.

¹⁴⁰ Dans *Appel d'un jugement du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. Tchécoslovaquie)*, la Cour permanente a jugé que l'Université était un national hongrois au sens de l'article 250 du Traité de Trianon et qu'elle était donc habilitée à exiger la restitution des biens qui lui appartenaient, *C.P.J.I. Recueil, Séries A/B*, n° 61, p. 208 et 227 à 232.

¹⁴¹ La protection diplomatique étant un processus réservé à la protection des personnes physiques ou morales qui ne font pas partie de l'appareil de l'État, il s'ensuit que, dans la plupart des cas, une commune, en tant que subdivision de l'administration locale, ou une université, qui est financée par l'État et contrôlée par celui-ci en dernier ressort, ne réunit pas les conditions requises pour jouir de la protection diplomatique. Les universités privées pourraient avoir droit à la protection diplomatique; il en irait de même des écoles privées, dès lors que le droit interne leur octroierait la personnalité juridique.

¹⁴² Voir aussi K. Doehring, «*Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations*», dans *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga* (1994), p. 571 à 580.

diplomatique des différents types de personne morale. La façon la plus sage, et réaliste, de procéder est de rédiger une disposition qui étende les principes de la protection diplomatique adoptés pour les sociétés à d'autres personnes morales, sous réserve des modifications à apporter pour tenir compte des différentes caractéristiques de chaque personne morale. C'est ce à quoi tend la disposition proposée. Elle prévoit que les principes concernant l'État de nationalité des sociétés et l'application du principe de la continuité de la nationalité d'une société, énoncés aux articles 9 et 10 respectivement, s'appliquent «*selon le cas*» à la protection diplomatique d'autres personnes morales. À l'origine, c'est l'expression «*mutatis mutandis*» qui avait été employée mais la Commission a décidé qu'il serait plus sage de ne pas utiliser une maxime latine dès lors que l'expression «*selon le cas*» traduisait bien l'idée qu'elle voulait transmettre. Il n'est pas fait mention des articles 11 et 12 étant donné qu'ils ne traitent que des droits des actionnaires.

TROISIÈME PARTIE

RECOURS INTERNES

Article 14

Épuisement des recours internes

1. L'État de la nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes.

2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les tribunaux ou organes, judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, de l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

Commentaire

1) L'article 14 vise à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable de toute réclamation internationale. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour internationale de Justice l'a reconnue comme «une règle bien établie du droit international coutumier»¹⁴³ et, dans l'affaire *Elettronica Sicula* (ELSI), une

¹⁴³ Affaire de l'*Interhandel* (Suisse c. États-Unis d'Amérique) (Exceptions préliminaires) C.I.J. Recueil 1959, p. 27.

chambre de la Cour a salué en elle «un important principe du droit international coutumier»¹⁴⁴. La règle de l'épuisement des recours internes fait en sorte que «l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne»¹⁴⁵. La Commission du droit international a déjà examiné l'épuisement des recours internes dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États et en a conclu qu'il s'agit là d'un «principe du droit international général» étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine¹⁴⁶.

2) Les personnes morales comme les personnes physiques sont tenues d'épuiser les recours internes. Une société étrangère financée partiellement ou principalement par des capitaux publics doit également épuiser les recours internes quand elle accomplit des *acta jure gestionis*. Les personnes autres que les nationaux de l'État exerçant sa protection, qui ont droit à la protection diplomatique dans les circonstances exceptionnelles prévues à l'article 8, sont-elles aussi tenues d'épuiser les recours internes.

3) Le paragraphe 1 parle de la formulation d'une réclamation plutôt que de sa présentation, car le mot «formuler» rend plus exactement compte de la procédure en jeu que le mot «présenter», qui suggère un acte formel auquel sont attachées des conséquences et qui s'emploie de préférence pour désigner le moment dans le temps où la réclamation est formellement faite.

4) L'expression «tous les recours internes» doit s'entendre sous réserve de l'article 16, qui expose les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés. La suggestion de préciser dans cette disposition qu'il ne faut épuiser que les recours internes «adéquats et efficaces» n'a pas été suivie, pour deux raisons. D'une part, parce qu'un tel tempérament de la prescription de l'épuisement des recours internes demande à être traité avec

¹⁴⁴ Affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1989, p. 42, par. 50.

¹⁴⁵ Affaire de l'*Interhandel*, *C.I.J. Recueil* 1959, p. 27.

¹⁴⁶ Article 22 adopté en première lecture. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* et rectificatif (A/51/10 et Corr.7), chap. III D 1; *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), p. 30 à 50; art. 44 adopté en seconde lecture: *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 327 à 330.

une attention particulière dans une disposition à part. D'autre part, le fait que c'est généralement à l'État défendeur qu'incombe la charge de prouver que des recours internes sont disponibles, et généralement à l'État demandeur celle de prouver qu'il n'y a pas de recours effectifs ouverts à la personne lésée¹⁴⁷, exige que ces deux aspects de la règle de l'épuisement des recours internes soient traités séparément.

5) Les recours ouverts à un étranger, qui doivent être épuisés avant qu'une réclamation internationale puisse être formulée, varient inévitablement d'un État à l'autre. Il n'est donc pas possible de codifier une règle absolue régissant toutes les situations. Le paragraphe 2 vise à définir, en termes généraux, la principale catégorie de recours qui doivent être épuisés¹⁴⁸. Tout d'abord, il est évident que l'étranger est tenu d'épuiser tous les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. Même si ce recours ne lui est pas ouvert de droit mais la juridiction supérieure peut, si elle le juge bon, accorder l'autorisation de former un recours, l'étranger doit néanmoins lui demander cette autorisation¹⁴⁹. À ce propos, les juridictions comprennent à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux extraordinaires, car «la question essentielle n'est pas de savoir s'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, mais s'il offre un remède efficace et suffisant»¹⁵⁰. Les recours administratifs doivent eux aussi

¹⁴⁷ La question de la charge de la preuve a été examinée par le *Rapporteur spécial* dans le troisième rapport sur la protection diplomatique, A/CN.4/523 et Add.1, par. 102 à 118. La Commission a décidé de ne pas retenir de projet d'article sur ce sujet, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), par. 240 à 252. Voir aussi l'affaire *Elettronica Sicula (ELSI)*, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 46 à 48 (par. 59 à 63).

¹⁴⁸ Dans l'affaire *Ambatielos*, le tribunal arbitral avait déclaré que «c'[était] l'ensemble du système de protection juridique prévu par le droit interne qui [devait] avoir été mis à l'épreuve», (1956) Nations Unies, *R.S.A.*, vol. XII, p. 120. Sur ce sujet, voir aussi C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 1990.

¹⁴⁹ On citera, à titre d'exemple, la procédure de *certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis.

¹⁵⁰ *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57 (1958-1959), 2 *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 438, (référence à l'avis exprimé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1954 (*Annuaire*, 1956, vol. 46, p. 364)). Voir aussi l'affaire *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57, *ibid.*, p. 318 à 322.

être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui peuvent aboutir à une décision obligatoire, suivant l'adage *ubi jus ibi remedium*. Il n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent pas les recours gracieux¹⁵¹, ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»¹⁵². Les recours en grâce entrent aussi dans cette catégorie¹⁵³. Le fait de s'adresser à un ombudsman n'est pas non plus considéré comme un recours.

6) Pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les tribunaux nationaux, tous les arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a dit que:

«pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès»¹⁵⁴.

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

«[t]ous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur ... doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne»¹⁵⁵.

¹⁵¹ Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of Certain Finnish Vessels during the War (*Arbitrage relatif aux navires finlandais*) 1934, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1479.

¹⁵² *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56, 1958-1959, 2 *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 238.

¹⁵³ Voir *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Cour internationale de Justice, arrêt du 31 mars 2004, par. 135 à 143.

¹⁵⁴ *C.I.J. Recueil 1989*, par. 59.

¹⁵⁵ Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1502.

7) Le plaideur étranger doit donc produire les éléments de preuve dont il dispose à l'appui de la substance de sa demande dans le cadre de l'épuisement des recours internes¹⁵⁶. Il ne peut se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de sa demande au niveau national¹⁵⁷.

Article 15

Catégorie de réclamations

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclament ou à une autre personne visée à l'article 8.

Commentaire

1) La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé «indirectement», c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité¹⁵⁸. Elle ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale.

2) En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte» lorsqu'elle «mélange» des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux. De nombreux différends portés devant les juridictions internationales correspondaient à ce cas de figure. Dans l'affaire dite des *Otages*¹⁵⁹,

¹⁵⁶ Affaire *Ambatielos*, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. XII, p. 120.

¹⁵⁷ D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, p. 1059.

¹⁵⁸ Ceci cadre avec le principe exposé par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel «en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international», *C.P.J.I.*, 1924, *Série A*, n. 2, p. 12.

¹⁵⁹ Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, (*États-Unis c. Iran*), *C.I.J. Recueil* 1980, p. 3. Voir aussi *Avena et autres ressortissants*

il y avait un manquement direct de la part de la République islamique d'Iran à l'obligation dont elle était tenue envers les États-Unis d'Amérique de protéger leurs agents diplomatiques et consulaires, mais il y avait en même temps un dommage causé à la personne de leurs nationaux (agents diplomatiques et consulaires) détenus comme otages; et dans l'affaire de l'*Interhandel*¹⁶⁰, la Suisse s'était plainte d'avoir été lésée à la fois directement, par la violation d'un traité, et indirectement, par un préjudice causé à une société de droit suisse. Dans l'affaire des *Otages*, la Cour a considéré qu'il y avait eu violation directe du droit international, et dans celle de l'*Interhandel*, elle avait jugé que la lésion alléguée était principalement indirecte et que l'*Interhandel* n'avait pas épuisé les recours internes.

3) Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, en disant:

«la Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi.»¹⁶¹.

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

mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt de la Cour internationale de Justice du 31 mars 2004, par. 40, dans lequel la Cour a estimé que le Mexique avait été directement lésé par le préjudice causé à ses ressortissants eu égard au paragraphe 1 de l'article 36, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

¹⁶⁰ *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.

¹⁶¹ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 43, par. 52. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel*, *ibid.*, 1959, p. 28.

à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. Dans ces conditions, la Commission a préféré n'adopter qu'un seul critère – celui de la prépondérance.

4) Les autres «critères» invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice causé au national. Les principaux facteurs à considérer pour ce faire sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, lorsque l'objet du litige est un agent diplomatique¹⁶² ou un bien de l'État¹⁶³, la réclamation sera normalement directe, et lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national, elle sera indirecte.

5) L'article 15 précise bien que les recours internes doivent être épuisés non seulement dans le cas d'une réclamation internationale, mais encore dans celui d'une demande de jugement déclaratif reposant principalement sur un préjudice causé à un national. Bien que l'on puisse considérer que si l'État ne demande pas d'indemnité pour un national lésé, mais une simple décision sur l'interprétation et l'application d'un traité, il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés¹⁶⁴, il est des cas où un État a été requis d'épuiser les recours internes quand il demandait un arrêt déclaratoire portant sur l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur aurait violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement réservé par lui à un national de l'État demandeur¹⁶⁵. L'article 15 dit nettement qu'une demande de jugement déclaratif ne vaut pas en soi exemption de la règle d'épuisement des recours internes. Lorsque la demande de jugement déclaratif est accessoire d'une réclamation invoquant un préjudice causé à un national ou est liée à une telle réclamation – *qu'elle s'accompagne ou non d'une demande d'indemnisation du national lésé ou de restitution en sa faveur* –, il demeure possible à un

¹⁶² Affaire des *Otages*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

¹⁶³ Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), Fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

¹⁶⁴ Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens, France c. États-Unis d'Amérique, 1978, Nations Unies, R.S.A., vol. XVIII, p. 415; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1988, p. 29, par. 41.

¹⁶⁵ Voir *Interhandel* C.I.J. Recueil 1959, p. 28 et 29, et *ELSI*, C.I.J. Recueil 1989, p. 43.

tribunal de statuer que, au vu de toutes les circonstances de l'espèce, la demande de jugement déclaratif repose principalement sur le préjudice causé au national. Une telle décision serait juste et raisonnable s'il est établi que l'État demandeur a délibérément sollicité un jugement déclaratif pour éviter de se plier à la règle de l'épuisement des recours internes.

Article 16

Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

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

- a) Les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;
- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État réputé responsable;
- c) Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes;
- d) L'État réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

Commentaire

1) L'article 16 vise les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Les alinéas *a* à *c*, qui concernent les circonstances faisant qu'il serait injuste ou déraisonnable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes avant de formuler une réclamation, sont des exceptions claires à la règle de l'épuisement des recours internes. L'alinéa *d* vise une situation différente – celle qui se présente lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle.

Alinéa a

2) L'alinéa *a* vise l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes parfois dite, sans autre précision, de «futilité» ou d'«inefficacité». La Commission a examiné trois options pour la formulation d'une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés:

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

Ces options ont toutes trois des partisans.

3) La Commission a examiné le critère de la «futilité manifeste», exposé par l'arbitre Bagge dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*¹⁶⁶, mais elle a décidé qu'il fixait la barre trop haut. À l'inverse, le critère de «l'absence de perspective raisonnable de succès», accepté par la Commission européenne des droits de l'homme dans plusieurs décisions¹⁶⁷, lui a paru trop généreux pour le demandeur. Elle a donc préféré la troisième option, qui, sans être aussi stricte que la formule «futilité manifeste», n'en impose pas moins une lourde charge au demandeur en l'obligeant à prouver que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'État défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace. Ce critère trouve son origine dans une opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*¹⁶⁸, et il a l'appui d'une partie de la doctrine¹⁶⁹. Et d'ailleurs, il cadre avec les cas où il a été jugé que les recours internes n'ont pas à être épuisés si le tribunal interne est incompétent à l'égard du différend considéré¹⁷⁰; que les tribunaux ne peuvent pas

¹⁶⁶ Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1504.

¹⁶⁷ *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 712/60, 4 *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 400; *X, Y et Z c. RU*, requêtes n°s 8022/77, 8027/77, 18 *Commission européenne des droits de l'homme, Décisions et rapports*, p. 74. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture, *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), par. 48.

¹⁶⁸ *C.I.J. Recueil 1957*, vol. IX, p. 39.

¹⁶⁹ Voir le troisième rapport sur la protection diplomatique (2002), A/CN.4/523 et Add.1, par. 35.

¹⁷⁰ Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *C.P.J.I.*, 1939, *Séries A/B*, n° 76, p. 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, rapportée dans 1934, 28 *A.J.I.L.*, p. 789; *Claims of R. Gelbtrunk and the «Salvador Commercial Co.» et al.*, 1902, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. XV, p. 467 à 477; *The Lottie May Incident*, Arbitrage entre le Honduras et le Royaume-Uni, 1899, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. XV, p. 31; opinion individuelle du juge Lauterpacht en

connaître la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger¹⁷¹; que les tribunaux internes manquent notoirement d'indépendance¹⁷²; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à l'étranger¹⁷³; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant¹⁷⁴, ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire¹⁷⁵.

4) Le point de savoir si les recours internes offrent ou non une possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace doit être tranché à la lumière du droit interne et des circonstances existant au moment où ces recours doivent être utilisés. Cette question relève de la juridiction internationale compétente chargée d'examiner l'épuisement des recours internes. La décision sur ce point doit être prise en admettant l'hypothèse que la demande est fondée¹⁷⁶.

l'affaire des *Emprunts norvégiens*, *C.I.J. Recueil* 1957, p. 39 et 40; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*; Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1535.

¹⁷¹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (1934), 28 *A.J.I.L.*, p. 789. Voir aussi *Affaire des Forêts du Rhodope central (Fond)*, 1933, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1405; affaire *Ambatielos*, *ibid.*, vol. XII, p. 119; affaire de l'*Interhandel*, *C.I.J. Recueil* 1959, p. 28.

¹⁷² Affaire *Robert E. Brown*, 1923, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. VI, p. 120; affaire *Vélasquez Rodríguez*, 1989 28 *I.L.M.*, p. 304 à 309.

¹⁷³ Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *C.P.J.I* 1939, *Série A/B*, n° 76, p. 18 *SS «Lisman»* 1937, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1773; *SS «Seguranca»* 1939, *ibid.*, p. 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *ibid.*, p. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 1956, 1 *Annuaire de la Convention européenne...*, p. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 1958-1959, 2 *ibid.*, p. 344; *X. c. Autriche*, 1960, 3 *ibid.*, p. 202.

¹⁷⁴ *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, Nations Unies *R.S.A.*, p. 1496 et 1497; affaire *Vélasquez Rodríguez*, 28 *I.L.M.*, p. 304 à 309; *Yağci and Sargin c. Turquie*, Arrêt du 8 juin 1995, *Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions*, N° 319, p. 17, par. 42; *Hornsby c. Grèce*, Arrêt du 19 mars 1997, 1997-II, *ibid.*, N° 33, p. 509, par. 37.

¹⁷⁵ *Mushikiwabo et autres c. Barayagwiza*, 1997, 107 *I.L.R.*, p. 460. Sous la dictature militaire au Chili, la Commission interaméricaine des droits de l'homme avait décidé que les irrégularités inhérentes aux actions devant la justice militaire dispensaient d'épuiser les recours internes; résolution 1a/88, affaire 9755, *Ann. Rep I A Com HR* 1987/88.

¹⁷⁶ *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, Nations Unies *R.S.A.*, vol. III, p. 1504; *Ambatielos*, *ibid.*, vol. XII, p. 119 et 120.

Alinéa b

5) La possibilité d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes lorsque l'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne est confirmée par les essais de codification¹⁷⁷, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique en la matière¹⁷⁸, les décisions judiciaires¹⁷⁹ et la doctrine. La Commission n'ignore pas qu'il est difficile de donner un contenu ou une signification objectifs à la formule «retard abusif» comme d'essayer de prescrire un délai fixe dans lequel les recours internes doivent être menés à bien. Chaque espèce doit être jugée d'après les faits de la cause. Comme la Commission anglo-mexicaine des réclamations le déclarait dans l'affaire *El Oro Mining*:

La Commission n'essayera pas de dire avec précision dans quel délai exactement un tribunal est censé rendre un jugement. Cela dépend nécessairement de plusieurs circonstances, au premier rang desquelles le volume de travail qu'implique un examen approfondi de l'affaire, en d'autres termes l'ampleur de cette dernière¹⁸⁰.

6) L'alinéa *b* dit clairement que le retard intervenant dans l'administration du recours est attribuable à l'État présumé responsable d'un préjudice causé à un étranger. La formule «administration du recours» est ici préférée à «recours internes», car elle est destinée à recouvrir

¹⁷⁷ Voir l'analyse des premières tentatives de codification que *F.V. Garcia-Amador* faisait dans son premier rapport, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 223 à 226; voir aussi l'article 19 2) du projet de Convention de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, élaboré par l'équipe Harvard Research on International Law, reproduit dans 1961, 55 *A.I.J.L.*, p. 577.

¹⁷⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques [art. 41, par. 1 c)]; Convention américaine relative aux droits de l'homme [art. 46 2 c)]; *Weinberger c. Uruguay*, communication 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Sélection de décisions*, vol. 1, p. 59; *Las Palmeras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Série C, Décisions and Judgments*, n° 67, par. 38 (4 février 2000); *Erdoğan c. Turquie*, Requête n° 19807/92, N° 84 A, Commission européenne des droits de l'homme (1996), *Décisions et rapports*, p. 15.

¹⁷⁹ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain v. United Mexican States)*, 1931, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. V, p. 198. Voir aussi affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless* (Exceptions préliminaires) (1933) *C.P.J.I.*, *Séries A/B*, n° 52, p. 16.

¹⁸⁰ Nations Unies, *R.S.A.*, vol. V, p. 198.

la totalité du processus par lequel les recours internes sont exercés et menés à terme et les canaux par lesquels ils passent.

Alinéa c

7) L'exception à la règle de l'épuisement des recours internes qui figure à l'alinéa *a* de l'article 16 aux termes duquel il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'«[ils] n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», ne couvre pas les situations dans lesquelles les recours internes pourraient offrir une possibilité raisonnable de réparation efficace, mais où il serait déraisonnable ou particulièrement injuste pour l'étranger lésé de vouloir les épuiser. Même dans les cas où il existe des recours internes effectifs, il serait déraisonnable et injuste d'exiger d'une personne lésée qu'elle les épuise quand, par exemple, son bien a souffert d'un dommage causé à l'environnement par la pollution, de retombées radioactives ou de la chute d'un objet spatial émanant d'un État où ce bien n'est pas situé; ou dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu par un État dont l'espace aérien a été violé accidentellement; ou quand l'État défendeur ou quelque autre organe met de sérieux obstacles à son utilisation des recours internes. En pareils cas, on a pu dire que les recours internes n'ont pas à être épuisés en raison de l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial entre la personne physique lésée et l'État défendeur, ou en raison de l'existence d'une exception pour difficultés extraordinaires.

8) Certains auteurs font valoir que dans toutes les affaires où l'on a exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait un certain lien entre l'individu lésé et l'État défendeur (présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou relation contractuelle avec l'État défendeur, par exemple)¹⁸¹. Pour les tenants de cette thèse, la nature de la protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours internes ont beaucoup évolué depuis quelque temps. Si, à ses débuts, la protection diplomatique jouait essentiellement dans les situations où l'étranger résidant dans un État étranger et y exerçant une activité économique était lésé par l'action de cet État et pouvait donc être censé épuiser les recours internes au nom de l'idée que le national qui se rend à l'étranger doit normalement être obligé d'accepter le droit du

¹⁸¹ Voir Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990), p. 138; T. Meron, «The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies», 1959, 35 *B.Y.I.L.*, p. 94.

pays hôte en l'état où il le trouve, y compris les voies de droit ouvertes pour la réparation de préjudices, une personne physique peut de nos jours être lésée par le fait d'un État étranger en dehors de son territoire ou par quelque acte accompli dans son territoire, alors même que la personne en question n'a aucun lien de rattachement avec ce territoire. On en trouve des exemples dans le dommage transfrontière causé à l'environnement (l'explosion, par exemple, de la centrale nucléaire de Tchernobyl, près de Kiev, en Ukraine, dont les retombées radioactives ont été ressenties jusqu'au Japon et en Scandinavie) et le fait d'abattre un aéronef qui s'était égaré dans l'espace aérien d'un État (comme dans l'affaire de l'*Incident aérien* où la Bulgarie avait abattu un appareil d'El Al qui avait par hasard pénétré dans son espace aérien). Le fondement de cette règle d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial réside dans le risque que l'étranger assume dans un État étranger. Ce n'est que dans les cas où l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il peut être censé épuiser les recours internes.

9) Ni la jurisprudence ni la pratique des États ne fournissent d'indications bien nettes quant à l'existence d'une telle exception à la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on trouve des *dicta* penchant dans ce sens dans les affaires de l'*Interhandel*¹⁸² et *Salem*¹⁸³, il est d'autres affaires¹⁸⁴ où la règle de l'épuisement des recours internes a été jugée applicable malgré l'absence de lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État défendeur. Tant dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*¹⁸⁵ que dans celle de l'*Incident aérien (Israël c. Bulgarie)*¹⁸⁶, des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la Cour internationale ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la

¹⁸² La Cour internationale de Justice y disait ceci: «... il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens», *C.I.J. Recueil 1959*, p. 27. Pas de passage en italique dans l'original.

¹⁸³ Dans cette affaire, un tribunal arbitral avait déclaré: «En règle générale, un étranger doit reconnaître qu'il est lui-même justiciable des voies de droit instituées par le pays où il a bel et bien choisi de résider», 1932, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. II, p. 1202.

¹⁸⁴ *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *ibid.*, vol. III, *Ambatielos*, *ibid.*, vol. XII.

¹⁸⁵ Plaidoiries de la France, *C.I.J. Mémoires 1957*, vol. I, p. 408.

¹⁸⁶ *Affaire relative à l'Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, (Exceptions préliminaires), Plaidoiries d'Israël, *C.I.J. Mémoires 1959*, p. 531 et 532.

*Fonderie de Trail*¹⁸⁷, affaire de pollution transfrontière dans laquelle il n'y avait ni lien volontaire, ni lien de rattachement territorial, le Canada n'avait pas insisté sur l'épuisement des recours internes. Cette affaire et d'autres¹⁸⁸, dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes avait été écartée en l'absence de lien volontaire, ont été interprétées comme venant au soutien du principe qui subordonne l'application de cette règle à la condition préalable d'une acceptation volontaire de juridiction. Or, le fait que l'on n'a pas entendu faire jouer la règle de l'épuisement des recours internes dans ces affaires peut s'expliquer autrement: il s'agissait d'un cas de préjudice direct où les recours internes n'ont pas à être épuisés, ou d'un cas où le compromis d'arbitrage ne l'exigeait pas.

10) Tout en considérant qu'il est nécessaire de prévoir expressément cette exception à la règle des recours internes, la Commission a préféré ne pas employer le terme «lien volontaire» pour la définir, car il souligne l'intention subjective de la personne lésée plutôt que l'absence de lien objectivement déterminable entre cette personne et l'État d'accueil. Au surplus, il serait difficile en pratique de prouver l'existence d'un tel critère subjectif. D'où la décision de la Commission d'exiger l'existence d'un «lien pertinent» entre l'étranger lésé et l'État d'accueil. Ce lien doit être «pertinent» en ce sens qu'il doit se rattacher d'une manière ou d'une autre au préjudice subi. Le tribunal sera tenu d'examiner non seulement la question de savoir si la personne lésée était présente, résidait ou exerçait une activité économique sur le territoire du pays d'accueil, mais encore si, en l'occurrence, elle avait, par son comportement, assumé le risque d'être soumise à la justice de l'État d'accueil dans le cas où elle subirait un préjudice. Il a été décidé que le mot «pertinent» était celui qui permettrait le mieux au tribunal d'examiner les éléments essentiels régissant la relation entre l'étranger lésé et l'État d'accueil dans le contexte du préjudice considéré en vue de déterminer si l'étranger lésé avait assumé ce risque.

11) La seconde partie de l'alinéa *c* est destinée à donner à un tribunal le pouvoir d'écarter la nécessité d'épuiser les recours internes lorsque, vu toutes les circonstances de l'espèce, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que cette règle soit respectée. Pour en décider, il faudra évidemment examiner chaque espèce dans ses particularités, et il serait malavisé d'essayer de

¹⁸⁷ 1935, Nations Unies, *R.S.A.*, vol. III, p. 1905.

¹⁸⁸ L'affaire *Virginus*, rapportée dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, p. 903; l'affaire *Jessie*, rapportée dans 1922, 16 *A.J.I.L.*, p. 114 à 116.

donner une liste exhaustive des facteurs qui pourraient justifier cette exception. On indiquera cependant que celle-ci pourrait être invoquée lorsqu'un État empêche un étranger lésé d'avoir matériellement accès à ses tribunaux, par exemple en lui refusant l'entrée de son territoire ou en l'exposant à des dangers tels qu'il ne serait pas en sécurité s'il cherchait à y pénétrer; ou dans les cas où des actes d'associations de malfaiteurs dans l'État d'accueil y empêcheraient l'introduction d'instances devant les tribunaux internes; ou encore, si l'épuisement des recours internes est d'un coût prohibitif.

Alinéa d

12) Il peut arriver qu'un État soit prêt à renoncer à exiger l'épuisement des recours internes. Comme la règle a pour but de protéger les intérêts de l'État mis en cause par un étranger, cet État peut lui-même renoncer à cette protection. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi dit:

«Dans les affaires de ce type, conformément aux principes généralement reconnus du droit international et à la pratique internationale, la règle qui exige l'épuisement préalable des recours internes est établie au bénéfice de l'État, qu'elle dispense ainsi d'avoir à répondre devant un organe international des faits à lui imputés avant qu'il ait eu la possibilité d'y remédier par les voies internes. Cette exigence est donc considérée comme un moyen de défense pour l'État qui peut, par conséquent, y renoncer, ne serait-ce que tacitement.»¹⁸⁹.

13) La renonciation à cette exigence de l'épuisement de recours internes peut revêtir bien des formes différentes. Elle peut figurer dans une convention bilatérale ou multilatérale conclue avant ou après la naissance du différend, ou dans un contrat entre l'étranger et l'État défendeur; elle peut être expresse ou implicite, ou encore être déduite du comportement de l'État défendeur dans des circonstances où l'on peut parler d'estoppel ou de déchéance du droit d'exiger l'épuisement des recours internes.

¹⁸⁹ Affaire du *Gouvernement costaricien*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (1984), 67 *I.L.R.*, p. 587, par. 26. Voir aussi l'affaire *ELSI*, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50; et les affaires *De Wilde, Ooms et Versyp* («Affaires vagabondage»), Cour européenne des droits de l'homme, 1971, 56 *I.L.R.*, p. 370, par. 55.

14) Une clause expresse de renonciation peut être insérée dans un compromis d'arbitrage spécialement conclu pour régler un différend déjà né ou dans un traité général prévoyant que les différends à naître dans l'avenir devront être réglés par voie d'arbitrage ou une autre forme de règlement international des différends. Elle pourra aussi figurer dans un contrat passé entre un État et un étranger. De l'avis général, une renonciation expresse est toujours valide. La renonciation est désormais courante dans la pratique des États, et de nombreuses conventions d'arbitrage contiennent des clauses de renonciation. Le meilleur exemple en est sans doute l'article 26 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui est ainsi conçu:

«Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant la renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.»¹⁹⁰.

Il est généralement admis que les renonciations expresses, qu'elles figurent dans un accord entre des États ou dans un contrat entre un État et un étranger, sont irrévocables, même si le contrat est régi par le droit de l'État d'accueil¹⁹¹.

15) Il faut se garder d'admettre d'emblée qu'il y a implicitement renonciation à l'épuisement des recours internes. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour internationale de Justice a dit à ce propos qu'elle

«ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée.»¹⁹².

¹⁹⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159.

¹⁹¹ Affaire du *Gouvernement costa-ricien*, 67 *I.L.R.* 140, p. 587, par. 26; «Affaires vagabondage», 56 *I.L.R.*, 140, p. 370, par. 55.

¹⁹² *C.I.J. Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

16) En revanche, lorsque l'intention des parties de renoncer à cette règle ne fait pas de doute, cette intention doit être respectée. Tant les décisions judiciaires¹⁹³ que la doctrine confirment cette conclusion. Il n'est pas possible de poser de règle générale qui dise quand on peut admettre qu'il y a intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes. Il faut le déterminer en chaque cas à la lumière des termes de l'instrument considéré et des circonstances dans lesquelles il a été adopté. Lorsque l'État défendeur a accepté de soumettre à l'arbitrage ses différends éventuels avec l'État demandeur, on peut considérer qu'un tel accord «n'implique pas la renonciation au droit d'exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'une des parties contractantes endosse la réclamation de son national»¹⁹⁴. L'existence en pareil cas d'une forte présomption à l'encontre de la renonciation implicite ou tacite a été confirmée par la Chambre de la Cour internationale de Justice qui a connu de l'affaire *ELSI*¹⁹⁵. Il est sans doute plus facile d'admettre une renonciation implicite dans le cas d'un compromis d'arbitrage conclu après la naissance du différend en question. En pareil cas, on peut soutenir que la renonciation peut être considérée comme implicite si l'État défendeur a conclu avec l'État demandeur une convention d'arbitrage couvrant les différends relatifs au traitement des nationaux postérieurement au préjudice causé au national qui est l'objet du litige, dès lors que cette convention est muette sur le point de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est maintenue ou non.

17) Bien que l'idée que la conduite suivie par l'État défendeur dans une procédure internationale puisse faire que cet État se trouve empêché d'exiger l'épuisement des recours internes bénéficie d'un certain soutien¹⁹⁶, la Commission a préféré ne pas mentionner l'estoppel

¹⁹³ Voir, par exemple, *Steiner and Gross v. Polish State*, 1927-1928 4 *Annual Digest of Public International Law Cases*, p. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Sentence n° 93-2-3 (1983) 4 *Iran-US CTR*, p. 96.

¹⁹⁴ F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», 1967, 42 *B.Y.I.L.*, p. 32.

¹⁹⁵ *C.I.J. Recueil 1989*, p.15. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la Cour permanente de Justice internationale avait jugé que l'acceptation de la clause facultative de l'article 36, par. 2, du Statut de la Cour ne valait pas renonciation implicite à la règle de l'épuisement des recours internes: 1939 *C.P.J.I., Séries A/B*, n° 76, p. 19, (argument avancé par le juge van Eysinga dans une opinion dissidente, *ibid.*, p. 35 et 36).

¹⁹⁶ Voir l'affaire *ELSI*, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 44, par. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (tribunal arbitral), 1966, 102 *I.L.R.*, p. 285, par. 6.33; *Foti and others*, 1982, 71 *I.L.R.*, p. 380, par. 46.

dans sa formulation de la règle régissant la renonciation, en raison de l'incertitude qui entoure la doctrine dite de l'estoppel en droit international. La Commission a jugé plus sage de laisser la possibilité de considérer comme une renonciation implicite le comportement dont on pourrait déduire une renonciation à l'exigence de l'épuisement des recours internes.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 17

Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les présents articles sont sans préjudice du droit des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique qui s'étaient constituées au fil des siècles et les principes plus récents régissant la protection des droits de l'homme se complètent et, en dernière analyse, ont le même objet – la protection des droits de l'homme¹⁹⁷. Les présents articles doivent donc indiquer clairement qu'ils ne visent pas à écarter ni à priver d'effet le droit des États autres que l'État de nationalité d'une personne lésée de protéger cette personne en vertu soit du droit international coutumier, soit d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif aux droits de l'homme. Ils ne sont pas non plus censés entraver le droit des personnes physiques ou d'autres entités, telles que les organisations non gouvernementales d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

2) Un État peut protéger une personne lésée qui n'est pas son national contre l'État de nationalité ou contre un État tiers dans le cadre des procédures gouvernementales prévues par le

¹⁹⁷ Voir le premier rapport sur la protection diplomatique du 7 mars 2000 (A/CN.4/506), en particulier par. 22 à 32.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁹⁸, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁹⁹, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁰⁰, la Convention européenne des droits de l'homme²⁰¹, la Convention américaine des droits de l'homme²⁰² et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁰³. Les mêmes conventions permettent à un État de protéger ses nationaux dans le cadre de procédures gouvernementales. Le droit international coutumier permet en outre aux États de protéger les droits de non-nationaux au moyen de protestations, de négociations et, si un instrument juridictionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. La décision de²⁰⁴, selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, est aujourd'hui considérée comme non conforme au droit et a été expressément répudiée par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État²⁰⁵. De plus, l'article 48 de ce projet autorise un État autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble²⁰⁶.

3) L'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'exercice de ce droit prend le plus souvent la

¹⁹⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 41.

¹⁹⁹ Id., art. 11.

²⁰⁰ Ibid., vol. 1465, p. 85, art. 21.

²⁰¹ Art. 24.

²⁰² Art. 45.

²⁰³ Ibid., vol. 1520, p. 217, Art. 47 à 54.

²⁰⁴ *Deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6.

²⁰⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément N° 10* (A/56/10), commentaire de l'article 48, note 766.

²⁰⁶ Ibid.

forme d'une requête adressée à un organe international de suivi des droits de l'homme²⁰⁷. Des droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme. Dans l'affaire *La Grand*, la Cour internationale de Justice a estimé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du Protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité»²⁰⁸ et dans l'affaire *Avena*, la Cour a observé en outre «que toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'État d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu; »²⁰⁹. Une clause de sauvegarde a été insérée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution²¹⁰.

4) Les actions ou procédures visées à l'article 17 comprennent celles qui sont prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme tant universels que régionaux ainsi que tout autre traité pertinent. L'article 17 ne traite pas toutefois des recours internes.

5) L'article 17 précise bien que les présents articles sont sans préjudice du droit que peuvent avoir des États, des personnes physiques ou d'autres entités d'assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite par des procédures autres que la protection diplomatique. Néanmoins, lorsqu'un État a recours à de telles procédures, il n'abandonne pas

²⁰⁷ Voir, par exemple, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171; art. 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; art. 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

²⁰⁸ *La Grand (Allemagne c. États Unis d'Amérique)*, *Fond, C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77.

²⁰⁹ *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 31 mars 2004, p. 26, par. 40.

²¹⁰ Cet article se lit comme suit: «La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État». *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 76.

son droit d'exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne au cas où celle-ci aurait sa nationalité²¹¹.

Article 18

Dispositions conventionnelles spéciales

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales, y compris celles qui ont trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États.

Commentaire

1) Les investissements étrangers sont en grande partie réglementés et protégés par des traités bilatéraux d'investissement²¹². Le nombre de traités bilatéraux d'investissement a considérablement augmenté ces dernières années et on estime aujourd'hui leur nombre à près de 2 000. L'une des caractéristiques importantes du traité bilatéral d'investissement est qu'il prévoit une procédure de règlement des différends relatifs aux investissements. Certains d'entre eux permettent aux investisseurs de régler directement leur différend avec l'État hôte ou devant un tribunal spécial ou un tribunal établi par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États²¹³. D'autres prévoient le règlement des différends relatifs aux investissements par la voie d'un arbitrage entre l'État de nationalité de l'investisseur (société ou actionnaire) et l'État hôte au sujet de l'interprétation ou de l'application de la disposition pertinente du traité bilatéral d'investissement visé. Les procédures de règlement des différends offertes par les traités bilatéraux d'investissement et le CIRDI sont plus intéressantes pour l'investisseur étranger que le système de la protection

²¹¹ Dans l'affaire *Selmouni c. France*, requête N° 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, CEDH, 1999-V, p. 149, les Pays-Bas sont intervenus pour appuyer la plainte individuelle d'un de leurs nationaux contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cela ne les empêchait pas de formuler une réclamation dans l'exercice de leur protection diplomatique en faveur de l'individu lésé – s'ils avaient choisi de le faire.

²¹² La Cour internationale de Justice l'a reconnu dans l'affaire de la *Barcelona Traction, C.I.J. Recueil 1970*, p. 47 (par. 90).

²¹³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159.

diplomatie régie par le droit international coutumier car elles donnent directement accès à l'arbitrage international et permettent d'éviter l'incertitude politique inhérente à la nature discrétionnaire de la protection diplomatique.

2) Le recours aux procédures de règlement des différends prévues dans un traité bilatéral d'investissement ou par le CIRDI exclut dans la plupart des cas l'application des règles de droit coutumier relatives à la protection diplomatique²¹⁴.

3) L'article 18 indique clairement que les présents articles ne s'appliquent pas au régime spécial, parallèle, de protection des investisseurs étrangers prévu dans des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. Il reconnaît toutefois que certains traités n'excluent pas totalement le recours à la protection diplomatique. C'est pourquoi, il est dit que les articles ne s'appliquent pas «dans les cas et dans la mesure où» ils sont incompatibles avec les dispositions d'un traité bilatéral d'investissement. Dans la mesure où ils restent compatibles avec le traité en question, ils continuent à s'appliquer.

Article 19

Équipages des navires

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

Commentaire

1) L'article 19 a pour but d'affirmer le droit du ou des États de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique à leur profit, tout en reconnaissant que l'État de nationalité du navire a aussi le droit de demander réparation à leur bénéfice, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à cause d'un dommage causé au navire par suite

²¹⁴ Selon l'article 27 1) de la Convention instituant le CIRDI: «Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.».

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

2) La pratique des États, telle qu'elle ressort de la jurisprudence et de la doctrine, confirme dans une certaine mesure que l'État de nationalité d'un navire (l'État du pavillon) peut protéger les membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité. Il y a aussi de solides considérations de principe en faveur de cette démarche.

3) La pratique des États émane surtout des États-Unis. En droit américain, les gens de mer étrangers ont toujours eu droit à la protection des États-Unis lorsqu'ils servaient à bord de navires américains. Dans l'optique américaine, dès qu'un marin prenait du service à bord d'un navire, la seule nationalité pertinente était celle de l'État du pavillon²¹⁵. Les États-Unis ont constamment réaffirmé ce statut unique des étrangers servant à bord de navires américains dans leurs communications diplomatiques et leurs règlements consulaires²¹⁶. Cela dit, les États-Unis eux-mêmes, dans une communication datée du 20 mai 2003²¹⁷ adressée à la Commission du droit international, doutent que cette pratique constitue la preuve de l'existence d'une règle coutumière.

4) Pour leur part, les sentences arbitrales internationales ne sont pas concluantes quant au droit d'un État d'étendre le bénéfice de sa protection à des marins qui n'ont pas sa nationalité, mais elles penchent en général plutôt pour que contre ce droit. Dans l'affaire *McCready (US)*

²¹⁵ *Ross c. McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891).

²¹⁶ G.H. Hackworth, *Digest of International Law* (1942), vol. 3, p. 418, vol. 4, p. 883 et 884.

²¹⁷ Cette communication se trouve dans les archives de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies. Les États-Unis s'y appuient beaucoup sur un article critique d'Arthur Watts, «The Protection of Alien Seamen», paru dans la revue *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 691.

c. *Mexico*, le surarbitre, Sir Edward Thornton, avait conclu comme suit: «Les marins en service dans la marine de guerre ou la marine marchande sous un drapeau qui n'est pas le leur ont droit, pendant la durée de ce service, à la protection du drapeau sous lequel ils servent»²¹⁸. Dans l'affaire du «*I'm Alone*»²¹⁹, née d'un incident au cours duquel un navire canadien avait été coulé par un garde-côtes américain, le Gouvernement canadien avait réclamé avec succès une indemnité au nom de trois membres étrangers de l'équipage, affirmant que lorsqu'une réclamation était formulée pour un navire, les membres de l'équipage devaient être réputés, aux fins de la réclamation, avoir la même nationalité que le navire. Dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation pour les dommages*, deux des juges, dans leurs opinions dissidentes, s'étaient donné beaucoup de mal pour approuver le droit d'un État d'exercer sa protection au bénéfice des membres étrangers d'un équipage²²⁰.

5) En 1999, le Tribunal international du droit de la mer a rendu sa décision en l'*affaire du navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*²²¹, qui retient, mais non sans ambiguïté, le droit de l'État du pavillon de protéger les membres étrangers de l'équipage. Le différend dans cette affaire était né de l'arraisonnement et l'immobilisation du *Saiga* par la Guinée, alors qu'il avitailait en carburant des navires de pêche qui se trouvaient au large des côtes de Guinée. Le *Saiga* était immatriculé à Saint-Vincent-et-les Grenadines («Saint-Vincent»), et son capitaine ainsi que son équipage étaient de nationalité ukrainienne. Il y avait aussi trois travailleurs sénégalais à bord au moment de l'arraisonnement. Après avoir arraisonné le navire, la Guinée l'avait immobilisé et avait placé l'équipage en détention. Dans la procédure engagée devant le Tribunal international du droit de la mer, la Guinée a contesté la recevabilité de la demande, au motif, entre autres, que les membres de l'équipage lésés n'avaient pas la nationalité de Saint-Vincent. Le Tribunal a écarté ces exceptions d'irrecevabilité et jugé que la Guinée avait porté atteinte aux droits de Saint-Vincent en arraisonnant et en immobilisant le navire et en plaçant son équipage en détention. Il a ordonné à la Guinée de payer une

²¹⁸ Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2536.

²¹⁹ (1935), 29 *A.J.I.L.* 326.

²²⁰ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, 202 et 203 (M. Hackworth) et p. 206 et 207 (M. Badawi Pacha).

²²¹ *I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 1323.

indemnité à Saint-Vincent en réparation des dommages causés au *Saiga* et du préjudice subi par son équipage.

6) Bien que le Tribunal ait considéré que ce différend concernait essentiellement un préjudice directement causé à Saint-Vincent²²², son raisonnement donne à penser qu'il y a également vu une affaire de protection diplomatique. La Guinée a clairement contesté la recevabilité de la réclamation concernant l'équipage au motif qu'elle relevait de l'exercice de la protection diplomatique pour le compte de non-nationaux de Saint-Vincent²²³. Saint-Vincent, tout aussi clairement, a soutenu qu'il avait le droit de protéger l'équipage d'un navire battant son pavillon «quelle que [fût] leur nationalité»²²⁴. En écartant l'exception de la Guinée, le Tribunal a dit que la Convention sur le droit de la mer²²⁵, dans un certain nombre de dispositions pertinentes, dont l'article 292, ne faisait aucune distinction entre nationaux et non-nationaux de l'État du pavillon²²⁶. Il a souligné que «le navire, tout ce qui se trouv[ait] sur le navire et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité [étaient] considérés comme une entité liée à l'État du pavillon. La nationalité de ces personnes était sans intérêt»²²⁷.

7) Il y a de puissantes raisons de principe de permettre à l'État du pavillon d'exercer sa protection au bénéfice de l'équipage d'un navire. C'est ce que le Tribunal du droit de la mer a reconnu dans l'affaire du *Saiga* lorsqu'il a appelé l'attention sur «la composition changeante et multinationale des équipages de navires» et dit que les navires de fort tonnage pouvaient «avoir un équipage composé de membres représentant plusieurs nationalités. Si chacune des personnes ayant subi un préjudice devait se trouver dans l'obligation de rechercher une protection auprès de l'État dont elle a la nationalité, il s'ensuivrait des difficultés injustifiées»²²⁸. Il ne faut pas négliger les considérations pratiques relatives à la présentation de réclamations. Il est beaucoup

²²² Ibid., par. 98, p. 1345.

²²³ Ibid., par. 103, p. 1346.

²²⁴ Ibid., par. 104.

²²⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

²²⁶ Voir *supra* la note 221, par. 105.

²²⁷ Ibid., par. 106.

²²⁸ Ibid., par. 107.

plus facile et beaucoup plus rationnel qu'un seul État exerce sa protection pour le compte de tous les membres de l'équipage que d'exiger de tous leurs États de nationalité qu'ils présentent séparément des réclamations au nom de leurs nationaux.

8) Le droit de l'État du pavillon de protéger les membres de l'équipage du navire bénéficie d'un appui substantiel et justifié. Il ne saurait pour autant être rangé dans la même catégorie que la protection diplomatique. Pas plus qu'il ne devrait être considéré comme l'ayant remplacée. Aux yeux de la Commission, la protection diplomatique exercée par l'État de nationalité et la protection de l'État du pavillon devraient toutes deux être reconnues sans que ni l'un ni l'autre de ces instruments de protection ne se voie accorder la priorité. Les équipages de navires sont souvent exposés à des difficultés émanant de l'État du pavillon, sous forme de mauvaises conditions de travail, ou d'État tiers, en cas d'arraisonnement du navire. Dans ces cas-là, ils devraient bénéficier du maximum de protection que le droit international peut offrir. D'où l'approbation donnée par l'article 19 à deux formes de protection des membres d'équipages de navires.
