



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.637/Add.4
24 juillet 2003

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-cinquième session
Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003

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

Rapporteur: M. William MANSFIELD

CHAPITRE V

PROTECTION DIPLOMATIQUE

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
B. Examen du sujet à la présente session (<i>suite</i>)		
5. Article 21	70 - 85	2
a) Présentation par le Rapporteur spécial	70 - 73	2
b) Résumé du débat.....	74 - 81	3
c) Conclusions du Rapporteur spécial	82 - 85	6
6. Article 22	86 - 97	7
a) Présentation par le Rapporteur spécial	86 - 88	7
b) Résumé du débat.....	89 - 94	9
c) Conclusions du Rapporteur spécial	95 - 97	10

5. Article 21¹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

70. En présentant l'article 21, le Rapporteur spécial a rappelé que le quatrième rapport sur la protection diplomatique mettait en évidence le fait que les investissements étrangers étaient de plus en plus protégés par quelque 2 000 traités d'investissement bilatéraux. Les accords de ce type offrent deux voies pour le règlement des différends qui peuvent remplacer les voies de recours internes ouvertes dans l'État hôte: i) règlement direct d'un différend en matière d'investissement entre l'investisseur et l'État hôte; et 2) règlement d'un différend en matière d'investissement par la voie d'un arbitrage entre l'État de nationalité de l'investisseur, qu'il s'agisse d'une société ou d'un particulier, et l'État hôte au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité d'investissement bilatéral. Cette dernière procédure était habituellement ouverte dans tous les cas, renforçant ainsi les mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État. Certains États étaient également parties à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États², qui prévoyait la création de tribunaux sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

71. Le Rapporteur spécial a expliqué que le recours aux procédures de règlement des différends prévues dans un traité d'investissement bilatéral ou par le CIRDI excluait l'application des règles de droit coutumier relatives à la protection diplomatique. Incontestablement, les procédures de règlement des différends offertes par ces deux voies étaient plus intéressantes pour l'investisseur étranger que celles existant dans le cadre du droit international coutumier où, par exemple, prévalait toujours l'incertitude politique inhérente à

¹ L'article 21 est ainsi libellé:

Article 21

Lex specialis

Ces articles ne s'appliquent pas lorsque la protection des sociétés ou de leurs actionnaires, y compris le règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États, est régie par les règles spéciales du droit international.

(A/CN.4/530 et Corr.1 (espagnol seulement) et Add.1).

² *Recueil des Traités* des Nations Unies, vol. 575, p. 159

la nature discrétionnaire de la protection diplomatique. Dans le cas des traités d'investissement bilatéraux et du CIRDI, l'investisseur étranger avait directement accès à l'arbitrage international. L'existence d'accords spéciaux de ce type a été reconnue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* qui les a considérés comme une *lex specialis*.

72. L'article 21 vise à préciser que le projet d'articles ne s'applique pas au régime spécial prévu dans des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, et il est conçu sur le modèle de l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³. Il a été observé que le commentaire de l'article 55 précisait que pour que le principe s'applique, «il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre»⁴.

73. De l'avis du Rapporteur spécial, il y avait une véritable contradiction entre, d'une part, les règles du droit international coutumier concernant la protection diplomatique des investissements des sociétés, qui laissaient la protection à la seule discrétion de l'État national et ne l'envisageaient qu'à l'égard de la société elle-même, et, d'autre part, le régime spécial des investissements étrangers mis en place par des traités spéciaux, qui conférait directement à l'investisseur étranger, soit comme société soit comme actionnaire, des droits susceptibles d'être déterminés par un tribunal international. Il était donc nécessaire d'inclure une telle disposition dans le projet d'articles.

b) Résumé du débat

74. Différents points de vue ont été exprimés au sein de la Commission quant à la nécessité d'inclure une disposition relative à la *lex specialis* dans le projet d'articles. Trois possibilités ont été examinées: 1) restreindre le projet d'article aux traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la

³ L'article 55 est ainsi libellé: «[I]es présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international», voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 76.

⁴ Commentaire de l'article 55, par. 4, *ibid.*, par. 77.

protection des investissements; 2) le reformuler sous la forme d'une disposition plus générale applicable à l'ensemble du projet d'articles; ou 3) le supprimer.

75. Selon une première série d'avis, il était justifié de prévoir une telle disposition car celle-ci permettrait de préciser comment le principe s'articulait avec le projet d'articles et de reconnaître l'existence du régime important de la *lex specialis* applicable dans le domaine de la protection des investissements. Il existe de nombreuses règles spéciales dans le domaine de la protection diplomatique, dont certaines excluent ou reportent cette protection en prévoyant un mode de règlement des différends dans lequel l'investisseur joue un rôle direct. D'autres dispositions modifient la condition de nationalité des réclamations ou dérogent à la règle d'épuisement des recours internes. Dans le même sens, il a été estimé que, bien que l'inclusion d'une disposition relative à la *lex specialis* ne soit pas rigoureusement nécessaire car, s'agissant d'un principe général du droit, il s'appliquerait indépendamment de son inclusion dans le projet d'articles, une telle inclusion, effectuée *ex abundanti cautela*, ne pourrait faire de tort.

76. Il a toutefois été dit que si la plupart des régimes spéciaux de ce type peuvent affecter la protection diplomatique des sociétés ou de leurs actionnaires, une disposition relative à la *lex specialis* ne devrait pas être limitée à la protection des sociétés ou de leurs actionnaires.

Au contraire, elle devrait avoir une plus grande portée et être insérée parmi les clauses finales du projet d'articles. D'ailleurs, l'idée a été émise qu'il n'y avait aucune raison de ne pas accorder la priorité, par exemple, aux traités relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la protection des personnes physiques.

77. D'autres membres ont exprimé leur préoccupation quant à l'idée d'élargir l'application de la disposition au projet d'articles dans son ensemble. À vrai dire, cela pourrait interdire le recours à la protection diplomatique de personnes physiques lorsqu'il existe des régimes «spéciaux» de protection des droits de l'homme qui sont normalement fondés sur des conventions multilatérales et, en général, n'excluent pas expressément l'exercice de la protection diplomatique. En élargissant l'application de la disposition relative à la *lex specialis* aux personnes physiques, on risquerait de donner l'impression que la possibilité d'exercer la protection diplomatique est nécessairement exclue par l'existence d'un régime de protection des droits de l'homme, alors que les deux régimes sont au contraire complémentaires. Il a donc été proposé de prévoir dans la disposition que la *lex specialis* ne s'appliquerait intégralement et

exclusivement qu'en cas de clause expresse à cet effet; sinon, les règles générales du droit international s'appliqueraient également.

78. Selon une autre proposition, on pouvait intégrer dans le texte du projet d'article 21 lui-même l'exigence qu'il y ait une véritable contradiction entre deux dispositions traitant du même sujet ainsi qu'une intention discernable, dans l'une des dispositions, d'exclure l'autre. Une différence a été relevée entre l'article 21 et l'article 55 des articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés en 2001, en ce que la règle générale devrait être inapplicable non seulement «lorsque», mais aussi «dans la mesure où», la question de la protection diplomatique est régie par les règles spéciales du droit international. D'autres membres ont souligné que la disposition différait de l'article 55 qui traitait de cas où la règle générale et la règle spéciale étaient en contradiction. Au contraire, l'article 21 instituait un principe de préférence: pour les sociétés, la priorité serait accordée à la procédure spéciale qui prévaudrait sur les règles générales. Il a ainsi été proposé de reformuler la disposition sous la forme d'une règle de priorité de manière à ce que la protection diplomatique ne soit pas totalement exclue.

79. Il a été dit par ailleurs qu'il s'agissait fondamentalement de reconnaître, soit dans le projet d'articles soit dans le commentaire, qu'il existe d'importants régimes spéciaux de protection des investissements, y compris mais pas exclusivement les traités d'investissement bilatéraux, et que le projet d'articles n'avait pas pour objet de remplacer ou modifier ces régimes. Une telle approche laisserait intacte la possibilité, dans de tels cas, de recourir aux règles du droit international coutumier, dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec ces régimes.

80. S'agissant d'autres reformulations possibles de la disposition, il a été notamment proposé d'en faire une exclusion conditionnelle, de préciser son contenu et son champ d'application, d'aligner plus étroitement son libellé sur la terminologie employée dans les traités d'investissement et de supprimer du titre la formule «*lex specialis*».

81. À l'inverse, d'autres membres ont exprimé leurs doutes quant à la nécessité même d'inclure une disposition relative à la *lex specialis*. Il a été souligné que la disposition n'était peut-être pas nécessaire si la *lex specialis* n'était fondée que sur des dispositions conventionnelles. Il a aussi été estimé qu'une telle disposition tendait à donner l'impression

inexacte d'un univers du «tout ou rien», dans lequel les règles de la protection diplomatique, soit s'appliqueraient intégralement, soit ne s'appliqueraient pas du tout. Par exemple, s'il existait un régime pertinent, comme un régime de protection des droits de l'homme, l'intégralité de la protection diplomatique serait immédiatement exclue (ce qui serait inexact). En outre, en insérant une telle disposition dans des textes élaborés par la Commission, on risquait de donner à tort l'impression *a contrario* que lorsqu'une convention ne mentionne pas la règle de la *lex specialis*, c'est que ses rédacteurs ont entendu lui conférer un statut spécial d'instrument auquel il ne peut être dérogé. Peut-être était-il donc préférable de supprimer entièrement l'article et de traiter la question dans le commentaire.

c) **Conclusions du Rapporteur spécial**

82. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait proposé l'article 21 pour deux raisons: 1) pour suivre l'exemple du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; et 2) pour tenir compte du fait que les traités d'investissement bilatéraux visent expressément à éviter le régime de la protection diplomatique en raison de son caractère discrétionnaire, et aussi à conférer des droits à l'État de nationalité des actionnaires. Le débat avait cependant ébranlé ses certitudes sur ces deux points. Il reconnaissait qu'il n'était pas indispensable de suivre aveuglément le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et il était convaincu par l'argument selon lequel les traités d'investissement bilatéraux ne visaient pas à exclure totalement l'application du droit international coutumier. À vrai dire, l'intention des parties était souvent de recourir au droit international coutumier pour combler les lacunes du régime, et pour guider les tribunaux lorsqu'il s'agissait d'interpréter ces traités. Dans la mesure où l'article 21 laissait penser que le régime des traités d'investissement bilatéraux excluait les règles du droit international coutumier, il était erroné, voire peut-être dangereux. Si l'on décidait de le conserver, il faudrait le modifier en renonçant à l'intitulé «*lex specialis*» et en le reformulant conformément aux idées avancées au cours du débat.

83. Le Rapporteur spécial a en outre rappelé que l'autre critique formulée à l'encontre de l'article 21 était qu'il n'y avait pas de raison de le restreindre aux traités d'investissement bilatéraux. Il existait d'autres régimes spéciaux, par exemple, dans des traités qui excluaient la règle de l'épuisement des recours internes, des régimes qui couvraient les normes relatives aux

droits de l'homme et qui pouvaient compléter ou remplacer la protection diplomatique. Il a pris note à cet égard de l'idée de remanier l'article en tant que disposition générale à insérer à la fin du projet d'articles. Il a toutefois mis en garde contre une telle approche qui pouvait conforter l'idée que la protection diplomatique pourrait être exclue par un traité relatif aux droits de l'homme alors que, de fait, la protection diplomatique pouvait offrir un recours plus efficace. À son avis, pour qu'une personne bénéficie de la protection maximale de ses droits, elle devait pouvoir invoquer tous les régimes.

84. À la réflexion, et compte tenu des préoccupations exprimées au cours du débat, le Rapporteur spécial a proposé que la Commission envisage l'éventualité de supprimer l'article 21, en traitant la question dans le commentaire.

85. La Commission a toutefois décidé de renvoyer la disposition au Comité de rédaction en vue de la reformuler en tant que clause de sauvegarde à insérer à la fin du projet d'articles.

6. Article 22⁵

a) Présentation par le Rapporteur spécial

86. Le Rapporteur spécial a expliqué que le but de l'article 22 était d'appliquer les règles énoncées au sujet des sociétés aux autres personnes morales, en permettant d'apporter à ces règles les modifications requises en fonction de la nature, des structures et des objectifs différents de ces autres personnes morales. Le Rapporteur spécial a fait observer que ces autres personnes morales peuvent aussi avoir besoin de la protection diplomatique. Plusieurs décisions de la Cour permanente de Justice internationale avaient souligné que d'autres institutions pouvaient avoir une personnalité juridique susceptible d'entraîner le bénéfice de la protection diplomatique. On ne voyait pas pourquoi un État ne devrait pas protéger, par exemple,

⁵ L'article 22 est ainsi libellé:

Article 22

Personnes morales

Les principes énoncés aux articles 17 à 21 au sujet des sociétés s'appliquent *mutatis mutandis* aux autres personnes morales.

(A/CN.4/530 et Corr.1 (espagnol seulement) et Add.1).

une université lorsqu'elle subissait un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité entièrement privée puisque dans le cas d'une université publique, c'est l'État lui-même qui serait directement lésé. Le Rapporteur spécial a ensuite visé l'exemple des fondations et des organisations non gouvernementales qui accomplissaient de plus en plus souvent une œuvre philanthropique à l'étranger dans les domaines de la santé, du bien-être, des droits de l'homme, des droits des femmes, etc. À son avis, il convenait de protéger à l'étranger ces fondations et organisations non gouvernementales (en dépit de l'avis contraire de certains auteurs).

87. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était impossible de rédiger des projets d'articles s'appliquant à la protection diplomatique des différents types de personne morale, à l'exception de la société. La difficulté tient au fait que l'octroi de la personnalité juridique varie selon les systèmes juridiques et n'obéit pas à des règles uniformes, d'où la très grande diversité des personnes morales présentant des caractéristiques différentes: sociétés, entreprises publiques, universités, écoles, fondations, églises, collectivités locales, associations à but non lucratif, organisations non gouvernementales, voire, dans certains pays, partenariats. L'impossibilité de prêter à toutes ces personnes morales des traits communs et uniformes explique pourquoi les auteurs de droit international public comme de droit international privé tendent à s'intéresser surtout aux sociétés. Une autre raison tient au fait que ce sont les sociétés qui s'occupent de commerce extérieur et d'investissement, et que ce sont elles plutôt que les autres personnes morales que l'on retrouve le plus souvent dans les litiges portant sur des investissements. Le partenariat illustre particulièrement bien cette complexité. Dans la plupart des systèmes juridiques, notamment ceux de *common law*, le partenariat n'est pas une personne morale. Dans certains, cependant, il jouit de la personnalité juridique. Le partenariat peut donc être considéré comme une personne morale dans un système mais pas dans un autre.

88. Dans ces conditions, la seule ligne de conduite à suivre est de concentrer son attention sur la société, puis de rédiger une clause générale, à l'instar de l'article 22, étendant *mutatis mutandis* à d'autres personnes morales les principes applicables aux sociétés. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que la plupart des cas relatifs à la protection diplomatique des personnes morales autres que les sociétés seraient couverts par les projets d'articles 17 et 20, et que les articles 18 et 19 qui traitent de la protection des actionnaires ne s'appliqueraient pas aux personnes morales autres que les sociétés.

b) Résumé du débat

89. L'idée qu'il serait impossible de rédiger d'autres projets d'articles traitant de la protection diplomatique de chaque type de personne morale a été appuyée. La principale difficulté d'une telle approche était l'infinie variété de formes que pouvaient prendre les personnes morales, chacune dépendant de la législation interne des États. L'avis a également été exprimé qu'il y aurait un intérêt pratique à conserver cette disposition, pour indiquer que de tels cas, bien que rares, existent effectivement, comme l'a montré l'affaire *Peter Pázmány*⁶.

90. Si l'inclusion de l'expression *mutatis mutandis*, selon un usage juridique désormais accepté, a été appuyée, il a été également estimé que cela ne réglerait pas entièrement le problème. Il a été souligné que la difficulté tenait à ce que cette formule ne précisait guère les circonstances qui entraîneraient l'application d'une règle différente, ni quel serait le contenu de cette règle, c'est-à-dire le facteur déclenchant le changement et la teneur de ce changement. Une préférence a ainsi été exprimée pour une règle positive traitant des personnes morales autres que les sociétés, qui serait fondée sur l'analyse de la pratique des États. La formulation suivante a été proposée: «L'État habilité à exercer la protection diplomatique d'une personne morale autre qu'une société est l'État où la personnalité morale a été octroyée conformément à sa législation, à condition que la gestion ou l'enregistrement ait lieu sur le territoire du même État.»

91. Selon une autre proposition, il fallait inclure dans le texte une condition de reconnaissance mutuelle de la personnalité juridique d'une entité déterminée par les États concernés. Selon d'autres membres, seule la reconnaissance par l'État présentant la demande de protection diplomatique devait être exigée car, si la reconnaissance mutuelle était nécessaire, un État qui ne reconnaît pas certaines entités, comme les organisations non gouvernementales, serait alors libre de les traiter à son gré. D'ailleurs, il a été rappelé qu'une telle exigence de reconnaissance mutuelle n'était pas prévue dans le contexte des sociétés. Selon un autre point de vue, le trait commun de toute personne morale est qu'elle est détentrice de droits et d'obligations. Si en droit interne, une entité a été désignée comme une personne morale, cela serait suffisant pour l'ordre juridique international qui devrait en tenir compte aux fins de la protection diplomatique. Selon

⁶ Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (*Université Peter Pázmány c. État tchécoslovaque*), *C.P.J.I. Recueil*, série A/B, n° 61, p. 208.

d'autres membres, on pourrait s'en remettre à l'État pour déterminer s'il souhaite ou non exercer la protection diplomatique à l'égard de la personne morale.

92. Plusieurs intervenants ont exprimé leur préoccupation à propos du recours à la protection diplomatique par des États dans l'intérêt de personnes morales autres que des sociétés, comme des organisations non gouvernementales. Il a été rappelé que l'exercice de la protection diplomatique relevait essentiellement d'une décision politique, et on a évoqué la possibilité qu'un État soit tenté d'appuyer une personne morale établie sur son territoire contre un autre État avec lequel il n'entretient pas de relations cordiales. Il était donc préférable de préciser le libellé de l'article 21 afin d'indiquer si des organisations non gouvernementales pourraient ou non bénéficier d'une telle protection. À vrai dire, l'idée que, dans la plupart des cas, les organisations non gouvernementales ont un lien trop lâche avec l'État où elles sont immatriculées pour permettre à cet État d'exercer la protection diplomatique a été appuyée.

93. D'autres membres ont exprimé leurs doutes quant à l'inclusion même de la disposition, dès lors qu'il existait trop peu d'éléments juridiques, y compris de preuves de la pratique des États, pour élaborer des projets de règles sur la protection diplomatique des personnes morales autres que les sociétés. On a aussi exprimé la crainte que l'article 22 ne mette en cause des questions bien plus complexes qu'elles n'apparaissent de prime abord et que l'assimilation de ces autres personnes morales aux sociétés et aux actionnaires ne soit très difficile. Il a été proposé que la question fasse plutôt l'objet d'une étude distincte.

94. S'agissant d'autres propositions, il a été noté que la référence aux articles 17 à 21 était inexacte dès lors que les articles 18 et 19 ne s'appliquaient pas, et qu'il fallait la remplacer par la formule «aux articles 17 et 20». En outre, l'article pourrait être intitulé «autres personnes morales». D'autres membres ont mis en doute la nécessité de viser les «principes».

c) Conclusions du Rapporteur spécial

95. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il existait peu de pratique étatique quant aux circonstances dans lesquelles un État était amené à protéger des personnes morales autres qu'une société. Les sociétés sont les personnes morales qui exercent le plus souvent une activité commerciale internationale et, pour cette raison, ce sont elles que l'on retrouve le plus souvent dans les litiges internationaux. La question était de savoir comment traiter une situation pour

laquelle il existe peu, voire pas, de pratique étatique, tout en répondant à la nécessité réelle d'envisager les personnes morales autres que les sociétés dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial a rappelé que, lors du débat sur la protection des sociétés, certains membres de la Commission avaient soulevé la question de la protection des autres personnes morales. Des questions analogues seraient posées au sein de la sixième Commission et de la communauté juridique internationale si le projet d'articles ne comportait aucune disposition à cet égard. À son avis, il ne fallait pas éviter le sujet au seul motif qu'il n'existait pas suffisamment de pratique étatique. Il convenait d'inclure une disposition sur le sujet, soit parce qu'il s'agissait d'un principe général du même type que celui posé lors de l'affaire de la *Barcelona Traction*, soit parce que l'on pourrait y recourir par voie d'analogie, ou de développement progressif.

96. Notant que plusieurs orateurs avaient fait part de difficultés à propos des organisations non gouvernementales, le Rapporteur spécial a précisé qu'il entendait, non pas traiter du statut de ces entités dans le projet d'articles, mais simplement reconnaître que si le problème se posait, il conviendrait de se reporter aux principes de la protection diplomatique des sociétés et les appliquer *mutatis mutandis*. Il a noté que, sous réserve de plusieurs propositions d'ordre rédactionnel, la majorité de la Commission paraissait appuyer cette approche, ainsi que l'inclusion de l'expression *mutatis mutandis*.

97. Il a donc été proposé que la Commission renvoie le projet d'article au Comité de rédaction en vue de la formulation d'une disposition souple qui se prêterait à des développements dans la pratique sur l'application de la protection diplomatique aux autres personnes morales.
