



Assemblée générale

Cinquante-huitième session

Documents officiels

Distr. générale
22 décembre 2004
Français
Original: espagnol

Sixième Commission

Compte rendu analytique de la 18^e séance

Tenue au Siège, à New York, le jeudi 30 octobre 2003, à 10 heures

Président : M. Baja (Philippines)

Sommaire

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

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

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

03-58809 (F)



La séance est ouverte à 10 h 8.

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

1. **M. Tavares** (Portugal) dit que son pays continue d'être partisan d'étendre la portée des projets d'article à la protection diplomatique des équipages de navires. L'État du pavillon devrait être habilité à protéger les membres d'équipage lorsque l'État de nationalité n'est pas en mesure d'exercer ce droit.

2. En principe, les organisations internationales devraient être habilitées à exercer la protection diplomatique à l'égard des nationaux qu'elles emploient. Néanmoins, il importe d'établir qui, de l'organisation internationale ou de l'État de nationalité de la personne en question, devrait exercer ce droit en priorité. Un critère possible serait que la personne employée par l'organisation internationale entretienne un lien permanent avec celle-ci, en qualité de fonctionnaire international. Dans ce cas, la délégation portugaise pense que le droit d'exercer la protection revient principalement à l'organisation et seulement de manière subsidiaire à l'État de nationalité. D'un autre côté, il faut voir si cet argument vaut pour toutes les organisations internationales ou seulement pour celles qui possèdent une personnalité juridique internationale objective distincte de celle des États qui la composent et si l'acte constitutif de l'organisation lui confère des prérogatives qui lui sont propres.

3. Le Portugal insiste sur la nécessité d'examiner la question de la protection diplomatique dans le cas où un État ou une organisation internationale administre un territoire ou un État étranger, et de déterminer en particulier qui exerce la protection diplomatique à l'égard des personnes ayant subi un préjudice à l'étranger, ou contre qui l'État de nationalité peut exercer son droit de protection diplomatique dans le cas où des étrangers subissent un préjudice dans les territoires ou États étrangers administrés. Même si le sujet de la protection diplomatique est avant tout une question de codification, le développement du droit dans ce domaine mérite d'être examiné de manière plus approfondie.

4. En ce qui concerne la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés (art. 7), le Portugal continue de penser que la condition de la résidence légale et

habituelle est trop restrictive et risque de priver ces personnes d'une protection efficace. La CDI devrait examiner attentivement cette question lors de la deuxième lecture des projets d'article.

5. Le sujet de la responsabilité internationale soulève des questions importantes, à savoir : le rôle de l'exploitant et de l'État en ce qui concerne la perte causée; la possibilité de limiter la responsabilité (*liability*) et de recourir à une assurance et à des fonds pour compléter l'indemnisation si besoin est; et la forme finale que doivent revêtir les travaux menés à cet égard. De l'avis du représentant du Portugal, ils devraient déboucher sur une série de projets d'article complétant ceux sur la prévention adoptés.

6. En ce qui concerne la prise en charge de la perte, la CDI devrait rédiger des articles traitant des questions suivantes : la définition de la « perte », de l'« activité dangereuse » et de l'« exploitant »; le principe général selon lequel les États et les personnes placées sous leur juridiction ne devraient pas avoir à supporter la charge des pertes découlant d'un accident causé par une activité dangereuse qui n'a pas lieu sur leur territoire et avec laquelle ils n'ont aucun lien; la nécessité que les exploitants qui se livrent à des activités dangereuses assument la charge des dommages causés par leurs activités, prévoient le risque d'accident et soient prêts à prendre un certain nombre de mesures en cas d'accident; le principe de la responsabilité (*liability*) subsidiaire de l'État; la possibilité de limiter la responsabilité de l'exploitant; la nécessité de contracter une assurance et de prévoir des fonds pour compléter l'indemnisation; la nécessité de prévoir des voies de recours appropriées pour les personnes lésées et enfin, la prise en compte de tous les types de dommages, y compris ceux causés à l'environnement.

7. **M. Mathias** (États-Unis) dit qu'en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des membres d'équipage des navires, il n'existe pas de règle établie du droit international coutumier en la matière. En fait, certains des projets d'article qui ont été adoptés à titre provisoire ou renvoyés au Comité de rédaction ne sont pas fondés sur le droit international coutumier. Bien que les États-Unis soient disposés à tenir compte du développement progressif du droit en ce qui concerne certaines de ces questions – par exemple, la question de la protection des apatrides et des réfugiés, dont il est traité dans le projet d'article 7, ils estiment que la Commission devrait se limiter à

codifier le droit international coutumier, et donc que la question de la protection des membres d'équipage non nationaux ne devrait pas figurer dans le projet.

8. La règle de la continuité de la nationalité requiert que la personne lésée soit ressortissante de l'État réclamant de manière continue depuis le moment où le dommage a été causé jusqu'à la date du règlement. Le projet d'article 4 s'écarte de cette règle du droit international coutumier sur deux points importants. Tout d'abord, la fin de l'exigence de continuité passe de la date du règlement à la date de présentation de la réclamation. Deuxièmement, il n'indique pas si l'exigence de continuité reste en vigueur durant la période qui s'écoule entre le moment où le préjudice est causé et la date finale, qu'il s'agisse de la date de présentation de la réclamation ou de celle du règlement. Les États-Unis estiment qu'il n'existe aucun argument convaincant qui justifie de s'écarter du droit international coutumier et que la Commission devrait modifier le projet d'article 4, ainsi que les projets d'article 6, 7 et 20 (qui présentent le même défaut) en vue de les aligner sur le droit international coutumier. On peut en dire de même du traitement de la protection diplomatique des actionnaires : un État ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard des actionnaires que lorsque ceux-ci subissent des pertes directes non compensées.

9. Il semble que les projets d'article sur la règle de l'épuisement des recours internes ne soient pas non plus rigoureusement conformes au droit international coutumier. Par exemple, un État ne peut exercer la protection diplomatique avant que la personne lésée ait épuisé tous les recours disponibles dans l'État responsable du préjudice. La personne lésée peut donc faire appel de toute décision rendue par un tribunal judiciaire ou administratif jusqu'à ce qu'il ne soit plus possible de former d'autre recours. Il est proposé de consacrer cette règle dans le projet d'article 8, mais la définition des « recours internes », qui veut qu'une personne lésée ne puisse introduire que les recours qui lui sont ouverts « de droit », est trop limitée. Elle s'écarte de la règle du droit international coutumier, qui exige que la personne lésée forme tous les recours possibles, y compris ceux qui sont laissés à la discrétion d'une instance judiciaire ou administrative supérieure.

10. La règle de l'épuisement des recours internes fait l'objet d'exceptions précises, qui sont énoncées dans le projet d'article 10. Les États-Unis doutent que

l'exception de futilité visée à l'alinéa *a* de l'article 10 soit rigoureusement conforme au droit coutumier. En ce qui concerne les deux exceptions visées à l'alinéa *c*, la première n'énonce pas convenablement l'exception en vertu du droit coutumier et la deuxième est imprécise et trop large.

11. Le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international soulève des questions juridiques très complexes, qui ne peuvent être résolues que dans le contexte d'activités ou de secteurs précis. Les États devraient se voir accorder la latitude voulue pour mettre au point des régimes de responsabilité (*liability*) adaptés à leurs besoins particuliers.

12. Les États-Unis ne sont pas d'accord avec la conclusion du Rapporteur spécial, selon laquelle « les États ont le devoir de veiller à ce qu'il existe un arrangement garantissant une répartition équitable des pertes ». Le Rapporteur spécial n'a pas indiqué sur quel fondement juridique il s'appuyait pour tirer cette conclusion. Sans définir précisément en quoi consiste ce « devoir » présumé, il laisse entendre que les États pourraient s'en acquitter en négociant une convention sur la responsabilité, en promulguant des mesures internes ou par d'autres moyens, selon les circonstances. Bien que les États ne doivent pas manquer de prévoir la responsabilité des particuliers, s'il y a lieu, il n'existe pas d'obligation juridique internationale en la matière.

13. La réglementation internationale dans le domaine de la responsabilité doit être précédée de négociations détaillées portant sur des thèmes précis (tels que la pollution par les hydrocarbures ou les déchets dangereux) ou consacrées à certaines régions (les dommages causés à l'environnement dans la région de l'Antarctique).

14. L'orateur espère que la CDI n'adoptera pas la recommandation du Rapporteur spécial tendant à compléter une convention consacrée à la prévention par un protocole sur la responsabilité. Les États-Unis ne sont pas favorables à l'élaboration d'un régime juridique international général de responsabilité et ne pensent pas que cela intéresse beaucoup les autres États.

15. **M. Liu Zhenmin** (Chine) estime qu'il est utile que la CDI oriente ses travaux sur la codification du droit coutumier, comme elle en a fait la démonstration

en approuvant provisoirement à la présente session trois projets d'article, auxquels la Chine souscrit sur le principe.

16. En ce qui concerne les quatre exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, qui sont énoncées à l'article 10, la Chine tient à mettre l'accent sur les points suivants : a) tout d'abord, il faut partir du principe que le système judiciaire de tout État est en mesure de fournir des recours judiciaires raisonnables et qu'il ne devrait exister aucun parti pris entravant la marche de la justice et l'efficacité des recours judiciaires de l'État responsable du préjudice. Pour déterminer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace, il faut se fonder essentiellement sur le fait qu'il y a eu des violations graves et flagrantes du droit interne découlant de l'exercice effectif des voies de recours internes; la charge de la preuve incombe à l'État qui souhaite exercer la protection diplomatique; b) l'absence d'un lien volontaire entre la personne lésée et l'État où le dommage a été causé peut constituer une exception, encore que, si les circonstances font que l'on écarte l'application du principe de la protection diplomatique conformément au droit international pertinent, la question du lien volontaire ne jouant plus, l'exception disparaît. Par exemple, lorsque les activités menées par un État constituent une violation directe des droits internationaux d'un autre État, ou s'il se produit des dommages transfrontières découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, l'État lésé pourra tenter de régler directement l'affaire avec l'État responsable, plutôt que d'appliquer le principe de la protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours internes; c) il est dit à l'alinéa c que : « ... les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable de vouloir épuiser les recours internes... ». Cette disposition donne au tribunal saisi de l'affaire l'avantage de pouvoir statuer à sa discrétion, mais elle comporte également le risque d'étendre de manière arbitraire la possibilité d'invoquer des exceptions. Le règlement pacifique d'un litige entre parties ne doit pas nécessairement passer par la voie judiciaire. L'invocation arbitraire d'exceptions par les États dans le cadre du règlement bilatéral d'un différend rend plus difficile l'application efficace de la règle de l'épuisement des recours internes. Étant donné que le critère qui consiste à offrir une possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace est en soi suffisamment large, il n'y a pas lieu d'ajouter d'autres éléments d'incertitude. La Chine

propose par conséquent de supprimer la partie de l'alinéa c de l'article 10 citée ci-dessus; d) le fait que l'État responsable renonce à exiger que les recours internes soient épuisés peut constituer une exception. Toutefois, une telle renonciation doit se faire par la voie d'un acte explicite.

17. En ce qui concerne la question de la protection diplomatique des sociétés en tant que personnes morales, les intérêts de la société méritent d'être défendus au même titre que ceux de l'État hôte. La Chine est en faveur du principe établi dans l'arrêt *Barcelona Traction*, qui pose les bases de l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des sociétés. Le droit d'exercer la protection diplomatique devrait appartenir exclusivement à l'État de nationalité de la société; en règle générale, l'État de nationalité des actionnaires n'a pas le droit d'accorder à ces derniers la protection diplomatique. Pour déterminer quel est l'État de nationalité d'une société, il faut tenir compte de la pratique internationale et de l'approche adoptée par la majorité des États nationaux. Le projet d'article 17 élaboré par le Rapporteur spécial est foncièrement acceptable. Étant donné que le droit interne énonce généralement les conditions qui sont nécessaires à la constitution d'une société sur son territoire, le fait qu'une société se soit constituée dans un État conformément à la législation de ce dernier est en soi suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un lien effectif entre la société et l'État en question. Si un investisseur décide, pour des raisons économiques, d'établir une société dans un État qui ne réunit pas les conditions voulues pour la constitution d'une société, il doit assumer le risque de perdre la protection diplomatique en raison de l'absence d'un lien effectif entre la société et son État de nationalité. C'est pourquoi il est préférable de considérer l'État où la société a été constituée et où se situe son siège comme l'État de nationalité de la société; il n'est pas nécessaire d'adopter d'autres critères, comme celui du « lien effectif » ou du « lien approprié ».

18. En ce qui concerne l'alinéa a de l'article 18, la formule « a cessé d'exister » fait référence à la cessation de la société en tant que personne morale et non à sa paralysie de fait, à une crise financière, à la cessation de ses activités commerciales ou à sa liquidation. Comme l'a indiqué la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Barcelona Traction*, seuls les changements survenant dans la situation juridique d'une société doivent être

pris en compte. Cette exception doit être alignée sur le principe de la continuité de la nationalité, qui est énoncé à l'article 20. Dans le présent projet du Rapporteur spécial, l'alinéa *a* de l'article 18 et l'article 20 pourraient donner lieu à une situation dans laquelle l'État de nationalité d'une société et l'État de nationalité des actionnaires de la société auraient tous deux le droit d'exercer la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial ne croit pas que cette situation pose des problèmes. La Chine estime au contraire que dans ce cas, l'État de nationalité des actionnaires pourrait accorder la protection diplomatique à ses actionnaires, tandis que l'État de nationalité de la société pourrait faire de même à l'égard de la société : l'État hôte aurait alors affaire à deux différends distincts résultant du même préjudice. Cette situation rendrait assurément plus difficile le règlement du litige et imposerait une charge supplémentaire à l'État hôte. La CDI doit éviter les situations dans lesquelles plusieurs États peuvent invoquer le droit d'exercer la protection diplomatique pour le même préjudice; il importe d'examiner ce problème. Par souci de cohérence, il conviendrait, à l'alinéa *a* de l'article 18, de remplacer l'expression « au lieu de sa constitution » par « dans l'État où elle est constituée ».

19. L'alinéa *b* de l'article 18 ne peut être interprété comme signifiant que l'État de nationalité des actionnaires étrangers peut automatiquement engager la procédure de protection diplomatique lorsque l'État de nationalité de la société a enfreint les droits de celle-ci. La protection diplomatique de l'État national des actionnaires étrangers ne peut être exercée que lorsque la société a échoué dans ses efforts pour faire valoir ses droits et obtenir réparation de son État de nationalité en raison d'une violation grave de la loi par ledit État. Dans ce cas, les actionnaires étrangers doivent tout d'abord épuiser les recours internes et ce n'est que lorsque cette voie leur a été refusée que leur État national peut intervenir pour exercer la protection diplomatique.

20. En ce qui concerne l'exception énoncée à l'article 19, la protection des actionnaires par leur État national en cas de violation directe de leurs droits relève en fait de la protection diplomatique des personnes physiques. Or, selon les règles établies en la matière, l'exercice de la protection diplomatique dans de tels cas ne présente pas de problèmes.

21. Les dispositions de l'article 21 relatif à la *lex specialis* devraient être étendues à tous les projets

d'article portant sur la protection diplomatique tant des personnes morales que physiques. De nombreux régimes spéciaux ont des incidences sur la protection diplomatique. En règle générale, dans la pratique, il est essentiel de donner clairement la priorité aux arrangements spéciaux, tels que les accords bilatéraux en matière de protection des investissements.

22. En ce qui concerne l'article 22, l'application *mutatis mutandis* aux personnes morales autres que les sociétés des dispositions relatives à l'exercice de la protection diplomatique des sociétés susciterait de graves problèmes. Dans la réalité, les situations concrètes que recouvrent ces personnes morales varient énormément en raison de la grande diversité d'organisations, d'institutions et d'entités qui sont englobées dans cette catégorie. Ces entités diffèrent non seulement entre elles mais sont en outre d'une autre nature que les sociétés; de plus, elles n'entretiennent pas les mêmes relations avec l'État de protection, et, même si elles réalisent aussi des échanges internationaux à grande échelle, les États nationaux leur accordent rarement la protection diplomatique. Dans ce domaine, il n'existe quasiment pas de jurisprudence solidement ancrée sur laquelle s'appuyer, de sorte qu'en insistant pour appliquer ces principes *mutatis mutandis*, on risque de créer de nouvelles difficultés et de susciter une grande incertitude politique. La délégation chinoise propose par conséquent de supprimer cet article.

23. **M. Abraham** (France), évoquant les projets d'article que la Commission du droit international a approuvés à sa cinquante-cinquième session, dit que l'article 8 comporte une référence à l'article 7, article dont la délégation française a déjà contesté le bien-fondé : le principe selon lequel un État pourrait exercer sa protection diplomatique en faveur des apatrides ou des réfugiés n'est pas étayé par la pratique, contrevient à l'annexe à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et ne trouve aucun fondement dans la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie. Hormis cette importante réserve, l'article 8 énonce convenablement la règle coutumière de l'épuisement des recours internes dans la mesure où il ne tient compte que des recours judiciaires ou administratifs fondés sur le droit, à l'exclusion des recours purement gracieux. Il reste toutefois à savoir si le recours à une juridiction qui n'a pas un caractère national mais est accessible à tous les nationaux de

l'État doit être épuisé pour que l'État puisse exercer la protection diplomatique.

24. L'article 9 prévoit que les recours internes doivent être épuisés lorsque la réclamation repose « principalement » sur un préjudice causé à un national. Toutefois, la Commission ne précise pas quels facteurs permettraient de mesurer la prépondérance du préjudice médiat. Une analyse de la jurisprudence permettrait de dégager des éléments d'évaluation importants sur ce point.

25. L'alinéa *b* de l'article 10 stipule que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque leur administration souffre d'un « retard abusif »; toutefois, le retard ne devrait être pris en considération que s'il est assimilable à un déni de justice. En ce qui concerne l'alinéa *c*, la deuxième exception prévue soulève certaines difficultés, étant donné que la portée de la règle générale risquerait d'être profondément affectée s'il suffisait, pour s'en dispenser, d'invoquer le caractère « déraisonnable » de l'épuisement des recours internes dans les circonstances de chaque espèce. Seule l'existence de difficultés extraordinaires devrait pouvoir permettre de s'affranchir de la condition cardinale de l'épuisement. La Commission devrait donc rappeler, dans le commentaire, la pertinence du principe *ad impossibilia nemo tenetur*.

26. Au paragraphe 2 de l'article 17, le Rapporteur aborde la question délicate de la détermination de l'État de nationalité d'une société. Il est préférable de retenir cumulativement le critère du lieu de la constitution de la société et celui de son siège social. Cette formule ne restreindrait pas notablement l'exercice de la protection diplomatique dès lors qu'en pratique, les sociétés établissent habituellement leur siège dans l'État où elles sont constituées, et la conjonction des deux critères pourrait avoir pour effet de limiter les facilités de protection que les sociétés recherchent lorsqu'elles sont constituées dans des paradis fiscaux. Le choix d'une formule plus souple, retenant le lieu de la constitution ou celui du siège social, risquerait d'encourager les phénomènes de double protection. L'adoption des deux critères présenterait cependant l'inconvénient de laisser sans possibilité de protection une société qui aurait établi son siège dans un autre État que celui de sa constitution. Pour combler cette lacune, la Commission pourrait indiquer qu'il devrait être tenu compte, à titre subsidiaire, des liens effectifs rattachant la société à l'État où elle est constituée et à celui où elle a son

siège. Dans ce cas, l'État de nationalité serait celui avec lequel la société entretient le lien le plus étroit. Le critère du lien effectif, considéré isolément ou à titre principal, reviendrait dans ce cas à introduire des éléments d'appréciation relatifs au contrôle économique de la société et à la composition de l'actionnariat; la protection diplomatique des sociétés risquerait alors de n'être qu'un paravent à celle de leurs actionnaires.

27. L'alinéa *a* de l'article 18 et l'article 20 comportent le même risque de concurrence entre la protection des sociétés et celle des actionnaires. La délégation française présentera donc des observations écrites à ce sujet au secrétariat de la Commission. L'alinéa *b* de l'article 18 soulève un problème important car il dispose que l'État national des actionnaires peut exercer sa protection diplomatique si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas entériné cette thèse mais l'a brièvement évoquée au nombre des considérations d'équité. Du point de vue du droit international général, l'adoption d'une telle solution mettrait en cause l'un des fondements les plus solidement établis de la protection diplomatique, qui impose de distinguer entre les droits de la société, susceptibles d'être protégés, et les intérêts des actionnaires, qui ne le sont pas. En d'autres termes, l'exception proposée affecterait l'essence même du régime de la protection diplomatique des sociétés. L'exception n'est d'ailleurs pas plus admissible au nom de l'équité : dans l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction*, la Cour a statué que la possibilité ainsi offerte à l'État de nationalité des actionnaires créerait un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales et pourrait rompre l'équilibre entre les avantages dont l'actionnaire peut profiter à l'étranger et le risque qu'il prend en participant au capital d'une société qui n'a pas sa nationalité.

28. L'article 21 devrait s'appliquer à l'ensemble du projet d'articles, étant donné qu'il n'existe aucune raison valable de limiter à la protection diplomatique des sociétés la clause de codification classique préservant la *lex specialis*. La rédaction de l'article 21 pourrait s'inspirer de celle de l'article 55 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Elle indiquerait alors que les articles du projet de s'appliquent pas « dans les cas et dans la mesure où

la protection des personnes est régie par des règles spéciales du droit international ».

29. L'article 22 soulève le problème de savoir si les personnes morales autres que les sociétés peuvent être admises au bénéfice de la protection diplomatique. Bien qu'il n'existe aucune raison de principe qui imposerait de répondre par la négative à cette question, la pratique des États reste trop parcellaire pour qu'il soit possible d'élaborer des règles précises sur ce point. De plus, rien ne permet d'affirmer que le régime de la protection diplomatique de toutes les personnes morales devrait suivre celui des sociétés. L'article 22 devrait donc être remplacé par une clause figurant dans la partie générale du projet, qui indiquerait que les dispositions de celui-ci sont sans préjudice de l'exercice de la protection diplomatique lorsqu'un dommage est causé à une personne morale autre qu'une société.

30. **M. Wickremasinghe** (Royaume-Uni) approuve la décision prise par le Rapporteur spécial de fonder ses recommandations sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. En ce qui concerne la nationalité des sociétés, elle doit être déterminée en fonction du lieu où la société a été constituée, étant donné que ce critère ne donne lieu à aucune ambiguïté et qu'il peut facilement s'appliquer dans la pratique. Il est par conséquent préoccupant que le texte de l'article 17 requiert l'existence d'un lien supplémentaire entre une société victime d'un préjudice et l'État qui la protège. Cette condition supplémentaire n'a aucun fondement dans le droit établi, et il ne ressort pas clairement du libellé proposé ce qui justifie qu'on s'écarte de ce droit.

31. Les articles 18 et 19 énoncent les circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'État national des actionnaires peut exercer la protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires. En vertu de ces articles, les actionnaires peuvent posséder des nationalités différentes, ce qui permettrait à plus d'un État d'exercer la protection. Dans les cas où le Royaume-Uni peut être habilité à faire ce type de réclamation, il s'efforcera de le faire de concert avec les autres États concernés, davantage pour une question de principe que droit au sens strict et, s'il n'est pas satisfait à la condition de la continuité de la nationalité énoncée à l'article 20, les règles régissant les réclamations au Royaume-Uni offrent la possibilité d'accepter une réclamation conjointement avec l'ancien ou le nouvel État de nationalité.

32. À propos du débat sur l'article 21, la délégation du Royaume-Uni prend note des motifs invoqués pour supprimer cette proposition; elle préférerait toutefois que l'on introduise une clause générale d'exception pour les régimes spéciaux à la fin du projet, car cette question devrait être traitée dans le corps même du texte et pas seulement dans les commentaires. Une telle clause pourrait apporter la réponse à la question formulée au paragraphe 28 du rapport de la Commission concernant la protection des membres d'équipage d'un navire par l'État du pavillon. À cet égard, il convient de tenir compte de l'arrêt rendu par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire *Saiga* (n° 2). Pour ce qui est de la protection diplomatique des nationaux employés par une organisation internationale intergouvernementale, il s'agit d'une protection fonctionnelle, qui est sans rapport avec la question examinée.

33. Concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, il convient de saluer le travail accompli par le Rapporteur spécial dans son rapport, même s'il est nécessaire de poursuivre l'étude en vue de déterminer le niveau de succès ou d'échec des instruments régionaux et sectoriels existants, ainsi que leurs raisons. Les conclusions du Rapporteur spécial, qui figurent au paragraphe 174 du rapport, constituent une base solide pour poursuivre l'examen de la question et peuvent aider les États à établir des principes utiles si la Commission examine des cas concrets auxquels peuvent s'appliquer les travaux menés en la matière.

34. Au paragraphe 30 du rapport, la Commission fait appel aux gouvernements pour qu'ils lui fassent part de leurs commentaires et observations sur différents points. Le Royaume-Uni continue de réfléchir à sa réponse, mais, avant de répondre à certains aspects plus détaillés des questions de fond, il serait extrêmement utile que les États disposent d'une analyse des avantages et des inconvénients que présentent les accords régionaux et sectoriels en vigueur. En ce qui concerne la forme définitive des travaux en la matière, il n'est pas certain qu'à ce stade, une convention ou un instrument juridiquement contraignant soit la meilleure solution : une étude du droit existant dans ce domaine, assortie d'un ensemble de recommandations souples, serait un objectif plus réaliste et plus facile à atteindre. Le premier rapport du

Rapporteur spécial constitue un pas important dans cette direction.

35. En ce qui concerne les actes unilatéraux, le Royaume-Uni doute du bien-fondé de la question. La délégation du Royaume-Uni s'associe aux autres délégations qui ont demandé que cette question ne figure plus au programme de la Commission. À propos des réserves, le Royaume-Uni ne souhaite pas faire d'observations sur la définition des objections en attendant d'avoir une idée plus précise des propositions de fond que fera la Commission à cet égard.

36. **M. Prandler** (Hongrie) souligne que la question de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international est étroitement liée à des intérêts essentiels de son pays, la Hongrie ayant été, à maintes reprises, victimes de la pollution causée par des industries situées au-delà de ses frontières, qui ont contaminé ses fleuves. La Hongrie s'est donc réjouie de l'adoption en 2001 du texte définitif du préambule et des 19 projets d'article relatifs à la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et a, à cette occasion, appelé l'attention de la Sixième Commission et de la CDI sur diverses conventions en la matière et notamment sur deux d'entre elles qui reconnaissent le principe « pollueur-payeur ».

37. La délégation hongroise approuve les considérations de principe figurant au paragraphe 169 du rapport de la CDI, ainsi que la plupart des conclusions du Rapporteur spécial. Toutefois, elle partage les préoccupations exprimées par d'autres délégations à propos du titre du rapport du Rapporteur spécial : « Régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses », estimant qu'il serait plus correct de parler d'un régime juridique de responsabilité pour perte en cas de dommages transfrontières. Il y a lieu de mentionner à cet égard la déclaration faite par la délégation autrichienne, qui souligne que l'objet des régimes de responsabilité n'est pas l'assignation des pertes mais plutôt celle de l'obligation d'indemnisation pour les dommages découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. La responsabilité principale incombe à l'exploitant dans le cadre d'un régime de responsabilité objective étayé par une assurance et « l'aide des pouvoirs publics », comme l'a affirmé la Nouvelle-Zélande.

38. La pratique des États et la jurisprudence en la matière ont déjà établi un ensemble de principes clairement définis et de normes spécifiques concernant la responsabilité en cas de perte découlant de dommages transfrontières, qui a été largement intégré au droit conventionnel et au droit coutumier. Il convient de mentionner à cet égard l'adoption en 2003 du Protocole de Kiev sur la responsabilité civile et l'indemnisation pour les dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières.

39. **M. Ascensio** (Mexique) dit que l'étude du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international reflète l'expansion des régimes de responsabilité et représente un nouveau pas dans l'enrichissement progressif du droit international de l'environnement. Les travaux menés par la CDI aideront les États à réaliser les objectifs énoncés dans la Déclaration de Rio, notamment ceux figurant dans son principe 13, qui engage les États à coopérer plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation. Le Mexique souscrit donc à l'avis des membres de la Commission qui estiment que la viabilité de cette question ne saurait être remise en cause.

40. L'orateur exprime des doutes quant à l'expression « prise en charge de la perte » (en espagnol « asignación de la pérdida »), qui figure dans le titre du rapport, car l'une des fonctions de tout régime de responsabilité est précisément l'indemnisation du dommage et non la simple répartition de « la perte ». De plus, en parlant de l'« asignación de la pérdida », la CDI semble s'écarter de l'objectif poursuivi au titre du principe « pollueur-payeur » et de celui qui veut que la victime innocente n'ait pas à supporter une part de la perte. Le Mexique se félicite que la Commission oriente ses travaux vers l'élaboration d'un régime général de caractère supplétif. La large portée de la définition du terme « activité dangereuse », qui figure dans la Convention de Lugano de 1993, témoigne de la viabilité des régimes généraux. De même, compte tenu de l'unité écologique de la planète, qui ne correspond pas aux frontières politiques, il importe au plus haut point que la CDI étudie la question des dommages causés aux espaces publics internationaux.

41. Le Mexique soutient qu'en vertu du principe « pollueur-payeur », l'exploitant doit être la personne

– ou les personnes – qui assume la responsabilité principale. Lorsqu'il y a plusieurs exploitants ou si le dommage résulte de plus d'une activité, on peut envisager une responsabilité solidaire. La définition de « l'exploitant » doit être aussi large que possible afin d'inclure toutes les personnes qui exercent un contrôle sur l'activité, comme le prévoit le Protocole de Bâle de 1999. De plus, l'État doit obliger tous les exploitants à prévoir une assurance et d'autres garanties financières suffisantes. Le Mexique estime que l'obligation de prouver l'existence d'un lien causal constitue une charge excessive pour les victimes innocentes et que le principe « pollueur-payeur » devrait être étendu aux questions de procédure, de sorte que la charge de la preuve du lien causal entre l'activité et le dommage n'échoie pas aux victimes innocentes. En outre, le projet devrait incorporer la responsabilité objective et ses exceptions traditionnelles en cas de conflit armé ou de phénomènes naturels. En général, la pratique des États en matière d'élaboration de traités portant sur des régimes de responsabilité civile consiste à attribuer à l'exploitant la responsabilité objective lorsque des substances dangereuses sont utilisées ou si des activités dangereuses sont menées. La CDI doit donc tenir compte de la nature des activités en se référant à celles qui sont réglementées dans les articles sur la prévention. De même, il y a lieu d'établir des limites en vue d'assurer la viabilité des systèmes d'assurance et des mécanismes de financement complémentaires, et des délais doivent être fixés pour ce qui est de la possibilité d'invoquer la responsabilité.

42. Il convient d'envisager d'établir des fonds d'indemnisation tels que ceux qui sont prévus en cas de pollution du milieu marin par les hydrocarbures ou en cas de pollution résultant du transport maritime de substances nocives et dangereuses. Ces fonds pourraient être financés au moyen des contributions versées par les entités qui tirent directement profit du développement de l'activité en question. De son côté, l'État pourrait assumer la responsabilité résiduelle pour l'indemnisation et il devrait mettre en place des systèmes destinés à résoudre les problèmes découlant des hommages transfrontières. On pourrait également envisager le dispositif prévu dans la Convention de Vienne sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires. Toutes ces questions mettent en exergue la relation existant entre la responsabilité et la prévention, à la lumière de laquelle il faudrait évaluer l'utilité des régimes régionaux.

43. Enfin, le Mexique estime qu'à l'avenir, la CDI devrait peut-être inclure dans son étude les aspects qui sont liés aux dommages causés à l'environnement, *per se*. Pour ce qui est de la forme de l'instrument à élaborer, le Mexique préférerait un traité qui comprendrait une partie portant sur la prévention et une autre sur la responsabilité, compte tenu de la relation étroite qui existe entre les deux questions.

44. **M. Candiotti** (Président de la Commission du droit international) présente les chapitres VII et VIII du rapport de la CDI, qui portent sur les actes unilatéraux des États et les réserves aux traités. En ce qui concerne les actes unilatéraux des États, il indique que l'étude du sujet fait partie intégrante du plan de travail de la CDI depuis 1996 et que celle-ci s'est heurtée, depuis lors, à des difficultés pour conceptualiser clairement le sujet, cerner son champ d'action et accéder à la pratique des États. L'année passée, plusieurs membres de la CDI et divers représentants à la Sixième Commission ont recommandé au Rapporteur spécial de se concentrer sur l'acte unilatéral de reconnaissance des États, ce qu'il a fait dans son sixième rapport.

45. Il est ressorti du débat qui a eu lieu à la CDI que les principales difficultés subsistaient. Au lieu d'opter pour un régime général, on est tombé dans la casuistique, et les rares références à la pratique des États n'ont pas aidé la CDI à parvenir à une conclusion quant à la meilleure manière d'aborder la question. Des divergences se sont fait jour au sein de la CDI sur la question de savoir s'il fallait formuler des normes communes s'appliquant à tous les actes unilatéraux ou si le sujet ne se prêtait pas à la rédaction d'un article.

46. La CDI a créé un groupe de travail, qui a examiné les questions fondamentales de la portée du sujet, de l'optique dans laquelle il fallait l'aborder et de la méthode de travail à adopter et a formulé une série de recommandations, que la CDI a approuvées. En ce qui concerne la portée du sujet, la CDI estime que le texte de compromis élaboré par le groupe de travail constitue un cadre de référence, tant pour les travaux futurs du Rapporteur spécial que pour les débats de la Commission. À cet égard, la CDI a décidé qu'un acte unilatéral d'un État s'entend de toute déclaration exprimant une volonté ou un consentement et par laquelle cet État vise à créer des obligations ou à produire d'autres effets juridiques en vertu du droit international. Concernant ces actes unilatéraux au sens strict, l'étude proposera des projets d'article accompagnés de commentaires. On y examinera

également la pratique des États concernant les comportements qui, en certaines circonstances, peuvent créer des obligations ou produire d'autres effets juridiques en vertu du droit international, similaires à ceux des actes unilatéraux. L'étude pourra, le cas échéant, comporter des directives et des recommandations.

47. Quant à la méthode de travail, il a en premier lieu été recommandé au Rapporteur spécial de présenter dans son prochain rapport, de manière aussi complète que possible, la pratique des États en ce qui concerne les actes unilatéraux. Le rapport devrait à la fois comprendre les informations provenant de l'auteur de l'acte ou du comportement et les réactions des autres États ou parties intéressées. Il a en second lieu été recommandé que la documentation recueillie de manière empirique comprenne les éléments permettant de dégager les règles applicables aux actes unilatéraux au sens strict, en vue de la rédaction d'un projet d'articles accompagné de commentaires, et les règles susceptibles de s'appliquer aux comportements des États qui produisent des effets similaires. Troisièmement, on a considéré qu'un classement ordonné de la pratique des États permettrait de déterminer à quels motifs a répondu l'acte ou le comportement unilatéral de l'État, les critères de validité de l'engagement exprès ou tacite de l'État, en particulier, mais non exclusivement, ceux relatifs à la compétence de l'organe qui est à l'origine de cet acte ou de ce comportement et les circonstances et les conditions dans lesquelles l'engagement unilatéral peut être modifié ou retiré. Enfin, il a été recommandé au Rapporteur spécial de ne pas préciser, dans son prochain rapport, les normes juridiques qui pourraient être déduites de la documentation présentée, puisqu'elles feront l'objet de rapports ultérieurs en vue de l'élaboration de projets d'article ou de recommandations.

48. La CDI continuera de se concentrer sur les actes unilatéraux au sens strict. Toutefois, il est également envisagé de formuler des directives ou des recommandations concernant d'autres comportements des États qui peuvent produire des effets juridiques comparables à ceux des actes unilatéraux au sens strict. À cet égard, l'orateur rappelle que l'absence d'informations sur la pratique des États a été l'un des principaux obstacles à la progression de l'étude sur la question des actes unilatéraux; c'est pourquoi il demande à nouveau aux gouvernements de fournir des

informations sur la pratique générale relative aux actes unilatéraux et aux comportements unilatéraux des États.

49. En ce qui concerne le sujet des « Réserves aux traités », la CDI a adopté 11 projets de directive (assortis de trois clauses types) relatifs au retrait et à la modification des réserves. Elle a examiné le huitième rapport du Rapporteur spécial portant sur le retrait et la modification des réserves et des déclarations interprétatives. La Commission a renvoyé au Comité de rédaction cinq projets de directive sur ces questions. Avant de présenter les 11 nouveaux projets de directive adoptés par la Commission, l'orateur appelle l'attention des représentants sur la note explicative du Guide de la pratique, figurant au paragraphe 367 du rapport, dans laquelle il est fait référence au recours à des clauses types; ces clauses ont pour objectif de donner aux États et aux organisations internationales des exemples de dispositions qu'il serait utile d'inclure dans le texte du traité afin d'éviter l'incertitude à laquelle peut donner lieu le silence à l'égard d'un problème concret en rapport avec la réserve.

50. Les 11 directives adoptées par la CDI à sa dernière session portent sur le retrait ou la modification des réserves et des déclarations interprétatives. Le projet de directive 2.5.1, intitulé : « Retrait des réserves », indique qu'une réserve peut à tout moment être retirée sans que le consentement de l'État ou de l'organisation internationale qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait. Cette directive reprend le texte du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Le retrait d'une réserve est donc un acte unilatéral, qui n'a jamais posé de problème particulier. Quelques membres de la CDI se sont inquiétés des difficultés auxquelles pourrait donner lieu le retrait soudain d'une réserve et ont suggéré qu'il serait peut-être prudent d'inclure dans le traité une disposition limitant la période durant laquelle il est possible de retirer une réserve.

51. Le projet de directive 2.5.2, intitulé : « Forme du retrait », reprend le texte du paragraphe 4 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Le retrait d'une réserve ne peut en aucun cas être implicite. Une réserve ne peut être retirée que si son auteur exprime formellement et par écrit son intention de l'annuler. Par ailleurs, la non-confirmation d'une réserve formulée au moment de la signature du traité,

par laquelle l'État exprime son consentement à être lié par ledit traité, ne peut être interprétée comme un retrait de la réserve : celle-ci a certes été formulée mais, faute de confirmation formelle, elle n'a pas été « faite » ou « établie ».

52. Le projet de directive 2.5.3, intitulé : « Réexamen périodique de l'utilité des réserves », recommande aux États et aux organisations internationales de procéder à un examen périodique des réserves qu'ils ont formulées et d'envisager le retrait de celles qui ne se justifient plus.

53. Le projet de directive 2.5.4 a trait à la « Formulation du retrait d'une réserve au plan international ». Les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 gardent le silence sur la procédure à suivre en matière de retrait des réserves; l'objet de cette directive est de combler cette lacune. À cet égard, la CDI a suivi de très près les dispositions de l'article 7 des Conventions de Vienne. Toute autorité ayant compétence pour faire une réserve au nom d'un État peut également la retirer. Le libellé retenu pour le projet de directive 2.5.4 concernant le retrait des réserves transpose celui de la directive 2.1.3 intitulée : « Formulation d'une réserve au plan international » en conservant la restriction que peuvent constituer les pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités.

54. Le projet de directive 2.5.5 intitulé : « Absence de conséquences au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves » est le pendant du projet de directive 2.1.4 relatif à l'« Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves ». Il est utile que le Guide de la pratique aborde la question de savoir si, et dans quelle mesure, un État peut contester la validité du retrait d'une réserve au motif que celui-ci enfreint son droit interne. Des règles de ce type sont rarement énoncées dans les textes officiels d'institutions ni même dans ceux à caractère législatif. C'est pourquoi ce projet de directive prévoit l'absence de conséquence de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves.

55. Le projet de directive 2.5.6, qui a trait à la « Communication du retrait d'une réserve », indique que la procédure de communication du retrait d'une réserve suit les règles applicables en matière de communication des réserves énoncées dans les

directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7. Même si les Conventions de Vienne ne précisent pas la procédure à suivre pour retirer une réserve, les travaux préparatoires de la Convention de 1969 laissent entendre que la notification du retrait doit être effectuée par le dépositaire et que les destinataires de celle-ci doivent être « tous les États » qui sont parties au traité ou en droit de le devenir et les « États intéressés ». La Commission a préféré faire simplement référence aux projets de directives 2.1.5 à 2.1.7 au lieu de les répéter.

56. Le projet de directive 2.5.7, qui traite de l'« Effet du retrait d'une réserve », indique que le retrait d'une réserve entraîne l'application dans leur intégralité des dispositions sur lesquelles portait la réserve dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et l'ensemble des autres parties. Le retrait d'une réserve entraîne également l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et l'État ou l'organisation internationale qui avait fait objection à la réserve et s'était opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même ou elle-même et l'auteur de la réserve en raison de la réserve en question.

57. Le projet de directive 2.5.8, intitulé : « Date d'effet du retrait d'une réserve », reproduit le texte du chapeau et de l'alinéa *a* de l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1986. Le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'un État contractant ou d'une organisation internationale contractante que lorsque cet État ou cette organisation en a reçu notification. Pour aider les négociateurs des traités, la CDI a décidé d'inclure dans le Guide de la pratique des clauses types dont ils pourraient au besoin s'inspirer. Trois clauses types concernent la directive 2.5.8 : la clause qui traite du report de la date d'effet du retrait d'une réserve; la clause *b*) qui traite du raccourcissement du délai d'effet du retrait d'une réserve; et la clause *c*) qui traite de la liberté de fixer la date d'effet du retrait d'une réserve.

58. Le projet de directive 2.5.9, intitulé : « Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve », précise les cas dans lesquels l'alinéa *a* de l'article 22, paragraphe 3, ne trouve pas à s'appliquer, non pas parce qu'il y est dérogé, mais parce qu'il n'est pas conçu à cette fin.

59. D'après le projet de directive 2.5.10, intitulé : « Retrait partiel d'une réserve », le retrait partiel d'une réserve atténue l'effet juridique de la réserve et assure plus complètement l'application des dispositions du traité dans son ensemble par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur. La directive tient compte d'une pratique suivie de longue date qui a également été reprise dans diverses dispositions énoncées dans de nombreux traités internationaux. La modification d'une réserve qui a pour effet d'en atténuer la portée doit être soumise aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

60. Le projet de directive 2.5.11 a trait à l'« Effet du retrait partiel d'une réserve ». Une objection faite à une réserve continue de produire ses effets aussi longtemps que son auteur ne l'a pas retirée, dans la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui a été retirée. De plus, aucune objection ne peut être faite à la réserve telle qu'elle résulte d'un retrait partiel, à moins que ce retrait partiel n'ait un effet discriminatoire.

61. Enfin, l'orateur invite les gouvernements à formuler des observations sur la question de la définition proposée des objections aux réserves (projet de directive 2.6.1). Une deuxième question a trait à la sentence rendue en 1977 par un tribunal arbitral dans l'affaire relative à la mer d'Iroise opposant la France et le Royaume-Uni au sujet de la délimitation du plateau continental. Dans sa sentence, le tribunal a indiqué qu'il fallait déterminer si, par une réaction négative à une réserve, l'État qui fait un simple commentaire réserve simplement sa position ou rejette la seule réserve en cause ou si toute relation conventionnelle avec l'État réservataire dépend de l'intention de l'État concerné. Il serait utile que les gouvernements présentent leurs observations pour déterminer si cette sentence reflète la pratique et, dans l'affirmative, s'il existe des exemples clairs de réactions critiques face à une réserve qui, pour autant, ne peuvent être qualifiées d'objections. Il serait en outre utile qu'ils formulent des observations sur les avantages et les inconvénients qu'il y a à motiver de façon précise les objections aux réserves formulées par des États ou organisations internationales, ainsi que sur le projet de directive 2.3.5, intitulé : « Aggravation de la portée d'une réserve ».

La séance est levée à 11 h 45.