

Le juge et la codification du droit de la responsabilité

Quelques remarques concernant l'application judiciaire des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Maurizio Arcari

1 Introduction

Plus de dix ans après l'adoption par la Commission de droit international des Nations Unies (ci-après CDI) du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après le Projet),¹ le sort de ce texte reste encore incertain. Assez nettement divisée entre les États membres prônant la transposition du Projet dans un texte conventionnel et ceux envisageant son adoption sous la forme d'une recommandation,² l'Assemblée générale (AG) n'a pas encore réussi à dénouer le nœud, s'étant jusqu'ici limitée à prendre note des articles de la CDI, à en affirmer l'importance, à les recommander à l'attention des États, mais toujours «sans préjuger de leur future adoption ni de toute autre suite qui pourra leur être donnée».³

Face à cette approche très réservée, la démarche la plus significative de l'AG en matière de codification du droit de la responsabilité étatique semble avoir été la demande, adressée en 2004 au Secrétaire général (SG), d'établir une compilation

¹ Voir le texte du Projet annexé à la résolution de l'AG sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, NU Doc. A/RES/56/83 (12 décembre 2001). Les articles avec les commentaires de la CDI sont reproduits dans Crawford 2003.

² Pour un aperçu des différentes positions des États sur la question voir le compte rendu des débats à la Sixième Commission de l'AG (Compte rendu analytique de la 15^{ème} séance), NU Doc. A/C.6/65/SR.15 (19 octobre 2010) (ci-après Compte rendu analytique de la 15^{ème} séance). En doctrine, sur la question voir Zemanek 2004, p. 897.

³ Voir ces différentes formules dans les résolutions de l'AG sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, NU Doc. A/RES/59/35 (2 décembre 2004) (ci-après Résolution 59/35), NU Doc. A/RES/62/61 (6 décembre 2007) (ci-après Résolution 62/61) et dernièrement NU Doc. A/RES/65/19 (6 décembre 2010) (ci-après Résolution 65/19).

M. Arcari (✉)

Professeur associé de droit international, Université Milano-Bicocca, Milan, Italie
e-mail: maurizio.arcari@unimib.it

de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux se rapportant aux articles de la CDI.⁴ L'AG a pris note avec satisfaction⁵ de la compilation présentée par le SG en 2007 et depuis actualisée en 2010, qui dénombre au total 93 affaires, dans lesquelles 182 références aux articles de la CDI ont été formulées par des juridictions internationales.⁶ Une vue d'ensemble de la compilation du SG permet de confirmer l'influence croissante déployée par les articles de la CDI sur le contentieux de la responsabilité et paraîtrait aussi encourager les conclusions positives formulées par certains États quant à la portée de droit coutumier des principes codifiés dans le Projet.⁷

Par ailleurs, la compilation du SG offre aussi des indications qui mériteraient d'être mesurées plus exactement aux fins d'évaluer l'impact de la pratique judiciaire sur la codification du droit de la responsabilité internationale. Il en est ainsi, premièrement, du décalage quantitatif qui existe dans l'utilisation jurisprudentielle des différents articles de la CDI, qui s'avère fort inégale et paraît indiquer que seulement certaines dispositions du Projet ont passé l'épreuve de l'application judiciaire.⁸ Une deuxième indication intéressante, qui n'est pas complètement déconnectée de la précédente, concerne l'«origine» des décisions relevant de l'application des articles de la CDI, lesquelles très souvent proviennent de juridictions opérant dans le cadre de secteurs «spécialisés» du droit international, ce qui pose le problème de l'interaction entre les dispositions du Projet et les éventuelles règles spéciales de responsabilité présentes dans ces sous-systèmes.

2 Une application inégale des articles de la CDI

La plupart des décisions répertoriées dans la compilation du SG portent sur les dispositions comprises dans la première partie du Projet de la CDI, concernant les conditions d'existence et d'attribution du fait internationalement illicite, ainsi que les circonstances d'exonération de la responsabilité (s'agissant notamment de 115

⁴ Voir Résolution 59/35, par. 3.

⁵ Voir préambule des Résolutions 62/61 et 65/19.

⁶ Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux. Rapport du Secrétaire général, NU Doc. A/62/62 (1 février 2007), NU Doc. A/62/62/Add.1 (17 avril 2007) et NU Doc. A/65/76 (30 avril 2010) (ci-après compilation du SG).

⁷ Voir, par exemple, les interventions de la Finlande et de l'Allemagne à la Sixième Commission de l'AG en 2010, Compte rendu de la 15^{ème} séance, supra n. 2, respectivement par. 4 et 8.

⁸ Voir les remarques de l'Italie à la Sixième Commission de l'AG dans Compte rendu analytique de la 13^{ème} séance, NU Doc. A/C.6/62/SR.13 (23 octobre 2007) (ci-après Compte rendu 13^{ème} séance), par. 18.

références sur le total de 182).⁹ Par contre, un nombre relativement réduit d'exemples (36 références) intéresse les articles de la deuxième partie du Projet, relatifs au contenu de la responsabilité internationale et aux conséquences du fait internationalement illicite.¹⁰ Une quantité encore inférieure de citations (26 références) se réfère aux articles de la troisième partie du Projet, concernant la mise en œuvre de la responsabilité et les questions de l'invocation de la responsabilité et des contre-mesures.¹¹ Enfin, 5 entrées seulement relèvent de la quatrième partie du Projet, dédiée aux dispositions générales. Il peut être intéressant de s'interroger sur les raisons du décalage révélé par cet aperçu statistique de l'application judiciaire des articles de la CDI.

À ce sujet, il paraît pertinente la considération, par ailleurs largement partagée par les États intervenants à l'AG,¹² que dans le Projet coexistent à la fois des dispositions vouées à la pure codification du droit de la responsabilité internationale et des dispositions inspirées du développement progressif de la matière. Par conséquent, il serait normal que les juges internationaux se réfèrent plus souvent dans leurs décisions aux dispositions du Projet sensés réfléchir des normes coutumières établies du droit de la responsabilité, et se montrent par contre plus prudents dans l'utilisation des articles donnant corps à des exigences *de lege ferenda*. À la lumière des indications quantitatives issues de la compilation du SG, il paraîtrait raisonnable de ranger dans la catégorie de la pure codification, les articles de la première partie du Projet, dont l'élaboration remonte aux phases plus anciennes des travaux de codification de la CDI et qui correspondent à une pratique et une *opinio iuris* consolidées. Par contre, on devrait considérer comme relevant du développement progressif certaines dispositions du Projet – notamment celles de la troisième partie en matière d'invocation de la responsabilité – qui ont vu le jour lors des phases plus récentes des travaux de codification sous l'impulsion d'exigences nouvelles ou émergentes du droit de la responsabilité internationale. Une telle conclusion, qui n'est pas dépourvue d'une certaine valeur de principe, demande de toute manière certaines mises au point.

i) À propos des règles comprises dans la première partie du Projet, il est assurément vrai qu'il y a un nombre important de décisions judiciaires dans lesquelles notamment les dispositions en matière d'attribution du fait illicite ou de circonstances d'exclusion de l'illicéité se trouvent citées et qualifiées comme

⁹ Dont 15 se réfèrent aux profils généraux de la responsabilité internationale, 59 au problème de l'attribution du comportement illicite à l'État, 18 aux dispositions relatives à la violation d'une obligation internationale, 2 à la responsabilité de l'État à raison de la responsabilité d'un autre État et 21 aux circonstances excluant l'illicéité.

¹⁰ Dont 12 concernent les principes généraux sur les conséquences du fait illicite, 23 les articles en matière de réparation du préjudice, une seulement les dispositions relatives aux violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général.

¹¹ Dont 8 relèvent de la problématique de l'invocation de la responsabilité, 18 du régime des contre-mesures.

¹² Voir par exemple les remarques du Chili et des États-Unis à la Sixième Commission de l'AG en 2010, Compte rendu de la 15^{ème} séance, supra n. 2, respectivement par. 3 et 18.

correspondant à des normes coutumières du droit international. Cependant, il serait trompeur de s'arrêter à cette simple constatation, car le risque est toujours présent que, derrière une pétition de principe en faveur du statut de droit coutumier d'une certaine disposition du Projet,¹³ se cachent des évaluations fort différentes de la part des juridictions concernées quant à la portée de la règle évoquée. Dans la mesure où la divergence d'appréciation entre les différentes juridictions est liée aux circonstances matérielles caractérisant chaque cas d'espèce et ne touche pas au fond de la règle en question, la valeur de principe de celle-ci ne saurait être entachée. Il en serait autrement, toutefois, quand la divergence porte sur le fond de la règle de responsabilité en jeu. Un cas de figure à cet égard est donné par la querelle bien connue qui a opposé la Cour internationale de Justice (CIJ) et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPI) à propos de l'intensité du «contrôle» (effectif selon la première juridiction, global selon la seconde) demandée par l'Art. 8 du Projet aux fins de l'attribution à l'État des actes illicites des personnes privées.¹⁴ L'«impérieuse» mise au point apportée en 2007 par la CIJ dans l'affaire de l'*Application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, dans le sens de la nécessité d'un degré de contrôle plus pénétrant, ne semble pas avoir apaisé toutes les incertitudes concernant l'interprétation de la règle.¹⁵ Dans sa décision de 2009 dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*, le Tribunal arbitral institué dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), tout en retenant dans le cas d'espèce une interprétation restrictive de la notion de contrôle prévue par l'Art. 8 du Projet, s'est déclaré conscient de la possibilité que des solutions diverses s'appliquent dans des contextes différents (« the Tribunal is aware that the levels of control required for a finding of attribution under Article 8 [du Projet] in other factual contexts, such as foreign armed intervention or international criminal responsibility, may be different ») et il a aussi préconisé que les critères d'attribution puissent s'adapter aux exigences des divers domaines du droit international (« It believes, however, that the approach developed in such areas of international law is not always adapted to the realities of international economic law and that they should not prevent a finding of attribution if the specific facts of an investment dispute so warrant »).¹⁶ Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que

¹³ De telles pétitions de principe pourraient au surplus se présenter comme le produit de la déférence des juges internationaux aux articles de la CDI, qui risqueraient parfois d'être acceptés comme une source de droit faisant autorité dans le domaine de la responsabilité sans une analyse critique: voir à ce sujet Caron 2002, pp. 867-868.

¹⁴ Voir le résumé de la question dans le commentaire de la CDI à l'Art. 8, dans Crawford 2003, pp. 131-133.

¹⁵ CIJ : *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt (26 février 2007), par. 398-406.

¹⁶ CIRDI : *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, ARB/03/29, arrêt (27 août 2009), par. 130. Pour une approche «possibiliste» à la question de l'interprétation de l'Art. 8 du Projet voir aussi CIRDI : *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, arrêt (18 juin 2010), par. 178-179.

certaines États, intervenant à la Sixième Commission de l'AG, aient relevé « des incertitudes d'interprétation concernant divers aspects relatifs à l'attribution ». ¹⁷ Il est également clair que les différences d'orientations des juges internationaux quant à la portée d'une règle particulière de responsabilité risquent d'infirmer, plus que de confirmer, la valeur générale de la disposition correspondante du Projet. ¹⁸

ii) Concernant les dispositions de la deuxième et troisième partie du Projet, une explication plausible de leur utilisation quantitativement limitée dans la pratique judiciaire pourrait se ramener à l'existence d'une pluralité de règles spéciales de responsabilité d'origine conventionnelle lesquelles, portant sur la détermination de la réparation due pour la violation d'une obligation primaire ou des mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité, auront l'effet d'exclure l'application des principes généraux du Projet (sur la question, *infra*). Cette considération mise à part, il reste que, justement en vertu de la généralité des principes qu'elles expriment, certaines dispositions du Projet – comme celles concernant la notion de réparation et ses formes (Articles 31-36) ou l'objet, les limites des contremesures et la condition de la proportionnalité (Articles 49-50) – ont incontestablement acquis le statut de normes coutumières du droit international. D'emblée, un tel statut se trouve réaffirmé aussi dans des décisions de juridictions internationales postérieures à la compilation du SG. ¹⁹ Cependant, à côté de ces normes dotées de portée générale, il y a aussi d'autres dispositions du Projet qui concernent des aspects de détails, mais également importants, du régime des conséquences de l'illicite ou de la mise en œuvre de la responsabilité et pour lesquelles il n'y a pas (ou presque pas) de contre-épreuve au niveau de l'application judiciaire. Que l'on songe par exemple à l'Art. 52 du Projet, qui traite des conditions du recours aux contre-mesures en établissant que celles-ci ne peuvent être prises, ou doivent être suspendues si déjà prises, dans le cas où le différend est en instance devant un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties: ²⁰ on ne trouve de cette disposition qu'une seule mention, et seulement indirecte, dans le contexte d'une affaire présentée devant les organes du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (ci-après OMC). ²¹ Cela ne saurait pas surprendre davantage, s'il on considère qu'à la Sixième Commission de l'AG les

¹⁷ Voir en ce sens l'intervention du Royaume-Uni en 2010, Compte rendu de la 15^{ème} séance, supra n. 2, par. 12.

¹⁸ Cela sans mentionner les problèmes que les divergences entre les différentes juridictions internationales peuvent entraîner sur le plan de la « fragmentation » des règles de responsabilité applicables: sur la question voir Treves 2005, pp. 596-605; Treves 2006, pp. 149-187.

¹⁹ Voir, par exemple, TIDM : Responsabilité et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, avis consultatif (1^{er} février 2011), par. 194-196 (concernant les articles 31-34 du Projet en matière de réparation).

²⁰ Texte et commentaire de l'Art. 52 dans Crawford 2003, pp. 352-356.

²¹ OMC : États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones, WT/DS320/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel (16 octobre 2008), par. 382.

critiques adressées au régime des contre-mesures établi dans le Projet se sont concentrées exactement sur le déséquilibre du rapport entre celles-ci et les mécanismes de règlement pacifique des différends.²² Ce serait donc le caractère controversé de la discipline arrêtée dans certaines dispositions du Projet qui expliquerait l'accueil réservé, sinon l'ignorance, de la part de la jurisprudence internationale et légitimerait ainsi les doutes concernant le statut de droit coutumier de ces dispositions.

iii) Il reste, finalement, les dispositions du Projet dont la très rare mention dans la jurisprudence internationale s'explique directement en raison de leur relative « nouveauté », induite par la circonstance qu'elles visent à traduire des exigences de développement progressif du droit de la responsabilité internationale. Comme déjà signalé, on peut sans difficulté ranger dans cette catégorie les articles du Projet concernant la question de l'invocation de la responsabilité, et tout particulièrement l'Art. 48 dont le trait remarquable est d'élargir le nombre des États qui, face à la violation d'obligations destinées à la protection d'intérêts collectifs, ont un titre à demander la mise en œuvre des conséquences du fait illicite.²³ Le statut controversé de cette disposition du point de vue du droit coutumier a été mis en exergue par quelques États dans leurs interventions à l'AG.²⁴ Que la prudence soit de mise en la matière paraît confirmé par l'avis de 2011 de la Chambre du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) dans l'affaire des *Responsabilités des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menés dans la Zone*, seul précédent judiciaire où, pour l'heure, il paraît possible de repérer une référence directe à l'Art. 48 de la CDI.²⁵ De manière significative, cette disposition est citée dans l'avis en tant qu'exemple à « l'appui de l'opinion » selon laquelle tout État partie à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)²⁶ – mais aussi implicitement l'Autorité des fonds marins agissant « pour le compte » de l'humanité en vertu de l'Art. 137.2 de la Convention – serait légitimé à invoquer la responsabilité et à prétendre à réparation en cas de violation d'obligations ayant trait à la préservation de l'environnement en haute mer et dans la Zone, au vu du caractère *erga omnes* de ces dernières.²⁷ Malgré son caractère circonstancié, la pétition de principe de la

²² Voir, par exemple, les remarques de la Grèce à la Sixième Commission de l'AG du 23 octobre 2007, Compte rendu de la 13^{ème} séance, supra n. 8, par. 3.

²³ Voir texte et commentaire de l'Art. 48 dans Crawford, 2003, pp. 329-334.

²⁴ Voir notamment l'intervention de la Chine à la Sixième Commission de l'AG dans le Compte rendu de la 12^{ème} séance, NU Doc. A/C.6/62/SR.12 (23 octobre 2007), par. 87.

²⁵ Il est d'autant plus significatif que la CIJ (CIJ : Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif (9 juillet 2004), pp. 199-200), tout en se penchant sur les conséquences juridiques résultant pour les États autres qu'Israël des violations d'obligations *erga omnes* entrainées par le mur de séparation, n'ait pas ressenti l'exigence de se référer à la question de l'invocation de la responsabilité objet de l'Art. 48 du Projet.

²⁶ Entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

²⁷ TIDM : Activités menées dans la Zone, supra n. 19, par. 180.

Chambre du TIDM en faveur du régime établi par l'Art. 48 est révélatrice du rôle constructif que les juges internationaux pourraient déployer aux fins de favoriser la consolidation sur le plan du droit positif de certains principes du Projet qui, au moment de leur adoption, étaient sensés exprimer des exigences *de lege ferenda*.

3 Une application «systémique» des articles de la CDI

Une partie importante des décisions cataloguées dans la compilation du SG a été rendue par des juridictions opérant dans des secteurs «spécialisés» du droit international, notamment dans les domaines du droit des investissements et du droit du commerce international. En effet, plus de la moitié des entrées présentes dans la compilation est occupée par les décisions des tribunaux arbitraux ou des comités *ad hoc* institués dans le cadre du CIRDI et – dans une proportion moindre mais également sensible – des organes du système de règlement des différends de l'OMC.²⁸ De prime abord, une telle donnée pourrait paraître d'autant plus étrange, si l'on considère que les domaines susmentionnés représentent des cas exemplaires de «régimes spéciaux» ou «autonomes» de responsabilité, c'est-à-dire de régimes conventionnels dotés de leurs propres règles secondaires régissant les conditions d'existence ou les conséquences du fait internationalement illicite, appelés à s'appliquer à l'exclusion des règles générales codifiées dans le Projet.²⁹ La CDI elle-même a envisagé la problématique de la *lex specialis* dans une disposition spécifique du Projet, l'Art. 55, établissant que les articles s'appliquent seulement « dans le 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 ne sont pas régies par d'autres règles spéciales de droit international.³⁰ Par ailleurs, la CDI s'est aussi empressée de préciser dans son commentaire de l'Art. 55 que le recours au principe de spécialité ne saurait être ni mécanique ni rigide et que la question de savoir si la règle générale ou spéciale de responsabilité doit s'appliquer dans un cas d'espèce est essentiellement « une affaire d'interprétation ». ³¹ Il n'est alors pas surprenant de trouver dans la pratique un certain nombre d'exemples de juridictions qui ont été prêtes à reconnaître le caractère coutumier des articles de la CDI et à en faire application dans leurs décisions, aux fins de résoudre des questions de responsabilité qui se posaient dans

²⁸ Sur un total de 182, 74 références aux articles de la CDI figurent dans des décisions de juridictions établies dans le cadre du CIRDI (ou du mécanisme mixte ALENA/CIRDI), 20 références dans des décisions des organes de règlement des différends de l'OMC.

²⁹ En général sur la question voir Simma and Pulkowski 2010, p. 139. Pour l'OMC en tant que système spécial de responsabilité voir Gomula 2010, p. 791; pour le CIRDI, Douglas 2010, p. 815.

³⁰ Voir texte et commentaire de l'Art. 55 dans Crawford 2003, pp. 363-366.

³¹ Voir par. 4 du commentaire à l'Art. 55, *ibidem*, p. 365.

le cadre des soi-disant régimes autonomes et par rapport auxquelles il existait des règles secondaires applicables. Face à cette constatation, il est intéressant de voir de plus près comment les juridictions compétentes ont interprété le principe de spécialité et ont concrètement utilisé dans leurs décisions les articles de la CDI. À cet égard, on peut décerner deux tendances principales.

Une première tendance consiste à exploiter les articles de la CDI aux fins d'*interpréter* les règles secondaires présentes dans le sous-système de responsabilité. Bien qu'elle ne soit pas exclusive de ce domaine,³² une telle approche se retrouve souvent dans la jurisprudence des organes de règlement des différends de l'OMC. Ces organes, une fois reconnu le caractère coutumier des principes généraux de responsabilité codifiés dans le Projet, utilisent les articles de la CDI en tant que « règle[s] pertinente[s] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties » (au sens de l'Art. 31.3.c de la Convention de Vienne sur les droit des traités) aux fins d'interpréter les règles secondaires de responsabilité présentes dans les accords du système OMC. Présente dans certaines décisions relevant du régime des contre-mesures,³³ l'orientation susmentionnée a été tout récemment confirmée dans le rapport rendu en 2011 par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs*, portant sur des questions d'attribution du fait illicite.³⁴ S'agissant de définir le sens de l'expression « organisme public » figurant à l'Art. 1.1.a.1 de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (ci-après Accord SMC), qui s'occupe d'établir des critères d'attribution en matière de subventions interdites, l'Organe d'appel a relevé les « similitudes dans les principes et fonctions essentiels » existant entre la disposition controversée et les Articles 4, 5 et 8 du Projet de la CDI, mais il a exclu la pertinence du principe de la *lex specialis* dans le cas d'espèce, en concluant que « le traité appliqué est l'Accord SMC et il doit être tenu compte des règles d'attribution des articles de la CDI pour interpréter le sens des termes de ce traité ». ³⁵ À la lumière de ces précisions, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'expression « organisme public » figurant dans l'Accord SMC désignerait « toute entité contrôlée par les pouvoirs publics » et

³² Pour un exemple, voir CIRDI : *Sempra Energy International c. Argentine*, ARB/02/16, arrêt (28 septembre 2007), par. 374-378, concernant le recours à l'Art. 25 du Projet aux fins d'interpréter les conditions d'invocation de l'état de nécessité prévues dans un traité bilatéral d'investissement. Par ailleurs, cet arrêt a été annulé par une décision ultérieure prononcé par un Comité *ad hoc* en 2010 (CIRDI : *Sempra Energy International c. Argentine*, ARB/02/16, arrêt (29 juin 2010)).

³³ Voir, par exemple, pour ce qui est de l'interprétation du terme « contre-mesures » et de leur objet, OMC : *États-Unis – Subventions concernant le coton Upland*. Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, Décision de l'Arbitre (31 août 2009), par. 4.40-4.43, 4.113.

³⁴ OMC : *États-Unis – Droit antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel (11 mars 2011), par. 282-322.

³⁵ *Ibidem*, par. 311-316 (italiques dans l'original).

s'est aligné sur une interprétation plus flexible de cette notion,³⁶ conforme aux indications du commentaire de la CDI à l'Art. 5 du Projet, en vertu duquel le fait que l'État détienne une part plus ou moins grande du capital ou des actifs d'une entité n'est pas un critère décisif pour établir l'attribution du comportement de cette entité à l'État.³⁷

Une deuxième tendance détectable dans la pratique judiciaire consiste à utiliser les articles de la CDI de manière complémentaire aux règles spéciales de responsabilité, aux fins d'*intégrer* la discipline posée par celles-ci. Une manifestation plus «modérée» de cette approche se trouve, par exemple, dans l'arrêt rendu en 2007 par le Tribunal arbitral institué dans le cadre du CIRDI relativement à l'affaire *Archer Daniels Midland Company c. Mexique*.³⁸ Face à la question de savoir si les règles spéciales de responsabilité issues de l'Accord de libre échange nord-américain (ci-après ALENA) excluaient le droit du défendeur de recourir à des contre-mesures en vertu du droit coutumier – et le recours aux articles pertinents de la CDI –, le Tribunal a d'abord évoqué le principe de la *lex specialis*, selon lequel « le droit coutumier est (...) sans effet sur les conditions d'existence d'une violation des obligations de protection des investissements en vertu de l'ALENA, car il s'agit d'une question régie expressément par le chapitre 11 [de l'ALENA] ». ³⁹ Cependant, le Tribunal a considéré que le droit international coutumier de la responsabilité, tel que codifié dans les articles de la CDI, continue de s'appliquer « de façon résiduelle » pour toutes les questions non spécifiquement régies par l'ALENA.⁴⁰ Notant que les dispositions pertinentes de l'ALENA ne prévoyaient ni interdisaient expressément le recours aux contre-mesures, le Tribunal a fait application du « régime par défaut » institué par les articles de la CDI en la matière, aux fins d'évaluer (et puis rejeter) la prétention du défendeur.⁴¹ À bien regarder, la solution retenue dans l'affaire *Archer* est tout à fait conforme à l'esprit de l'Art. 55 du Projet, dont l'intention est de mettre en exergue le caractère supplétif des articles de la CDI vis-à-vis des règles spéciales de responsabilité. Dans l'espèce, en effet, les règles spéciales et les règles générales en jeu portaient sur des aspects différents du rapport de responsabilité et, de ce fait, l'application

³⁶ *Ibidem*, par. 310, 320-322.

³⁷ Voir texte et commentaire de l'Art. 5 du Projet (qui porte sur le «Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique») dans Crawford 2003, pp. 119-122 (notamment par. 3 du commentaire, p. 120).

³⁸ CIRDI : *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. The Mexique*, ARB(AF)/04/05, arrêt (21 novembre 2007) (la traduction française est traitée de la compilation du SG, et notamment du NU Doc. A/65/76, par. 54).

³⁹ *Ibidem*, par. 116. Voir aussi par. 118: « Les règles de droit international coutumier que les articles de la CDI codifient ne s'appliquent pas à des questions régies expressément par des règles spéciales, en l'occurrence le chapitre 11 de l'ALENA en l'espèce ».

⁴⁰ *Ibidem*, par. 119.

⁴¹ *Ibidem*, par. 120-122, 124-160 (pour l'application des principes du Projet en matière de contre-mesures) et par. 304.3 (pour la conclusion du Tribunal sur la non-conformité au droit international des contre-mesures adoptées par le Mexique).

des secondes n'empiétait pas sur l'efficacité des premières. Toutefois, le raisonnement développé dans l'arrêt *Archer* est remarquable dans la mesure où il invite à la plus grande prudence quant à la possibilité d'envisager des régimes « fermés » ou « exclusifs » de responsabilité, en tant que tels complètement imperméables à l'action des principes généraux de responsabilité codifiés dans le Projet.

Un pas supplémentaire semble avoir été franchi par la Chambre du TIDM dans l'avis consultatif de 2011 relatif à l'affaire des *Responsabilités des États qui patronnent des activités dans la Zone*. Un des problèmes en jeu était de définir le régime de responsabilité établi par l'Art. 139.2, première phrase, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, aux termes duquel « [s]ans préjudice des règles du droit international (...) un État Partie (...) est responsable des dommages résultant d'un manquement de sa part des obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie [partie XI, relative à la Zone] ». La Chambre du TIDM a correctement vu dans cette disposition une règle spéciale de responsabilité dans la mesure où celle-ci, en prévoyant comme condition de la responsabilité de l'État Partie le fait qu'un dommage résulte du manquement à ses obligations, constituerait une exception au droit international coutumier, qui veut que la responsabilité de l'État se trouve d'ordinaire engagée même en l'absence de tout dommage.⁴² En même temps, la Chambre n'a pas exclu que, en vertu de la clause de non préjudice esquissée dans la première partie de l'Art. 139.2, les règles coutumières codifiées dans les articles de la CDI puissent compléter celles relatives à la responsabilité énoncées dans la Convention du droit de la mer.⁴³ Une telle possibilité a été exploitée par la Chambre aux fins de « combler toute lacune qui pourrait exister dans le régime de la responsabilité établi par la partie XI de la Convention », et notamment pour envisager le cas où le manquement à ses obligations par un État qui patronne une activité, n'a pas entraîné de dommage matériel: un tel cas, selon la Chambre, serait « couvert par le droit international coutumier ».⁴⁴ On peut supposer que cette reconstruction déploie ses effets aux fins d'établir le contenu du régime de responsabilité applicable aux grands fonds marins. Étant donné le lien de causalité établi par l'Art. 139.2 de la Convention du droit de la mer entre le manquement aux obligations et le dommage causé par ce manquement, il est raisonnable d'imaginer que la conséquence typique découlant de la violation de cette disposition consistera dans l'obligation de réparation, dont la forme et le montant « sera fonction du dommage effectif et de la faisabilité technique d'un retour au *statu quo ante* ».⁴⁵ Toutefois, la référence au droit international coutumier de la responsabilité n'empêcherait pas que d'autres conséquences, prévues par les articles de la CDI (cessation, garanties de non-répétition, satisfaction), puissent s'appliquer dans l'hypothèse d'infractions aux obligations de la partie XI

⁴² TIDM : Activités menées dans la Zone, Chambre des fonds marins, supra n. 19, par. 178.

⁴³ *Ibidem*, par. 169 et 171.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 208 et 210.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 197.

de la Convention du droit de la mer n'entraînant pas de dommages matériels. Le raisonnement développé dans l'avis est remarquable non seulement en raison de la vision dynamique des rapports entre règles spéciales et règles générales de responsabilité qu'il révèle, mais aussi pour le fait de rappeler que le devoir des juges agissant dans le cadre des soi-disant régimes autonomes est de rechercher dans tous les cas une application coordonnée des deux corps de règles.

Tout en présentant des nuances et des implications différentes, les trois décisions considérées confirment l'inclination des juges internationaux vers une utilisation « systémique » des articles de la CDI aux fins du traitement des problèmes qui se posent dans le contentieux de la responsabilité. Une telle approche contribuerait bien évidemment à renforcer la valeur de principe des règles codifiées dans le Projet.

4 Conclusion

Ce bref aperçu de l'application judiciaire des articles de la CDI laisse finalement des impressions assez contradictoires. D'une part, il y a la constatation d'une réception fort inégale des articles dans la pratique judiciaire, dont les raisons peuvent être ramenées au caractère controversé du contenu de certains des principes codifiés dans le Projet, aussi bien qu'à leur statut incertain sur le plan du droit positif. D'autre part, on assiste à une tendance de plus en plus marquée, même de la part des juridictions agissant dans le cadre de domaines « spécialisés » du droit international, à utiliser les articles de la CDI en tant que termes de référence pour l'encadrement des questions de responsabilité soulevées dans le contentieux international. Face à ces indications contradictoires, on devrait saluer comme opportun le fait que l'AG en 2010 ait demandé au SG de procéder à une nouvelle actualisation de la compilation des décisions judiciaires et de soumettre des informations à cet égard « bien avant » la soixante-huitième session de 2013.⁴⁶ La démarche de l'AG est bien évidemment liée au choix de renvoyer à cette date la prise de décision sur « la question de l'adoption d'une convention internationale sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ou toute autre mesure appropriée sur la base des articles ».⁴⁷ La perspective suivie par l'AG a donc été, une fois encore, de laisser « sédimenter » dans la pratique les articles de la CDI et d'attendre des confirmations ultérieures de leur accueil par la jurisprudence internationale. Cependant, pour important que puisse être l'apport des décisions judiciaires dans le processus de consolidation et de codification des principes de la matière, on ne devrait pas trop en attendre de la part des juges internationaux. Comme le dedicataire de ces lignes l'a très justement remarqué, « [w]hile it is true that judgments are an important element of international practice in the

⁴⁶ Voir Résolution 65/19, par. 3.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 4.

development of international law, it is also true that their immediate function, the reason why they are established, is that of settling disputes ».⁴⁸ Dans l'accomplissement de cette fonction, consistant à répondre aux questions controversées soumises par les parties à un différend, le juge ne saurait certainement pas endosser la tâche de « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international »,⁴⁹ qui est typique de la codification. C'est donc aux États, maîtres ultimes du processus de codification, qu'incombe en dernier ressort la solution des problèmes les plus épineux qui affectent encore le droit de la responsabilité, tel que reflété dans le Projet de la CDI.

References

- Caron D (2002) The ILC articles on state responsibility: the paradoxical relationship between form and authority. *Am J Int Law* 96:857–873
- Crawford J (2003) Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires. Pédone, Paris
- Douglas Z (2010) Other specific regimes of responsibility: investment treaty arbitration and ICSID. In: Crawford J, Pellet A, Olleson S (eds) *The law of international responsibility*. Oxford University Press, Oxford, pp 815–842
- Gomula J (2010) Responsibility and the World Trade Organization. In: Crawford J, Pellet A, Olleson S (eds) *The law of international responsibility*. Oxford University Press, Oxford, pp 791–801
- Simma B, Pulkowski D (2010) *Leges Speciales* and self-contained regimes. In: Crawford J, Pellet A, Olleson S (eds) *The law of international responsibility*. Oxford University Press, Oxford, pp 139–163
- Treves T (2005) Judicial lawmaking in an era of «proliferation» of international courts and tribunals: development of fragmentation of international law? In: Wolfrum R, Röben V (eds) *Developments of international law in treaty making*. Springer, Berlin, pp 587–620
- Treves T (2006) International law: achievements and challenges. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* 10:51–270
- Zemanek K (2004) Appropriate instruments for codification. Reflections on the ILC draft on state responsibility. In: *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II. Editoriale Scientifica, Napoli, pp 897–918

⁴⁸ Treves 2006, p. 161.

⁴⁹ Voir Art. 15 du Statut de la Commission du droit international, Résolution 174 (II) de l'AG (21 novembre 1947 et modifications suivantes).