



# Assemblée générale

Distr. générale  
30 avril 2010  
Français  
Original : anglais

## Soixante-cinquième session

Point 77 de la liste préliminaire\*

### Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

## Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

### Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux

### Rapport du Secrétaire général

## Table des matières

	<i>Page</i>
Abréviations. . . . .	3
I. Introduction . . . . .	4
II. Extraits de décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. . . . .	5
Observations générales . . . . .	5
Première partie	
Le fait internationalement illicite de l'État . . . . .	6
Chapitre I. Principes généraux . . . . .	6
Article 2. Éléments du fait internationalement illicite de l'État . . . . .	6
Chapitre II. Attribution d'un comportement à l'État . . . . .	7
Article 4. Comportement des organes de l'État . . . . .	7
Article 5. Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique . . . . .	7
Chapitre III. Violation d'une obligation internationale . . . . .	8
Article 13. Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État. . . . .	8

\* A/65/50.



Article 14. Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale. . . . .	8
Chapitre V. Circonstances excluant l'illicéité. . . . .	9
Observations générales. . . . .	9
Article 22. Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite. . . . .	10
Article 23. Force majeure. . . . .	11
Article 25. État de nécessité. . . . .	12
Article 27. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité. . . . .	13
Deuxième partie	
Contenu de la responsabilité internationale de l'État. . . . .	14
Chapitre I. Principes généraux. . . . .	14
Article 31. Réparation. . . . .	14
Article 33. Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie. . . . .	16
Chapitre II. Réparation du préjudice. . . . .	17
Article 34. Formes de la réparation. . . . .	17
Article 35. Restitution. . . . .	18
Article 36. Indemnisation. . . . .	18
Chapitre III. Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. . . . .	20
Troisième partie	
Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État. . . . .	21
Chapitre II. Contre-mesures. . . . .	21
Article 49. Objet et limites des contre-mesures. . . . .	21
Article 50. Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures. . . . .	24
Article 51. Proportionnalité. . . . .	24
Article 52. Conditions du recours à des contre-mesures. . . . .	25
Article 53. Cessation des contre-mesures. . . . .	26
Quatrième partie	
Dispositions générales. . . . .	26
Article 55. <i>Lex specialis</i> . . . . .	26
Article 56. Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles. . . . .	28

---

## Abréviations

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
OMC	Organisation mondiale du commerce

## I. Introduction

1. La Commission du droit international a adopté les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (articles sur la responsabilité de l'État) à sa cinquante-troisième session, en 2001. Dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a pris note des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission, dont le texte figurait en annexe à cette résolution, et les a recommandés à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée.

2. Comme l'Assemblée générale l'avait demandé dans la résolution 59/35 du 2 décembre 2004, le Secrétaire général a établi une compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux se rapportant aux articles sur la responsabilité de l'État<sup>1</sup>.

3. Dans sa résolution 62/61 du 6 décembre 2007, l'Assemblée générale a recommandé une fois de plus les articles sur la responsabilité de l'État à l'attention des gouvernements, sans préjuger de la décision qui [serait] prise ni de leur future adoption. Elle a prié le Secrétaire général d'actualiser la compilation des décisions de juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles, d'inviter les gouvernements à faire connaître leur pratique dans ce domaine, et de lui présenter ces informations bien avant sa soixante-cinquième session.

4. Par une note verbale datée du 6 mars 2009, le Secrétaire général a invité les gouvernements à présenter d'ici au 1<sup>er</sup> février 2010 des informations concernant les décisions de juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles pour inclusion dans une compilation actualisée. Ces informations ont été présentées par l'Allemagne (18 janvier 2010), la République tchèque (28 janvier 2010) et le Mexique (5 février 2010).

5. La présente compilation comprend une analyse des affaires où il a été fait état des articles sur la responsabilité de l'État dans des décisions prises durant la période allant du 1<sup>er</sup> février 2007<sup>2</sup> au 31 janvier 2010<sup>3</sup>. De telles références figurent dans les décisions rendues respectivement par la Cour internationale de Justice, l'Organe d'appel de l'OMC, des tribunaux arbitraux internationaux, des groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT et de l'OMC, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, la Cour de justice européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour de justice des Caraïbes.

6. La présente compilation, qui complète la compilation antérieure du Secrétariat, reproduit des extraits de décisions se rapportant à chacun des articles dont il est fait état par des juridictions internationales ou d'autres organes internationaux, selon la structure et dans l'ordre numérique des articles sur la responsabilité de l'État. Pour chaque article, les décisions figurent dans l'ordre chronologique.

7. Depuis la parution de la première compilation, il s'est produit 25 nouveaux cas dans lesquels des juridictions internationales et autres organes internationaux ont fait état dans leurs décisions des articles et commentaires sur la responsabilité de

<sup>1</sup> A/62/62 et Add.1.

<sup>2</sup> Certaines décisions antérieures à 2007, jusque-là non couvertes, ont été incluses dans la présente compilation.

<sup>3</sup> Un arrêt rendu le 20 avril 2010 par la Cour internationale de Justice a été inclus dans le rapport. Voir note 53 de bas de page.

l'État. Vu le nombre et la longueur de ces décisions, la compilation n'inclut que les extraits pertinents des décisions se rapportant aux articles sur la responsabilité de l'État, ainsi qu'une brève description du contexte dans lequel elles ont été prises.

8. La compilation contient des extraits dans lesquels les articles sur la responsabilité de l'État sont invoqués comme base de la décision ou comme reflétant le droit en vigueur régissant la question examinée. Elle ne comprend pas les arguments des parties invoquant les articles sur la responsabilité de l'État ni les opinions de juges annexées à une décision.

## **II. Extraits de décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite**

### **Observations générales**

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

9. Dans sa sentence rendue en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* s'est exprimé sur les articles sur la responsabilité de l'État dans les termes suivants :

« Le Tribunal a pris acte du fait que les articles de la CDI, fruit d'un travail qui s'est étendu sur plus d'un demi-siècle, s'inscrivaient en partie dans le cadre du "développement progressif" du droit international, conformément au mandat de la Commission, et consistaient en grande partie dans une réaffirmation du droit international coutumier concernant les principes secondaires de la responsabilité de l'État. »<sup>4</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

10. Dans la décision qu'il a rendue en 2008 sur la responsabilité, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Corn Products International Inc. v. Mexico* a noté que l'on s'accordait à estimer que les articles sur la responsabilité de l'État faisaient vraiment autorité en la matière<sup>5</sup>.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

11. En 2008, dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, le tribunal a estimé que les articles constituaient une « codification des règles de droit international coutumier sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/04/05, sentence, 21 novembre 2007, par. 116.

<sup>5</sup> CIRDI, *Corn Products International Inc. v. The United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/04/01, *decision on responsibility*, 15 janvier 2008, par. 76.

<sup>6</sup> CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, affaire n° ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008, par. 773 et 774.

# Première partie

## Le fait internationalement illicite de l'État

### Chapitre I

#### Principes généraux

##### Article 2

##### Éléments du fait internationalement illicite de l'État

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

12. Dans la sentence qu'il a rendue en 2006, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States*, qui était la première affaire dans le cadre de l'ALENA et du chapitre 14 consacré aux investissements étrangers dans les services financiers, a examiné le sens du terme « expropriation » à l'article 1110.1 de l'ALENA. Après examen de la jurisprudence et du « droit international coutumier en général », le tribunal a retenu un certain nombre d'éléments, notamment le fait que l'expropriation exige qu'une autorité de type gouvernemental fasse main basse, ce qui peut aller jusqu'à la destruction sur un investissement couvert par l'ALENA. Dans une note de bas de page citant l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État, le tribunal a ajouté ceci :

« Le fait pour l'État d'accueil de ne pas agir ("omission") peut aussi constituer de la part de celui-ci l'équivalent d'une expropriation dans des circonstances particulières, même si ce cas est plutôt rare et ne concerne que peu souvent la seule omission. »<sup>7</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

13. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* a estimé que l'article 2 était le reflet d'une règle applicable en droit international coutumier<sup>8</sup>.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

14. Dans la sentence qu'il a rendue en 2008, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* a examiné le point de savoir s'il était nécessaire qu'une action en matière d'expropriation se fonde sur une perte ou dommage économique effectif. Selon le tribunal, « le fait qu'un investisseur ait subi un préjudice économique important et quantifiable n'était pas une condition préalable pour statuer sur l'expropriation au titre de l'accord bilatéral d'investissement en question; en revanche, lorsque l'empiètement sur les droits de l'investisseur avait été substantiel, au point d'équivaloir à une expropriation..., cela pouvait donner lieu à une réparation autre que l'indemnisation (par exemple, une

<sup>7</sup> CIRDI, *Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States*, affaire no ARB(AF)/02/01, sentence, 17 juillet 2006, par. 176 a), note 155 de bas de page.

<sup>8</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité à la note 4 de bas de page ci-dessus, par. 275.

injonction, un recours déclaratoire ou une restitution) ». Pour arriver à cette conclusion, le tribunal a fait état du commentaire de l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État, commentaire dans lequel la Commission avait déclaré ceci :

« On dit parfois que la responsabilité internationale ne peut être engagée par le comportement d'un État qui manque à ses obligations que s'il existe un autre élément, en particulier un "dommage" causé à un autre État. Mais la nécessité de tenir compte de tels éléments dépend du contenu de l'obligation primaire, et il n'y a pas de règle générale à cet égard. »<sup>9</sup>

## Chapitre II

### Attribution d'un comportement à l'État

#### Article 4

##### Comportement des organes de l'État

*Rapport du Groupe spécial de l'OMC*

15. Dans le rapport qu'il a présenté en 2007, le groupe spécial créé dans l'affaire *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* a fait état, en note de bas de page, de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, pour appuyer sa conclusion selon laquelle la décision d'un tribunal interne brésilien n'exonérerait pas le Brésil de son obligation de se conformer à l'article XX de l'Accord général sur les tarifs et le commerce de 1994<sup>10</sup>.

*Organe d'appel de l'OMC*

16. Dans son rapport de 2009 sur l'affaire *United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, l'Organe d'appel de l'OMC a fait état de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État à l'appui de son affirmation ainsi formulée :

« Indépendamment de la question de savoir si un acte est qualifié d'"exécutif" ou autrement en droit des États-Unis, et indépendamment de tout pouvoir discrétionnaire dont peut être investie l'autorité qui publie de telles instructions ou entreprend une telle action, les États-Unis, en tant que membre de l'OMC, sont responsables de ces actes, conformément aux accords visés et au droit international. »<sup>11</sup>

#### Article 5

##### Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

17. Dans l'affaire *Helnan International Hotels A/S v. Egypt*, le tribunal arbitral a examiné le déclinatoire de compétence élevé par le défendeur au motif que bien que

<sup>9</sup> *Biwater Gauff*, cité *supra* dans la note 6 de bas de page, par. 466, qui cite le paragraphe 9 du commentaire de l'article 2.

<sup>10</sup> Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 12 juin 2007, par. 7.305, note 1480 de bas de page.

<sup>11</sup> Organe d'appel de l'OMC, *United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, *recourse to Article 21,5 of the DSU by Japan*, affaire n° AB-2009-2, Rapport de l'Organe d'appel, 18 août 2009, par. 183 et note 466 de bas de page.

les actes de l'entité interne visée en l'espèce n'étaient pas attribuables à l'Égypte, le Gouvernement égyptien possédât en propriété la totalité des actifs de cette entité. Tout en estimant qu'il était compétent pour d'autres motifs, le tribunal a cependant examiné le déclinatoire de compétence et conclu que le requérant avait établi de façon convaincante que l'entité en question se trouvait « sous le contrôle étroit de l'État ». À cet effet, le tribunal a fait état du commentaire de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, en commençant par reconnaître que « le fait qu'une entité puisse être qualifiée de publique ou de privée d'après les critères d'un système juridique donné, le fait que l'État détienne une part plus ou moins grande du capital de cette entité ou, de manière plus générale, de ses actifs, et le fait que l'entité soit soumise au contrôle du pouvoir exécutif ne sont pas des critères décisifs pour déterminer si le comportement de cette entité peut être attribué à l'État. »<sup>12</sup> Cependant, le tribunal a noté que l'entité de droit interne intervenait, au nom du Gouvernement égyptien, en qualité d'opérateur dans le cadre de la privatisation de l'industrie du tourisme, puis il a rappelé le texte de l'article 5 (qu'il a cité *in extenso*), avant de conclure que, « même si l'entité [de droit interne] n'était pas habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique, ses actes dans le cadre du processus de privatisation étaient attribuables à l'État égyptien »<sup>13</sup>.

### Chapitre III

## Violation d'une obligation internationale

#### Article 13

#### Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

##### *Cour européenne des droits de l'homme*

18. Dans l'affaire *Šilih v. Slovenia*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le projet d'article 13 des articles sur la responsabilité de l'État constituait « le droit et la pratique internationaux pertinents » dans le cadre de l'examen de la juridiction *ratione temporis* du tribunal<sup>14</sup>.

#### Article 14

#### Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

##### *Cour européenne des droits de l'homme*

19. Dans l'affaire *Šilih v. Slovenia*, la Cour européenne des droits de l'homme, évoquant le projet d'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État, a dit qu'il constituait « le droit et la pratique internationaux pertinents » dans le contexte de l'examen de la compétence *rationae temporis* du Tribunal<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 5.

<sup>13</sup> CIRDI, *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, affaire n° ARB 05/19, *Decision on Objection to Jurisdiction*, 17 octobre 2006, par. 92 et 93.

<sup>14</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Šilih v. Slovenia*, affaire n° 71463/01, arrêt, 9 avril 2009, par. 107.

<sup>15</sup> *Ibid.*, par. 108.



### *Cour européenne des droits de l'homme*

20. Dans l'affaire *Varnava et autres c. Turquie*, où il était question de disparitions forcées d'individus 15 ans avant l'introduction de l'affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait à examiner la question de l'applicabilité du délai de six mois prévu par la Convention pour le dépôt d'une plainte alléguant une violation continue. Après avoir rejeté la solution unique à toutes les situations de violation continue, estimant qu'en raison de la nature de la situation, l'écoulement du temps avait une incidence sur l'enjeu, la Cour a jugé « s'agissant des cas de disparition [forcées], que les requérants ne sauraient attendre indéfiniment pour saisir la Cour. Ils doivent faire preuve de diligence et d'initiative et introduire leurs griefs sans retard excessif »<sup>16</sup>. Elle a poursuivi en jugeant que, cela étant, « les requérants avaient saisi la Cour avec une célérité raisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce, aux fins ... de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>17</sup>.

### *Cour interaméricaine des droits de l'homme*

21. Dans l'affaire *Radilla Pacheco v. Mexico* de 2009, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a fait état du paragraphe 2 de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État (avec citation) lorsqu'elle a établi une distinction entre le fait qui n'a pas un caractère continu et celui qui a un caractère continu ou permanent<sup>18</sup>.

## **Chapitre V**

### **Circonstances excluant l'illicéité**

#### **Observations générales**

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982)*

22. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007 dans l'affaire *Guyana v. Suriname*, le tribunal arbitral constitué pour connaître de cette affaire qui portait sur la délimitation de la frontière maritime entre les deux États a examiné l'exception de recevabilité soulevée par le Suriname au motif que la demande n'était pas formulée de bonne foi et que la théorie des mains propres ne s'appliquait pas. En écartant cette exception, le tribunal a jugé que « l'on ne trouvait en droit international aucune définition généralement acceptée de la théorie des mains propres » et noté que, dans ses commentaires du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, la Commission du droit international avait reconnu que la théorie en question avait été rarement appliquée et que, lorsqu'elle avait été invoquée, son expression était multiforme<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Varnava and others v. Turkey*, affaires n<sup>os</sup> 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, arrêt, 18 septembre 2009, par. 161.

<sup>17</sup> Ibid., par. 170.

<sup>18</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Radilla Pacheco v. United Mexican States, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs*, arrêt, 23 novembre 2009, par. 22.

<sup>19</sup> *In the matter of an Arbitration between Guyana and Suriname*, sentence, 17 septembre 2007, par. 418 (appel de la note de bas de page omis) faisant état du commentaire introductif du chapitre V (« Circonstances excluant l'illicéité ») de la première partie.

**Article 22****Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite**

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

23. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* a cité l'article 22 des articles sur la responsabilité de l'État à l'appui de son affirmation selon laquelle

« Les contre-mesures peuvent être une défense valide contre une violation du chapitre 11 [de l'ALENA], dès lors que l'État défendeur établit que les mesures en question remplissent toutes les conditions requises par le droit international coutumier, telles qu'elles sont appliquées aux faits de l'espèce. »<sup>20</sup>

Le tribunal a poursuivi en ces termes :

« Il considérait comme une déclaration du droit international coutumier sur les contre-mesures faisant autorité en la matière la position adoptée par la Cour internationale de Justice [dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*], telle qu'elle était confirmée par [les articles 22 et 49] des articles de la CDI. »<sup>21</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

24. Dans la décision qu'il a rendue en 2008 sur la responsabilité, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Corn Products International Inc. v. Mexico* a jugé que les décisions en sens contraire prises par le Groupe spécial de l'OMC et par l'Organe d'appel de l'OMC n'empêchaient pas le défendeur d'exciper de l'adoption de contre-mesures licites dans l'affaire dont le tribunal était saisi et où il était question de violations alléguées d'obligations contractées en vertu de l'ALENA. Selon le tribunal

« le fait que la taxe violait les obligations incombant au Mexique en vertu du GATT ne signifiait pas qu'elle ne pouvait pas constituer une contre-mesure excluant l'illicéité au regard de l'ALENA. En effet, les contre-mesures avaient ceci de particulier qu'elles pouvaient exclure l'illicéité par rapport à une obligation de l'État qui les prenait, sans pour autant porter atteinte à une autre obligation du même État. Cela ressortait du texte de l'article 50 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, qui semblait signifier qu'une mesure contraire à une des obligations visées au paragraphe 1 de l'article 50 constituait une violation de *cette* obligation par l'État qui prenait la mesure, tout en pouvant cependant exclure l'illicéité par rapport à une autre obligation de l'État qui n'était pas visée par les alinéas a) à d) du paragraphe 1 de l'article 50 »<sup>22</sup>.

Le tribunal n'en a pas moins poursuivi en disant que, puisque l'ALENA conférait aux investisseurs des droits substantiels distincts de ceux de l'État dont ils étaient

<sup>20</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* dans la note 4 de bas de page, par. 121.

<sup>21</sup> *Ibid.*, par. 125.

<sup>22</sup> *Corn Products International Inc.*, cité *supra* dans la note 5 de bas de page, par. 158 (souligné dans l'original).

des nationaux, une contre-mesure prise manifestement à l'encontre des États-Unis ne saurait priver de ces droits les investisseurs et ne pouvait donc être invoquée comme une circonstance excluant l'illicéité d'une violation des droits des investisseurs<sup>23</sup>. Le tribunal a jugé aussi que l'argument tiré de l'adoption de contre-mesures licites ne pouvait être invoqué, le défendeur n'ayant pas établi l'existence d'une violation antérieure du droit international par les États-Unis, à laquelle lui-même aurait réagi en prenant la contre-mesure en question. Comme les États-Unis n'étaient pas partie à l'instance, le tribunal s'est déclaré incompétent pour évaluer une telle demande<sup>24</sup>.

### **Article 23** **Force majeure**

*Tribunal arbitral international (en vertu de la Convention CIRDI)*

25. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Sempra Energy International v. Argentina*, qui se posait dans le cadre du traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les États-Unis d'Amérique et l'Argentine, avait à statuer sur une demande née de modifications apportées au cadre réglementaire d'investissements privés faits dans le sillage de la crise économique qui avait sévi en Argentine à la fin des années 90. À l'argument du défendeur selon lequel la « théorie de l'imprévision avait été incorporée au droit argentin », le tribunal a répondu en ces termes :

« Dans la mesure où la théorie de l'imprévision relève de la notion de force majeure, celle-ci exige, en vertu de l'article 23 des articles sur la responsabilité de l'État, que la situation soit due à la survenance d'une force irrésistible qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation. Dans un commentaire de ce même article, il est dit que la force majeure ne comprend pas les circonstances rendant l'exécution d'une obligation plus difficile, par exemple, en raison d'une crise politique ou économique. »<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Ibid., par. 167 et 176. Voir *infra*, art. 49.

<sup>24</sup> Ibid., par. 182 à 189. Voir aussi *infra*, art. 49.

<sup>25</sup> CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentina Republic*, affaire n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 246.

## Article 25 État de nécessité<sup>26</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

26. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Sempra Energy International v. Argentina Republic* a eu à statuer sur un argument du défendeur invoquant l'existence d'un état de nécessité. Examinant les affirmations des parties selon lesquelles l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État faisait partie du droit international coutumier, le tribunal

« [...] a estimé, comme les parties, que l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État reflétait l'état du droit international coutumier en la matière. Cela ne signifie pas pour autant que les articles soient un traité, voire qu'ils fassent eux-mêmes partie du droit coutumier. Ils sont simplement l'expression savante et systématique du droit de l'état de nécessité tel qu'il a été développé par les cours, tribunaux et autres sources au fil des ans.

[...]

345. Il n'y a pas non plus de désaccord sur le fait que l'état de nécessité est un recours des plus exceptionnels qui obéit à des conditions extrêmement strictes, car sans cela, les États auraient toute liberté de se soustraire à n'importe quelle obligation internationale. C'est bien pourquoi l'article 25 commence par une mise en garde : l'état de nécessité "ne peut être invoqué" que si certaines conditions sont remplies [...] »<sup>27</sup>.

Faisant application de l'article 25, le tribunal a estimé que la crise économique traversée par l'Argentine à la fin des années 90 était certes grave, mais il n'a pas trouvé convaincant l'argument selon lequel elle mettait en péril l'existence même de l'État et son indépendance et pouvait donc être considérée comme mettant en cause un intérêt essentiel de l'État<sup>28</sup>. En outre, il a rappelé que l'article 25 interdisait à l'État d'invoquer l'état de nécessité s'il avait contribué lui-même à la survenance de la situation donnant lieu à celui-ci car, selon lui, l'État de nécessité était tout simplement « l'expression d'un principe général de droit conçu pour éviter qu'une partie ne tire un avantage juridique de sa propre faute »<sup>29</sup>. À partir d'une analyse des faits, le tribunal a estimé que l'État avait jusqu'à un certain point contribué substantiellement à la survenance de la situation donnant lieu à l'état de nécessité et

<sup>26</sup> Dans un jugement qu'elle a rendu le 2 août 2007 dans *Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF Case)*, affaire n° SCSL-04-14-T, une chambre de première instance du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a fait, au paragraphe 84, référence indirectement à l'article qui avait précédé le projet d'article 25 des articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (à savoir le projet d'article 33, adopté par la Commission en première lecture) en disant de l'arrêt rendu en 1997 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros Project* qu'« il exprimait de toute évidence l'opinion que le moyen de défense tiré de l'état de nécessité était en fait reconnu par le droit international coutumier et que c'était un motif que les États pouvaient invoquer afin d'échapper à la responsabilité internationale pour fait illicite ». Comme indiqué dans le rapport de 2007 du Secrétaire général, la Cour internationale de Justice a, dans cette affaire, cité le travail de la Commission du droit international *in extenso* dans son analyse du moyen de défense tiré de l'état de nécessité (voir A/62/62, par. 92).

<sup>27</sup> *Sempra Energy International*, cité *supra* dans la note 25 de bas de page, par. 344 et 345.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 348.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 353.

que l'on ne pouvait donc pas affirmer que celui-ci était imputable entièrement à des facteurs exogènes<sup>30</sup>. Enfin, il a rappelé la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>31</sup> où la Cour avait fait état des travaux de la Commission du droit international et jugé que les conditions énoncées dans la disposition d'où l'article 25 était né devaient s'appliquer de manière cumulative. Comme cela n'était pas le cas en espèce, il a conclu que « les conditions auxquelles le droit international coutumier subordonnait l'état de nécessité n'avaient pas été remplies intégralement »<sup>32</sup>. Le tribunal a encore examiné l'interaction entre les articles sur la responsabilité de l'État, qui étaient des règles secondaires, et le traité bilatéral conclu entre les parties, compte tenu du fait que le défendeur invoquait l'état de nécessité en vertu de l'article XI du traité, qui autorisait chacune des parties à prendre les mesures nécessaires à la « protection de ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité ». Examinant ce qu'il fallait entendre par « intérêts vitaux sur le plan de la sécurité », le tribunal a expliqué que « les conditions requises pour invoquer l'état de nécessité en vertu du droit coutumier international posaient la question de savoir, en relation avec l'expression de ces conditions dans l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État, si les conditions requises étaient remplies pour pouvoir invoquer l'état de nécessité en vertu du traité. La question aurait pu se poser de façon tout à fait différente si le traité avait défini cette notion et les conditions de son exercice, mais ce n'était pas le cas »<sup>33</sup>. Le tribunal a par ailleurs confirmé « selon lui, le fait que l'article XI ne faisait pas référence expressément au droit coutumier ne rendait pas cette source de droits et d'obligations inapplicable. Le droit international n'est pas un corps de droit fragmenté en ce qui concerne les principes de base, et l'état de nécessité est incontestablement un de ces principes de base »<sup>34</sup>. Ayant jugé que la crise invoquée ne remplissait pas les conditions de droit coutumier énoncées à l'article 25, le tribunal a conclu de la même façon qu'il n'était pas nécessaire d'aller plus avant dans l'examen au titre de l'article XI, puisque l'article n'énonçait pas de conditions différentes de celles énoncées en droit coutumier<sup>35</sup>.

## Article 27

### Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

27. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le Tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Sempra Energy International v. Argentina* a noté que la condition de temporalité, telle qu'elle est énoncée à l'alinéa a) de l'article 27, n'était pas contestée par les parties, même si « la prolongation de la crise [...] ne paraissait pas aisément conciliable avec la condition de temporalité. « Cela, à son tour, créait l'incertitude sur ce que seraient les conséquences juridiques de la loi sur l'urgence »<sup>36</sup>, tout ceci ayant trait à l'application de l'alinéa b) de l'article 27. Quant à l'interprétation dudit alinéa b) proposée par le défendeur, à savoir que cette disposition n'exigeait une indemnisation que des seuls dommages survenus après la

<sup>30</sup> Ibid., par. 354.

<sup>31</sup> Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, arrêt *Recueil C.I.J.* 1997, p. 7.

<sup>32</sup> *Sempra Energy International*, cité *supra* dans la note 25 de bas de page, par. 355.

<sup>33</sup> Ibid., par. 375.

<sup>34</sup> Ibid., par. 378.

<sup>35</sup> Ibid., par. 388.

<sup>36</sup> Ibid., par. 392.

fin de la situation d'urgence et non pour ceux qui étaient concomitants à cette même période, le tribunal s'est exprimé en ces termes :

« Bien que [l'article 27] ne précise pas les circonstances dans lesquelles l'indemnisation doit avoir lieu, en raison de la multiplicité des scénarios possibles, on a également considéré que cette question devait être débattue avec la partie affectée. L'article n'exclut donc pas la possibilité d'une indemnisation éventuelle à raison d'événements passés. Les accords conclus en 2007 entre le défendeur et les licenciés semblent confirmer cette interprétation... »<sup>37</sup>

## Deuxième partie

### Contenu de la responsabilité internationale de l'État

#### Chapitre I

#### Principes généraux

##### Article 31

##### Réparation

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

28. Le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina*, ayant conclu précédemment que l'Argentine avait violé ses obligations au regard du Traité bilatéral d'investissement conclu en 1991 entre les États-Unis et l'Argentine<sup>38</sup>, a ensuite examiné la norme applicable à la réparation. Il s'est dit d'accord avec les plaignants pour dire que « la norme appropriée en matière de réparation en vertu du droit international était la réparation "intégrale" telle qu'elle avait été exposée par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Usine de Chorzów* et codifiée à l'article 31 des articles de la Commission du droit international [CDI] sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »<sup>39</sup>.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

29. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* a estimé que l'article 31 exprimait une règle applicable en droit international coutumier<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Ibid., par. 394 (appel de note de bas de page omis).

<sup>38</sup> Voir *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina Republic*, affaire n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 (discutée au paragraphe 96 du document A/62/62).

<sup>39</sup> Ibid., sentence, 25 juillet 2007, par. 31.

<sup>40</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* à la note 4 de bas de page, sentence, 21 novembre 2007, par. 275.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

30. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2008, le tribunal créé pour connaître de l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., v. Tanzania* a repris la définition du terme « préjudice » énoncé au paragraphe 2 de l'article 31 (« [...] tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État ») à l'appui de son affirmation selon laquelle « pour qu'il faille indemniser toute violation du traité d'investissement conclu entre le Royaume-Uni et la République-Unie de Tanzanie, qu'il s'agisse d'une expropriation illicite ou de la violation d'une autre norme énoncée par le Traité, il doit exister un lien de causalité suffisant entre la violation effective [...] et le préjudice subi »<sup>41</sup>. Le tribunal a ensuite cité *in extenso* des passages du commentaire de l'article 31 décrivant le lien qui doit exister entre le fait illicite et le préjudice pour que naisse l'obligation de réparer (ici, la forme que doit revêtir l'indemnisation)<sup>42</sup>, et jugé que « pour obtenir gain de cause et être indemnisé, le demandeur devait établir que la valeur de son investissement avait diminué ou était anéantie et que les faits invoqués à l'appui de sa plainte étaient la *cause effective et directe* de cette diminution ou de cet anéantissement de la valeur »<sup>43</sup>. Le tribunal s'est également référé à la définition du « préjudice » énoncée au paragraphe 2, qui étayait son opinion selon laquelle « il ne suffisait pas d'affirmer qu'un comportement injuste ou inéquitable avait nécessairement causé un « *préjudice* » justifiant une demande d'indemnisation. Pour déterminer si le fait illicite du défendeur a « causé un préjudice » justifiant une demande d'indemnisation, il faut examiner concrètement chaque « préjudice » pour lequel le demandeur a demandé un dédommagement »<sup>44</sup>.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

31. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2008, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador* a dit que l'article 31 « avait codifié » le principe de la réparation « intégrale », comme la Cour permanente de justice internationale l'avait dit antérieurement dans l'affaire « *Usine de Chorzów* »<sup>45</sup>. Il a dit « ne pas voir de raison de ne pas appliquer cette disposition par analogie à un arbitrage entre un investisseur et un État »<sup>46</sup>.

*Commission des demandes d'indemnisation Érythrée/Éthiopie*

32. Dans la sentence finale qu'elle a rendue en 2009 sur les *Demandes d'indemnisation présentées par l'Éthiopie* et les *Demandes d'indemnisation présentées par l'Érythrée*, la Commission des demandes d'indemnisation Érythrée/Éthiopie a rappelé qu'une version antérieure des articles sur la responsabilité de l'État portait une réserve ainsi libellée : « [e]n aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses moyens de subsistance »; cette réserve était

<sup>41</sup> *Biwater Gauff*, cité *supra* dans la note 6 de bas de page, par. 779 et 783.

<sup>42</sup> *Ibid.*, par. 785, citant un passage du paragraphe 10 du commentaire de l'article 31.

<sup>43</sup> *Ibid.*, par. 787, non souligné dans l'original.

<sup>44</sup> *Ibid.*, par. 804 et note 369 de bas de page (notes de bas de page omises); souligné dans l'original.

<sup>45</sup> Affaire relative à l'usine de Chorzów (*Allemagne c. Pologne*), 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 21.

<sup>46</sup> CIRDI, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, affaire n° ARB/04/19, sentence, 18 août 2008, par. 468.

également formulée au paragraphe 2 de l'article 1 des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>47</sup>. La Commission des demandes d'indemnisation a ensuite fait observer que le principe énoncé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Usine de Chorzów*, à savoir que l'indemnisation due par l'État responsable avait pour objet « d'effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et [de] rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si l'acte n'avait pas été commis » trouvait son pendant dans l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État<sup>48</sup>.

**Article 33**  
**Portée des obligations internationales énoncées**  
**dans la présente partie**

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

33. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, après avoir dit que le chapitre 11 de l'ALENA devait être considéré comme *lex specialis* pour ce qui est des articles sur la responsabilité de l'État<sup>49</sup>, a noté que ledit chapitre prévoyait la possibilité que des demandeurs privés (qui étaient des citoyens d'un État membre de l'ALENA) invoquent dans un arbitrage international la responsabilité d'un autre État membre de l'ALENA. En conséquence, « il était nécessaire qu'une disposition particulière du chapitre 11 précise si et dans quelle mesure des personnes ou entités autres que des États étaient habilitées à invoquer la responsabilité pour leur propre compte ». À l'appui de cette affirmation, le tribunal a cité le paragraphe 2 de l'article 33 des articles sur la responsabilité de l'État, selon lequel les règles coutumières sur la responsabilité de l'État qui y étaient codifiées étaient « [...] sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ». Aussi, selon lui,

« le droit international coutumier, qui veut que seuls des États souverains puissent invoquer la responsabilité d'un autre État, est donc sans effet sur le droit que des traités particuliers confèrent à des acteurs non étatiques d'invoquer la responsabilité de l'État. Ceci est vrai non seulement dans le

<sup>47</sup> Commission des demandes d'indemnisation *Érythrée/Éthiopie, Demandes d'indemnisation présentées par l'Éthiopie*, sentence finale, 17 août 2009, par. 19, et *Demandes d'indemnisation présentées par l'Érythrée*, sentence finale, 17 août 2009, par. 19, se référant à l'article qui autrefois précédait l'article 31, à savoir le projet d'article 42 [6 bis], par. 3, adopté par la Commission en première lecture, à sa quarante-huitième session en 1996. La disposition a été supprimée en deuxième lecture, à la cinquante-deuxième session de la Commission en 2000. Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 2000, vol. II, deuxième partie, par. 79, et 100 et 101. Cependant, la réserve formulée au paragraphe 2 de l'article 1 des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme a été maintenue dans le commentaire de l'article 50 (par. 7). Voir plus loin la discussion relative à l'article 56.

<sup>48</sup> *Ibid.*, *Demandes d'indemnisation présentées par l'Éthiopie*, par. 24, et *Demandes d'indemnisation présentées par l'Érythrée*, citant l'affaire *Usine de Chorzów*, cités *supra* dans la note 45 de bas de page, p. 47.

<sup>49</sup> Voir art. 55 plus loin.



cadre de la protection des investissements, mais aussi dans celui de la protection des droits de l'homme et de l'environnement »<sup>50</sup>.

## Chapitre II Réparation du préjudice

### Article 34

#### Formes de la réparation

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

34. Dans la sentence qu'il a rendue en 2008, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* a estimé, dans le cadre d'une analyse de l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État, qu'en cas d'« empiètement important sur les droits d'un investisseur, qui constituait en quelque sorte une expropriation [...], il pouvait y avoir lieu à une réparation autre que l'indemnisation (par exemple, sous la forme d'une injonction, déclaration ou restitution) »<sup>51</sup>.

*Cour de justice des Caraïbes*

35. Dans l'affaire *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana*, la Cour de justice des Caraïbes a renvoyé à un passage du commentaire des articles sur la responsabilité de l'État disant que « [c]onformément à l'article 34, les dommages-intérêts sont essentiellement de nature compensatoire »<sup>52</sup>.

*Cour internationale de Justice*

36. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2010 dans l'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour internationale de Justice, citant, en autres, les articles sur la responsabilité de l'État, a rappelé que « selon le droit international coutumier, la restitution est l'une des formes que peut revêtir la réparation du préjudice; elle consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant la survenance du fait illicite. La Cour rappelle également que lorsque la restitution est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en découle, la réparation prend la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction »<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* dans la note 4 de bas de page, par. 118.

<sup>51</sup> *Biwater Gauff*, cité *supra* dans la note 6 de bas de page, par. 466. Voir art. 2 *supra*.

<sup>52</sup> Cour de justice des Caraïbes, *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. The State of the Co-Operative Republic of Guyana*, affaire n° [2009] CCJ 5 (OJ), arrêt, 20 août 2009, par. 38, qui cite un passage du paragraphe 5 du commentaire introductif du chapitre III de la deuxième partie. Voir ci-dessous chap. III de la deuxième partie.

<sup>53</sup> Cour internationale de Justice, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, 20 avril 2010, par. 273.

## Article 35

### Restitution

#### *Cour européenne des droits de l'homme*

37. Dans l'affaire *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (N° 2)*, la Cour européenne de justice a dit que l'article 35 des articles sur la responsabilité de l'État faisait écho aux « principes de droit international ». Elle faisait allusion au passage de la disposition selon lequel l'obligation de procéder à la restitution n'existait que pour autant que la restitution ne fût pas « matériellement impossible » et qu'elle « n'imposât pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ». Selon elle, cela signifiait que « si la restitution est la règle, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'État responsable se voit exonéré – en tout ou en partie – de l'obligation de restituer, à condition toutefois d'établir dûment l'existence de telles circonstances »<sup>54</sup>.

#### *Cour européenne des droits de l'homme*

38. Dans l'affaire *Guiso-Gallisay v. Italy*, qui avait trait à une expropriation dont on soutenait qu'elle était illicite, la Cour européenne des droits de l'homme a dit de l'article 35 des articles sur la responsabilité de l'État (qu'elle considérait comme le droit international pertinent) qu'il réaffirmait le principe de la *restitutio in integrum*<sup>55</sup>.

## Article 36

### Indemnisation

#### *Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

39. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc., v. Argentina* a appliqué l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour déterminer le dommage subi par l'investisseur<sup>56</sup>. Il a rappelé le paragraphe pertinent du commentaire de l'article 36 selon lequel « l'indemnisation a pour fonction de remédier aux *perles effectives subies en conséquence* du fait internationalement illicite »<sup>57</sup>, et s'est exprimé en ces termes :

« Le tribunal doit donc trancher la question de savoir quelle est la “*perle effective*” subie par l'investisseur “*en conséquence*” du comportement de l'Argentine. La question qui se pose est une question de “*causalité*” : quelle est la perle subie par l'investisseur en conséquence du fait illicite? »<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, affaire n° 32772/02, arrêt, 30 juin 2009, par. 86.

<sup>55</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Guiso-Gallisay v. Italy*, affaire n° 58858/00, arrêt (Juste satisfaction), 22 décembre 2009, par. 53.

<sup>56</sup> CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc., v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/02/1, sentence, 25 juillet 2007, par. 41 à 43.

<sup>57</sup> Ibid., par. 43. Il est fait référence au paragraphe 4 du commentaire de l'article 36 (souligné dans le texte de la sentence).

<sup>58</sup> Ibid., par. 45 (souligné dans l'original).

Le Tribunal a également fait référence aux articles sur la responsabilité de l'État lorsqu'il a examiné une demande d'indemnisation pour manque à gagner. Il a rappelé à nouveau en ces termes les passages pertinents du commentaire :

« En principe, arrivé à ce point, il faut souligner la distinction qui existe entre pertes comptabilisées et perte de profits futurs. Les indemnités pour pertes comptabilisées ont été communément accordées par les tribunaux, mais les indemnités pour perte de profits futurs n'ont été accordées, elles, que “dans les cas où un flux de revenus anticipé avait acquis des caractéristiques telles qu'il pouvait être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr pour donner lieu à indemnisation”, ou, pour reprendre le libellé de l'article, “dans la mesure où le manque à gagner est établi”. La question qui se pose est donc celle de la certitude. “Des tribunaux ont hésité à accorder des indemnités dans le cas de réclamations émaillées d'éléments relevant foncièrement du domaine de la spéculation.” »<sup>59</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

40. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2007, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Sempra Energy International v. Argentine Republic* a renvoyé au paragraphe 2 de l'article 36, selon lequel « [l]'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi », dont a dit qu'il traduisait « la norme appropriée de réparation au regard du droit international », en l'absence de restitution ou de renégociation de contrats ou d'autres mesures de réparation<sup>60</sup>.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

41. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2007, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredient Americas, Inc. v. Mexico* a renvoyé à l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État à l'appui de l'affirmation selon laquelle

« l'indemnisation porte aussi bien sur la perte subie (*damnum emergens*) que sur le manque à gagner (*lucrum cessans*). Tout dommage direct doit donner lieu à indemnisation. En outre, selon le second paragraphe de l'article 36, dans certains cas une indemnité couvrant le manque à gagner peut être indiquée comme étant le reflet d'une règle applicable en vertu du droit international coutumier »<sup>61</sup>.

Le tribunal a poursuivi en ces termes :

« Conformément aux principes de droit international, pour déterminer le préjudice, il faut qu'il existe entre le fait illicite et le préjudice allégué un lien direct suffisamment clair pour que naisse l'obligation d'indemniser. Même lorsqu'il est établi qu'il y a eu une violation, encore faut-il établir l'existence d'un préjudice et calculer ensuite son importance en termes monétaires. Le tribunal doit s'assurer en l'espèce que la réparation demandée, c'est-à-dire les

<sup>59</sup> Ibid., par. 51 (appels de notes de bas de page omis). Référence au paragraphe 2 de l'article 36 et au paragraphe 27 du commentaire de l'article 36 (souligné dans la sentence).

<sup>60</sup> *Sempra Energy International*, cité *supra* dans la note 25 de bas de page, par. 401.

<sup>61</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* à la note 4 de bas de page, par. 281.

dommages à indemniser, est adéquate en ce qu'elle résulte directement du fait illicite, et déterminer l'importance du préjudice en termes monétaires. »<sup>62</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de la Convention CIRDI)*

42. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2008, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, amené à statuer sur une demande d'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial (« préjudice moral »), a cité un passage du commentaire de l'article 36 à l'appui de sa conclusion selon laquelle « même si les traités d'investissement visent avant tout à protéger les biens et valeurs économiques, ils n'excluent pas comme tels qu'une partie puisse, dans des circonstances exceptionnelles, présenter une demande d'indemnisation du préjudice moral. La plupart des systèmes juridiques acceptent généralement que, parallèlement aux dommages purement économiques, les dommages moraux peuvent également donner lieu à indemnisation. Rien ne justifie, en effet, qu'on les exclue. [Comme] cela a été précisé dans l'affaire du *Lusitania*, les dommages extrapatrimoniaux peuvent être "très réels, et le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts [...]" »<sup>63</sup>.

*Cour européenne des droits de l'homme*

43. Dans l'affaire *Guiso-Gallisay v. Italy*, où il était question d'une expropriation illicite, la Cour européenne des droits de l'homme a renvoyé à l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État comme exprimant le droit international pertinent en la matière<sup>64</sup>.

### **Chapitre III**

## **Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général**

*Cour de justice des Caraïbes*

44. Dans l'affaire *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana*, la Cour de justice des Caraïbes, ayant à statuer sur la question des dommages punitifs (dommages exemplaires) en droit international, a cité le passage suivant du commentaire introductif du chapitre III :

« [...] [L'] allocation de dommages-intérêts punitifs n'est pas reconnue en droit international, même en cas de violations graves d'obligations découlant de normes impératives »<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Ibid., par. 282.

<sup>63</sup> CIRDI, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, affaire n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, par. 289, souligné dans l'original, citant la référence à l'affaire du *Lusitania*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 32 (1923), dans le paragraphe 16 du commentaire de l'article 36.

<sup>64</sup> *Guiso-Gallisay*, cité *supra* dans la note 55 de bas de page, par. 54.

<sup>65</sup> *Trinidad Cement Limited*, cité *supra* dans la note 52 de bas de page, par. 38, en référence au paragraphe 5 du commentaire introductif du chapitre III de la deuxième partie.

La Cour a dit qu'elle « [...] n'était pas persuadée qu'elle avait le droit d'accorder des dommages et intérêts punitifs, et qu'en l'espèce, elle n'en accorderait pas »<sup>66</sup>.

## Troisième partie

### Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État

#### Chapitre II

##### Contre-mesures

##### Article 49

##### Objet et limites des contre-mesures

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

45. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* s'est référé à l'article 49 des articles sur la responsabilité de l'État dans les termes suivants :

« Le tribunal considère comme faisant foi en droit international coutumier concernant les contre-mesures la position de la Cour internationale de Justice [dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*], telle qu'elle est confirmée par les articles de la CDI. »<sup>67</sup>

Une des questions que le tribunal avait à trancher était de savoir si une taxe décidée par le Mexique l'avait été « pour amener » les États-Unis à se conformer à leurs obligations en vertu de l'ALENA, comme l'exige l'article 49 des articles sur la responsabilité de l'État. Ayant examiné les faits, le tribunal a estimé que ce n'était pas le cas et que la taxe n'était donc pas une contre-mesure valide au sens de l'article 49 des articles sur la responsabilité de l'État<sup>68</sup>.

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

46. Avant de rendre sa décision sur la responsabilité en 2008, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Corn Products International Inc. v. Mexico* avait entendu le défendeur expliquer que la taxe qu'il avait décidée, et dont le tribunal estimait qu'elle violait ses obligations en vertu de l'ALENA, se justifiait comme contre-mesure licite prise en réponse à une violation antérieure par les États-Unis, État dont le requérant était un national. Une des questions clés sur lesquelles le tribunal avait à statuer était de savoir si le régime des contre-mesures visées dans les articles sur la responsabilité de l'État était applicable à des demandes présentées par des investisseurs individuels en vertu du chapitre XI de l'ALENA. Partant de la position que reflète le commentaire de l'article 49 (qu'il a cité *in extenso*), le tribunal a estimé que le droit relatif aux contre-mesures tenait pour bien établi qu'une contre-

<sup>66</sup> Ibid., par. 40.

<sup>67</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* dans la note 4 de bas de page, par. 125.

<sup>68</sup> Ibid., par. 134 à 151.

mesure devait être dirigée contre l'État qui avait commis le fait illicite, en riposte à ce fait. Il a ensuite noté la distinction, que l'on trouve aux paragraphes 4 et 5 du commentaire de l'article 49<sup>69</sup>, entre une contre-mesure qui anéantit les « droits » ou a des effets sur eux, et les « intérêts » d'un tiers, et s'est exprimé comme suit :

« Une contre-mesure ne saurait anéantir les *droits* d'une partie autre que l'État responsable du fait illicite antérieur ni avoir des effets sur ceux-ci. En revanche, elle peut avoir des effets sur les *intérêts* de cette partie. »<sup>70</sup>

La question était de savoir « si un investisseur au sens de l'article 1101 de l'ALENA avait des droits propres, distincts de ceux de l'État dont il était un national, ou s'il n'avait que des intérêts. Dans la première de ces hypothèses, une contre-mesure prise par le Mexique en riposte à un fait illicite des États-Unis n'excluait pas l'illicéité à l'encontre de [l'investisseur], même si elle pouvait exclure l'illicéité à l'égard des États-Unis »<sup>71</sup>. Le tribunal a encore estimé que l'ALENA conférait aux investisseurs des droits substantiels propres et distincts de ceux de l'État dont ils étaient des nationaux et que, de ce fait, une contre-mesure prise manifestement à l'encontre des États-Unis ne pouvait priver ces investisseurs de pareils droits et ne pouvaient donc être invoquée comme une circonstance excluant l'illicéité dans le cadre de la violation des droits d'un investisseur<sup>72</sup>. Le tribunal a ensuite abordé la question de savoir si les conditions auxquelles était subordonnée la licéité d'une contre-mesure, telle que celle-ci était invoquée par le défendeur, se trouvaient réunies. La condition visée en particulier était l'existence d'une violation antérieure du droit international, et c'était là, selon le tribunal, « une condition préalable fondamentale de la licéité d'une contre-mesure », comme indiqué, entre autres, par le paragraphe 1 de l'article 49 des articles sur la responsabilité de l'État (ce paragraphe a été cité par le tribunal, ainsi que la phrase correspondante du commentaire<sup>73</sup>). D'après le tribunal, « une telle condition préalable fondamentale s'imposait à lui »<sup>74</sup>. Le tribunal se heurtait au fait qu'il n'était pas compétent pour vérifier le bien-fondé des allégations portées par le défendeur à l'encontre des États-Unis, à l'appui de son argument concernant la licéité des contre-mesures, les États-Unis n'étant pas partie à l'instance. Cela étant, le tribunal ne pouvait pas retenir l'argument du défendeur, celui-ci ne justifiant pas d'une des conditions mises à la validité d'une contre-mesure<sup>75</sup>. Le tribunal a cité, entre autres, le passage suivant du commentaire de l'article 49 :

« Un État qui recourt à des contre-mesures en fonction d'une appréciation unilatérale de la situation le fait à ses propres risques et peut encourir une responsabilité à raison de son propre comportement illicite dans l'hypothèse d'une appréciation inexacte. »<sup>76</sup>

<sup>69</sup> *Corn Products International Inc.*, cité dans la note 5 ci-dessus, par. 163.

<sup>70</sup> *Ibid.*, par. 164 (souligné dans l'original).

<sup>71</sup> *Ibid.*, par. 165.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 167 et 176.

<sup>73</sup> Par. 2 du commentaire : « Une condition préalable fondamentale de la licéité d'une contre-mesure est l'existence d'un fait internationalement illicite causant un préjudice à l'État qui prend la contre-mesure. »

<sup>74</sup> *Corn Products International Inc.*, cité *supra* dans la note 5 de bas de page, par. 185 à 187.

<sup>75</sup> *Ibid.*, par. 189.

<sup>76</sup> *Ibid.*, par. 187, citant un passage du paragraphe 3 du commentaire de l'article 49 (appel de la note de bas de page omis).

*Arbitrages en vertu de l'article 22.6 du Mémorandum d'accord  
sur le règlement des différends de l'OMC et des articles 4.11 et 7.10  
de l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires*

47. Dans deux décisions qu'il a rendues en 2009, l'arbitre désigné dans l'affaire *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* a examiné la référence à des « contre-mesures appropriées » faite au paragraphe 10 de l'article 4 (et au paragraphe 10 de l'article 7) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. Il a dit ceci, entre autres :

« 4.40 Nous notons que le terme “contre-mesures” est le terme général utilisé par la CDI, dans le contexte de son projet d'articles sur la responsabilité de l'État, pour désigner des mesures temporaires que les États lésés peuvent prendre en réponse à des violations d'obligations incombant en vertu du droit international.

4.41 Nous acceptons que ce terme, tel qu'il est compris en droit international public, peut contribuer utilement à éclairer notre compréhension de ce même terme, tel qu'il est utilisé dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. En effet, le terme “contre-mesures”, dans ledit accord, décrit des mesures qui rejoignent les contre-mesures définies dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État.

4.42 Au stade actuel de notre analyse, nous estimons donc que le terme “contre-mesures” définit essentiellement la nature des mesures à autoriser, c'est-à-dire des mesures temporaires qui autrement seraient contraires aux obligations incombant en vertu de l'Accord de l'OMC et qui sont prises pour riposter à une violation d'une obligation au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. Ceci est également conforme au sens donné à ce terme en droit international public, tel qu'on le retrouve dans les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. »<sup>77</sup>

L'arbitre, après avoir affirmé que « le fait que les contre-mesures [...] ont pour objet d'amener à se conformer n'implique pas pour autant que l'on précise le niveau des contre-mesures qui sont permises [...] », a estimé qu'une telle « distinction se trouvait également dans les règles générales de droit international, telles qu'elles étaient reflétées dans les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État ». Il a rappelé ensuite que « selon l'article 49 du projet d'articles, l'expression “amené à se conformer” définissait le seul objet légitime des contre-mesures, cependant qu'un autre article, l'article 51, traitait de la question du niveau autorisé des contre-mesures, en disposant qu'elles devaient être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité de la violation ».<sup>78</sup>

<sup>77</sup> OMC, *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, affaire n° WT/DS267/ARB/1, décision de l'arbitre, 31 août 2009, par. 4.40 à 4.42 (notes de bas de page omises) et *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, affaire n° WT/DS267/ARB/2, décision de l'arbitre, 31 août 2009, par. 4.30 à 4.32 (notes de bas de page omises). Voir aussi la discussion à la suite de l'article 55 ci-dessous.

<sup>78</sup> *Ibid.*, par. 4.113 et 4.61, respectivement.

## Article 50

### Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982)*

48. Dans la sentence qu'il a rendue en 2007, le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire *Guyana v. Suriname*, après avoir estimé que telle initiative militaire prise par le Suriname était une menace de l'emploi de la force contraire à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, à la Charte des Nations Unies et au droit international général, en est venu à l'argument du Suriname selon lequel les mesures étaient néanmoins des contre-mesures licites, dès lors qu'elles étaient prises en riposte à un fait internationalement illicite du Guyana. Le tribunal a jugé « en vertu d'un principe de droit international bien établi que les contre-mesures ne pouvaient impliquer l'emploi de la force ». Il a poursuivi en ces termes :

« C'est ce qu'expriment les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, en particulier l'article 50.1 a), lequel dispose que les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte "à l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies". Comme indiqué dans le Commentaire des articles de la CDI, ce principe est conforme à la jurisprudence des organes judiciaires internationaux. Il est énoncé également dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, dont l'adoption, selon la CIJ, reflète bien l'*opinio juris* des États quant au droit international coutumier en la matière. »<sup>79</sup>

*Tribunal arbitral international (dans le cadre de l'ALENA et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

49. Dans sa décision sur la responsabilité qu'il a rendue en 2008, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Corn Products International Inc. v. Mexico* s'est appuyé sur l'article 50 des articles sur la responsabilité de l'État pour juger que des décisions rendues à son encontre par un groupe spécial de l'OMC et par l'Organe d'appel de l'OMC n'empêchaient pas le défendeur de soulever l'argument des contre-mesures dans le cas de violations alléguées d'obligations incombant en vertu de l'ALENA<sup>80</sup>.

## Article 51

### Proportionnalité

*Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

50. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* a fait état de l'article 51 des articles sur la responsabilité

<sup>79</sup> *Guyana c. Suriname*, cité *supra* dans la note 19 de bas de page, par. 446 (appels de notes de bas de page omis).

<sup>80</sup> *Corn Products International Inc.*, cité *supra* dans la note 5 de bas de page, par. 158. Voir art. 22 ci-dessus.



de l'État et rappelé qu'en vertu de la condition relative à la proportionnalité, les contre-mesures devaient être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause<sup>81</sup>. Il a ensuite fait état du paragraphe 7 du commentaire de l'article 51, qui est ainsi libellé en partie :

« 7. La proportionnalité concerne la relation entre le fait internationalement illicite et la contre-mesure. À certains égards, la proportionnalité est liée au critère du but énoncé à l'article 49 : on peut très bien juger qu'une mesure nettement disproportionnée n'était pas nécessaire pour amener l'État responsable à s'acquitter de ses obligations mais avait un but punitif et ne correspondait pas à l'objet des contre-mesures énoncé à l'article 49. »<sup>82</sup>

En l'espèce, le tribunal a estimé que l'objectif poursuivi par le Mexique, qui était d'amener les États-Unis à s'acquitter des obligations qui leur incombaient en vertu des chapitres VII et XX de l'ALENA, aurait pu être atteint par d'autres mesures ne portant pas atteinte aux normes de protection des investissements. Aussi le tribunal a-t-il jugé qu'en levant une taxe visant manifestement à faire respecter ces obligations, le Mexique ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité auquel était subordonnée la validité des contre-mesures en vertu du droit international coutumier<sup>83</sup>.

*Arbitrages en vertu de l'article 22.6 du Mémoire d'Accord sur le Règlement des différends de l'OMC et des articles 4.11 et 7.10 de l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires*

51. Dans deux décisions qu'il a rendues en 2009, l'arbitre désigné dans l'affaire *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* a fait état de l'article 51 des articles sur la responsabilité de l'État et noté que lesdits articles établissaient une distinction générale entre l'objet des contre-mesures et le niveau des contre-mesures autorisées<sup>84</sup>.

## **Article 52**

### **Conditions du recours à des contre-mesures**

*Organe d'appel de l'OMC*

52. Dans son rapport de 2008, l'Organe d'appel de l'OMC, statuant sur l'affaire *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, ne s'est pas rangé derrière les communautés européennes qui soutenaient que la position qu'elles défendaient était conforme au paragraphe 3 de l'article 52 des articles sur la responsabilité de l'État, à savoir que les contre-mesures doivent être suspendues si le fait internationalement illicite a cessé et que le différend est en

<sup>81</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* dans la note 4 de bas de page, par. 152.

<sup>82</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (deuxième partie), p. 135.

<sup>83</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra* dans la note 4 de bas de page, par. 160.

<sup>84</sup> *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, par.4.113, et *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, cités *supra* dans la note 77 de bas de page, par. 4.61. Voir aussi la discussion plus haut sur l'article 49.

instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties<sup>85</sup>.

### Article 53

#### Cessation des contre-mesures

##### *Organe d'appel de l'OMC*

53. Dans son rapport de 2008, l'Organe d'appel de l'OMC, statuant sur l'affaire *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, s'est exprimé comme suit :

« [...] L'article 53 dispose qu'il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable "s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite [...]". On peut donc dire que les principes pertinents de droit international, tels qu'on les retrouve dans les articles sur la responsabilité de l'État, vont dans le même sens que la proposition selon laquelle les contre-mesures peuvent se poursuivre jusqu'au moment où l'État responsable a mis fin à l'acte illicite en s'acquittant intégralement des obligations qui lui incombent. »<sup>86</sup>

## Quatrième partie Dispositions générales

### Article 55

#### *Lex specialis*

##### *Tribunal arbitral international (dans le cadre du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI)*

54. Dans la sentence qu'il a prononcée en 2007, le tribunal constitué pour connaître de l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americans, Inc. v. the United Mexican States* a examiné la question du lien existant entre les articles sur la responsabilité de l'État et l'ALENA, en rappelant ce qui suit :

« [...] il peut être dérogé aux articles de la CDI par un traité, comme le reconnaît expressément l'article 55 où il est question de la *lex specialis* [...]. Aussi le droit international coutumier est-il 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] »<sup>87</sup>.

Il a encore rappelé ceci :

<sup>85</sup> Organe d'appel de l'OMC, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, affaire n° AB-2008-5, rapport de l'Organe d'appel, 14 novembre 2008, par. 382 (« les articles sur la responsabilité de l'État ne vont pas dans le sens de la position adoptée par les communautés européennes »). Voir art. 53 ci-dessous. Voir aussi *Organe d'appel de l'OMC, Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, affaire n° AB-2008-6, rapport de l'Organe d'appel, 14 novembre 2008, par. 382.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> *Archer Daniels Midland Company*, cité *supra*, dans la note 4 de bas de page, par. 116.

« 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. »<sup>88</sup>

Cependant, nonobstant sa conclusion concernant le chapitre 11 de l'ALENA, le tribunal a ajouté que « le droit international coutumier continue de régir toutes les questions qui ne sont pas régies par le chapitre 11 » et que « dans le cadre du chapitre 11, le droit international coutumier, tel qu'il est codifié dans les articles de la CDI, s'applique donc de façon résiduelle ». Ceci était confirmé par le paragraphe 1 de l'article 1131 de l'ALENA disposant que le tribunal avait pour mandat de « [...] trancher les points en litige conformément à l'Accord [ALENA] et aux règles applicables du droit international »<sup>89</sup>. Cette dernière conclusion, à savoir que les articles sur la responsabilité de l'État continuaient de s'appliquer, avait trait à l'examen par le tribunal de la question des contre-mesures. Le tribunal s'est exprimé comme suit : « Le chapitre 11 ne prévoit ni n'interdit expressément le recours à des contre-mesures. C'est pourquoi le point de savoir si le défendeur peut invoquer des contre-mesures ne relève pas de la *lex specialis*, mais du droit international coutumier. » Comme il n'est pas prévu de contre-mesures, sauf dans la situation spéciale visée à l'article 2019 de l'ALENA, le tribunal juge que « la présente situation est régie par le régime par défaut institué par le droit international coutumier »<sup>90</sup>.

*Arbitrages dans le cadre de l'article 22.6 du Mémoire d'Accord sur le règlement des différends de l'OMC et des articles 4.11 et 7.10 de l'Accord de l'OMC sur les subventions e les mesures compensatoires*

55. Dans deux décisions qu'ils a rendues en 2009, l'arbitre désigné dans l'affaire *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* a relevé que « selon leur propre libellé, les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État n'ambitionnent pas de prévaloir sur aucune des dispositions spécifiques ayant trait aux domaines qu'ils abordent, dès lors que ces dispositions sont énoncées dans des instruments juridiques spécifiques ». Il a cité le passage ci-après du commentaire du chapitre II (« Contre-mesures ») de la troisième partie des articles sur la responsabilité de l'État :

« À l'instar d'autres chapitres des présents articles, les dispositions relatives aux contre-mesures ont un caractère supplétif et peuvent être écartées ou modifiées par une règle spécifique contraire (voir art. 55). Ainsi, une disposition conventionnelle interdisant, en toutes circonstances, la suspension de l'exécution d'une obligation exclura toute contre-mesure touchant à l'exécution de l'obligation. Tel sera aussi l'effet d'un régime de règlement des différends auquel les États doivent recourir en cas de litige, en particulier (comme c'est le cas du système de règlement des différends de l'OMC) s'il prévoit l'obligation d'obtenir une autorisation pour prendre des mesures équivalant à des contre-mesures en réaction à une violation avérée »<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Ibid., par. 118.

<sup>89</sup> Ibid., par. 119.

<sup>90</sup> Ibid., par. 122.

<sup>91</sup> *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, note 129 de bas de page, et *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under*

**Article 56**  
**Questions concernant la responsabilité de l'État non régies**  
**par les présents articles**

*Commission des revendications Érythrée/Éthiopie*

56. Dans la sentence qu'elle a prononcée en 2009 dans l'affaire *Ethiopia's Damages Claims*, la Commission des revendications Érythrée/Éthiopie a noté que « l'ampleur des réclamations des parties suscitait des questions qui pouvaient s'avérer importantes, à l'intersection du droit de la responsabilité de l'État et des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme ». Elle a rappelé que les articles sur la responsabilité de l'État comportaient dans une version antérieure un article selon lequel « [e]n aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance », lequel se retrouvait également au paragraphe 2 de l'article 1 des deux pactes relatifs aux droits de l'homme<sup>92</sup>. La Commission des revendications a poursuivi en disant que, bien que cette disposition ne figurât pas dans le texte de 2001, cela « ne modifiait pas la règle du droit international coutumier relative aux droits fondamentaux de l'homme énoncée au deuxième paragraphe de l'article 1 commun des deux pactes, qui s'appliquait incontestablement aux parties »<sup>93</sup>.

---

*Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, note 69 de bas de page, cité dans la note 77 de bas de page ci-dessus, citant le paragraphe 9 du commentaire introductif du chapitre II de la troisième partie.

<sup>92</sup> Voir art. 31 ci-dessus.

<sup>93</sup> *Ethiopia's Damages Claims*, par. 19, et *Eritrea's Damages Claims*, par. 19, cité *supra* dans la note 47 de bas de page.