L'imputation d'un fait à l'Etat dans le droit international de la responsabilité

Patrick Jacob

▶ **To cite this version:**

Patrick Jacob. L'imputation d'un fait à l'Etat dans le droit international de la responsabilité. Droit. Université Rennes 1, 2010. Français. ⟨NNT : ⟩. ⟨tel-04684862⟩

HAL Id: tel-04684862

https://hal.science/tel-04684862v1

Submitted on 3 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

UNIVERSITÉ DE RENNES 1

École doctorale « Sciences de l'Homme, des Organisations et de la Société »
Faculté de Droit et de Science Politique

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit
(discipline : Droit public)

préparée au Laboratoire d'étude du droit public
présentée et soutenue publiquement par

Patrick JACOB

le 30 novembre 2010

L'IMPUTATION D'UN FAIT A L'ETAT EN DROIT INTERNATIONAL DE LA RESPONSABILITE

Jury :

Monsieur Hervé Ascensio
Professeur à l'Université Paris I, rapporteur

Monsieur Gérard Cahin
Professeur à l'Université Paris II

Monsieur Jean-Eric Gicquel
Professeur à l'Université Rennes I

Madame Evelyne Lagrange
Professeur à l'Université Paris I, directrice de recherche

Monsieur Alain Pellet
Professeur à l'Université Paris X, rapporteur

L’Université n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions sont considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

ACDI	Annuaire de la Commission du droit international
AFDI	Annuaire français de droit international
AGNU	Assemblée générale des Nations unies
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJIL	American journal of international law
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
APD	Archives de philosophie du droit
ASIL	American society of international law
BYBIL	British yearbook of international law
CDH	Comité des droits de l'homme
CDI	Commission du droit international
CE	Communauté européenne
CEBDI	Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Com. IADH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CS	Conseil de sécurité des Nations unies
CSNU	Conseil de sécurité des Nations unies
EJIL	European journal of international law
FYIL	Finnish Yearbook of International Law
GATT	General agreement on tariffs and trade
GYBIL	German yearbook of international law
HVO	Conseil de défense croate (*Hrvatsko vijeće obrane*), République d'Herceg-Bosna.
ICLQ	International and comparative law quarterly
ILM	International legal materials
ILR	International law reports
IUSCTR	Iran-United States claims tribunal report
IYBIL	Italian yearbook of international law
JDI	Journal du droit international
JICJ	Journal of international criminal justice
JIEL	Journal of international economic law
JWT	Journal of world trade
KFOR	Kosovo Force
Leb.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
MINUK	Mission intérimaire des Nations unies au Kosovo
NYBIL	Netherlands yearbook of international law
NYUJILP	New York university journal of international law and politics
OEA	Organisation des Etats américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations unies
ONUSOM	Opération des Nations unies en Somalie
ORD	Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce

OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
R.S.	Republika Srpska, République des serbes de Bosnie
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDI	Rivista di diritto internazionale
RFDA	Revue française de droit administratif
RFSY	République socialiste fédérative de Yougoslavie
RFY	République fédérative de Yougoslavie
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix Rouge
RMT	République moldave de Transnistrie
RQDI	Revue québécoise de droit international
RSA	Recueil des sentences arbitrales
RTCN	République turque de Chypre du Nord
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SDN	Société des Nations
SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (O.M.C.)
SFDI	Société française pour le droit international
SGNU	Secrétaire général des Nations unies
TBI	Traité bilatéral relatif aux investissements
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIAR	Tribunal irano-américain des réclamations
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UNFICYP	Force des Nations unies à Chypre
URSS	Union des Républiques socialistes soviétiques
VRS	Armée de la Republika Srpska (*Vojska Republike Srpske*)

SOMMAIRE

INTRODUCTION **1**

PARTIE 1. L'IMPUTATION *RATIONE PERSONAE* **37**

TITRE 1. LES ORGANES *DE JURE* 45
Chapitre 1. Les démembrements territoriaux *47*
Chapitre 2. Les démembrements fonctionnels *103*
TITRE 2. LES ORGANES *DE FACTO* 169
Chapitre 1. Les organes de facto *en période de stabilité* *171*
Chapitre 2. Les organes de facto *en période de crise* *231*

PARTIE 2. L'IMPUTATION *RATIONE MATERIAE* **257**

TITRE 1. LES FAITS DES ORGANES 259
Chapitre 1. Les faits accomplis en qualité d'organe *261*
Chapitre 2. Les faits accomplis en une autre qualité *289*
TITRE 2. LES FAITS DES ENTITES NON ETATIQUES 359
Chapitre 1. Les faits étatiques par nature *361*
Chapitre 2. Les faits étatiques par destination *413*

Introduction

1. L'imputation est un sujet « autour duquel les internationalistes ont souvent aimé faire des joutes – aussi, à côté des explications classiques et plus largement acceptées, s'est-on évertué à en donner d'autres, dans lesquelles l'esprit spéculatif prime parfois sur l'intention de se conformer à la réalité des faits »[1]. On éprouve quelque hésitation à prendre part à ces joutes après nombre d'auteurs et, surtout, après que la Commission du droit international y a consacré des « travaux d'une richesse et d'une subtilité sans égales »[2] ayant abouti à un texte de codification adopté en seconde lecture en 2001[3]. L'influence de ces travaux est certes grande. Même si l'Assemblée générale des Nations unies s'est jusqu'ici contentée d'en prendre note[4], pas un manuel, pas une monographie, pas un article, peu de décisions qui ne s'y réfèrent, spécialement lorsqu'il est question d'imputation[5]. Tout n'a pourtant pas été dit sur le sujet. Plusieurs raisons en imposent le réexamen.

2. Les travaux que la C.D.I. a consacrés à l'imputation reposent essentiellement sur l'œuvre du second rapporteur spécial, R. Ago. Ses rapports constituent certes, « pour ce qui est de l'imputation, de véritables monuments de savoir juridique »[6]. Mais ils remontent au début des années 1970[7] et s'appuyaient pour l'essentiel sur la pratique suivie dans le

---

[1] R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1972, vol. 2, § 274, p. 104.

[2] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 9-121, sp. p. 19.

[3] Pour le texte et son commentaire, v. *ACDI*, 2001, vol. 2, partie 2, p. 26-154.

[4] Res. 56/83, 12 décembre 2001, prenant note des articles présentés par la C.D.I. et les recommandant à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée (§ 3). Depuis lors, l'A.G. a réitéré sa position à deux reprises (Res. 59/35, 2 décembre 2004 ; Res. 62/61, 6 décembre 2007), tandis que les membres de la C.D.I. comme les Etats se séparent selon qu'ils estiment qu'une conférence de codification est nécessaire afin d'accroître la force juridique des articles et permettre aux Etats de les réexaminer (voir la position de la France, dans S.G.N.U., « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Observations et renseignements communiqués par les gouvernements », A/65/86 (2010)) ou qu'ils jugent au contraire qu'une telle conférence « risquerait de compromettre le fragile équilibre du texte actuel » (Finlande, *ibid.*) voire d'affaiblir un texte largement appliqué si plusieurs Etats venaient à ne pas le ratifier (Etats-Unis, *ibid.*).

[5] On verra ainsi tout au long de l'étude que le texte et les commentaires de la C.D.I. sont et ont été (pour ce qui est du texte adopté en première lecture) régulièrement mentionnés dans la pratique judiciaire internationale. Les rapports établis par le S.G.N.U. recensent pas moins de 154 affaires dans lesquelles des juridictions internationales ont visé les articles ou leurs commentaires (« Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux », deux rapports, A/62/62 (2007) et A/62/96 (2010)). Sur l'influence du texte de la C.D.I., v. D. D. Caron, « The ILC's articles on State responsibility : the paradoxical relationship between form and authority », *AJIL*, 2002, p. 857-873.

[6] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 19.

[7] La question est traitée dans les troisième et quatrième rapports de R. Ago : « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, p. 209-289 ; « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1972, vol. 2, partie 1, p. 77-174. Ces rapports ont donné lieu à l'adoption de onze articles en première lecture lors des XXV^{e}, XXVI^{e} et XXVII^{e} sessions (articles 5 et 6, *ACDI*, 1973, vol. 2, partie 1,

domaine de la protection des étrangers. Depuis lors, la Commission du droit international n'est revenue sur la question qu'en 1998 sous l'impulsion du cinquième rapporteur sur la responsabilité des Etats, J. Crawford, pour adopter un texte qui n'a connu à cette occasion que des aménagements limités, dont la portée n'a pas toujours été correctement évaluée[8]. Pourtant, dans l'intervalle, et encore après l'adoption par la Commission des articles consacrés à la responsabilité des Etats, la situation de l'Etat a évolué et la pratique internationale s'est grandement développée, conduisant à « s'interroger sur la fragmentation de l'Etat du point de vue d'un droit international lui-même fragmenté »[9].

3. Pivot de l'ordre juridique international, l'Etat a connu des évolutions importantes, tant endogènes qu'exogènes, susceptibles de rejaillir sur la question de l'imputation. Des évolutions endogènes d'abord. Si elle a jamais existé, l'organisation de l'Etat selon une structure monolithique et unitaire est aujourd'hui révolue. Au modèle pyramidal s'est substitué celui du réseau[10], caractéristique d'un Etat « modeste »[11] ou « post-moderne »[12]. L'Etat s'est ainsi fragmenté en un « ensemble composite formé d'éléments hétérogènes disposant de leur rationalité propre de fonctionnement, d'unités administratives souvent mal coordonnées et pas toujours soumises à des procédures de commandement centralisées, entre lesquelles peine à se maintenir une hiérarchie institutionnelle et politique traduisant l'unité de la puissance publique »[13]. Déconcentration et décentralisation, territoriales comme fonctionnelles, se sont accompagnées d'une privatisation non seulement des moyens de production mais encore des fonctions régaliennes. L'Etat s'est ainsi rétracté, confiant ou abandonnant à l'initiative privée des fonctions qu'il assumait ou des pouvoirs qu'il exerçait auparavant directement[14]. La conjonction de ces phénomènes a conduit à brouiller les frontières du public et du privé. Ces mutations se sont accompagnées d'évolutions exogènes. Les Etats ont ainsi permis à des organisations internationales d'exercer des compétences, fonctions et pouvoirs jusqu'ici considérés

---

p. 192-200 ; articles 7 à 9, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 288-302 ; articles 10 à 15, *ACDI*, 1975, vol. 2, partie 1, p. 65-113).

[8] La question est traitée dans le premier rapport de J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, p. 35-62. Ce rapport a donné lieu à l'adoption en seconde lecture de sept articles (*ACDI*, 2001, vol. 2, partie 2, p. 39-55).

[9] G. Cahin, « Le droit international et la question de la 'fragmentation' des Etats », *RBDI*, 2007, p. 327-364, sp. p. 328.

[10] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

[11] M. Crozier, *Etat modeste, Etat moderne : stratégies pour un autre changement*, Paris, Fayard, 1997.

[12] J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 3e édition, 2008.

[13] G. Cahin, « Le droit international et la question de la 'fragmentation' des Etats », *op. cit.*, p. 346.

[14] Pour des présentations du phénomène du point de vue du droit international, v. H. Ascensio, « L'entreprise dans la société internationale – Rapport introductif », *in* H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2009, p. 13-41, sp. p. 20-24 ; M. Sassoli, « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions », *in* O. Delas, C. Deblock, *Le bien commun comme réponse à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 303-325. Sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

comme étatiques[15], quand ils n'ont pas été débordés par des pouvoirs privés[16]. Or, même si « aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée »[17], ces évolutions des structures étatiques et de la place de l'Etat peuvent influer sur l'application des normes internationales, conditionnée par l'opération d'imputation.

4. A cet éclatement de l'Etat répond comme en écho celui, réel ou supposé, du droit international. L'expansion normative qu'a connue la matière s'est accompagnée d'une diversification des champs couverts mais aussi du développement d'organes de règlement des différends plus ou moins spécialisés. Ce phénomène a pu faire craindre une fragmentation du droit international[18]. C'est précisément à propos de questions d'imputation que le « grave danger » lié à l'existence d'interprétations contradictoires des règles générales a été initialement souligné[19], après que certains eurent déjà signalé que « le droit international contemporain ne connaît plus (…) un *corpus* unique et cohérent de principes concernant l'imputation »[20]. Or, les organes de règlement des différends internationaux confrontés à ces questions se sont multipliés, qu'ils aient une compétence générale ou interviennent dans des domaines spécialisés[21]. La manière dont ils ont pris en compte, acclimaté et/ou adapté dans leurs champs respectifs les travaux de la C.D.I. peut alors renseigner sur « la fabrique du droit » international[22] et sur son unité.

5. L'imputation constitue ainsi un sujet tout à la fois classique et d'une redoutable actualité. Pour le bien saisir, encore faut-il identifier clairement cette opération (section 1), le rôle qu'elle joue au sein du droit international de la responsabilité (section 2) et les manières dont elle peut être appréhendée (section 3).

---

[15] C'est spécialement, mais pas uniquement, le cas dans le cadre de l'Union européenne. Sur ce point, v. Ch. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004 ; D. Sarooshi, *International organizations and their exercise of sovereign powers*, Oxford, O.U.P., 2005.

[16] J.-D. Mouton, « L'Etat selon le droit international : diversité et unité », *in* S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 1994, p. 79-106, sp. p. 87.

[17] C.I.J., *Sahara occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, § 94.

[18] Voir, parmi les nombreux travaux sur ce sujet, le rapport du Groupe d'étude de la C.D.I. intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 (2006). V. aussi, pour une approche globale de la question, P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, vol. 297, p. 15-489 et, pour une approche critique du rapport du Groupe d'étude, B. Conforti, « Unité et fragmentation du droit international : 'Glissez, mortels, n'appuyez pas !' », *RGDIP*, 2007, p. 5-18.

[19] V. le discours du président de la Cour internationale de Justice, G. Guillaume, prononcé devant la Sixième commission de l'A.G.N.U. le 27 octobre 2000, « Multiplication des instances judiciaires internationales : perspectives pour l'ordre juridique international », accessible depuis www.cij-icj.org. Sur ce point, v. aussi J. Charney, « Is international law threatened by international courts and tribunals ? », *RCADI*, 1998, vol. 271, p. 101-382, sp. p. 237-263 pour l'examen d'une éventuelle fragmentation dans l'application du droit de la responsabilité internationale.

[20] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 166.

[21] Sur les organes examinés dans cette étude, v. *infra*.

[22] L'expression est empruntée à B. Latour, qui l'utilise pour décrire le Conseil d'Etat français (*La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002).

Section 1. Isoler l'imputation

6. L'étude porte sur l'imputation d'un fait à l'Etat en droit de la responsabilité internationale. Pour la circonscrire, il faut donc isoler cette opération (§ 2) après avoir décrit succinctement la responsabilité internationale (§ 1).

§ 1. La responsabilité internationale

7. Comme dans tout système juridique, la responsabilité joue un rôle fondamental dans l'ordre juridique international (A). Dans une société dépourvue de législateur comme de juge universels[23], son régime ne s'est uniformisé que progressivement (B).

A. Aperçu des fondements et fonctions

8. « La responsabilité constitue l'épicentre d'un système juridique »[24]. Si tel est le cas, c'est parce qu'elle y joue plusieurs rôles. Elle peut viser à la réparation. Etymologiquement, le responsable est ainsi celui qui garantit (*responsor*) le débiteur (*sponsor*)[25], indiquant que la responsabilité tend avant tout à restaurer un juste équilibre entre les patrimoines[26]. Mais elle peut également viser à sanctionner. Sous l'influence de l'Eglise puis de l'Ecole du droit naturel, la responsabilité a en effet évolué dans le sens d'une « individualisation marquée (…), axée sur la désignation de la faute individualisée, traduction ou substitut du péché »[27]. Ces fonctions ne sont pas exclusives l'une de l'autre et la responsabilité se divise en régimes distincts selon que l'on insiste davantage sur la première ou la seconde. A une extrémité du spectre, la logique réparatrice se concentre sur le dommage, pouvant aller jusqu'à rendre la responsabilité indépendante de toute faute imputable au responsable et tendre, *in fine*, vers la socialisation du risque[28]. A l'autre

[23] Soulignant l'influence de cette carence institutionnelle sur l'évolution du droit de la responsabilité, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 5e édition, 2009, p. 848 ; J. Combacau *in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8e édition, 2008, p. 519 ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10e édition, 2010, p. 506 s.

[24] P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 9-133, sp. p. 21.

[25] M. Villey, « Esquisse historique du mot responsable », *in Archives de philosophie du droit. La responsabilité*, Paris, Sirey, 1977, p. 45-62, sp. p. 49.

[26] P.-M. Dupuy, « Responsabilité », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1341-1347.

[27] *Ibid.*

[28] Sur la question de la socialisation du risque, v. Conseil d'Etat, *Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, La documentation française, 2005.

extrémité, la logique sanctionnatrice « se concentre sur le comportement du sujet de droit et sa déviance par rapport à l'obligation juridique à laquelle il est soumis », le dommage n'étant plus perçu, au plus, que comme une conséquence de la faute[29].

9. Ces traits généraux de la responsabilité sont particulièrement marqués dans l'ordre international. Perçue alternativement comme essentiellement réparatrice[30] ou sanctionnatrice[31], la responsabilité internationale combine ces deux fonctions[32]. Au sein d'un ordre faiblement institutionnalisé, elle constitue le moyen privilégié non seulement de réparation mais aussi d'identification et de sanction de la violation des obligations internationales[33] et, partant, de « garantie de la légalité internationale »[34]. Elle joue ainsi un rôle structurant, au point qu'on a pu la percevoir comme « une partie essentielle de ce que l'on pourrait considérer comme la constitution de la communauté internationale »[35].

10. Toutefois, si la responsabilité internationale a longtemps été perçue comme obéissant à un régime unitaire, celui de la responsabilité de l'Etat pour fait illicite[36], elle

---

[29] P.-M. Dupuy, « Responsabilité », *op. cit.*, p. 1344.

[30] Comme la percevait D. Anzilotti, en réduisant la responsabilité internationale à un rapport bilatéral opposant l'obligation de l'Etat auteur du fait illicite de réparer au droit de l'Etat lésé d'exiger réparation (*Cours de droit international*, traduction de G. Gidel, 1929, nouvelle édition, Paris, LGDJ, 1999, p. 467-468).

[31] Ainsi que la voyait H. Kelsen, en considérant que « la responsabilité doit être distinguée de l'obligation, et plus spécialement de l'obligation de réparer un dommage. Un individu est responsable d'un acte illicite quand la sanction est dirigée contre lui » (« Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, vol. 84, p. 15). Il s'agissait toutefois pour l'auteur d'insister sur le fait que tout ordre juridique est d'abord un ordre de sanction.

[32] Comme l'a considéré la C.D.I. en retenant que la responsabilité internationale « recouvre les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite d'un État, qu'elles se limitent au rapport existant entre l'État auteur du fait illicite et un seul État lésé ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres États ou même à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur des obligations de restitution ou de réparation ou qu'elles donnent aussi à l'État lésé la possibilité de réagir en prenant des contre-mesures » (commentaire de l'article 1 du texte de codification définitif, § 5, *op. cit.*, p. 34). Suivant l'approche de R. Ago (déjà développée dans « Le délit international », *RCADI*, 1939, vol. 68, p. 429-430), la C.D.I. a ainsi additionné les conséquences réparatrices et punitives (A. Pellet, « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, 1996, p. 7-32, sp. p. 11).

[33] En ce sens, P. Ziccardi, qui souligne que la responsabilité « ne peut pas ne pas être la clef de voûte de tout système juridique composé uniquement de règles de conduite », comme l'est le système international (« Règles d'organisation et règles de conduite en droit international : le droit commun et les ordres juridiques », *RCADI*, 1976, vol. 152, p. 119-376, sp. p. 250). Egalement en ce sens, P.-M. Dupuy, « Responsabilité et légalité » *in* S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, p. 263-291, sp. p. 264.

[34] J. Combacau *in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 523. A. Pellet souligne également que la responsabilité internationale « *is now also, and perhaps principally, a mechanism having as its function the condemnation of breaches by subjects of international law of their legal obligations and the restoration of international legality* » (« The definition of responsibility in international law », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 3-15, sp. p. 15).

[35] P. Reuter, « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », *in Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, p. 389-398, sp. p. 390.

[36] En ce sens, P. Reuter, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961, vol. 103, p. 584 s. V. aussi, R. Ago, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1970, vol. 2, partie 1, p. 189-211, sp. § 15-19, p. 193-194.

tend aujourd'hui à se scinder en une pluralité de régimes[37]. D'abord parce que la responsabilité de l'Etat se diversifie. Elle serait ainsi susceptible de degrés, selon que le fait illicite peut être qualifié de délit ou de crime ou, pour reprendre la formule finalement retenue par la C.D.I., de « violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international »[38]. Elle pourrait en outre être engagée pour des activités qui ne sont pas prohibées par le droit international[39]. Ensuite parce que, parallèlement à la responsabilité de l'Etat, l'émergence d'autres sujets de droit international s'est accompagnée, voire a résulté, de l'affirmation de leur responsabilité. La responsabilité internationale peut désormais être non seulement celle de l'Etat, mais encore celle d'organisations internationales[40], d'individus[41], de groupes armés[42], voire d'entreprises[43].

11. L'étude ne porte que sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. C'est en ce domaine que la question de l'imputation d'un fait à l'Etat se pose principalement. En effet, le régime de la responsabilité de l'Etat pour les activités qui ne

[37] Sur ce point, v. A. Pellet, « The definition of responsibility in international law », *op. cit.*, p. 6 s.

[38] Chapitre 3 de la deuxième partie du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 118-124. Les conséquences attachées à ce type de qualification restent toutefois limitées. Sur ce point, v. A. Pellet, « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : *Requiem* pour le crime », *in Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2002, p. 654-681.

[39] Dès 1974, la C.D.I. a distingué l'étude de la responsabilité pour fait internationalement illicite de celle de la responsabilité pour les conséquences préjudiciables résultant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Les rapports de R. Quentin-Baxter, J. Barboza et P.S. Rao ont abouti à l'adoption de deux projets d'articles. Le premier, portant sur la « prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses », traite des obligations, primaires, de vigilance incombant aux Etats davantage que de leur responsabilité (*ACDI*, 2001, vol. 2, p. 157-183). Le second, intitulé « projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses », semble relever davantage du développement progressif du droit international que de la codification (A/61/10 (2006), p. 114-190). Pour une approche synthétique, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 911-915 ; A. Boyle, « Liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 95-104 ; M. Montjoie, « The concept of liability in the absence of an internationally wrongful act », *ibid.*, p. 503-514. Pour une étude approfondie, v. spécialement, outre les travaux de la C.D.I., P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1977.

[40] En 2002, la C.D.I. a entrepris la codification du droit de la responsabilité des organisations internationales. Les sept premiers rapports du rapporteur spécial, G. Gaja, lui ont permis d'adopter en 2009 en première lecture un projet d'article largement calqué sur le texte consacré à la responsabilité des Etats (A/64/10 (2009), p. 21-183). Sur la question, v. spécialement P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; J.J. Caicedo, *La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et leurs Etats membres*, thèse, Paris 1, 2005.

[41] C. Tomuschat, « The responsibility of other entities – Private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 317-330.

[42] G. Cahin, « The responsibility of other entities – Armed bands and criminal groups », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 331-342 ; L. Zegveld, *Accountability of armed opposition groups in international law*, Cambridge, C.U.P., 2002.

[43] Sur la question, v. O. de Schutter, « The challenge of imposing human rights norms on corporate actors », *in* O. de Schutter (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, p. 1-39 ; L. Liberti, « La responsabilité des entreprises en droit international : chimère ou réalité ? », *International Law FORUM du droit international*, 2005, p. 235-242.

sont pas prohibées par le droit international, si c'en est un[44], peut impliquer d'imputer un dommage, voire une situation, à l'Etat, pas un fait[45]. Quant aux régimes de responsabilité des autres sujets de droit international, l'identification du fait de l'Etat y est marginale, même s'ils peuvent l'éclairer négativement. Cela ne signifie pas que ces évolutions du droit de la responsabilité internationale seront ignorées. Elles seront prises en compte en tant qu'elles peuvent rétroagir sur l'imputation d'un fait à l'Etat en droit international de la responsabilité pour fait internationalement illicite, dont il convient à présent de décrire le fonctionnement général.

B. Aperçu du régime général

12. A l'objet que constitue la responsabilité internationale correspond une branche du droit qui en prévoit les conditions d'engagement et les conséquences.

13. Le droit de la responsabilité internationale est régulièrement appréhendé comme une branche du droit[46] constituée de règles secondaires, entendues comme les « conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et [les] conséquences juridiques qui en découlent »[47], par opposition aux règles primaires, qui définissent « le contenu des obligations internationales dont la violation engage la responsabilité »[48]. Cette distinction résulte des travaux de la C.D.I., qui a entendu codifier « toute la responsabilité, rien que la responsabilité »[49], suivant une approche parfois qualifiée de « continentale »[50].

---

[44] On remarquera que la langue anglaise use du terme *liability*, distinct de celui de *responsibility*, pour qualifier pareil régime, traduisant l'idée que, poussée à un certain point, la logique réparatrice conduit à quitter le champ de la responsabilité pour entrer dans celui de la garantie, la différence entre un simple répondant, comme l'assureur, et le responsable tenant au fait que le dernier « est appelé à répondre en raison de sa participation à la réalisation du trouble social » (G. Viney, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit. La responsabilité*, Paris, Sirey, 1977, p. 275-291, sp. p. 279). Dans le sens d'une distinction nette des deux régimes, v. aussi, R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 20.

[45] Deux questions se posent alors : celle de la répartition de la responsabilité entre l'Etat et l'opérateur de l'activité dommageable, celle de l'identification de l'Etat éventuellement responsable. Sur ce point, v. Ph. Guttinger, « Allocation of responsibility for harmful consequences of acts not prohibited by international law », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 515-520.

[46] Qualifiant le droit de la responsabilité internationale de branche du droit, v. C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, § 47.

[47] Commentaire général du texte de codification définitif, § 1, *op. cit.*, p. 31.

[48] *Ibid*.

[49] Expression utilisée par R. Ago, *ACDI*, 1969, vol. 1, p. 113, § 18.

[50] Sur l'opposition entre la conception « continentale » retenue par la Commission et une conception qualifiée d'« anglo-américaine » de la responsabilité de l'Etat, v. L.F.E. Goldie, « State responsibility and the expropriation of property », *International lawyer*, 1978, vol. 12, n° 1, p. 63-82. V. aussi, G. A. Christenson, qui oppose cette approche continentale à « *the more skeptical case-at-a-time jursiprudential approach often*

La possibilité d'isoler les règles relevant de cette branche du droit ne doit toutefois pas être surestimée. En effet, bien que la distinction entre règles primaires et secondaires ait été défendue par de nombreux auteurs[51], celle retenue par la C.D.I. ne reflète fidèlement la pensée d'aucun d'entre eux. Elle ne s'appuie certainement pas sur celle de Kelsen[52]. Elle est à peine plus proche de celle de Hart[53]. Elle doit sans doute plus à celle de Ross[54]. Mais elle ne la reprend pas purement et simplement. La Commission a en effet entendu isoler les règles secondaires en raison de l'échec de l'approche globale de son premier rapporteur spécial, F. V. Garcia Amador[55]. Les débats tenus en son sein montrent alors que la distinction a essentiellement été utilisée afin de structurer l'entreprise de codification[56], de sorte qu'elle obéit à des motifs « tactiques et stratégiques » autant que théoriques[57]. Dans les cas-limites, deux types de considérations semblent ainsi avoir guidé l'inclusion ou l'exclusion d'une règle dans le texte de codification. Les premières, les moins légitimes, tiennent à l'intensité des controverses l'entourant, l'invocation de son caractère primaire

---

reffered to as the Anglo-American method of international settlement of dispusts » (« Attributing act of omission to the state », *Michigan journal of international law*, 1991, vol. 12, p. 312-370, sp. p. 331).

[51] Sur les divers usages de la distinction, v. N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in* C. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 104-122.

[52] Pour qui les normes les plus importantes d'un système juridique, et donc celles qui méritent le qualificatif de « primaires » selon un rapport axiologique, sont celles relatives à la sanction, tandis que les normes qui prescrivent le comportement permettant d'éviter la sanction doivent être qualifiées de secondaires (*Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 114).

[53] Qui distingue les règles primaires, entendues comme celles qui fixent des obligations de comportement aux sujets de droit, et les règles secondaires, à savoir les règles de reconnaissance, de modification, de jugement et de sanction. Mais il s'agit pour lui d'une distinction entre le normatif et l'institutionnel, entre les obligations et les pouvoirs, qui marque le degré de développement d'un système juridique (*Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 103 s.).

[54] Pour qui une règle juridique n'est parfaite que lorsque les normes substantielles, ou primaires, qui établissent les comportements à suivre, sont complétées, d'abord, par des normes de sanctions, ou secondaires, qui prévoient non seulement les sanctions susceptibles d'être mises en œuvre en cas de violation des normes primaires mais encore les conditions d'application de ces sanctions et, enfin, par des normes procédurales, ou tertiaires, qui fixent les conditions dans lesquelles un jugement peut être rendu et devenir exécutoire (*On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1958, p. 207-211 ; v. aussi *A textbook of international law. General Part*, Londres/New York/Toronto, Longmans, Green and Co., 1947, p. 241 s.).

[55] F. V. Garcia Amador avait adopté une approche à la fois plus large et plus restreinte. Plus large, car il entendait codifier aussi bien les « principes et normes de fond, c'est-à-dire [les] actes et omissions qui engagent la responsabilité internationale de l'Etat » que les « principes et normes qui touchent à la procédure ou sont en relation étroite avec elle ». Plus restreinte, car ses travaux se limitaient à la responsabilité pour les dommages causés aux étrangers sur son territoire (v. notamment « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1957, vol. 2, § 2, p. 120).

[56] Clairement en ce sens, J. Crawford qui considère que « *the distinction between primary obligations and secondary rules of responsibility is to some extent a functional one, related to the development of international law rather than to any logical necessity* » (« The ILC's articles on responsibility for internationally wrongful acts : a retrospect », *AJIL*, 2002, vol. 96, p. 874-890, sp. p. 879 ; v. aussi, du même auteur, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 15-16, p. 7).

[57] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 21. V. aussi E. David, « Primary and secondary rules », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 27-33.

apparaissant parfois comme un moyen commode de les éluder[58]. Les secondes ont trait à sa généralité, les règles secondaires ayant été isolées comme corps de règles autonomes essentiellement en ce qu'elles sont en principe applicables aux diverses branches du droit international[59]. Si des règles spéciales ne sont pas à exclure[60], la C.D.I. a ainsi entendu codifier le régime général de la responsabilité internationale.

14. Comme tout régime de responsabilité, celui-ci « organise, en fonction de ses fondements et de ses finalités, un certain type de rapports entre des éléments de base »[61]. Logique de réparation et logique de sanction s'y mêlent, que l'on examine son origine, son contenu ou sa mise en œuvre. L'étude porte sur l'origine de la responsabilité internationale. Celle-ci tient tout entière dans le fait illicite. En affirmant que « tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale »[62], la C.D.I. a en effet exclu le dommage, ou en tout cas le dommage autre que juridique[63], des conditions d'existence de la responsabilité, insistant ainsi sur sa dimension potentiellement punitive[64]. Le fait internationalement illicite se subdivise lui-même en deux éléments, puisqu'il y a fait internationalement illicite de l'Etat « lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : *a*) est attribuable à l'Etat en vertu du droit international ; et *b*) constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat »[65]. Il est certes encore possible que des circonstances excluent l'illicéité[66], ou que l'Etat doive répondre du comportement d'un autre sujet[67]. Du moins sait-on que l'Etat n'est en principe responsable que de son comportement, rendant centrale l'opération d'imputation.

---

[58] Lors du débat précité, B. Simma considéra ainsi que « la Commission utilise le plus souvent la distinction entre règles primaires et règles secondaires pour évacuer les questions difficiles » (*ACDI*, 1999, vol. 1, 2578e séance, p. 79-86, p. 84).

[59] En ce sens, D. Bodansky et J. R. Crook, « Symposium : the ILC's State responsibility articles. Introduction and overview », *AJIL*, 2002, p. 773-791, sp. p. 780 ; J. Crawford, « The ILC's articles on responsibility for internationally wrongful acts : a retrospect », *op. cit.*, p. 878-879 ; M. Forteau, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, *op. cit.*, p. 5.

[60] Ainsi que l'a admis la C.D.I. en prévoyant que « les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international » (article 55 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 150).

[61] P.-M. Dupuy, « La responsabilité », *op. cit.*, p. 1345.

[62] Article 1 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 33.

[63] Sur ce point, v. B. Stern, « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, 2001, p. 3-44.

[64] Sur ce point, v. A. Pellet, « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, *passim*.

[65] Article 2 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 35.

[66] Chapitre 5 de la première partie du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 75-92.

[67] Chapitre 4 de la première partie du texte de codification définitif (*op. cit.*, p. 67-75) et cinquième partie du texte relatif à la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture (A/64/10 (2009), p. 162-177). Sur ce point, v. *infra*.

§ 2. Le rôle central de l'imputation d'un fait dans le droit de la responsabilité internationale

15. L'Etat n'est en principe responsable que de son propre comportement, ce qui rend fondamentale l'identification des faits étatiques par l'opération d'imputation. Cette idée est tellement ancrée dans la pratique et la doctrine internationales qu'on ne juge même plus nécessaire de la justifier. Pourtant, si elle est aujourd'hui largement reconnue (B), la responsabilité collective puis l'approche centrée sur la faute l'ont précédée (A), les évolutions de la responsabilité internationale suivant celles de la conception de l'Etat et de ses rapports avec ses sujets[68].

A. Approches antérieures

16. Dans un premier temps l'idée de responsabilité collective, fondée sur la solidarité du groupe social, semble avoir prévalu. Cette conception pouvait être identifiée en droit romain ainsi que dans certains systèmes médiévaux[69]. Le groupe ne pouvait alors être distingué de ses membres, si bien que tout fait illicite commis par l'un de ceux-ci engageait la responsabilité collective de celui-là[70]. Dans un second temps, l'Etat ne fut plus considéré comme automatiquement responsable de tout ce que faisaient ses nationaux ou de tout ce qui se passait sur son territoire. Il ne le fut plus que de ses fautes. Née notamment sous la plume de Grotius, qui, assimilant l'Etat à la personne du Souverain[71], considérait qu'il

[68] Tenter d'identifier l'évolution de la place de l'imputation dans le droit de la responsabilité internationale ne peut toutefois se faire sans précautions. Il faut se méfier de la transposition automatique des techniques juridiques applicables au sein de sociétés qui ne sont pas identiques ainsi que des anachronismes. De plus, on ne peut perdre de vue que les évolutions retracées se sont inscrites dans des périodes longues et il est difficile d'identifier avec précision les points de rupture, plusieurs conceptions pouvant entrer en concurrence à un même moment. V. de manière générale sur ses aspects historiques, D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 484-485 ; I. Brownlie, *System of the law of nations : State responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 1 ; J. A. Hessbruegge, « The historical development of the doctrine of attribution and due diligence in international law », *NYUJILP*, 2004, p. 265-306 ; T. Becker, *Terrorism and the State : rethinking the rules of State responsibility*, Oxford, Hart, 2006, sp. p. 11-42.

[69] Notamment à travers la figure de la *Sippenhaftung* germanique que D. Anzilotti (*Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 484-485) et F.V. Garcia-Amador (« Cinquième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1960, vol. 2, p. 57) citent en exemple.

[70] V. aussi E. Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles/Paris, A. Castaigne, Thorin et fils, 1894, p. 62 s., sp. p. 63.

[71] Grotius maintenant l'identification de l'Etat à son organe suprême, il considérait que ce n'étaient pas les Etats, les Nations ou les Peuples qui étaient responsables mais les Princes ou les Rois (*Droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. par J. Barbeyrac, Publications de l'Université de Caen, 1984, Livre II, chapitre XVII, § 20, p. 528 ; sur ce point, v. E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, p. 259-265). Ceci explique qu'il ait construit un système de responsabilité entre Souverains analogue à celui qui prévalait dans les relations entre personnes privées. Grotius fait notamment référence au *jus gentium*, mais en l'utilisant en tant qu'il est un mixte entre le droit civil et le droit naturel

n'était tenu de répondre que de ses fautes[72] ou de celles de ses sujets lorsqu'il y avait pris part[73], cette perception perdura sous celle de Vattel[74] bien qu'il perçût l'Etat comme une entité corporative[75], et imprégna la doctrine et les sentences arbitrales du 19e siècle[76]. Contrairement à la responsabilité collective, l'approche centrée sur la faute reposait sur une césure entre les comportements considérés comme publics et ceux qui ne l'étaient pas, le Souverain ou l'Etat n'étant tenu responsable que des premiers. Le rejet ultérieur de la faute comme fondement de la responsabilité n'a pas ébranlé ce principe. Mais il a conduit à modifier la perception de la démarcation entre sphères publique et privée.

B. Approche contemporaine

17. Sous l'influence des auteurs positivistes et dualistes, le droit de la responsabilité s'est objectivé, la faute étant exclue des rapports entre Etats. D. Anzilotti[77] s'est ainsi attaché à combattre « une opinion fort répandue [qui] veut que l'acte objectivement illicite ne soit imputable que s'il dérive de la faute (ou *a fortiori* du dol) de l'Etat »[78]. Pour lui, la faute étant une attitude humaine individuelle, la seule faute susceptible d'être attribuée à l'Etat, entité corporative, serait celle de ses agents. Or, soit ils ont violé le droit interne et on ne saurait logiquement imputer à l'Etat leur comportement[79], soit ils ont agi

---

n'ayant pas uniquement pour objet de régir des relations inter ou extra-nationales (E. Jouannet, « Droit des gens », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 463-467). Sur ce point, v. aussi J.A. Hessbruegge, « The historical development of the doctrine of attribution and due diligence in international law », *op. cit.*, p. 283 et 296-298 et, de manière plus générale, E. Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law*, London/New York, Longmans, Green and co., 1927, p. 134-143.

[72] Grotius distinguait deux types de responsabilité, selon que le mal commis pouvait être réparé ou devait être puni (Livre II, chapitre I, § 2 puis Livre II, chapitre XX, § 1). Mais dans l'un et l'autre cas, le Souverain n'était responsable que de sa faute (Livre II, chapitre XVII, § 1) ou de son crime (Livre II, chapitre XX, § 1).

[73] C'est ainsi que lorsque le Souverain est tenu responsable du comportement de ses sujets, « il n'est pas tant puni pour le crime d'autrui que pour le sien propre » (Livre II, chapitre XXI, § 1).

[74] E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Paris, Librairie de Guillaumin et cie, nouvelle édition, 1863, tome 2, Livre 2, chapitre VI, § 73, p. 48 s., qui considère que, « comme il est impossible à l'Etat le mieux réglé, au souverain le plus vigilant et le plus absolu, de modérer à sa volonté toutes les actions de ses sujets, de les contenir en toute occasion dans la plus exacte obéissance, il serait injuste d'imputer à la Nation, ou au Souverain, toutes les fautes de ses citoyens », tout en admettant que le comportement d'un particulier puisse se muer en comportement étatique car « si la Nation ou son conducteur approuve et ratifie le fait du citoyen, elle en fait sa propre affaire : l'offensé doit alors regarder la nation comme le véritable auteur de l'injure, dont peut-être le citoyen n'a été que l'instrument ». Sur ce point, v. aussi *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[75] Sur cette évolution, v. E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique*, *op. cit.*, p. 319 s. ; O. Beaud, « La notion d'Etat », *APD*, 1990, vol. 35, p. 119-141.

[76] V. R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 67 s., p. 106 s.

[77] V. aussi H. Triepel, *Droit international et droit interne*, trad. R. Brunet, Paris, Pedone, 1920, p. 345-346.

[78] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 et 285-309, sp. p. 287.

[79] *Ibid.*, p. 289. Notons déjà, mais nous y reviendrons, que cette prise de position suppose de considérer qu'un acte ne peut être proprement qualifié d'étatique que sur la base du droit interne, conception qu'Anzilotti écartera pourtant par la suite. Voir *infra*, chapitre II, section 1, § 1, B.

conformément à ce droit et on ne saurait considérer leur comportement comme fautif[80]. La responsabilité internationale de l'Etat serait donc en toute hypothèse objective. Cette approche positiviste « emprunte à la faute l'idée d'imputation à un sujet donné d'une responsabilité liée à son propre agissement. Mais, l'appliquant à une personne morale, l'Etat, il élimine en principe toute référence à l'intentionnalité pour 'objectiver' la faute en la ramenant au fait illicite »[81]. Ainsi, si la faute peut être vue comme un « substitut laïc du péché »[82], le fait illicite apparaît comme un substitut juridique de la faute. Imputer ne signifie plus alors identifier la volonté de l'Etat mais rattacher à cette entité corporative certains comportements considérés comme siens en application de règles de droit ou d'indices matériels[83].

18. Cette conception imprégna progressivement pratique et doctrine internationales dans la première moitié du 20e siècle. Au terme d'une analyse fouillée de celles-ci, R. Ago approfondit l'entreprise de systématisation amorcée par D. Anzilotti. Ecartant la faute comme fondement de l'imputation, il proposa à la C.D.I. une série d'articles reposant sur le principe selon lequel l'Etat n'est responsable que de son propre comportement, celui-ci étant identifiable à partir d'une césure nette entre sphères publique et privée[84]. La Commission jugea dans un premier temps utile de formuler explicitement les deux branches de cette proposition. Ainsi, après avoir affirmé que l'Etat ne pouvait être tenu responsable que des faits qui lui sont imputables[85], elle rechercha, d'une part, quels sont ces faits[86] et formula, d'autre part, des règles d'imputation négatives afin de bien marquer l'impossibilité de considérer comme étatiques d'autres comportements[87]. Sans doute cette formulation explicite était-elle alors nécessaire car elle permettait de cristalliser la conception contemporaine de la responsabilité internationale qui a évolué progressivement « vers une claire distinction de principe entre les domaines étatiques et non étatiques »[88]. Cela n'empêcha pas la Commission de supprimer en seconde lecture les règles

[80] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 290. Les notions de *culpa in eligendo* ou de *culpa in vigilando*, parfois utilisées pour maintenir la conception fondée sur la faute, seraient de pures fictions notamment lorsque ce sont les comportements des organes les plus élevés qui sont en cause (*ibid.*, p. 287-288).
[81] P.-M. Dupuy, « Responsabilité », *op. cit.*, p. 1345.
[82] P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *op. cit.*, p. 31.
[83] Sur le caractère juridique ou factuel de cette opération, voir *infra*.
[84] Pour le rapporteur spécial, la pratique internationale attribue à l'Etat les comportements des personnes qui agissent pour son compte sans qu'il soit nécessaire d'identifier une quelconque faute étatique pour ce faire (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 107, p. 245) mais elle exclut à l'inverse que les faits de simples particuliers puissent lui être rapportés (« Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 145, p. 137).
[85] Article 3 du projet adopté en première lecture, *ACDI*, 1980, vol. 2, partie 2, p. 29-30.
[86] Articles 5 à 10 et 15 du projet adopté en première lecture, *ibid.*
[87] Articles 11 à 14 du projet adopté en première lecture, *ibid.* L'article 11 adopté en première lecture consacre cette césure en affirmant que « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe n'agissant pas pour le compte de l'Etat ».
[88] J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 244, p. 52.

d'imputation négatives[89]. Loin de remettre en cause la césure entre faits étatiques et non étatiques, cette suppression la renforce, indiquant qu'elle est à ce point ancrée dans le droit international qu'il n'est même plus nécessaire de la formuler explicitement. Ainsi, le texte adopté en deuxième lecture repose-t-il également sur le « principe de la responsabilité indépendante »[90], dont la pratique judiciaire se fait régulièrement l'écho en rappelant le « principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité, à savoir qu'un Etat n'est responsable que de son propre comportement »[91].

19. Les doctrines de la responsabilité collective et l'approche centrée sur la faute ayant été écartées, l'identification du fait de l'Etat apparaît comme le préalable indispensable à l'engagement de sa responsabilité. Loin de la signification qu'en retenait parfois H. Kelsen[92], l'imputation se limite alors à « rattacher à un sujet de droit international le comportement d'individus, de particuliers ou de groupes »[93]. La C.D.I. a d'ailleurs substitué le terme attribution à celui d'imputation pour désigner cette opération, d'abord afin de ne pas la confondre avec la signification que peut revêtir l'imputation dans différents droits pénaux internes[94], ensuite pour « éviter de laisser entendre que le

---

[89] Formulée dans le premier rapport de J. Crawford (*ibid.*), cette proposition fut discutée par la Commission lors de ces 2555e, 2556e, 2558e et 2662e séances (*ACDI*, 1998, vol. 1, p. 264, s.)

[90] Commentaire du chapitre IV de la première partie du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 159.

[91] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 406.

[92] Qui utilisait le terme « imputation » pour désigner la relation entre la condition à laquelle une norme prescrit une conduite et la conduite prescrite, l'imputation jouant alors dans le monde juridico-normatif du devoir être un rôle analogue à celui de la causalité dans le monde explicatif de l'être. Dans les deux cas, il s'agit de connecter deux éléments. Mais dans le premier, il s'agit d'une relation causale (qui est décrite), dans le second d'une relation d'imputation (qui est prescrite). Ainsi, lorsque Kelsen parle de l'Etat comme d'un point final d'imputation, il utilise un concept large ou formel d'Etat et un concept spécifique d'imputation. Il veut alors seulement signifier que l'ensemble des faits et actes juridiques au sein de l'ordre juridique que l'Etat personnifie peuvent se rapporter à une même norme et non qu'ils doivent être rapportés à l'Etat comme s'il en était l'auteur. Il admet alors qu'il faut distinguer l'« imputation d'un fait (conséquence juridique) à un autre fait (condition juridique) » de « l'imputation d'un fait à une personne », celle-ci consistant « à établir un rapport entre un certain fait et l'ordre (total ou partiel) considéré dans son unité, dont une règle en ordonne la réalisation ». Pour un exposé de cette conception de l'imputation, v. H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, vol. 14, p. 227-331, sp. p. 243. Pour une approche critique, v. M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'Etat », *in* M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 143-160, sp. p. 157-158, qui estime que la personnification en l'Etat de l'ordre juridique total est inutile car le but de la personnification n'est pas de prétendre que le droit tout entier forme une unité mais que certains actes doivent être attribués à un seul et même auteur alors qu'ils ont été accomplis par des hommes différents.

[93] « Imputation », *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 565.

[94] L'imputation en droit international se distingue de l'imputation en droit pénal, qui implique d'identifier, parmi les comportements d'une personne, ceux qui peuvent être « mis [à son compte] comme une faute, en raison de ce que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente » (« Imputabilité », *in* G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7e édition, 2005, p. 463). C'est la raison qui avait initialement conduit la C.D.I. a opté pour le terme attribution. Certains de ses membres considéraient en effet que le terme imputation ne pouvait être retenu car il était lié à l'idée de faute et revêtait donc une coloration pénale, si bien qu'il ne serait possible d'imputer que des faits internationalement illicites à l'Etat, tandis qu'on pourrait lui

processus juridique consistant à rattacher le comportement de l'État est une fiction, ou que le comportement en question est 'en réalité' celui de quelqu'un d'autre »[95]. Certains considèrent ainsi que l'imputation « implique une opération intellectuelle de rattachement alors que l'attribution peut résulter d'une causalité directe »[96]. Dans la mesure où il s'agit de rapporter le comportement d'une personne physique à une entité corporative, on perçoit toutefois mal en quoi l'attribution serait moins fictive que l'imputation. Nous utiliserons donc indistinctement les deux termes dans la suite des développements, sans qu'il faille y voir une prise de position sur le caractère subjectif ou objectif de l'opération non plus que sur son caractère naturel ou fictif[97]. Quoi qu'il en soit de ces querelles sémantiques, l'opération dont il s'agit doit être replacée dans son contexte.

Section 2. Situer l'imputation

20. C'est entendu, l'imputation d'un fait à l'Etat occupe une place centrale dans le droit international de la responsabilité. Mais si ce qualificatif signifie que l'opération est importante, il implique aussi qu'elle s'insère dans un processus complexe (§ 1). En outre, elle n'est pas cantonnée au droit de la responsabilité mais se retrouve dans de nombreuses branches du droit international (§ 2).

§ 1. L'imputation dans le droit de la responsabilité

21. L'Etat n'est en principe responsable que de son propre comportement. Pour être bien comprise, l'assertion doit être replacée dans l'ensemble du droit international de la responsabilité.

---

attribuer aussi bien des faits licites qu'illicites. Cette critique a été accueillie sans problème par Ago qui a donc opté pour le terme attribution (v. *ACDI*, 1970, vol. 1, sp. § 72, p. 234).

[95] Commentaire de l'article 2 du texte de codification définitif, § 12, *op. cit.*, p. 37.

[96] P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 854-855. V. aussi l'intervention d'A. Pellet lors de la 2553e séance de la C.D.I : « le terme 'attribution' est préférable à 'imputation', l'attribution recouvrant, d'une part, l'imputation à l'État d'un acte commis par une autre entité et, d'autre part, le fait que la responsabilité de l'État est engagée par son propre fait » (*ACDI*, 1998, vol. 1, p. 248).

[97] En ce sens, B. Stern, « The elements of an internationally wrongful act », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 193-220, p. sp. p. 202. V. aussi C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, 2004, p. 564-579, sp. p. 574, qui dénonce « l'acharnement inexplicable de la Commission du droit international à vouloir […] substituer le barbarisme anglo-latin 'attribution' » au terme imputation.

A. Imputation d'un fait et origine de la responsabilité

22. Relatives à l'origine de la responsabilité, les règles d'imputation confirment la contiguïté et l'interdépendance des règles primaires et secondaires.

23. R. Ago les considéra comme secondaires en ce qu'elles « prévoient les conditions dans lesquelles on reconnaît la réalisation de la violation par un Etat d'une obligation internationale »[98]. Elles visent en effet à l'identification des faits étatiques, permettant de reconnaître la violation d'obligations découlant de règles primaires qui, le plus souvent, ne précisent pas ce qu'il faut entendre par Etat aux fins de leur application[99]. Il se peut toutefois que des accords particuliers le fassent en précisant les entités, voire les comportements, soumis aux obligations qu'ils définissent[100]. Il est alors possible d'y voir soit des règles secondaires d'imputation spéciales[101], soit une modulation du champ d'application *ratione personae* ou *ratione materiae* des obligations primaires de comportement[102]. La seconde interprétation impliquerait qu'il existe une irréductible différence de nature entre règles d'imputation et règles primaires, tandis que la première signifierait que les règles codifiées par la C.D.I. ne l'ont été que parce qu'elles présentaient un caractère « trans-substantif »[103]. La classification d'une règle comme primaire ou secondaire tenant autant à son degré de généralité qu'à son contenu, les dispositions de ce type seront examinées dans cette étude, sans préjuger dès à présent de leur qualification.

24. Au-delà de cette contiguïté, règles d'imputation et règles primaires sont interdépendantes. Pour faire naître la responsabilité de l'Etat, un comportement doit non seulement lui être imputable mais il faut encore qu'il soit illicite. Or, chacun de ces éléments « n'a de sens que par rapport à l'autre : c'est dans la mesure où un fait est

---

[98] « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 71, p. 108.

[99] Considérant que c'est la généralité des règles d'imputation qui permet de les qualifier de secondaires tout en admettant qu'une règle primaire puisse prévoir une règle d'imputation spéciale, v. J. Crawford, « The ILC's articles on responsibility for internationally wrongful acts : a retrospect », *op. cit.*, p. 874-890, sp. p. 76-879.

[100] Ce type de dispositions sera étudié au fil des développements. V. en particulier les clauses fédérales (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2), les dispositions relatives aux entreprises d'Etat (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1), celles qui restreignent la responsabilité de l'Etat aux comportements accomplis par ses organes dans l'exercice de la puissance publique (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1) ou au contraire l'étende aux comportements accomplis par certains d'entre eux à titre privé (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

[101] La C.D.I, citant expressément l'exemple des clauses fédérales, a ainsi admis qu'une *lex specialis* soit envisageable lorsqu'un traité donné impose des obligations à un Etat mais en le définissant d'une façon qui produirait des conséquences différentes de celles découlant normalement des règles générales d'imputation (V. commentaire des articles 4, § 10 et 55, § 3 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 43 et 150).

[102] En ce sens, D. Bodansky et J. R. Crook, « Symposium : the ILC's State responsibility articles. Introduction and overview », *op. cit.*, p. 781.

[103] L'expression est de D. D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *in* R. B. Lillich and D. Magraw (ed.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of state responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998, p. 109-181.

imputable à un sujet international qu'on peut le dire internationalement illicite, et réciproquement »[104]. Cela signifie qu'un comportement ne peut être considéré comme internationalement illicite que s'il est imputable à un sujet de droit international. Mais cela signifie également que le comportement d'un sujet de droit international ne sera bien souvent mis en évidence que par son illicéité. Cette interdépendance apparaît d'abord et en toute hypothèse parce que « si la question de l'imputation est posée concernant l'un des innombrables comportements de l'un des innombrables organes de l'Etat, c'est que ce comportement a été choisi et isolé de tous les autres, justement parce qu'il est susceptible de représenter l'infraction »[105]. Ainsi, même si le constat de l'illicite obéit en principe à un ordonnancement logique qui part de l'imputation pour parvenir au constat de l'infraction avant d'étudier l'existence d'éventuelles circonstances excluant l'illicéité[106], celui qui est chargé de l'opérer peut fort bien l'inverser en partant du contenu de l'obligation primaire pour remonter la chaîne afin d'isoler les faits étatiques susceptibles de la violer[107]. Cette interdépendance est plus nette encore lorsque seule l'obligation primaire permet de révéler l'existence de comportements étatiques illicites. C'est le cas s'agissant de certaines obligations négatives particulières[108]. Mais c'est surtout le cas lorsque les règles primaires imposent une obligation positive à l'Etat. L'identification de l'omission étatique illicite dépend alors bien plus de la détermination de ce que l'Etat aurait dû faire pour la respecter

[104] J. Combacau, *in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 538. Soulignant également ce point, L. Condorelli, qui retient qu'« en réalité l'imputation et l'infraction se présupposent mutuellement dans tous les cas » (« L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 96).

[105] « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 96.

[106] Cet enchaînement est retenu tant par la C.D.I. qui examine successivement l'attribution d'un comportement à l'Etat (chapitre 2), la violation d'une obligation internationale (chapitre 3) et les circonstances excluant l'illicéité (chapitre 5) que par le juge (C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 29 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *passim*). Sur ce point et en ce sens, v. B. Stern, « The elements of an internationally wrongful act », *op. cit.*, sp. p. 201-202.

[107] P.-M. Dupuy va jusqu'à trouver « paradoxalement inversés » les éléments constitutifs du fait internationalement illicite dans le texte de la C.D.I. (« Infraction », *Répertoire Dalloz de droit international*, 1998, § 19 et 25). On relèvera également qu'en l'affaire du *Génocide* la C.I.J. a admis explicitement cette inversion en commençant par qualifier les faits en cause d'actes de génocide avant de déterminer s'ils étaient imputables à l'Etat (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 297 et 376 pour la qualification des actes, § 377-415 pour l'attribution de ces actes). Cette inversion peut s'expliquer par le fait que les comportements en cause pouvaient être considérés comme internationalement illicites qu'ils soient imputables à l'Etat ou non.

[108] Ainsi, lorsqu'une obligation primaire interdit à un Etat d'aider, d'assister, voire d'inciter, des particuliers ou des groupes à commettre certains faits, la mise en lumière des comportements étatiques prohibés ne peut se faire qu'après avoir constaté la survenance desdits faits et en ayant connaissance du contenu de l'obligation primaire (v. C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 421 s.).

que des règles d'imputation[109]. Or, ce type d'obligations tend à se développer[110], marginalisant la place de l'imputation en « effa[çant] la mince frontière séparant le public et le privé, ce que l'Etat avait touché et ce qu'il avait laissé intact »[111]. Certains considèrent alors que « les violations privées sont imputables à l'Etat du fait de son inaction »[112], tandis que d'autres délaissent l'idée d'imputation d'un fait au profit de celle d'imputation d'une violation[113] ou d'une situation[114], tâchant alors de combiner l'ensemble des éléments – règles d'imputation, mais surtout contenu, intensité et champ d'application des obligations négatives et positives de comportement – qui conduisent à l'engagement d'une responsabilité de l'Etat parfois qualifiée d'« écologique » en ce sens qu'« elle s'élargit – en profondeur, en espace, en temps – au lieu d'être localisée à l'endroit précis de la violation dénoncée »[115].

25. Il serait donc trompeur d'isoler totalement les règles relatives à l'imputation lorsqu'on cherche à identifier les faits dont l'Etat doit répondre[116]. Certains en déduisent qu'« *imputability would seem to be a superfluous notion, since the major issue in a given situation is whether there has been a breach of duty* »[117]. Pour autant, le raisonnement centré sur l'imputation, non seulement continue d'être le plus souvent retenu, mais permet de nuancer la responsabilité de l'Etat en tenant compte de la variété des formes et degrés

[109] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 6. D'autres observent que de telles obligations réduisent à néant la question de l'imputation (N. Haupais, *Le droit international et l'organisation interne de l'Etat*, thèse, Paris II, 2003, p. 534). Sur ce point, v. aussi G. A. Christenson, « Attributing act of omission to the State », *Michigan journal of international law*, 1991, vol. 12, p. 312-370.

[110] V. C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 429, où la Cour, après avoir mentionné un ensemble d'instruments internationaux prévoyant de telles obligations, prend soin de préciser qu'elle n'entend pas « déterminer s'il existe, au-delà des textes applicables à des domaines spécifiques, une obligation générale, à la charge des Etats, de prévenir la commission par d'autres personnes ou entités qu'eux-mêmes des actes contraires à certaines normes du droit international général ». L'incise est caractéristique d'une tendance en ce sens. Sur les obligations positives dans le domaine des droits de l'homme, v. R. Pisillo-Mazzeschi, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, 2008, vol. 333, p. 175-506.

[111] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 309.

[112] F. Sudre *in* F. Sudre *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 5e édition, 2009, p. 32.

[113] L. Caflisch et A. Cançado Trindade, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, vol. 1, p. 5-61.

[114] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 315-316.

[115] *Ibid.*, p. 326. En ce sens, v. aussi M. Hakimi, « State bystander responsibility », *EJIL*, 2010, p. 341-385.

[116] D. Bodansky et J. R. Crook jugent ainsi que les règles relatives à l'imputation d'un comportement n'apparaissent que comme la partie émergée de l'iceberg lorsqu'on cherche par exemple à déterminer dans quelle mesure les comportements de personnes privées peuvent être à l'origine de la responsabilité de l'Etat (« Symposium : the ILC's State responsibility articles. Introduction and overview », *op. cit.*, p. 783).

[117] I. Brownlie, *System of the law of Nations. State responsibility*, *op. cit.*, p. 36, qui poursuit : « *the content of 'imputability' will vary according to the particular duty, the nature of the breach, and so on* ». Egalement en ce sens, v. R. Quadri, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1964, vol. 113, p. 237-484, sp. p. 457-459.

de son implication dans la situation illicite, conformément au principe de la responsabilité indépendante[118].

B. Imputation d'un fait et contenu de la responsabilité

26. « L'attention portée (…) aux questions d'imputation, et non à celles de causalité que soulève la prise en compte du dommage, témoigne d'un recentrage de l'analyse sur l'illicite au détriment de la réalité qu'il produit »[119]. Si cette étude est bien centrée sur l'imputation, il ne faut pas perdre de vue que cette opération constitue un préalable, non un substitut, à l'analyse causale[120].

27. Exclu des conditions d'existence de la responsabilité, le dommage réapparaît lorsqu'on en examine le contenu puisque « l'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice *causé* par le fait internationalement illicite »[121]. Confronté à une « échelle indéfinie et indéfinissable »[122] de rapports possibles entre le dommage et le fait générateur, le droit opère un tri si bien que « l'imputation du préjudice ou de la perte à un fait illicite est en principe un processus juridique et pas seulement historique ou causal »[123]. Il se peut alors que l'Etat doive réparer l'ensemble des dommages causés par son comportement, jusque et y compris s'ils résultent de la conjonction de ce comportement avec le fait d'autrui ou un événement extérieur. Dès lors, retenir, par exemple, que l'Etat est « responsable, selon le droit international, [d'explosions] et des dommages et pertes humaines qui en suivirent » ne signifie pas nécessairement que ces explosions constituent

[118] V. P. d'Argent et J. d'Aspremont, « La Commission des réclamations Erythrée – Ethiopie : un premier bilan », *AFDI*, 2007, p. 347-396, sp. p. 384, qui considèrent qu'en substituant systématiquement une logique d'omission à une logique de commission, l'organe étudié a procédé à « une atténuation de la responsabilité de l'Etat par une reformulation des règles primaires ».

[119] P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002, p. 527.

[120] Plusieurs auteurs anglo-saxons ont souligné le risque de substitution, soulignant pour la dénoncer « *the restrictive function of the principles of attribution* » (T. Becker, *Terrorism and the State : rethinking the rules of State responsibility*, *op. cit.*, sp. p. 307) ou considérant que « *the rules of attribution can have the consequence of limiting State responsibility to less than responsibility 'for the proximate and natural consequences of a State's acts'* » (D. D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 154).

[121] Article 31, al. 1 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 97.

[122] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 532.

[123] Commentaire de l'article 31 du texte de codification définitif, § 10, *op. cit.*, p. 98. Deux séries de difficultés principales sont alors susceptibles d'apparaître concernant, d'une part, l'étendue de la chaîne causale, d'autre part, la pluralité des causes. Dans ce dernier cas, la doctrine tente de démêler l'écheveau des hypothèses dans lesquelles plusieurs causes contribuent à la réalisation d'un dommage, selon que celui-ci ne se serait pas produit sans la convergence de plusieurs causes (intervention cumulative), qu'il se serait produit malgré l'absence de l'une des causes (intervention parallèle), qu'il peut en réalité se décomposer en plusieurs dommages dus à plusieurs causes (intervention complémentaire) ou qu'il résulte d'une seule cause quand bien même il semble être le produit de plusieurs causes (intervention exclusive) (B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 275 s.).

un fait attribuable à l'Etat. Cela peut également signifier qu'elles ont été rendues possibles par un fait étatique connexe dont l'Etat doit répondre en réparant l'intégralité des dommages qui en ont résulté quand bien même ceux-ci seraient dus à la conjonction de ce fait illicite avec d'autres événements[124].

28. L'affirmation selon laquelle l'Etat n'est responsable que de son propre comportement et celle selon laquelle il peut être responsable d'un comportement qui ne lui est pas imputable ne sont donc pas contradictoires. Simplement, la première proposition porte sur l'origine de la responsabilité et signifie qu'elle ne peut naître que d'un comportement, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission, imputable à l'Etat, tandis que la seconde porte sur le contenu de la responsabilité et signifie qu'il peut s'étendre à l'obligation de réparer le comportement dommageable de personnes privées si et dans la mesure où il a été causé par un fait étatique illicite. Dès lors, si l'imputation d'un fait reste distincte de celle d'un dommage[125], les deux opérations doivent être combinées.

C. Imputation d'un fait et imputation d'une responsabilité

29. « Dire d'un fait qu'il est imputable à un sujet de droit signifie qu'aux fins de la responsabilité celui-ci sera réputé en être l'auteur ; cela ne signifie pas nécessairement qu'il en supportera lui-même les conséquences dommageables, c'est-à-dire qu'il devra en répondre : elle peut retomber sur un tiers par le jeu de la responsabilité du fait d'autrui ; du moins sait-on, grâce à l'imputation, de qui ce fait est le fait »[126]. Réciproquement, si l'Etat

[124] C'est la solution retenue par la C.I.J. dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. N'ayant pu établir que l'Albanie avait procédé au mouillage des mines ayant provoqué les explosions en question, la Cour jugea que cet Etat avait commis un fait illicite connexe en ne tentant rien pour prévenir le désastre. Elle considéra alors que « ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie », rendant cet Etat « responsable, selon le droit international, des explosions (…) et des dommages et pertes humaines qui en suivirent. » (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, p. 23, v. aussi O.D. Winiarski, p. 52). Considérant que le dommage est dû à la conjonction de plusieurs causes, le juge renonce à rechercher la part respective de chacune d'elles dans sa réalisation comme le voudrait le principe de la causalité adéquate pour rapporter à l'une des causes sans lesquelles il ne se serait pas produit (le fait étatique illicite) l'intégralité du dommage en application du principe de l'équivalence des conditions (en ce sens, P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 638-639).

[125] R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 67-70, p. 106-109. Il arrive certes que termes d'imputation et de causalité soient substitués l'un à l'autre. Si l'on veut conserver un terme pourtant source de confusions, on pourrait alors parler d'imputation matérielle, pour l'opposer à l'imputation personnelle. Il s'agit en effet d'imputer un fait (par exemple, le dommage) à un autre fait (par exemple, le comportement de l'Etat) et non à un sujet de droit (nous empruntons la formule à P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », *in Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 511-527, sp. p. 513 ; v. aussi F. Leduc, « Causalité civile et imputation », *Revue Lamy droit civil*, supplément au n° 40, juillet-août 2007, p. 21-25).

[126] J. Combacau, *in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 538.

n'est en principe responsable que de son propre fait, il se peut également qu'il le soit de celui d'autrui sans pour autant que celui-ci soit assimilé à celui-là. Ainsi, après avoir consacré un chapitre du texte relatif à la responsabilité des Etats aux hypothèses de « responsabilité de l'Etat à raison du fait d'un autre Etat »[127], la C.D.I. a adopté en première lecture une série d'articles consacrés à la « responsabilité d'un Etat à raison du fait d'une organisation internationale » dans le cadre de son projet sur la responsabilité des organisations internationales[128]. Les conditions d'engagements de ce type de responsabilité, qui tiennent notamment à la relation qui unit le sujet qui répond du comportement en cause à son auteur[129], ne sont pas sans analogie avec l'opération d'imputation d'un fait[130]. Pourtant, « l'imputation du fait illicite et l'attribution ou l'imputation de la responsabilité ne sont pas la même chose et elles ne se dirigent pas nécessairement vers le même sujet »[131].

30. L'imputation d'un fait opère un déplacement non seulement de la responsabilité mais de l'identité de l'auteur du fait illicite en rendant possible le rattachement de la conduite d'un sujet interne à un sujet international[132]. Ce déplacement est nécessaire si l'on considère que, le plus souvent, les auteurs matériels des comportements en cause ne sont pas sujets de l'ordre juridique international ou, à tout le moins, qu'ils ne sont pas débiteurs de l'obligation dont la violation est alléguée[133]. Mais en même temps qu'il permet

[127] Chapitre IV de la première partie du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 67-75.
[128] Cinquième partie du texte relatif à la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture (A/64/10 (2009), p. 162-177).
[129] Cette condition est commune à l'ensemble des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui mais la nature du lien requis diffère. Dans le cas de l'aide, de la direction ou de la contrainte, bien que le comportement en cause ne soit pas attribué à l'Etat qui en répond, ce dernier doit avoir contribué à le causer (commentaire du chapitre IV de la première partie du texte de codification définitif, § 8, *op. cit.*, p. 68). C'est ainsi qu'alors que la Commission considérait en première lecture qu'un Etat pouvait être tenu responsable du comportement d'un autre sujet dès lors qu'il disposait du pouvoir de le diriger (commentaire de l'article *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 2, p. 116-117, § 33-34), elle a finalement estimé que la responsabilité de l'Etat dominant ne pouvait naître que s'il a usé de ce pouvoir en dirigeant et contrôlant *effectivement* le comportement en cause (commentaire de l'article 17 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 72). Les conditions mises à l'engagement de ce type de responsabilité font donc qu'elle résulte davantage du lien établi entre un sujet de droit et le comportement d'un autre sujet que de celui existant préalablement entre ces deux sujets. La C.D.I. a en revanche envisagé que la responsabilité d'un Etat soit engagée pour le comportement d'une organisation dont il est membre indépendamment de toute participation dans ce fait (articles 60 et 61 du texte adopté en première lecture, *op. cit.*, p. 167-176).
[130] Comme la Commission le reconnaît elle-même en indiquant que « l'idée de l'implication d'un Etat dans le comportement d'un autre est analogue aux problèmes d'attribution dont traite le chapitre II » (commentaire du chapitre IV de la première partie du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 68 ; v. aussi J. Crawford, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », doc. A/CN.4/498/Add. 1 (1999), § 157, p. 2 et les interventions lors des débats de R. Rosenstock (2577e séance, § 33, p. 75) et B. Simma (*ibid.*, § 45, p. 77).
[131] R. Ago, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 59, p. 209.
[132] J. Combacau *in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 537.
[133] *Ibid.* Pour une formulation particulièrement nette, v. commentaire de l'article 11 adopté en première lecture, § 11 : « La responsabilité de l'Etat à l'occasion de faits accomplis par des personnes privées ne saurait en aucun cas être décrite comme une responsabilité 'indirecte' ou 'pour fait d'autrui' (*vicarious*). On définit comme responsabilité 'indirecte' ou 'pour fait d'autrui', dans n'importe quel système de droit, la responsabilité qu'un sujet de cet ordre juridique encourt pour le fait illicite d'un autre sujet du même ordre

d'affirmer que la responsabilité de l'Etat est en principe une responsabilité pour fait propre, ce raisonnement implique l'existence d'une responsabilité pour fait d'autrui lorsque l'auteur matériel du comportement en cause peut lui-même être considéré comme un débiteur de l'obligation dont la violation est alléguée. Comme l'affirmait D. Anzilotti, « étant donné qu'imputer un fait à un sujet signifie en faire la présupposition de devoirs et de droits propres à ce sujet, l'imputation présuppose la personnalité, ou mieux, se confond avec elle »[134]. Reconnaître la personnalité internationale d'une entité implique dès lors d'admettre que des comportements puissent lui être rapportés, quand bien même les conséquences de ces comportements peuvent retomber sur un autre sujet par le jeu de la responsabilité du fait d'autrui[135]. Si les solutions ne sont pas toujours aussi tranchées en pratique[136], omettre cette possibilité peut conduire à une lecture erronée des règles d'imputation.

31. L'étude ne porte que sur l'imputation d'un fait à l'Etat. Elle ne peut toutefois être comprise qu'en replaçant cette opération dans le processus complexe qui conduit à l'engagement de la responsabilité de l'Etat puis à l'établissement de son contenu. Si elles sont distinctes, les questions de l'imputation d'un fait, de la qualification de ce fait comme illicite, de la causalité et de la responsabilité du fait d'autrui sont interdépendantes, de sorte que l'interprète « peut jouer respectivement de l'une comme de l'autre »[137]. Aussi tâchera-t-on dans chaque cas d'isoler les faits qui ont été considérés comme étatiques tout en gardant à l'esprit que cela n'épuise pas la question de la responsabilité de l'Etat.

Comme elle doit l'être des autres opérations qui mènent à l'engagement de sa responsabilité, l'imputation d'un fait à l'Etat en droit international de la responsabilité doit

---

juridique. (…) Or, dans les cas de responsabilité internationale de l'Etat à l'occasion d'actions de personnes privées, ces personnes ne peuvent pas être considérées comme des sujets distincts du droit international. Les conditions pour qu'il y ait responsabilité indirecte font donc entièrement défaut » (*ACDI*, 1975, vol. 2, partie 1, p. 79).

[134] *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 253. Pour une réaffirmation récente du principe, v. M. Forteau, « Le droit applicable en matière de droits de l'homme aux administrations territoriales gérées par des organisations internationales », *in* S.F.D.I., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, p. 7-34, sp. p. 8.

[135] En ce sens, v. R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 1, § 3, p. 4-5 ; v. aussi les débats menés lors de la 1537e séance où le rapporteur spécial explique que le projet d'article 28, consacré à la responsabilité indirecte de l'Etat pour le fait internationalement illicite d'un autre Etat, vise à combler « une lacune en ce qui concerne l'attribution de la responsabilité (…) et non pas en ce qui concerne l'attribution du fait internationalement illicite. En effet, on ne saurait concevoir que l'organe d'un Etat qui agit sous le contrôle d'un autre Etat se transforme en un organe de ce dernier Etat : il reste l'organe de l'Etat auquel il appartient ». Pour la même raison, le comportement adopté par une organisation dotée de la personnalité juridique internationale ne saurait en principe être imputé à ses membres (G. Gaja, « Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/564/Add.1 (2006), § 67).

[136] V. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

[137] P.-M. Dupuy, « Crime sans châtiment ou mission accomplie ? » *RGDIP*, 2007, p. 243-257, sp. p. 254.

être distinguée des autres cas dans lesquels l'imputation d'un fait ou d'une volonté à l'Etat apparaît nécessaire.

§ 2. L'imputation dans les autres branches du droit international

32. Compte tenu du rôle pivot de l'Etat dans l'ordre international, l'application de nombre de ses normes nécessite de le définir, faisant de l'imputation « une des chevilles ouvrières »[138] du droit international. La question de l'imputation est en effet susceptible de se poser relativement à n'importe quelle conduite à laquelle le droit international attache des conséquences juridiques et non seulement à celles dont l'identification entraîne les conséquences attachées à l'existence d'un fait internationalement illicite[139]. Aussi faut-il distinguer l'imputation d'un fait à l'Etat aux fins de la responsabilité de l'imputation qui s'opère dans d'autres branches du droit international. Si elle peut être aisément distinguée de l'imputation d'une volonté (A), elle se rapproche en revanche de l'imputation d'un fait dans d'autres domaines même si elle ne peut leur être totalement assimilée (B).

A. Les fausses ressemblances

33. Les règles internationales qui nécessitent l'identification d'une volonté de l'Etat sont nombreuses. Le droit des sources en constitue le terrain d'expression privilégié, qu'il s'agisse d'identifier l'intention de l'Etat de se lier, par traité ou par engagement unilatéral, celle de moduler son consentement par des réserves, ou encore l'« intention des parties » aux fins d'interprétation des traités, voire l'intention – implicite – de l'Etat de participer au processus coutumier. Ces opérations posent des difficultés analogues à celles de l'imputation d'un fait en droit de la responsabilité. Ici comme là, il faut déterminer quelles sont les personnes physiques dont le comportement ou la volonté peuvent être assimilées à ceux de l'Etat. Le droit des sources recherche alors un équilibre entre la préservation de la maîtrise par l'Etat de l'expression de sa volonté et la stabilité et la sécurité des relations internationales.

[138] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 168.
[139] L. Condorelli et C. Kress, « The rules of attribution : general considerations », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 221-236, sp. p. 222.

34. Cet équilibre est trouvé en droit des traités en combinant une identification restrictive des personnes « considérée[s] comme représentant l'Etat » sur une base formelle[140] avec une atténuation de la place du droit interne dont la violation ne vicie pas le consentement, à moins qu'elle soit manifeste et qu'elle concerne une règle de droit interne d'importance fondamentale[141]. Analogue sur le plan des principes, le droit des actes unilatéraux tend toutefois à élargir la catégorie des personnes considérées comme pouvant vouloir pour l'Etat. Ce n'est certes pas le cas du droit des réserves, dont le régime est calqué sur celui des traités[142], mais c'est celui des engagements unilatéraux, qui peuvent être émis par des personnes qui ne pourraient exprimer le consentement de l'Etat à être lié par traité sans disposer de pleins pouvoirs[143]. La catégorie de ceux qui veulent pour l'Etat s'élargit encore lorsque le regard se porte sur les comportements considérés comme traduisant une pratique étatique, que cette pratique soit prise en compte en tant qu'élément du processus coutumier[144] ou aux fins d'interprétation des traités[145]. Il existe ainsi une

[140] Article 7 de la convention de Vienne sur le droit des traités. La liste des personnes considérées comme pouvant vouloir pour l'Etat à raison de leurs fonctions est restreinte puisqu'elle n'inclut que le chef d'Etat, le chef de Gouvernement, le ministre des Affaires étrangères ainsi que les chefs de missions diplomatiques ou les représentants accrédités dans le cadre d'une conférence internationale. Au-delà, la présentation de pleins pouvoirs est en principe nécessaire pour engager l'Etat. Sur ce point, v. P. Kovacs, « Article 7 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 195-226.

[141] Article 46 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Sur ce point, v. M. Bothe, « Article 46 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 1703-1719.

[142] Le commentaire du projet de directive 2.1.3 précise qu'« il semble logique et inévitable que les réserves doivent être formulées dans les mêmes conditions que l'est le consentement de l'Etat » (A/57/10 (2005), p. 77).

[143] Ainsi que l'a jugé la C.I.J. en retenant « qu'il est de plus en plus fréquent, dans les relations internationales modernes, que d'autres personnes [que celles mentionnées à l'article 7 de la convention de Vienne] représentant un Etat dans des domaines déterminés soient autorisées par cet Etat à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence », avant d'y inclure « [l]es titulaires de portefeuilles ministériels techniques exerçant, dans les relations extérieures, des pouvoirs dans leur domaine de compétence, voire même (…) certains fonctionnaires » (*Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Rwanda) (Nouvelle requête : 2002)*, arrêt du 3 février 2006, § 47). Les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des Etats susceptibles de créées des obligations juridiques adoptés par la CDI en 2006 font écho à cette solution en affirmant qu'« une déclaration unilatérale n'engage internationalement l'Etat que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des Affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations. D'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisées à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence » (A/61/10 (2006), p. 391).

[144] Sur ce point, v. Y. Dinstein, « The interaction between customary international law and treaties », *RCADI*, 2006, vol. 322, p. 245-427, sp. p. 269, qui estime que les comportements de tous les organes de l'Etat peuvent être considérés comme des précédents à cette fin, sous réserve que « *the conduct of the competent organs of States in the formation of custom must always be deliberate or, at least, conscious* ».

[145] « Le facteur déterminant [étant] l'expression non équivoque de la position de l'Etat », peuvent être pris en compte à cette fin aussi bien les comportements des autorités investies du *treaty making power* que ceux des organes chargés de l'application de l'accord, même si en cas de discordance, les premières semblent prévaloir (*Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence arbitrale du 14 janvier 2003, § 73). Il se peut alors que le juge international se réfère aux solutions retenues en droit de la responsabilité pour identifier les organes de l'Etat (O.R.D., *Etats-Unis* –

gradation, selon que seul un nombre restreint de personnes expressément désignées peut vouloir pour l'Etat (droit des traités, droit des réserves), que cette catégorie est élargie par la pratique à quelques autres organes au sens du droit interne (droit des actes unilatéraux) ou qu'elle inclut la totalité de ces organes dès lors qu'ils agissent dans le cadre de leurs compétences (droit coutumier, pratique interprétative)[146].

35. Si ces opérations sont proches de l'imputation d'un fait aux fins de la responsabilité, elles s'en distinguent néanmoins au point que la C.D.I. a considéré que « de telles règles n'ont rien à voir avec l'attribution aux fins de la responsabilité »[147]. En effet, dans le droit des sources, la question de l'imputation se double de celle de l'habilitation à engager l'Etat. Or, toutes les personnes considérées comme agissant pour le compte de l'Etat au sens du droit de la responsabilité n'ont pas nécessairement compétence pour l'engager[148]. Les problèmes d'imputation, qui visent à établir si un fait est étatique, doivent ainsi être distingués des questions de validité, qui ont pour objet de déterminer si l'acte de l'Etat a été émis par un organe compétent en ce domaine[149]. L'étude ne portant que sur l'imputation d'un fait en droit international de la responsabilité, les cas dans lesquels il s'est agi d'imputer à l'Etat une volonté dans le droit des sources ne seront mentionnés qu'avec parcimonie. Il est d'autres domaines où l'analogie avec le droit de la responsabilité est en revanche plus marquée.

B. Les vraies ressemblances

36. Si l'imputation d'une volonté doit être distinguée de l'imputation d'un fait, cette dernière opération se retrouve dans d'autres branches du droit international.

37. C'est en particulier le cas du droit des immunités, qui nécessite de déterminer si une personne ou une entité peuvent être assimilées à l'Etat ou si un comportement doit être considéré comme étatique afin de décider si les premières peuvent invoquer ou doivent

---

Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris, WT/DS285/R, rapport du groupe spécial, 10 novembre 2004, sp. § 6.128 et 6.129).

[146] En ce sens, M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, p. 737-769, sp. p. 750-751.

[147] Commentaire introductif au chapitre 2 de la première partie du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 85. Déjà en ce sens, R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 109, p. 246.

[148] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 39. A titre d'exemple, lorsque la C.I.J. estime que les déclarations écrites d'un fonctionnaire subalterne des Etats-Unis n'emportent pas reconnaissance, cela ne signifie pas que les actes de ce fonctionnaire ne peuvent être considérés comme étatiques, mais seulement qu'il était dépourvu de l'autorité nécessaire pour exprimer un engagement de son Etat (C.I.J., *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, 12 octobre 1984, *Rec.*, p. 307).

[149] En ce sens, M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 748.

bénéficier d'une protection dans les ordres internes étrangers[150]. L'analogie avec l'imputation d'un fait à l'Etat aux fins de la responsabilité est alors nette, au point que la C.I.J. a affirmé que « l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte »[151]. Mais il ne s'agit pas du seul domaine dans lequel l'Etat ou son fait doivent être identifiés. Ce peut également être le cas en contentieux international, où il est parfois nécessaire de déterminer si une entité se distingue suffisamment de l'Etat pour avoir le droit à sa protection diplomatique[152] ou, dans des contextes plus particuliers, pour pouvoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme[153] ou les tribunaux CIRDI[154]. L'identification de l'Etat est encore nécessaire lorsque le contrôle qu'il exerce sur un territoire conditionne l'application de certaines règles, qu'il s'agisse du régime de l'occupation[155] ou des conventions relatives aux droits de l'homme auxquelles il est partie[156]. L'identification de l'Etat et de son fait sont encore décisives dans les contextes conflictuels, que l'on cherche à qualifier un conflit d'apparence interne de conflit

[150] C'est le cas lorsqu'on appréhende l'immunité de l'Etat. Il faut alors distinguer les bénéficiaires de l'immunité, susceptibles de l'invoquer car ils agissent d'une manière ou d'une autre pour le compte de l'Etat, de l'octroi définitif du privilège, qui ne profitera qu'à certains de leurs comportements. La question se retrouve, dans une moindre mesure, lorsqu'on s'intéresse à l'immunité des organes de l'Etat. Il se peut ainsi que ceux-ci ne soient protégés qu'en tant qu'ils agissent ou ont agi dans l'exercice de leurs fonctions, accomplissant alors des faits étatiques. Sur ces questions, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996 ; A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle, Bruylant/LGDJ, 2003. On y reviendra régulièrement.

[151] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, § 196.

[152] Commentaire de l'article 13 du projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique et son commentaire, § 4 : « on ne voit pas pourquoi [une commune ou une université] n'aurait pas droit à la protection diplomatique lorsqu'elle subit un préjudice à l'étranger, à condition qu'il s'agisse d'une entité autonome ne faisant pas partie de l'appareil de l'État protecteur » (A/61/10 (2006), p. 17-103, sp. p. 71). Sur ce point, v. M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 754 s.

[153] L'article 34 C.E.D.H. prévoyant que « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles », la Cour en a déduit qu'elle ne pouvait être saisie d'une requête par une organisation gouvernementale. Sur ce point, v. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

[154] Qui ne peuvent être saisis que de contentieux opposant un Etat à un investisseur d'un Etat étranger, à l'exclusion de cet Etat lui-même. Sur ce point, v. Y. Nouvel, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *in* Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, p. 25-51, sp. p. 27 s.

[155] Pour un exemple, v. C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (RD Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, sp. § 172-176.

[156] Sur ce point, v. E. Lagrange, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, p. 521-565. V. aussi *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2.

international aux fins d'application du droit international humanitaire[157], ou une attaque armée d'agression aux fins d'application du *jus ad bellum*[158].

38. La liste des « domaines du droit international dont l'application des normes nécessite de définir l'Etat ou qui reposent sur une conception de l'Etat »[159] est donc longue, si longue qu'on ne peut prétendre à l'exhaustivité. Bien que ces opérations se rapprochent de l'imputation d'un fait à l'Etat en droit international de la responsabilité, elles s'inscrivent dans des contextes distincts, si bien que des solutions différentes sont envisageables[160]. Elles seront régulièrement prises en compte dans le cadre de cette étude. Non pour établir les règles suivies dans le domaine du droit de la responsabilité, mais à titre comparatif. Cette comparaison peut en effet permettre d'éclairer la manière dont peut être appréhendée l'imputation en droit international.

Section 3. Appréhender l'imputation

39. Liée à la théorie de l'Etat et située aux confins des ordres internes et international, l'imputation est souvent perçue par le prisme d'une théorie des rapports de systèmes et/ou d'une théorie de l'Etat en droit international. A ceux qui considèrent que l'identification du fait de l'Etat échappe au droit international, qui ne ferait qu'enregistrer un phénomène qui s'est réalisé hors de son entreprise (§ 1), s'opposent ceux qui y voient une construction du droit international (§ 2).

§ 1. Une opération qui échappe au droit international

40. Plusieurs raisonnements par ailleurs forts distincts peuvent conduire à percevoir le fait de l'Etat comme un phénomène extérieur au droit international. Certains estiment ainsi que seul le droit interne permet de l'identifier (A). D'autres considèrent qu'il ne peut l'être que suivant une approche factuelle (B).

[157] Sur ce point, v. E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 4e édition, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 160 s. On y reviendra régulièrement, spécialement Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2.
[158] Sur ce point, v. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, p. 669 s. V. aussi *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.
[159] J.-D. Mouton, « L'Etat selon le droit international : diversité et unité », *op. cit.*, p. 93.
[160] L'étude permettra de mieux le déterminer. V. déjà en ce sens, s'agissant des immunités, la convention des Nations unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, dont l'article 2 al. b) indique qu' « *aux fins de la présente convention* (…) le terme Etat désigne… ».

A. Approches fondées sur le droit interne

41. Nul ne prétend plus que le fait de l'Etat ne peut être identifié qu'en se référant au seul droit interne. Pourtant, plusieurs auteurs ont soutenu que ce fait ne pouvait en principe émaner que de l'organisation étatique, qui ne peut elle-même être établie que par le droit interne. Pour les uns, qui retiennent une conception moniste des rapports de systèmes, cela résulte d'une délégation du droit international au droit interne. Pour d'autres, qui retiennent une approche dualiste, l'organisation étatique ne peut être établie que sur la base du droit interne parce qu'elle en constitue une présupposition aussi bien historique que logique.

42. Percevant l'Etat comme la personnification d'un ordre juridique, H. Kelsen en déduit que seuls peuvent lui être rapportés les comportements accomplis par des individus qui sont habilités à agir par des normes de cet ordre. Ainsi considère-t-il qu'il faut imputer certains faits à l'Etat parce que les règles de l'ordre juridique valable que personnifie l'Etat les ont prévus et ont réglé dans quelles conditions et par quelles personnes ils devraient être accomplis[161]. L'imputation est donc bien normative, non naturelle[162]. Elle se fait sur la base du droit interne[163] car, d'une part, l'Etat est la personnification d'un ordre juridique national et, d'autre part, cet ordre juridique ne peut être personnifié qu'en un sujet unique[164]. Cette construction s'inscrit toutefois dans la conception des rapports de systèmes défendue par Kelsen. En effet, si l'imputation s'appuie sur les règles du droit national, ce n'est pas parce que le droit international présuppose une organisation interne de l'Etat mais parce que le pouvoir de déterminer à quelles conditions un individu agit en qualité d'organe de l'Etat est « délégué au droit national par l'ordre juridique international, pour autant qu'il s'agisse d'actes prescrits ou autorisés par le droit international, c'est-à-dire de l'exécution des obligations imposées à l'Etat par le droit international ou de l'exercice des droits subjectifs qui lui sont conférés par ce droit »[165].

43. Un raisonnement différent peut aboutir à une conclusion proche. Certains auteurs dualistes considèrent ainsi que l'Etat est libre de s'organiser comme il l'entend, non parce que le droit international lui aurait reconnu ce droit, mais parce que l'organisation de l'Etat est, comme sa souveraineté, antérieure au droit international, qu'elle constitue une donnée

---

[161] H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 239.
[162] *Ibid*.
[163] « La question de savoir si un acte accompli par un individu est un acte étatique, c'est-à-dire imputable à l'Etat, doit être examinée sur la base de l'ordre juridique national » (H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit*., p. 88).
[164] Il ne peut ainsi exister une France du droit interne et une France du droit international (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1928 pour l'édition originale allemande, nouvelle édition, Paris, LGDJ, 1997, p. 422). Sur cette question, v. Ch. Leben, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », *in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. 1, Napoli, Scientifica, 2003, p. 131-167, sp. p. 152-153.
[165] H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p. 88.

qui lui échappe[166]. Cela n'empêche pas le droit international d'attacher divers effets à l'organisation dont l'Etat s'est librement doté. Mais, faute sinon d'empiéter sur la liberté d'organisation étatique, il se contente alors de prendre acte d'une situation objective qui s'est réalisée en dehors de son emprise, en la reconnaissant et en la fixant dans ses effets juridiques. L. Condorelli estime ainsi que « le droit international n'est pas le 'protagoniste' d'une opération qui consisterait à 'imputer' ou 'attribuer' un fait à tel ou tel Etat, comme s'il s'agissait de décider de son propre cru qui en est l'auteur »[167].

44. Ces approches fondées sur le droit interne sont néanmoins susceptibles d'aménagements. Outre qu'ils considèrent que l'Etat peut être tenu de réparer un fait qui n'est pas le sien[168], les auteurs qui les défendent peuvent d'abord estimer que la référence au droit interne doit s'entendre largement, incluant non seulement les règles juridiques formelles mais encore les situations effectives qui peuvent les modifier ou compléter[169]. Ils peuvent encore affirmer qu'il est des cas dans lesquels le droit international s'affranchit de l'organisation dont l'Etat s'est librement doté pour lui imputer directement certains comportements[170] . Ce faisant, ils se rapprochent d'autres perceptions du fait de l'Etat en droit international, qui considèrent l'opération d'imputation comme essentiellement factuelle ou comme fondée sur le droit international[171].

---

[166] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 36. Selon cet auteur, le droit international n'intervient que pour défendre cette liberté d'organisation contre les ingérences des autres Etats ou, de manière limitée, pour l'encadrer, soit en désignant de manière exceptionnelle les personnes ayant la qualité d'organes (agents diplomatiques), soit en déterminant les compétences et les pouvoirs de certains organes (chefs d'Etat) (*ibid.*, p. 30), soit en établissant des obligations dont le respect requiert des aménagements de l'appareil organique étatique (droit à un recours) (*ibid.*, p. 36). En ce sens, v. aussi D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 51. La pensée de cet auteur paraît avoir évolué dans le temps, v. *infra*, § 2, B.

[167] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 42.

[168] H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p. 90, s'agissant de l'obligation de répondre des comportements *ultra vires* des organes, analysée non comme une responsabilité mais comme « une obligation spécifique, à savoir celle de réparer un dommage moral ou matériel causé par une violation du droit international non imputable à l'Etat ».

[169] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 55, qui indique que la liberté d'organisation de l'Etat « implique qu'un Etat peu fort bien s'organiser de façon à utiliser, pour agir, des personnes n'étant pas qualifiées, au niveau du droit interne, comme organes de cet Etat ».

[170] H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p. 88-89. Sur ce point, v. *infra*, § 2. L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 36 s. et 166 constatant qu'il est des cas dans lesquels « des règles internationales adoptent dans des situations particulières et en vue d'exigences spéciales une attitude différente et plus 'interventionniste' (…) 'attribuant' ou 'imputant' aux Etats, en tant que faits internationalement illicites dont ceux-ci porteraient la responsabilité, des faits qui, autrement, ne seraient pas à qualifier comme des 'faits de l'Etat » (p. 42-43).

[171] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milan, Giuffré, 2007, p. 10.

B. Approche factuelle

45. G. Arangio-Ruiz considère également que l'imputation d'un fait à l'Etat échappe au droit international. Non qu'il estime qu'elle obéit au droit interne, mais il s'agirait d'une opération factuelle[172].

46. La théorie de l'imputation développée par G. Arangio-Ruiz prend sa source dans sa perception des rapports de systèmes. Il distingue ainsi « deux *espèces* de phénomènes juridiques se déroulant au sein de la société humaine universelle »[173] : « le droit interindividuel » propre aux ordres internes ou transnationaux d'une part, le « droit entre les Etats ou les gouvernements en tant que puissances » propre à l'ordre international d'autre part[174]. Dès lors, Arangio-Ruiz perçoit l'Etat au sens du droit interne et l'Etat au sens du droit international, non seulement comme deux Etats, mais comme deux entités d'une nature radicalement différente : « du côté du droit interne il y a l'Etat-Gouvernement-ordre juridique ; du côté du droit des gens il y a la puissance »[175]. La vision d'Arangio-Ruiz se diffracte ainsi en une approche positiviste de l'Etat du droit interne et une analyse réaliste de l'Etat du droit international[176]. Ce sont certes tous deux des êtres collectifs, qui ne peuvent agir et vouloir que par l'intermédiaire de personnes physiques. Pourtant, les actes de ces personnes physiques leur sont rapportés selon des mécanismes très différents. Dans l'ordre interne, ordre interindividuel, l'Etat peut être conçu comme une personne morale[177], en ce sens que les actes que l'on considère comme siens sont en

---

[172] L'approche de cet auteur s'exprime principalement dans « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *OZoff.R*, 1975, vol. 26, p. 3-63, 265-406 ; « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1989, vol. 2, partie 1, p. 51-60 ; « State fault and the forms and degrees of international responsibility : questions of attribution and relevance », *in Le droit international au service de la paix et du développement, Mélanges en l'honneur de Michel Virally, op. cit.*, p. 25-41 ; « Dualism revisited. International law and interindividual law », *Rivista di diritto internationale*, 2003, p. 909-999, sp. p. 984-985.

[173] « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *op. cit.*, p. 25. Italiques dans l'original.

[174] *Ibid*. Tandis que le premier régit des rapports interindividuels, éventuellement en donnant naissance à des entités collectives telles que les personnes morales perçues comme des « mécanismes du commerce juridique interindividuel » (p. 328), le second a pour objet des relations entre puissances et ignore les relations interindividuelles intérieures aux puissances (p. 322). Considérant cette différence de base sociale comme fondamentale, G. Arangio-Ruiz rejette, d'une part, très fermement les conceptions qu'il qualifie de « constitutionnelles » de l'ordre international et propose, d'autre part, de substituer un dualisme droit international/droit interindividuel au dualisme droit international/droit national de ses prédécesseurs (p. 397).

[175] *Ibid.*, p. 301.

[176] En ce sens, v. Ch. Leben, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », *op. cit.*, p. 142.

[177] G. Arangio-Ruiz perçoit l'Etat au sens du droit interne comme une personne morale, comme la personnification d'un ordre juridique partiel, à la manière de Kelsen (« L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *op. cit.*, p. 399). Il le fait non en raison de l'impossibilité de penser l'Etat en des termes autres que juridiques mais, d'une part, parce que l'observation du droit positif montre selon lui que l'entité réelle sous-jacente est conditionnée par le droit et, d'autre part, parce que le milieu dans lequel la personne Etat existe est interindividuel, de sorte que la personne morale qu'est l'Etat apparaît comme

réalité accomplis par des individus en tant que sujets de droit mais dont on répercute les *conséquences juridiques* sur l'Etat en vertu d'un phénomène juridique d'imputation[178]. En revanche dans l'ordre international, ordre de puissances, l'Etat apparaît comme une entité factuelle, en ce sens que les actes que l'on considère comme siens sont certes des actes matériellement accomplis par des individus mais que le droit international ignore en tant que tels pour ne les appréhender qu'en tant qu'actes des « entités factuelles dont les relations tombent dans son domaine typique »[179]. Dès lors, « l'activité et la volonté des personnes internationales est, du point de vue du droit des gens, un phénomène factuel. Le rôle normatif-relationnel du droit des gens commence seulement à partir du moment où il s'agit de qualifier l'acte matériellement accompli par la personne (internationale), c'est-à-dire d'en faire découler les conséquences juridiques »[180].

47. Il n'en reste pas moins nécessaire d'identifier un lien entre l'individu et la personne internationale qui « fait de l'individu en question (…) un élément permanent ou même occasionnel du corps de la personne, et de la conduite de l'individu en question un élément de la conduite de la personne »[181]. Mais, produit de l'histoire ou de l'organisation sociale[182], ce lien échappe totalement selon Arangio-Ruiz à l'ordre juridique international, car il ne résulte que « de situations interindividuelles, factuelles du point de vue du droit des gens »[183]. Dès lors, même si elle ne peut être effectuée arbitrairement, l'opération d'imputation n'obéit pas dans l'ordre international à des règles juridiques précises[184]. Pour identifier le fait de l'Etat, l'interprète doit certes « recourir à des critères, des normes et des principes »[185]. Mais il ne s'agit pas là, malgré l'ambiguïté de la formulation, de règles

---

secondaire par rapport aux personnes physiques que sont ses agents (*ibid.*). V. aussi « Dualism revisited. International law and interindividual law », *op. cit.*, p. 919 et 944.

[178] C'est afin de ne pas dépersonnaliser les agents de l'Etat que G. Arangio-Ruiz préfère parler d'imputation des conséquences juridiques de ces actes plutôt que d'imputation de ces actes eux-mêmes à l'Etat (« L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *op. cit.*, p. 328).

[179] « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *op. cit.*, n. 232, p. 328. Arangio-Ruiz estime que, contrairement à ce qui se passe dans l'ordre interne, l'Etat ne peut être perçu du point de vue du droit international comme la personnification d'un ordre juridique partiel car, d'une part, il n'est pas conditionné par ce droit mais s'impose à lui en tant qu'entité réelle, qu'unité sociologique (*ibid.*, p. 302), et, d'autre part, le milieu dans lequel la personne Etat existe est un milieu de puissances si bien que le comportement matériellement individuel n'affleure à l'ordre international qu'en tant qu'il est rapporté à la personne internationale ce qui ne peut dès lors se faire en application de normes de cet ordre (*ibid*, p. 328). A ces arguments fondés sur sa conception de l'ordre international, G. Arangio-Ruiz ajoute un argument logico-historique classique en contestant sque des règles internationales d'imputation aient pu être produites, en particulier par voie coutumière, sans avoir préalablement déterminé quels faits pouvaient être considérés comme étatiques (*ibid.*, p. 331).

[180] *Ibid.*, p. 325.

[181] *Ibid.*, p. 316.

[182] *Ibid.*, p. 401. Tout en admettant une tendance à l'anthropomorphisme, l'auteur ne perçoit toutefois pas l'Etat au sens du droit international comme une « unité naturelle » mais plutôt comme une « unité sociologique ou (…) historique ».

[183] *Ibid.*, p. 325.

[184] « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 56.

[185] *Ibid.*

juridiques abstraites mais d'un ensemble d'indices factuels qui doivent être mis en œuvre par l'interprète au cas par cas et au sein desquels le droit interne occupe une place importante mais ni décisive, ni exclusive[186].

§ 2. Une opération régie par le droit international

48. Un autre groupe d'auteurs, majoritaire, considère que l'identification du fait de l'Etat-sujet de droit international ne peut se faire que sur la base de règles de droit international. Là encore, cette conception n'est pas monolithique, elle connaît des variantes aussi bien quant à ses fondements que dans ses implications. Conceptions moniste (A) comme dualistes (B) peuvent permettre de faire reposer l'identification du fait de l'Etat sur les règles internationales.

A. Approche moniste

49. Pour les auteurs monistes en effet, l'Etat apparaît comme une personne morale de l'ordre juridique total que constitue l'ordre international. De même qu'une personne morale de droit interne est régie par des règles juridiques relevant de l'ordre juridique partiel que constitue le droit interne, l'Etat est régi par des règles juridiques de l'ordre juridique total que constitue l'ordre international. Dès lors, si l'identification du fait de l'Etat peut reposer sur des normes internes, ce n'est que par l'effet d'une délégation du droit international, de la même manière que l'ordre interne peut laisser aux personnes morales, sous-ordres juridiques constitués en son sein, le soin de s'auto-organiser. Or, cette délégation peut être plus ou moins étendue, si bien que le droit international peut reprendre en tout ou, plus sûrement, en partie la liberté d'organisation qu'il a concédée à l'Etat. L'imputation continuerait ainsi de reposer sur l'organisation de l'Etat, une organisation qui resterait unique mais qui serait établie par le droit international en opérant un renvoi plus ou moins important au droit interne[187].

---

[186] « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *op. cit.*, p. 401. Devenu rapporteur spécial, G. Arangio-Ruiz ne remit donc pas en cause les articles relatifs à l'attribution déjà dégagés par la CDI sous l'impulsion de R. Ago. Simplement, là où celui-ci pensait avoir codifié de véritables règles de droit international, celui-là vit des « critères factuels à suivre pour déterminer le lien effectif qui rattache les individus qui agissent (…) à l'organisation effective de l'Etat en tant que personne internationale » (« Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 56).

[187] H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *op. cit.*, p. 88-89, qui estime finalement qu'« on pourrait admettre que les individus compétents pour exercer un droit de l'Etat ou pour exécuter une de ses obligations sont déterminés directement par le droit international dans la mesure tout au moins où le droit

B. Approches dualistes

50. Les auteurs dualistes, quant à eux, peuvent parvenir à cette solution au terme de deux raisonnements distincts, selon qu'ils considèrent que l'imputation résulte d'une conception particulière de l'Etat au sens du droit international ou qu'ils dénouent le lien entre imputation et organisation de l'Etat.

51. Certains auteurs dualistes et normativistes identifient deux Etats, l'un sujet de droit interne, l'autre sujet de droit international. Dualistes, ces auteurs estiment qu'il existe plusieurs ordres juridiques distincts, l'ordre international d'une part, les ordres internes de l'autre. Ils identifient dès lors deux personnes dénommées Etat, celle du droit international et celle du droit interne[188]. Normativistes, ils considèrent l'Etat comme une personne juridique, une création du droit qui n'a de sens et d'existence que par rapport à l'ordre juridique. Ainsi, les deux Etats – celui du droit international et celui du droit interne – sont des personnes collectives, qui ne peuvent vouloir ou agir par elles-mêmes aux sens psychologique ou physique. Leurs actions ou volitions sont celles d'individus qui leur sont rapportées en application de normes juridiques[189]. Ils ne peuvent dès lors que considérer que seules des règles de droit international permettent de déterminer quelles sont les actions ou volitions susceptibles d'être rapportées à l'Etat au sens du droit international. Peuvent donc logiquement coexister deux Etats et, partant, deux organisations étatiques, l'une aux fins du droit interne établie par les règles de ce droit, l'autre aux fins du droit international établie par les règles de ce droit. Dans l'ordre international, les actions ou volitions de l'Etat sont celles d'individus que des normes internationales, parfois qualifiées de normes d'organisation[190], rapportent à l'Etat-personne internationale[191]. Cela ne signifie

---

international peut lui aussi déterminer les individus ayant la compétence d'agir en qualité d'organes de l'Etat, c'est-à-dire d'accomplir des actes étatiques ».

[188] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 8 ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 54. V. Ch. Leben, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », *op. cit.*, p. 137-138.

[189] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 291-292 ; *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 251-252. Un doute quant à la nature factuelle ou juridique de l'opération pourrait surgir de la définition de l'imputabilité comme « la conséquence du rapport de causalité qui existe entre un fait contraire au droit des gens et l'activité de l'Etat dont ce fait émane » mais cette définition vise seulement à écarter l'élément psychologique de cette opération. En ce sens également, G. Morelli, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1956, vol. 89, p. 437-604, sp. p. 548.

[190] G. Morelli, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 548.

[191] La position d'Anzilotti sur ce point n'a pas toujours été claire. Dans un premier temps, il semblait considérer que l'imputation d'un fait à l'Etat ne pouvait se faire qu'en application des règles internes, tout en admettant que le droit international voie, pour des raisons pratiques, dans des comportements qui ne pourraient être rapportés à l'Etat en application du droit interne des comportements étatiques. C'est une des raisons pour lesquelles il estimait que la responsabilité internationale de l'Etat n'était pas une responsabilité

pas que les mêmes actions ou volitions doivent être rapportées à l'Etat-personne interne. En effet, d'une part, toute norme n'a efficacité que dans sa propre sphère[192], d'autre part, la puissance de l'Etat ne résulte pas d'une délégation du droit international mais en constitue une présupposition aussi bien historique que logique[193].

52. D'autres auteurs dualistes parviennent à une solution analogue au terme d'un raisonnement différent. R. Ago rejette ainsi l'idée selon laquelle l'organisation de l'Etat pourrait être établie par des normes internationales d'imputation, considérant, d'une part, qu'elle constitue une inversion du raisonnement en qualifiant d'organes tous les individus dont les comportements sont rattachés à l'Etat et, d'autre part, qu'elle étend la notion d'organisation au point de n'être plus qu'un ensemble de règles de rattachement perdant toute portée explicative[194]. Mais il n'en considère pas moins l'imputation comme une opération normative qui, produisant ses effets dans l'ordre international, ne peut être régie que par des règles de droit international[195]. Dénouant alors le lien classiquement établi entre imputation et organisation étatique, R. Ago considère que les normes internationales d'imputation établissent les cas dans lesquels un fait doit être rapporté à l'Etat en recourant à différents critères librement choisis. S'il se peut que, parmi ces critères, la référence au droit interne ou à l'organisation étatique soit pertinente, cela ne constitue pas une nécessité logique et une solution différente serait tout à fait envisageable[196].

53. Construites davantage à partir d'une vision générale de l'ordre international que pour les besoins ou à partir de l'opération d'imputation, ces théories parviennent toutes à s'accommoder, plus ou moins aisément, d'une même pratique. Ainsi soulignent-elles toutes l'importance du droit interne dans cette opération, que ce soit en fondant l'imputation sur ce droit (Kelsen), en considérant qu'une des règles internationales d'imputation y renvoie (Ago), qu'il traduit l'organisation effective de l'Etat à laquelle se réfère une règle internationale d'imputation (Morelli) ou qu'il constitue un indice factuel du lien matériel qui lie l'individu à l'Etat (Arangio-Ruiz). Ceci étant, aucune théorie ne prétend que cette place soit exclusive et chacune accorde également un rôle plus ou moins important et direct à l'effectivité, qu'elle conduise à engager la responsabilité de l'Etat sur une autre base que l'imputation (Kelsen), qu'elle doive être prise en compte dans la

---

pour faute mais une responsabilité objective (« La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 291-292). Il a, dans un second temps, clarifié son propos en considérant que dans l'ordre international l'imputation à l'Etat-personne internationale ne pouvait se faire qu'en application de règles internationales (*Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 254-255).

[192] L'imputabilité d'un acte d'après le droit international ne peut donc se convertir en attribution de compétence aux effets du droit interne, D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 256.

[193] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 51.

[194] En ce sens, v. R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 249.

[195] *Ibid.*, p. 248.

[196] *Ibid.*

définition du droit interne (Condorelli), qu'elle constitue un principe général inspirant l'ensemble des règles internationales d'imputation (Ago), que la règle internationale d'imputation principale s'y réfère (Morelli) ou, enfin, que l'identification du fait de l'Etat soit purement factuelle (Arangio-Ruiz). Sans doute ne faut-il pas surestimer l'impact de ces diverses théories sur l'opération d'imputation[197] et vice et versa[198]. Mais la manière dont est conçue l'opération d'imputation en droit positif peut, par un renversement de perspective, apporter un éclairage nouveau sur ces controverses et constituer ainsi un indice en faveur de l'une ou l'autre[199].

*

54. L'étude se propose ainsi de déterminer si, du point de vue du droit international de la responsabilité, le fait de l'Etat apparaît comme un donné, sur lequel le droit international n'aurait aucune prise, ou un construit, que le droit international pourrait modeler afin de permettre à la responsabilité de l'Etat de continuer à remplir ses fonctions dans l'ordre juridique international malgré les évolutions qui affectent l'Etat et sa place dans le système international.

*

55. Pour le déterminer, l'approche retenue se veut résolument positiviste. Elle vise avant tout à identifier le contenu du droit positif par un examen systématique de la doctrine et de la pratique internationales, avant de pouvoir en tirer des enseignements sur la perception de l'Etat dans l'ordre juridique international[200]. A cette fin, les travaux de la C.D.I. et la pratique judiciaire internationale feront l'objet d'un examen attentif.

56. Le texte adopté par la Commission du droit international est très souvent pris en compte comme traduisant le droit coutumier, sans même être discuté. C'est particulièrement le cas lorsqu'il est question d'imputation. On perd alors parfois de vue qu'il est le fruit d'une longue évolution. Les travaux de la Commission se sont étalés sur près de cinquante ans et ont mobilisé pas moins de cinq rapporteurs, de sorte qu'« ils ne

[197] Le fait d'opter pour l'une ou l'autre de ces théories ne bouleverse pas fondamentalement la pratique de l'imputation puisque des conceptions aussi opposées que celle de R. Ago et G. Arangio-Ruiz ont pu s'accommoder du texte de la C.D.I., qu'il codifie un ensemble de « règles juridiques », dont la mise en œuvre laisse nécessairement une certaine marge de manœuvre à l'interprète, ou de « critères factuels », qui encadrent le pouvoir d'appréciation des situations factuelles dont dispose l'interprète.

[198] S'inscrivant dans une perspective plus large, les théories présentées ont pu s'accommoder d'une même pratique en matière d'imputation.

[199] Adoptant une démarche analogue, v. M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, *passim*.

[200] V. O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Editions de l'U.L.B., 2009, p. 21 s.

traduisent pas une approche linéaire »[201]. On les reprendra donc, non pour en dresser le catalogue, mais afin de mettre en lumière les évolutions qu'ils ont connues ainsi que les raisons qui ont motivé le choix des formules finalement retenues[202]. Seul ce travail permet de saisir le sens des articles adoptés afin d'en faire un usage adéquat, d'exploiter leur potentiel mais aussi de mettre en évidence leurs limites éventuelles.

57. Ces travaux seront confrontés à la pratique internationale, spécialement à la pratique judiciaire, qui joue un rôle important dans le développement du droit de la responsabilité internationale[203]. Les décisions antérieures aux travaux de R. Ago ne seront réexaminées que si et dans la mesure où leur interprétation renseigne sur l'évolution des règles d'imputation. En revanche, les décisions postérieures feront l'objet d'un examen systématique. Elles émanent de la C.I.J. mais aussi d'organes de règlement des différends spécialisés dans le domaine des droits de l'homme – qu'il s'agisse des comités établis au sein des Nations unies[204], des organes européens ou des organes interaméricains de protection des droits de l'homme – ou d'organes spécialisés dans le domaine du droit économique – qu'il s'agisse du Tribunal irano-américains des réclamations[205], des tribunaux arbitraux transnationaux qui interviennent dans le domaine des investissements ou de l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C.[206] L'examen se veut transversal, afin de déterminer, d'une part, si les solutions dégagées par la C.D.I. à partir de la pratique suivie dans le domaine de la protection des étrangers ont pu s'adapter dans les différentes branches du droit international et, d'autre part, si et dans quelle mesure les jurisprudences de ces différents organes présentent des divergences susceptibles de nourrir le spectre d'une fragmentation du droit international.

*

[201] P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 849.
[202] Sur l'évolution des dispositions consacrées à l'imputation, v. annexe.
[203] Sur ce point, v. P. Daillier, « The development of the law of responsibility through the case law », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 37-44.
[204] La pratique du Comité des droits de l'homme a fait l'objet d'un recensement systématique. Celle des autres comités est mentionnée ponctuellement.
[205] On peut s'étonner de retrouver le Tribunal des différends irano-américain des réclamations parmi les organes de contrôle dans le domaine du droit économique. Nous l'avons classé ainsi car le contentieux dont il a eu à connaître et les méthodes qu'il a employées se rapprochent de ceux des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements. Admettons toutefois que cette classification est essentiellemen fonctionnelle.
[206] L'examen du droit de l'Union européenne est réservé, d'une part car les cas dans lesquels la responsabilité de l'Etat est engagée pour violation de ce droit sont rares, d'autre part car d'autres ont déjà établi que sa dynamique téléologique avait abouti à une « notion communautaire d'Etat » (M. Hecquart-Theron, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTDE*, 1990, p. 693-711) à « géométrie variable » (A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002, p. 107 s.). On remarquera, avec M. Forteau, que la notion communautaire d'Etat rejoint en grande partie la notion internationale (« L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 765).

58. L'examen est contrasté. L'existence de déviations ou controverses ponctuelles tend à indiquer que le fait de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité est un construit. Mais la convergence d'ensemble des solutions retenues conduit à considérer que le risque de fragmentation de la notion d'Etat ne doit pas être surestimé. Cette convergence apparaît déjà dans la manière dont les règles d'imputation s'articulent. L'examen des différentes sources prises en considération montre que l'opération peut être décomposée en deux temps qui, s'ils restent le plus souvent implicites, n'en existent pas moins[207]. Deux étapes se succèdent ainsi aux fins d'imputer un comportement à l'Etat[208]. La première est centrée sur la personne ou l'entité qui agit et vise à déterminer si elle s'intègre à une organisation étatique dont les contours sont redessinés aux fins du droit international de la responsabilité (Partie 1). La seconde se concentre sur le comportement spécifiquement en cause et cherche à établir s'il peut être considéré comme étatique, qu'il émane d'un organe ou d'une entité non étatique (Partie 2).

[207] En ce sens, P.-M. Dupuy, « L'Etat et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements », *in* P.-M. Dupuy (dir.), *Common values in international law : essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, p. 297-316, sp. p. 312-313.

[208] Opérant le même constat en droit des immunités, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats, op. cit.*, p. 95.

Partie 1. L'imputation *ratione personae*

59. Nul ne conteste que sont imputables à l'Etat les comportements de ses organes. Les affirmations en ce sens abondent, qu'elles émanent de la Commission du droit international ou des organes internationaux de règlement des différends. La première n'a ainsi eu de cesse d'affirmer, au cours des quarante années qu'ont duré les travaux qu'elle a consacrés à la responsabilité de l'Etat, qu'« est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat »[209] ou, inversant la proposition sans en modifier le sens, que « le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international »[210]. Les seconds confirment la constance de cette solution en retenant que, selon une « règle bien établie » qui « relève du droit international coutumier », « le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat selon le droit international »[211]. Cette solution est unanimement consacrée. Elle constitue pour la C.D.I. une « règle fondamentale »[212], « un point de départ [qui] définit les principaux cas d'attribution et en annonce d'autres »[213], tandis que la Cour internationale de Justice la considère comme « l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale »[214]. Pourtant, affirmer que le comportement des organes étatiques est attribuable à l'Etat n'apporte que peu d'indications. Il est encore nécessaire de déterminer quels sont les organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Or, sur ce point, l'unanimité disparaît.

60. Un élément ne fait certes guère de doute. Sont ainsi considérés comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité l'ensemble des organes

---

[209] Article 5 adopté en première lecture, *ACDI*, 1973, vol. 2, p. 194. Voir déjà l'article 1er du texte adopté en première lecture par la troisième commission de la conférence de codification du droit international de La Haye aux termes duquel « tout manquement aux obligations internationales d'un État du fait de ses organes (…) entraîne la responsabilité internationale de celui-ci » (reproduit *in ACDI*, 1956, vol. 2, p. 226) ainsi que la base de discussion n° 2 proposée par G. Garcia-Amador selon laquelle « le sujet actif de la responsabilité internationale peut être (…) l'État, à raison des actes ou omissions de ses organes » (« Premier rapport sur la responsabilité de l'Etat », *ACDI*, 1956, vol. 2, p. 175 s., sp. p. 220).

[210] Article 4 du texte de codification définitif, *ACDI*, 2001, vol. 2, partie 2, p. 39.

[211] C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 385. Egalement en ce sens C.I.J., *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (Cumaraswamy)*, avis du 29 avril 1999, § 62.

[212] Commentaire du chapitre 2 du texte de codification définitif, § 8, *op. cit.*, p. 41.

[213] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 41. R. Ago parlait de « point de base » (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, § 122, p. 251), J. Crawford de « règle 'première' » (« Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 156, p. 37). D'autres spécialistes de la question y voient le « pilier du système d'imputation » (L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 9-221, sp. p. 171).

[214] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 385.

de l'Etat au sens du droit interne. Là encore, cette solution n'a jamais été remise en cause lors des travaux de la C.D.I. et est constamment retenue par les organes internationaux de règlement des différends. Ainsi, après avoir affirmé en première lecture qu'est considéré comme un fait de l'Etat « le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat »[215], la Commission du droit international a maintenu en seconde lecture qu'« un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat »[216], signifiant ainsi que « la qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose »[217]. La pratique judiciaire est dans le même sens, les organes de règlement des différends étudiés cherchant d'abord à établir si les personnes ou entités dont les comportements sont en cause ont « le caractère d'organe (…) en vertu du droit interne »[218]. Tous les organes de l'Etat au sens du droit interne sont donc considérés comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Des doutes ont certes pu exister concernant l'attribution des comportements de certains des organes de l'Etat au sens du droit interne. Mais ils ont été rapidement levés.

Ainsi des comportements des organes subalternes. La survivance de solutions nées alors que l'Etat était assimilé à la personne du Souverain[219], les approches retenues dans certains droits nationaux[220] ou la règle de l'épuisement des voies de recours internes[221] avaient pu laisser penser que les comportements de tels organes n'étaient pas attribuables à l'Etat car ils n'étaient susceptibles d'engager sa responsabilité qu'après avoir été confirmés ou à tout le moins ne pas avoir été infirmés par des organes supérieurs[222]. Toutefois, les quelques cas où la règle d'épuisement des voies de recours internes ne trouvait pas à s'appliquer permirent de mettre en évidence que les comportements de ces organes sont,

---

[215] Article 5 adopté en première lecture, *ACDI*, 1973, vol. 2, p. 194.
[216] Article 4 du texte de codification définitif, al. 2, *op. cit.*, p. 41.
[217] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 11, *op. cit.*, p. 43.
[218] C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 386.
[219] Voir *supra*, Introduction.
[220] Le droit interne des Etats-Unis semblait ainsi privilégier la voie d'un recours personnel contre l'individu-organe à celle d'un recours contre l'Etat lui-même, spécialement lorsqu'étaient en cause les comportements d'organes subalternes (en ce sens, commentaire de l'article 6 adopté en première lecture, § 12, *ACDI*, 1973, vol. 2, p. 200 ; v. aussi J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, LGDJ, 1966, p. 60-61).
[221] Qui a pour effet que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée dans l'ordre international qu'après que des organes supérieurs ont eu la possibilité de redresser le comportement des organes subalternes.
[222] En ce sens, E. M. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, New York, The Banks law publishing, 1928, p. 128, qui s'appuyait sur une pratique et une jurisprudence dont R. Ago reconnaissait qu'elles étaient « loin d'être claires et uniformes » (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 153, p. 171). Cet auteur est à l'origine du projet rédigé par la Harvard Law School à l'intention de la Conférence pour la codification du droit international de 1930 dont l'article 7 al. b. prévoyait qu'« un Etat est responsable du dommage causé à un étranger par la faute ou la négligence d'un de ses fonctionnaires ou employés subalternes dans l'exercice de ses fonctions, en cas de déni de justice (…) ou en cas de défaut de sanction disciplinaire à l'encontre dudit fonctionnaire ou employé, à moins que l'étranger lésé n'ait reçu réparation suffisante » (reproduit *in ACDI*, 1956, vol. 2, p. 235).

comme ceux des autorités supérieures, attribuables à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale[223]. Estimant que « l'Etat doit se reconnaître dans tous ceux qu'il a chargés d'agir pour lui : du plus humble au plus élevé »[224], R. Ago proposa donc à la C.D.I., qui l'accepta, de formuler explicitement cette solution dans un projet d'article 6 aux termes duquel « le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international (…) que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée »[225]. Si cette disposition ne fut pas conservée en seconde lecture, ce n'est pas parce que la solution qu'elle codifiait fut remise en cause mais tout au contraire parce que, bien que rappelant un élément « fondamental »[226], elle fut considérée comme un « mémento de (…) controverses disparues »[227]. Suivant son rapporteur spécial, la Commission jugea dès lors suffisant de préciser à l'article 4 du texte de codification définitif que le comportement de tout organe est attribuable « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État »[228]. Et, même si les cas dans lesquels elles la mettent effectivement en œuvre demeurent rares, cette solution est régulièrement rappelée par les juridictions internationales[229].

Ainsi ensuite des comportements des organes législatifs ou judiciaires. La définition usuelle du gouvernement, réduite à l'exécutif, dans les pays de droit civil[230] ou les

---

[223] Voir la pratique de la Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique. Son acte constitutif excluant l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, elle estima qu'« *it is undoubtedly a sound general principle that, whenever misconduct on the part of any [...] persons [in the service of a nation], whatever may be their particular status or rank under domestic law, results in the failure of a nation to perform its obligations under international law, the nation must bear the responsibility for the wrongful acts of its servants* » (*Massey*, sentence du 15 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 155-164, sp. p. 159, ainsi que les autres sentences citées par R. Ago *in* « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 157, p. 265-266).

[224] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 160, p. 267.

[225] Article 6 adopté en première lecture, *ACDI*, 1973, vol. 2, p. 197. Pour le texte proposé par R. Ago, v. « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 162, p. 267.

[226] J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 176, p. 40.

[227] *Ibid.*, § 167, p. 39.

[228] Article 4 du texte de codification définitif, al. 1 et commentaire de l'article 4, § 7, *op. cit.*, p. 41-42. La C.D.I. a opté pour cette formulation afin d'éviter que la mention des « supérieurs » et des « subordonnés » conduise à écarter les organes qui ne peuvent être qualifiés comme tels (J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 177, p. 40).

[229] V., de manière explicite, C.E.D.H., *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, arrêt du 18 janvier 1978, § 249 ; *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, § 146 considérant que « la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre ; (…) elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs » ; C.I.A.D.H, *19 Merchants v. Colombia*, Série C, n° 109, jugement du 5 juillet 2004, § 140-141 : « *It is a basic principle of the law on the international responsibility of the State, embodied in international human rights law, that this responsibility may arise from any act or omission of any State agent, body or power,* independent of its hierarchy, *which violates internationally enshrined rights* » (nous soulignons). V. aussi, de manière moins explicite, C.I.J., *Elettronica Sicula (Etats-Unis c. Italie*), arrêt du 20 juillet 1989, § 70 : attribution à l'Italie de l'expropriation décidée par le maire de Palerme.

[230] Sur ce point, v. P. Bodeau-Livinec, *Le gouvernement de l'Etat du point de vue du droit international*, thèse, Paris X, 2008. Reprenant les deux acceptions du terme, v. M. Senellart, pour qui le gouvernement « désigne l'organe du pouvoir politique au sein de l'Etat : il est alors synonyme d'autorité publique ou se

difficultés résultant de la séparation des pouvoirs dans les ordres internes avaient pu faire naître des doutes quant à la possibilité de rapporter à l'Etat le comportement de tels organes. Mais, sur ce point également, l'incertitude a été rapidement levée. Dès 1926, la C.P.J.I. affirmait en effet qu'« au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont […] [des] manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »[231]. La pratique fut si constante que, plus de soixante-dix ans plus tard, la C.I.J. pouvait confirmer que « le comportement d'un organe de l'Etat – même indépendant du pouvoir exécutif – doit être regardé comme un fait de cet Etat »[232]. La responsabilité de l'Etat peut donc être engagée non seulement du fait des organes exécutifs mais encore du fait des lois ou des décisions de justice. Des règles particulières peuvent certes conduire à moduler les conditions d'engagement ou le contenu de la responsabilité de l'Etat pour ces comportements[233]. Il ne fait toutefois guère de doute que les agissements de tous les organes de l'Etat sont considérés comme des faits de l'Etat que ces organes « exerce[nt] des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres »[234]. Ces cas ne retiennent d'ailleurs plus guère l'attention du point de vue de l'imputation car, comme l'a affirmé J. Crawford, lorsque le préjudice découle directement d'une loi, d'une décision gouvernementale ou des conclusions d'un tribunal, « il sera évident dès l'origine que l'Etat est impliqué »[235].

61. Tous les organes de l'Etat au sens du droit interne sont donc considérés comme des organes de l'Etat au sens du droit de la responsabilité internationale. Ce constat n'épuise toutefois pas la recherche des entités dont le comportement peut être rapporté à

---

confond, dans une acception plus étroite, avec l'instance de l'exécutif » (« Gouvernement », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 768).

[231] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, série A, n° 7, arrêt du 25 mai 1926, *Rec.*, p. 19.

[232] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (Cumaraswamy)*, avis consultatif du 19 avril 1999, § 63.

[233] S'agissant des lois, la question de savoir si leur seule existence peut violer une obligation internationale ou si elles doivent être effectivement appliquées pour que tel soit le cas peut parfois se poser (comp. C.I.J., *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif du 26 avril 1988, § 42 ; C.E.D.H., *Norris c. Irlande*, req. n° 10581/83, arrêt du 26 octobre 1988 ; C.D.H., *Toonen c. Australie*, com. n° 488/1992, 31 mars 1994, A/49/40, vol. II, p. 252-264 ; C.I.A.D.H., *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the Convention*, avis consultatif OC-14/94 du 9 décembre 1994 ; O.R.D., *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, § 7.34 à 7.97 ; sur ce point, v. commentaire de l'article 12 du texte de codification définitif, § 12, *op. cit.*, p. 60, qui conclut qu'aucune règle générale ne peut être établie à cet égard). S'agissant des décisions de justice, la règle de l'épuisement des voies de recours internes peut avoir pour effet, lorsqu'elle est interprétée comme une règle de fond, qu'une décision ne viole une obligation internationale que lorsqu'elle est devenue définitive (pour un exemple CIRDI, *Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, ARB (AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, § 149 s.).

[234] Article 4 du texte de codification définitif, al. 1, *op. cit.*, p. 41.

[235] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 155, p. 37

l'Etat. Il est dès lors envisageable que la notion d'organe de l'Etat au sens du droit de la responsabilité internationale couvre des entités autres que les organes de l'Etat au sens du droit interne. Si la Commission du droit international a exclu cette possibilité en première lecture, elle l'a admise en seconde.

En première lecture, la C.D.I. avait exclu que la qualification d'organe puisse s'étendre au-delà des entités dotées de ce statut en droit interne. Tout en admettant qu'« en règle générale on attribue à l'Etat sur le plan international les faits des personnes ou des groupes de personnes qui participent à son 'organisation' »[236], R. Ago s'était en effet employé à dénouer le lien souvent opéré entre attribution aux fins de la responsabilité et organisation de l'Etat. Il considérait que ce lien était source d'erreurs, qu'on en déduise que seuls les comportements accomplis par les organes dont l'Etat se dote librement dans l'ordre interne lui sont attribuables aux fins de la responsabilité internationale ou qu'on considère, à l'inverse, que tous ceux dont les comportements sont attribuables à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale sont des organes de l'Etat. Pour le rapporteur spécial, « l'Etat lui-même, et lui seul, peut établir [son organisation] », c'est-à-dire « l'ensemble des structures concrètes par lesquelles il manifeste son existence et exerce son action »[237]. Le droit international ne fait que prendre en compte les choix ainsi opérés en considérant comme faits de l'Etat au sens du droit international le comportement de ceux « auxquels dans l'ordre interne, et uniquement dans cet ordre, on attribue la qualité juridique d'organe de l'Etat »[238]. Il n'en fait pas des organes de l'Etat au sens du droit international. De même, s'il attribue à l'Etat le comportement d'individus qui ne sont pas désignés comme organes dans l'ordre interne, le droit international ne modifie pas pour autant l'organisation étatique[239]. C'est afin de mettre en lumière ces prémisses théoriques[240] que R. Ago bâtit les propositions qu'il consacra à l'imputation en s'appuyant sur le statut interne des entités en cause, recherchant à chaque fois s'il existait une règle de droit international imputant l'ensemble ou certains de leurs comportements à l'Etat. Il

[236] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 106, p. 245.
[237] *Ibid.*, § 116, p. 249.
[238] *Ibid.*, § 119, p. 250. V. aussi, du même auteur, « Le délit international », *RCADI*, 1938, vol. 68, p. 415-554, sp. p. 464 : « c'est exclusivement dans l'ordre juridique interne que l'organe de l'Etat a la qualité juridique d'organe ; du point de vue du droit international, cette qualité d'organe n'est considérée que comme une condition de fait nécessaire pour pouvoir examiner sa conduite et l'apprécier comme une conduite juridique de l'Etat ».
[239] *Ibid.*, § 120, p. 250.
[240] Il s'agit là d'un cas dans lequel, tout en affirmant retenir une méthode inductive (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 13, p. 212), le rapporteur spécial est parti d'une conception théorique de ce que doit être l'organe de l'Etat pour procéder à la codification suivant une méthode hypothético-déductive (en ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milan, Giuffré, 2007, p. 31 ; mettant en lumière ces glissements dans les rapports du rapporteur spécial, A. Pellet, « Les rapports de Roberto Ago à la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *International law FORUM du droit international*, 2002, p. 222-229).

distingua ainsi les organes de l'Etat au sens du droit interne des organes des autres institutions publiques avant d'aborder la situation des personnes privées et, enfin, celle des organes d'autres sujets du droit international[241]. Malgré quelques aménagements, la Commission suivit le rapporteur spécial en réservant la qualification d'organe de l'Etat aux entités dotées de ce statut en droit interne, sans pour autant exclure que l'ensemble ou certains comportements d'autres entités puissent être imputés à l'Etat[242].

Sa position évolua toutefois nettement en seconde lecture, sous l'impulsion de J. Crawford. A la suite de plusieurs Etats, dont les Etats-Unis et le Royaume-Uni[243], celui-ci proposa de supprimer purement et simplement la référence au droit interne aux fins d'identification des organes étatiques[244]. D'un point de vue pratique, le rapporteur spécial craignait, d'une part, que la référence au droit interne soit comprise comme renvoyant à la seule loi, alors que la pratique peut jouer un rôle important dans l'identification des organes dans l'ordre interne. Il remarquait, d'autre part, que le droit interne peut ne pas déterminer quels sont les organes de l'Etat ou ne le faire qu'à des fins particulières[245]. En effet, s'il peut prévoir la création d'une entité, déterminer ses fonctions et pouvoirs ainsi que ses relations avec les autres entités qui font partie de la structure étatique, le droit interne n'identifie pas nécessairement celles qui peuvent être qualifiées d'organes[246]. Aussi, affirmer que les organes de l'Etat sont ceux dotés de cette qualité en droit interne signifie tout au plus que ce sont ceux dont la qualité peut être établie sur la base d'éléments

---

[241] Le rapporteur spécial proposa ainsi six dispositions codifiant des règles d'attribution positives : deux dispositions consacrées aux organes de l'Etat qui ont cette qualité d'après l'ordre juridique interne (projets d'articles 5 et 6, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, respectivement p. 255 et 267), une disposition consacrée aux organes d'institutions publiques distinctes (projet d'article 7, *ibid.*, p. 277), une disposition consacrée aux particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat (projet d'article 8, *ibid.*, p. 282) et deux dispositions consacrées aux organes d'autres sujets du droit international, qu'il s'agisse d'organes d'autres Etats ou organisations internationales mis à la disposition de l'Etat (projet d'article 9, *ibid.*, p. 289) ou d'organes d'un mouvement insurrectionnel victorieux (projet d'article 13, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 265).

[242] Comme le projet proposé par R. Ago, le projet adopté en première lecture comprenait six dispositions codifiant des règles d'attribution positives : deux dispositions consacrées aux organes de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne (projets d'articles 5 et 6, *ACDI*, 1996, vol. 2, partie 2, p. 63), une disposition consacrée aux autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, catégorie qui incluait d'une part les collectivités publiques territoriales, d'autre part les entités qui ne font pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité territoriale mais qui sont habilitées à l'exercice de telles prérogatives (projet d'article 7, *ibid.*), une disposition consacrée aux personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat (projet d'article 8, *ibid.*) et deux dispositions consacrées aux organes d'autres sujets du droit international, qu'il s'agisse d'organes d'autres Etats ou organisations internationales mis à la disposition de l'Etat (projet d'article 9, *ibid.*) ou d'organes d'un mouvement insurrectionnel victorieux (projet d'article 15, *ibid.*, p. 64).

[243] « Commentaires et observations reçus des gouvernements », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, p. 103 (pour les Etats-Unis) et p. 104 (pour le Royaume-Uni).

[244] Projet d'article 5 proposé par le rapporteur spécial en seconde lecture, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 60, n. 3.

[245] *Ibid.*, § 163, p. 38.

[246] En ce sens également P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 212.

tirés du droit interne[247]. D'un point de vue théorique, le rapporteur spécial estimait qu'un principe d'unité de l'Etat a pour conséquence que « le droit international n'établit pas de distinction entre les différentes composantes de l'Etat aux fins du droit de la responsabilité, et ce même si l'Etat le fait, en traitant par exemple différents organes comme des personnes juridiques distinctes dans son propre droit »[248]. Face à l'opposition de plusieurs membres de la Commission[249], le rapporteur consentit certes à réintégrer la mention du droit interne aux fins d'identification des organes étatiques. A condition toutefois qu'elle ne soit pas exclusive[250]. L'article 4 du texte de codification définitif contient donc un alinéa 2 aux termes duquel « un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne »[251]. Le verbe comprendre permet ainsi d'indiquer que, si « le droit interne et la pratique de chaque Etat jouent un rôle décisif dans la détermination de ce qui constitue un organe de l'Etat », « l'État est responsable du comportement de tous les organes, institutions et fonctionnaires *qui font partie de son organisation* et agissent en cette qualité, *qu'ils aient ou non la personnalité juridique en droit interne* »[252]. Contrairement à ce qui avait été retenu en première lecture, la notion d'organe qui figure à l'article 4 du texte de codification définitif peut donc s'étendre à des entités dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat en droit interne. L'évolution est de taille[253].

62. Il semble ainsi envisageable que la qualification d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité soit appliquée à des entités qui ne sont pas considérées comme des organes de l'Etat au sens du droit interne. Les travaux de la C.D.I. ont toutefois permis de mettre en lumière deux éléments. Le premier tient à la signification de la notion d'organe au sens du droit de la responsabilité internationale. Si elle devait

---

[247] En ce sens, A. Pellet pour qui le fait que les droits nationaux n'utilisent pas le mot « organe » « importe peu, l'essentiel étant de savoir si les droits nationaux permettent de déterminer ce qui est ou n'est pas considéré comme un organe de l'Etat » (2553e séance, § 29, *ACDI*, 1998, vol. 1, p. 247).

[248] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 154, p. 36.

[249] G. Pambou-Tchivounda (2553e séance, § 24, p. 247), A. Pellet (2553e séance, § 29, p. 247-248), J. Illueca (2555e séance, § 18-19, p. 259). La position de G. Häfner est plus ambigüe. Après avoir dans un premier temps affirmé qu'« il est manifeste qu'un organe de l'Etat ne peut être ainsi qualifié qu'au regard du droit interne car (…) le terme d'organe est lui-même d'ordre juridique et relève du droit interne » (2554e séance, § 28, p. 252), il admit dans un second temps « qu'il ne faut pas accorder une importance excessive à la personnalité juridique distincte d'une entité pour dire qu'elle n'est pas un organe de l'Etat » (2555e séance, § 14, p. 259).

[250] Voir les interventions de J. Crawford (2553e séance, § 26, p. 247 ; § 37, p. 248-249). Egalement en ce sens, M. Herdocia Sacasa (2554e séance, § 21, p. 251), J. Dugard (2554e séance, § 45 et 49, p. 254) et, de manière moins nette, B. Simma (2554e séance, § 57, p. 255), R. Rosenstock (2554e séance, § 62-64, p. 255-256), I. Lukashuk (2554e séance, § 66, p. 256), C. Economides (2555e séance, § 1, p. 257), C. Yamada (2555e séance, § 5, p. 257).

[251] *Op. cit.*, p. 41.

[252] Commentaire du chapitre 2 de la première partie du texte de codification définitif, § 6 et 7, *op. cit.*, p. 40. Nous soulignons.

[253] En ce sens, P.-M. Dupuy, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats : un bilan », *RGDIP*, 2003, p. 306-347, sp. p. 316-319 ; P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 25.

recouvrir l'ensemble des personnes et entités dont les comportements sont susceptibles d'être rapportés à l'Etat, elle deviendrait inopérante. Elle ne sera donc utilisée que pour désigner celles de ces personnes et entités qui sont considérées comme entrant dans l'organisation de l'Etat[254], « les instruments même de son action »[255], dont les comportements doivent de ce seul fait lui être rapportés. Il se peut certes que d'autres personnes et entités puissent adopter des comportements considérés comme étatiques aux fins de la responsabilité internationale. Mais cela résulte moins de leur situation que du comportement spécifiquement en cause. L'imputation se fait alors *ratione materiae*, non *ratione personae*. Les personnes et entités qui agissent peuvent tout au plus être considérées comme des agents de l'Etat, pas comme ses organes[256]. D'autre part, le fait de considérer une entité comme un organe au sens du droit international de la responsabilité n'en fait pas un organe au sens du droit interne. Bien que la notion d'organe soit faiblement opérante en droit interne[257], l'Etat demeure libre de s'organiser comme il l'entend, d'adopter une structure unitaire ou au contraire fortement éclatée. C'est justement pour tenir compte de cette liberté d'organisation que la notion d'organe doit revêtir un sens autonome en droit international de la responsabilité.

63. Cette autonomie de la notion d'organe au sens du droit international de la responsabilité se traduit par l'inclusion en son sein d'entités qui, quoique dotées d'une personnalité autonome dans l'ordre interne, sont unies à l'appareil étatique par des liens formels, de sorte qu'elles peuvent être qualifiées d'organes *de jure* (Titre 1), mais aussi d'entités qui ne se rattachent à l'appareil étatique que par des liens factuels, de sorte qu'elles doivent être qualifiées d'organes *de facto* (Titre 2).

---

[254] Selon le § 1 du commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, « l'expression 'organe de l'Etat' s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'Etat et qui agissent en son nom » (*op. cit.*, p. 41).

[255] C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 384.

[256] La distinction entre organes et agents ici formulée s'appuie sur celle qui avait été envisagée en première lecture par la Commission du droit international. Celle-ci indiquait dans le commentaire de l'article 5 que « le terme 'agent' semble désigner, en anglais surtout, une personne agissant pour le compte de l'État plutôt qu'une personne ayant un véritable statut d'organe » (*ACDI*, 1973, vol. 2, § 13, p. 197). Cette distinction entre les organes et les agents est reprise par J. Crawford, qui estime que « les 'agents' sont dans cette perspective des personnes ou entités agissant en fait pour le compte de l'État, en raison d'un mandat ou d'une instruction donnée par un organe de l'État, ou (éventuellement) qui vont être considérées comme agissant pour le compte de l'État, en raison du contrôle qu'un tel organe exerce sur eux » (« Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 162, p. 38). Le texte de codification définitif semble également réserver le qualificatif d'agents aux personnes agissant ponctuellement pour le compte de l'Etat (commentaire du chapitre 2, § 2, *op. cit.*, p. 40).

[257] On se contentera de remarquer que la définition de la notion d'organe a fait débat dans l'ordre interne. V. A. Ross, « Sur les concepts d''Etat', d''organes d'Etat' en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, vol. 23, p. 131-144.

Titre 1. Les organes *de jure*

64. Si la notion d'organe de l'Etat ne devait couvrir que les entités dotées de ce statut dans l'ordre interne, il suffirait alors de constater qu'une entité dispose d'une personnalité distincte de celle de l'Etat dans cet ordre pour l'écarter de cette qualification. La solution aurait le mérite de la simplicité. Mais le droit international serait entièrement tributaire des qualifications opérées dans les ordres internes. Tel n'est pas le cas. Il est en effet envisageable que des entités dotées d'une personnalité autonome dans l'ordre interne soient néanmoins assimilées à des organes au sens du droit international de la responsabilité en raison de leur insertion dans une structure, dans une organisation ; celle de l'Etat au sens du droit international. Lorsque des liens formels unissent ces entités à l'appareil étatique, elles peuvent alors être qualifiées d'organes *de jure*. Le droit de la responsabilité internationale tente ainsi de reconstruire « l'unité de la puissance publique »[258] en rapportant à l'Etat au sens du droit international l'ensemble des comportements de ses démembrements territoriaux (chapitre 1) ainsi que, même si la solution est plus discutée, de ses démembrements fonctionnels (chapitre 2).

[258] G. Cahin, « Le droit international et la question de la 'fragmentation' des Etats », *RBDI*, 2007, p. 327-364, sp. p. 328.

Chapitre 1. Les démembrements territoriaux

65. « Dans une mesure variable, chaque Etat moderne laisse à certaines entités la responsabilité de gérer en son sein les affaires qui leur sont propres »[259]. Quelle que soit leur dénomination (Etats fédérés, Länders, cantons, provinces, régions, départements, communes…), ces entités assument des fonctions et disposent de pouvoirs analogues à ceux de l'Etat, qu'elles exercent sur une portion limitée du territoire étatique. A cette fin, elles disposent d'une plus ou moins grande autonomie qui se traduit souvent par l'octroi d'une personnalité propre dans l'ordre interne. La situation de ces démembrements territoriaux dans le système juridique international fait l'objet d'une attention accrue[260] en raison de la conjonction de trois phénomènes. Le premier, d'ordre constitutionnel, tient à l'accroissement de la décentralisation, de la régionalisation, voire de la fédéralisation, en cours au sein des Etats. Il conduit, d'une part, au développement des compétences des collectivités territoriales et, d'autre part, à l'approfondissement de leur autonomie vis-à-vis du gouvernement central[261]. Le second, ayant trait au droit international, tient à l'élargissement des matières régies par ce droit qui incluent dès lors des domaines relevant dans l'ordre interne de la compétence des collectivités territoriales[262]. Le troisième, lié à la mondialisation, se traduit par l'accroissement des relations transfrontières, auxquelles les collectivités territoriales elles-mêmes participent[263]. La conjonction de ces phénomènes fait des démembrements territoriaux des acteurs non négligeables des relations internationales et impose leur prise en compte dans l'ordre juridique international.

66. Cette prise en compte peut être médiate ou immédiate. C'est ainsi que dans le droit des traités, les discussions sur la possibilité pour les collectivités territoriales, et en particulier les Etats fédérés, de conclure des accords internationaux pour le compte de l'Etat ou en leur nom propre ont été et demeurent vives[264]. De manière analogue, les

[259] J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 271.
[260] Comme en témoigne notamment la journée d'étude que la S.F.D.I. a consacrée à ce sujet, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans la vie internationale*, Paris, Pedone, 2002.
[261] D'aucuns estiment même que la communauté internationale « favorise ouvertement [le fédéralisme] à l'époque contemporaine pour que soit accordée à des 'groupes' l'autonomie sans laquelle ceux-ci risquent bien d'être poussés à une sécession dont elle ne veut plus » (J. Verhoeven, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 274). Sur ce point, v. G. Cahin, « Le droit international et la question de la 'fragmentation' des Etats », *op. cit.*, p. 339 s.
[262] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 9-221, sp. p. 65 ; B. R. Opeskin, « Federal States in the international legal order », *NILR*, 1996, p. 353-386, sp. p. 362-363 ; E.T. Hayes, « A comparative analysis of the regulation of State and Provincial governments in NAFTA and GATT », *Chicago journal of international law*, 2005, p. 605-623, sp. p. 605 s.
[263] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 65-66 ; J. Verhoeven, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 272.
[264] Sur ce point, voir D. Turp et F. Roch, « Article 6 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant,

oppositions furent et sont encore marquées quant à la possibilité de reconnaître des immunités aux collectivités territoriales en tant qu'organes de l'Etat, voire en tant que telles[265]. Par comparaison, le droit de la responsabilité internationale paraît stabilisé. Les collectivités territoriales sont assimilées à des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité (section 1). Cela n'exclut certes pas que leur spécificité soit prise en compte. Toutefois, la faible mesure dans laquelle elle l'est ne remet pas en cause le principe (section 2). Ces entités peuvent donc être considérées comme des démembrements territoriaux de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité.

Section 1. Les démembrements territoriaux, organes de l'Etat

67. La responsabilité de l'Etat pour l'ensemble des comportements des collectivités territoriales qui le composent est affirmée de manière constante tant par la doctrine que par la pratique internationales (§ 1). L'unanimité des solutions n'a toutefois pas empêché quelques controverses quant à leur fondement (§ 2).

§ 1. La responsabilité de l'Etat pour le comportement des démembrements territoriaux

68. La Commission du droit international a systématiquement considéré que le comportement des collectivités publiques territoriales était imputable à l'Etat au sens du droit international. Si la C.D.I. n'a guère éprouvé de difficultés s'agissant d'attribuer à l'Etat le comportement de ces entités, quand bien même elles seraient dotées d'une personnalité distincte en droit interne (A), c'est sans doute parce que la pratique jurisprudentielle les concernant est homogène (B).

2006, p. 165-181. La question sera abordée *infra*, section 2, § 1, B, dans la mesure où elle peut avoir une influence sur l'imputation à l'Etat du comportement de ses démembrements territoriaux.

[265] Tandis que le projet de la C.D.I. sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens prévoyait que « le terme 'Etat' désigne (…) ii) les éléments constitutifs d'un Etat fédéral » (article 2, *ACDI*, 1991, vol. 2, partie 2, p. 13), la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens précise que « les composantes d'un Etat fédéral » ne sont incluses dans la définition de l'Etat que dans la mesure où elles « sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine et agissent à ce titre » (article 2). Sur ce point, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 81-83 et 120-123 ; I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 71-73, 74-83 et 322-326.

A. Les travaux de la Commission du droit international

69. L'attribution à l'Etat des comportements de ses démembrements territoriaux a fait l'unanimité tout au long des travaux de la Commission du droit international. Mais, tandis qu'ils ont été assimilés à des organes de l'Etat en seconde lecture (2), les organes des démembrements territoriaux avaient fait l'objet en première lecture d'une disposition spécifique (1).

1. Première lecture

70. R. Ago ayant abordé la situation des diverses entités susceptibles d'agir pour le compte de l'Etat en fonction de leur statut en droit interne, il a, après avoir affirmé que le comportement des organes de l'Etat au sens du droit interne devait être rapporté à l'Etat au sens du droit international, consacré une disposition spécifique au comportement des « institutions publiques distinctes ». Il entendait ainsi traiter deux catégories d'entités dont les comportements devaient selon lui être rapportés à l'Etat au sens du droit international bien qu'un mouvement de décentralisation, territoriale ou fonctionnelle, ait conduit à les doter d'une personnalité autonome dans l'ordre interne : les établissements publics et autres institutions publiques d'une part, « les collectivités publiques territoriales caractérisées par une activité publique de caractère général, mais se déroulant à l'échelon local ou régional »[266] d'autre part. S'agissant de ces dernières, il aborda successivement la situation des Etats unitaires et celle des Etats fédéraux. Mais s'il les distingua au stade de l'analyse, ce fut pour conclure que ces deux types d'Etats se trouvent, du point de vue de la responsabilité pour violation d'une obligation internationale de l'Etat, dans une situation analogue[267]. En effet, dans un cas comme dans l'autre, « un principe bien établi »[268] veut que soit « considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet Etat, ont la qualité d'organe (…) d'une collectivité publique territoriale (communes, provinces, régions, cantons, Etats membres d'un Etat fédéral, administrations autonomes de territoires dépendants, etc.) »[269]. Une éventuelle spécificité des Etats

[266] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, sp. § 163, p. 268.
[267] *Ibid.*, § 182, p. 276.
[268] *Ibid.*, § 175, p. 272.
[269] Projet d'article 7 proposé par le rapporteur spécial, *ibid.*, § 185, p. 277. Auparavant, F.V. Garcia-Amador avait proposé la même solution tout en retenant une formulation différente selon laquelle « les actes et omissions des subdivisions politiques sont imputables à l'Etat, quels que soient l'organisation interne de ces

fédéraux ne pourrait tenir qu'à la responsabilité qu'ils sont susceptibles d'encourir du fait de la violation par une entité fédérée d'obligations internationales qui lui seraient propres. Mais le rapporteur spécial excluait cette hypothèse du champ de l'article 7 en considérant qu'en pareil cas, l'entité fédérée devrait être considérée comme un sujet de droit international de sorte que la responsabilité de l'Etat pour son comportement serait une responsabilité du fait d'autrui[270].

71. Bien que certains de ses membres aient estimé que cette disposition était redondante, les collectivités territoriales entrant selon eux dans la catégorie des organes de l'Etat au sens de l'article 5 adopté en première lecture[271], la Commission décida de la maintenir. En effet, remarquant que les collectivités territoriales sont le plus souvent dotées en droit interne d'une personnalité distincte de celle de l'Etat, d'autres membres craignaient que leur situation ne soit pas couverte par l'article 5 qui ne visait que les organes étatiques au sens du droit interne[272]. Le projet de R. Ago ne subit donc guère de modification, l'article 7 du texte adopté en première lecture indiquant qu'« est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet Etat »[273]. Seuls deux aménagements mineurs pouvaient ainsi être relevés après que le texte proposé par R. Ago fut passé entre les mains de la Commission. D'une part, l'énumération des types de démembrements territoriaux couverts par cette disposition avait disparu. Mais cette modification avait été guidée par le souci d'alléger le texte et par la crainte qu'une énumération soit perçue comme exhaustive, créant alors des échappatoires pour les Etats[274]. Le commentaire continuait en effet de viser l'ensemble des démembrements territoriaux, des communes aux Etats fédérés en passant par les régions[275]. D'autre part, la situation des démembrements territoriaux avait été dissociée de celle des démembrements fonctionnels. Alors que le rapporteur spécial avait proposé une disposition unique, la Commission la scinda en deux alinéas afin de tenir compte du fait qu'à la différence des autres institutions, les

---

subdivisions ou le degré d'autonomie législative, judiciaire ou administrative dont elles jouissent » (avant-projet d'article 14 proposé par le rapporteur spécial, « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1961, vol. 2, p. 50). Pour le rapporteur spécial d'alors, il s'agissait là « d'un principe que l'on ne discute pratiquement pas, à l'époque actuelle tout au moins » (*ibid.*, p. 54).

[270] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 182, p. 275-276 ; « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 1, sp. n. 7, p. 5 et § 24, p. 17. Sur ce point, v. *infra*, Section 2, § 1, B.

[271] En ce sens, v. en particulier les interventions d'A. Tammes et N. Ouchakov (*ACDI*, 1974, vol. 1, respectivement 1253^{e} séance, § 4, p. 13 et 1255^{e} séance, § 25, p. 20).

[272] V. l'intervention de R. Ago (*ACDI*, 1974, vol. 1, 1257^{e} séance, § 9, p. 28) et le commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 3, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 288-289.

[273] *Ibid.*

[274] V. les interventions d'A. Tabibi et A. Ramangasoavina et l'explication d'E. Hambro, président du comité de rédaction (*ACDI*, 1974, vol. 1, respectivement 1255^{e} séance, § 30, p. 21, 1256^{e} séance, § 10, p. 22 et 1278^{e} séance, § 8, p. 155) et le commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 20, *op. cit.*, p. 294.

[275] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 4-5 et 20, *op. cit.*, p. 289 et 294.

démembrements territoriaux agissent toujours dans l'exercice de prérogatives de puissance publique si bien que l'ensemble de leurs agissements doit être rapporté à l'Etat[276].

72. En première lecture, la C.D.I. estimait donc que, comme ceux des organes de l'Etat au sens du droit interne, l'ensemble des comportements des démembrements territoriaux devaient être attribués à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale. Pour autant, elle refusait d'assimiler totalement ces deux types d'entités, leurs consacrant deux dispositions distinctes afin de tenir compte de leurs statuts internes respectifs.

2. Seconde lecture

73. La Commission a supprimé la disposition consacrée aux démembrements territoriaux en seconde lecture. Toutefois, loin de vouloir atténuer la responsabilité de l'Etat pour les comportements des collectivités territoriales, elle a tout au contraire entendu la réaffirmer par « [une] approche globale et indifférenciée de l'appareil étatique »[277]. Cette approche est passée d'abord par une extension de la catégorie des organes étatiques, ensuite par une assimilation des organes des collectivités territoriales quelles qu'elles soient à des organes de l'Etat au sens du droit international.

74. Ayant abandonné la référence exclusive au droit interne pour identifier les organes de l'Etat[278], J. Crawford estima que les démembrements territoriaux devaient être inclus au sein de cette catégorie, quand bien même ils seraient dotés d'une personnalité distincte de celle de l'Etat au sens du droit interne. Il considérait même que « leur accorder le traitement d'entités séparées de l'appareil étatique proprement dit est une erreur [car] l'Etat dans son ensemble ne doit pas se résumer à son gouvernement central »[279]. Le rapporteur spécial proposa donc la suppression de l'article 7 § 1, la situation des démembrements territoriaux de l'Etat étant selon lui couverte par la disposition consacrée aux organes de l'Etat, qui s'applique à tout organe « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat »[280].

75. Certains membres de la Commission s'opposèrent à la suppression de la disposition consacrée aux collectivités territoriales, jugeant « essentiel de dire que ces entités, qui ne sont pas l'Etat au regard du droit interne, voire du droit international,

---

[276] Sur ce point, v. les interventions de R. D. Kearney (1256e séance, *ACDI*, 1974, vol. 1, § 31 et 34, p. 25) et R. Ago (1257e séance, *ibid*., § 28-30, p. 30-31).

[277] J. Crawford et M. Mauguin, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », *in* S.F.D.I., *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, *op. cit.*, p. 157-165, sp. p. 159.

[278] Voir *supra*.

[279] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 187, p. 41.

[280] Voir la proposition d'article 5 formulée par le rapporteur spécial et son explication, *ibid.*, p. 2.

peuvent engager la responsabilité de l'Etat »[281]. La Commission entérina toutefois la proposition du rapporteur spécial, en fusionnant les articles 5 et 7 § 1 adoptés en première lecture au sein d'un article 4, tout en tenant compte de ces remarques, en indiquant expressément dans le texte de cet article 4 qu'il vise le comportement de tout organe, « quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État »[282]. La notion d'organe de l'Etat au sens de l'article 4 inclut dès lors « les organes de toutes collectivités publiques territoriales à l'intérieur de l'Etat »[283], qu'il s'agisse d'une administration régionale ou locale[284], d'une entité fédérée ou d'une région autonome spécifique[285]. La Commission a donc estimé que, comme ceux des organes de l'Etat au sens du droit interne, l'ensemble des comportements des organes des démembrements territoriaux devait être rapporté à l'Etat au sens du droit international. Cela vaut quelle que soit la forme de l'Etat et quand bien le droit interne n'habiliterait pas le gouvernement central à leur imposer le respect des obligations internationales pesant sur lui[286].

76. L'attribution à l'Etat du comportement des organes de ses démembrements territoriaux aux fins de la responsabilité n'a donc jamais été contestée au cours des travaux de la Commission du droit international. Cette solution est tout aussi constante dans la pratique judiciaire.

B. La pratique judiciaire

77. Si la C.D.I. n'a guère hésité à l'heure de codifier une règle prévoyant l'imputation à l'Etat de l'ensemble des comportements des collectivités territoriales qui le composent, c'est parce qu'elle a pu s'appuyer sur une pratique déjà ancienne. Affirmée dès 1875 dans l'affaire du *Montijo*[287], l'attribution à l'Etat du comportement de ses démembrements territoriaux a été confirmée, en des termes dépourvus d'ambiguïté, en

[281] A. Pellet (2553e séance, § 31, *ACDI*, 1998, vol. 1, p. 248 et 2555e séance, § 7, *ibid.*, p. 258), v. aussi G. Häfner (2554e séance, § 31-32, *ibid.*, p. 252-253) et B. Simma (2554e séance, § 58-59, *ibid.*, p. 255).
[282] Article 4 du texte de codification définitif. J. Crawford s'était déclaré favorable à cette solution (2554e séance, § 50-51, p. 254).
[283] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 1, *op. cit.*, p. 41.
[284] *Ibid.*, § 8, p. 43.
[285] *Ibid.*, § 9.
[286] *Ibid*.
[287] Tribunal arbitral Etats-Unis/Colombie, sentence du 26 juillet 1875, *in* A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. III (1872-1875), Paris, Pedone, 1954, p. 651 s., sp. p. 674-675. V. aussi les nombreuses sentences citées par R. Ago dans son troisième rapport, *op. cit.*, sp. p. 272 s.

l'affaire *Pellat* lorsque la Commission des réclamations France/Mexique a affirmé que « le principe de la responsabilité internationale […] d'un État fédéral pour tous les actes des États particuliers qui donnent lieu à des réclamations d'États étrangers (…) ne saurait être nié, pas même dans les cas où la constitution fédérale dénierait au gouvernement central le droit de contrôle sur les États particuliers ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international »[288]. Cette solution est constamment reprise depuis lors, aussi bien par la Cour internationale de Justice (1), que par les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme (2) ou du droit économique (3).

1. La pratique de la Cour internationale de Justice

78. N'ayant pour l'heure pas eu à mettre en œuvre de clause fédérale, la Cour internationale de Justice n'a jamais éprouvé la moindre difficulté s'agissant d'attribuer le comportement de collectivités publiques territoriales à l'Etat. Cela vaut pour les communes[289], mais aussi pour les Etats fédérés[290]. La Cour a en effet rapporté à l'Etat le comportement de telles entités sans même éprouver le besoin de s'en justifier ou en se contentant de rappeler que « la responsabilité internationale d'un Etat est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat, quels qu'ils soient »[291].

79. La position de la Cour a toutefois pu paraître ambigüe dans une série d'affaires concernant l'application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires par les Etats-Unis. Des individus condamnés à mort étant sur le point d'être exécutés par les autorités fédérées de cet Etat alors que les droits que la Convention leur reconnaît n'avaient pas été respectés, la Cour fut saisie de demandes en indication de mesures conservatoires. Elle affirma alors que « les Etats-Unis doivent prendre [*should take*] toutes les mesures dont ils disposent »[292] pour que les condamnés ne soient pas exécutés, précisant même

[288] Commission des réclamations France/Mexique, sentence du 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 536. V. aussi, s'agissant non plus d'un Etat fédéré mais d'une région, Commission de conciliation France/Italie, *Héritiers de S.A.R. Monseigneur le Duc de Guise*, sentence du 15 septembre 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 150 s., sp. p. 161 : « Il importe peu pour décider dans la présente affaire que le décret du 29 août 1947 émane non pas de l'État italien mais de la Région sicilienne. L'Etat italien est responsable, en effet, de l'exécution du Traité de paix même pour la Sicile, nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes, par le droit public de la République italienne ».

[289] *Elettronica Sicula (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989 (fond) : attribution à l'Italie de la réquisition de l'entreprise ELSI par une ordonnance du maire de Palerme.

[290] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires), § 28.

[291] *Ibid*.

[292] *Breard (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique*), ordonnance du 9 avril 1998 (mesures conservatoires), § 41 ; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires), dispositif.

dans l'affaire *LaGrand* que « le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique doit transmettre la présente ordonnance au gouverneur de l'Etat d'Arizona »[293]. Certains de ces condamnés furent toutefois exécutés, ce qui conduisit la Cour à examiner le respect de son ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'affaire *LaGrand*[294]. Après avoir affirmé le caractère obligatoire de cette ordonnance, susceptible dès lors d'être assimilée à une obligation dont la violation engage la responsabilité internationale de l'Etat[295], elle estima que les Etats-Unis avaient certes respecté leur obligation de transmission de l'ordonnance au gouverneur de l'Etat d'Arizona mais qu'ils avaient violé leur obligation de prendre toutes les mesures dont ils disposent pour éviter l'exécution. Pour s'en convaincre, la Cour, tout en admettant que l'ordonnance ne créait pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens au sens civiliste[296], estima que le gouvernement fédéral aurait pu accompagner sa transmission au gouverneur de l'Arizona d'un commentaire et que le gouverneur de l'Arizona ou la Cour suprême auraient pu surseoir à l'exécution, malgré les obstacles juridictionnels résultant du caractère tardif de la procédure. La Cour en conclut que « les diverses autorités compétentes des Etats-Unis n'ont pas pris toutes les mesures qu'elles auraient pu prendre pour donner effet à l'ordonnance » même si « celle-ci n'exigeait pas des Etats-Unis qu'ils exercent des pouvoirs qu'ils n'avaient pas »[297].

80. Deux interprétations contradictoires de cette jurisprudence ont été proposées. Selon la première, la Cour aurait formulé son ordonnance en indication de mesures conservatoires sur le modèle des clauses fédérales en s'adressant au gouvernement fédéral qui ne dispose que de moyens limités pour empêcher une exécution relevant de la compétence des autorités fédérées. En formulant l'obligation pesant sur les Etats-Unis en termes de moyens et non de résultat, en n'exigeant pas « qu'ils exercent des pouvoirs qu'ils n'avaient pas »[298], alors même que le résultat à atteindre – le sursis à exécution – dépendait intégralement d'entités dont le comportement est imputable à l'Etat, la Cour aurait limité l'obligation pesant sur lui pour tenir compte de sa structure fédérale[299]. Il semble pourtant

---

[293] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires), dispositif.

[294] Dans l'affaire *Breard*, le désistement du Paraguay l'en empêcha, tandis que dans l'affaire *Avena*, aucun des condamnés n'avait été exécuté au moment du prononcé de l'arrêt au fond.

[295] Sur ce point, v. J. Matringe, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* du 27 juin 2001, *AFDI*, 2002, p. 215-256, sp. p. 246.

[296] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis*), arrêt du 27 juin 2001, § 111.

[297] *Ibid.*, § 115.

[298] *Ibid.*

[299] Si, dans l'affaire *Breard*, les Etats-Unis ont essentiellement considéré que l'ordonnance de la Cour était dépourvue de caractère obligatoire, leur réaction montre également que, pour eux, elle ne s'adressait quoi qu'il en soit qu'au gouvernement fédéral, à charge pour lui de prendre les mesures permettant d'en assurer la mise en œuvre. Sur ce point, v. C. Schulte, « Jurisprudence of the International Court of Justice – Current survey : Order issued in the case concerning the Vienna Convention on consular relations *(Paraguay v. United States of America)* », *EJIL*, 1998, vol. 1, n° 4, p. 761-762. Dans l'affaire *LaGrand*, les Etats-Unis ont de manière analogue cru pouvoir invoquer leur structure fédérale comme limitant les mesures qu'ils

que cette interprétation ne corresponde pas à l'intention de la Cour. Celle-ci paraît au contraire avoir entendu préciser les moyens pour les Etats-Unis de mettre en œuvre dans leur ordre interne l'obligation internationale de ne pas exécuter M. LaGrand. Plusieurs éléments pèsent en ce sens. Premièrement, avant de formuler l'obligation mise à la charge des Etats-Unis, la Cour a tenu à rappeler que « la responsabilité internationale d'un Etat est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat, quels qu'ils soient », de sorte que « que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des Etats-Unis »[300]. Deuxièmement, la Cour a continué à s'adresser formellement aux Etats-Unis d'Amérique et non seulement au gouvernement fédéral[301]. Troisièmement, examinant le respect de son ordonnance, la Cour a tenu compte du comportement de différentes autorités des Etats-Unis, y compris le Gouverneur de l'Etat d'Arizona, recherchant à chaque fois si elles avaient pris toutes les mesures en leur pouvoir pour lui donner effet[302]. L'obligation de prendre toutes les mesures à disposition ne pèse donc pas que sur le gouvernement fédéral mais sur chacune des entités dont le comportement est imputable à l'Etat, y compris les entités fédérées[303]. La formulation en termes d'obligation de moyens vise simplement à tenir compte des difficultés liées au caractère tardif de la procédure. Elle ne saurait être utilisée pour permettre aux Etats-Unis d'échapper à leur responsabilité en arguant que le gouvernement fédéral n'a pu contraindre les autorités fédérées à surseoir à l'exécution. La Cour a d'ailleurs abandonné la formule selon laquelle les Etats-Unis doivent prendre « toutes mesures dont ils disposent » pour éviter l'exécution au profit de celle selon laquelle ils doivent prendre « toute mesure »[304] ou « toutes les mesures nécessaires »[305] à cette fin dans

---

pouvaient prendre pour donner effet à l'ordonnance de la Cour dans leur ordre interne (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, § 95). En ce sens également, v. J. A. Frowein, pour qui « *this part of the judgment is difficult to read without implying that the United States is limited to the federal government, and the federal government has limited powers* » (« Provisional measures by the International Court of Justice - the *LaGrand* case », *ZaöRV*, 2002, vol. 67, p. 55-60, sp. p. 59).

[300] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires), § 28.

[301] Selon R. Higgins, c'est parce que la Cour savait pertinemment que la compétence interne pour mettre en œuvre son ordonnance était dispersée entre plusieurs organes qu'elle a fait peser l'obligation sur les Etats-Unis en tant qu'unité (« The concept of 'the State' : variable geometry and dualist perceptions », *in* L. Boisson de Chazournes et V. Gowland-Debbas (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, 2001, p. 547-562, sp. p. 555).

[302] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, § 112-115.

[303] La déclaration émise par le président Schwebel lors de l'affaire *Breard* va également en ce sens puisqu'il affirme que les éléments rendant nécessaire le prononcé de la sentence « *outweigh the serious difficulties which this Order imposes on the authorities of the United States* and *Virginia* » (*Breard (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique*), ordonnance du 9 avril 1998 (mesures conservatoires), déclaration du Président Schwebel, *Rec.*, p. 259).

[304] *Avena et autres (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 5 février 2003 (mesures conservatoires), § 59. Il est remarquable que cette formulation ait été retenue à la demande expresse du Mexique (v. audience du 21 janvier 2003, CR/2003/1, sp. § 119-140) et malgré l'opposition des Etats-Unis (CR/2003/2, § 3.43-3.44). Les deux Etats estimaient en effet que cette formule allait plus loin que celle

l'affaire *Avena*, de sorte que le seul constat de l'exécution suffit à mettre en évidence la violation de son obligation par les Etats-Unis[306].

81. Dès lors, si la Cour a un temps paru « percer le voile » de l'Etat en tenant quelque compte de sa structure interne, ce n'était pas tant afin de limiter ses obligations que dans le but d'améliorer la mise en œuvre interne des ordonnances qu'elle rend[307]. Confrontée au risque d'interprétation restrictive de ses décisions, elle est revenue à une formulation plus traditionnelle en ne distinguant pas selon que leur mise en œuvre incombe à l'Etat fédéral ou aux Etats fédérés. Elle s'est alors rapprochée des solutions retenues par les autres juridictions étudiées.

2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

82. Comme la Cour internationale de Justice, le Comité (a) et la Cour européenne (b) des droits de l'homme ont systématiquement considéré que les comportements des démembrements territoriaux devaient être imputés à l'Etat. Les organes interaméricains font de même dans les cas où ils sont chargés d'interpréter des textes ne contenant pas de disposition spécifiquement consacrée aux démembrements territoriaux (c).

a. La pratique du Comité des droits de l'homme

83. Le Comité des droits de l'homme est régulièrement confronté aux comportements de démembrements territoriaux. S'appuyant sur une disposition spécifique pour rapporter à l'Etat les comportements des entités fédérées, il assimile également à des organes de l'Etat les communes ou les administrations de territoires autonomes.

---

retenue par la Cour dans les affaires *Breard* et *LaGrand* en imposant aux Etats-Unis non seulement une obligation de moyens mais une obligation de résultat, alors que le résultat à atteindre (le sursis à exécution) dépendait de la volonté des autorités fédérées.

[305] *Requête en interprétation du jugement du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres*, ordonnance du 16 juillet 2008 (mesures conservatoires), § 80.

[306] *Ibid.*, § 52-53.

[307] En ce sens, R. Higgins, « The concept of 'the State' : variable geometry and dualist perceptions », *op. cit.*, p. 557 ; J. Crawford et M. Mauguin, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », *op. cit.*, p. 159 ; W. Ferdinandusse, « Out of the black-box ? The international obligation of State organs », *Brooklyn journal of international law*, 2003, vol. 29, p. 45-127, sp. p. 71. Sur ce point, v. aussi *infra*, Section 2, § 2, B.

84. Après que la proposition de certains Etats fédéraux d'y insérer une clause fédérale eut été rejetée[308], les négociateurs ont inclus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques un article 50 aux termes duquel « les dispositions du présent Pacte s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des Etats fédératifs »[309]. Cette clause, qui peut être considérée comme la négation même d'une clause fédérale[310] ou comme une clause anti-fédérale[311], a permis au Comité d'affirmer que les comportements des Etats fédérés et provinces d'un Etat fédéral engageaient la responsabilité de l'Etat au sens du droit international[312]. Cela vaut d'ailleurs quand bien même le gouvernement fédéral n'aurait pas soutenu[313], voire se serait explicitement opposé[314], au comportement de l'entité fédérée.

85. Le Comité a en outre étendu la solution résultant de l'application de l'article 50 du Pacte à d'autres collectivités publiques territoriales. Il a ainsi considéré qu'il était compétent pour connaître d'une réclamation dirigée contre le Portugal pour le comportement de Macao avant sa rétrocession à la Chine car, bien qu'il ne s'agisse pas d'une unité constitutive d'un Etat fédératif, ce territoire se trouvait sous la juridiction du Portugal[315]. Il n'a pas éprouvé davantage de difficultés pour rapporter aux Etats parties le

---

[308] Sur ce point, v. M. Sorensen, « Federal States and the international protection of human rights », *AJIL*, 1952, p. 195-218 ; R. B. Looper, « 'Federal State' clause in multilateral instruments », *BYBIL*, 1955, p. 162-203, sp. p. 196 s.

[309] V. aussi article 10 du premier protocole additionnel.

[310] En ce sens, N. Haupais, *Le droit international et l'organisation interne de l'Etat*, thèse, Paris 2, 2003, p. 327.

[311] S. Karagiannis, « Article 29 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1220.

[312] *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, com. n° 359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993, A/48/40, p. 106-127 ; *Toonen c. Australie*, com. n° 488/1992, 31 mars 1994, A/49/40, vol. II, p. 252-264 ; *Waldman c. Canada*, com. n° 694/1996, 3 novembre 1999, A/55/40, vol. II, p. 91-108 ; *G. Pohl et consort c. Autriche*, com. n° 1160/2003, 9 juillet 2004, A/59/40, vol. II, p. 407-418, sp. § 9.2, p. 416 ; *Jazairi c. Canada*, com. n° 958/2000, 26 octobre 2004, A/60/40, p. 316-327, sp. § 7.3, p. 323 ; *Coleman c. Australie*, com. n° 1157/2003, 17 juillet 2006.

[313] *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, com. n° 359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993, A/48/40, p. 106-127, sp. § 8.5, p. 114 : après que la Cour suprême du Canada eut prononcé l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la Charte québécoise de la langue française, le gouvernement québécois l'amenda en reprenant et renforçant l'essentiel des dispositions imposant l'usage du français dans l'affichage commercial. Sans attendre une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité, les requérants adressèrent une communication au Comité qui la jugea recevable en considérant que le recours interne envisageable n'était ni disponible ni utile. De manière remarquable, le gouvernement fédéral exposa au Comité les arguments du Canada concernant la recevabilité mais il se contenta de lui transmettre l'argumentaire du gouvernement québécois quant au fond.

[314] *Toonen c. Australie*, com. n° 488/1992, 31 mars 1994, A/49/40, vol. II, p. 252-264, § 6.5, 6.7, 6.8, p. 246-247 : bien que ces dispositions ne soient plus appliquées, le gouvernement fédéral australien ne parvint pas à faire abroger des articles du code pénal de Tasmanie aux termes desquels les relations sexuelles entre hommes homosexuels adultes consentants étaient qualifiées de délits. Tout en considérant que ces dispositions violaient le Pacte, le gouvernement fédéral transmit néanmoins au Comité les observations du gouvernement tasmanien. Le Comité dut alors distinguer de manière presque systématique la position du gouvernement fédéral de celle des autorités de Tasmanie, le premier combattant pour l'essentiel les secondes.

[315] *Wan Kuok Koi c. Portugal*, com. n° 925/2000, 22 octobre 2001, A/57/40, vol. II, p. 320-329 : recevabilité *ratione loci* et *personae* de la réclamation introduite par un habitant de Macao contre le Portugal, alors même

comportement de communes. Bien qu'aucune disposition spécifique du Pacte ne les vise expressément, le Comité a en effet estimé que la responsabilité des Etats parties était engagée par les décisions de leurs municipalités, tantôt en rappelant qu'« aucun Etat partie n'est dégagé de ses obligations en vertu du Pacte lorsqu'il délègue certaines de ses fonctions à des organes autonomes ou à des municipalités »[316], tantôt en s'appuyant également sur des comportements connexes des autorités provinciales ou centrales et en faisant référence à l'article 50[317]. Ces justifications pourraient certes signifier que l'imputation du comportement des autorités municipales à l'Etat dépend du type de fonctions exercées ou de la tolérance des autorités centrales vis-à-vis de leurs activités. Toutefois, le Comité, se prononçant cette fois au stade de la recevabilité, a considéré de manière générale que « tant les règles ordinaires relatives à la responsabilité de l'État que l'article 50 du Pacte disposent que les actes et omissions des organes politiques constitutifs et de leurs agents sont imputables à l'État. C'est donc à bon droit que les actes dénoncés sont imputés *ratione personae* à l'Etat partie »[318].

86. Le Comité affirme donc clairement que tous les comportements des collectivités publiques territoriales sont imputables à l'Etat, que ce soit sur le fondement de l'article 50 du Pacte ou en application du droit international général de la responsabilité.

---

que cet Etat, qui avait étendu l'application du Pacte à Macao par une déclaration, n'avait pas fait de même s'agissant du Premier protocole additionnel.

[316] *Lindgren et al. c. Suède*, com. n° 298/1988 et 299/1988, 9 novembre 1990, A/46/40, p. 264-272, sp. § 10, p. 272 : la commune de Norrköping ayant refusé d'octroyer une subvention pour l'achat de manuels scolaires à des enfants fréquentant une école privée, le Comité estima que ce comportement était imputable à la Suède mais qu'il n'était pas discriminatoire.

[317] *G. Pohl et consort c. Autriche*, com. n° 1160/2003, 9 juillet 2004, A/59/40, vol. II, p. 407-418, sp. § 9.2, p. 416 : les auteurs de la communication s'étant vu imposer par la municipalité de Salzbourg, agissant en application d'une loi de la province de Salzbourg, une contribution financière pour la construction d'égout, le Comité estima que « conformément à l'article 50 du Pacte, la délégation des compétences pour la construction et la gestion des installations d'évacuation des eaux usées aux provinces et municipalités autrichiennes ne dispense pas l'Etat de ses obligations au titre du Pacte. Par conséquent, la responsabilité de l'Etat partie peut être engagée en vertu des décisions contestées de la municipalité de Salzbourg, qui sont basées sur la législation provinciale et qui ont en plus été confirmées par les tribunaux autrichiens ».

[318] *Coleman c. Australie*, com. n° 1157/2003, 17 juillet 2006, sp. § 6.2 : la communication visait un membre de la police du Queensland, le conseil municipal de Townsville et l'État du Queensland. Le Comité a déduit du passage cité qu'elle était en réalité dirigée contre l'Australie et, donc, recevable *ratione personae*.

b. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme

87. Comme le Comité, la Cour européenne des droits de l'homme rapporte à l'Etat l'ensemble des comportements des collectivités publiques territoriales.

88. Bien qu'elle ait eu peu souvent l'occasion de l'affirmer expressément, la Cour considère d'abord l'Etat responsable du comportement des communes qui le composent. Raisonnant par analogie avec sa jurisprudence relative à l'article 34 de la Convention[319], elle qualifie lesdites autorités locales d'« organismes de droit public qui exercent des fonctions officielles », de sorte que leurs comportements doivent être rapportés à l'Etat sur une base statutaire[320]. La pratique est constante et vaut quel que soit le type de collectivité locale en cause, et notamment quel que soit le degré d'autonomie dont elle dispose par rapport au gouvernement central[321]. Le plus souvent, la Cour ne juge pas même nécessaire de justifier cette solution, que les Etats ne contestent d'ailleurs pas[322]. Il arrive toutefois qu'elle doive exprimer sa position de manière plus argumentée. Il en fut ainsi dans l'affaire

[319] En prévoyant que « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles », cette disposition conduit la Cour à examiner la nature gouvernementale ou non d'une entité afin d'apprécier la recevabilité *ratione personae* d'une requête déposée par elle. Considérant comme gouvernementales au sens de cet article 34 des collectivités territoriales, et déclarant dès lors leurs requêtes irrecevables, v. Com. EDH, *Commune de Rothenthurm c. Suisse*, req. n° 13252/87, recevabilité, 14 décembre 1988 ; *Ayuntamiento de Mula c. Espagne*, req. n° 55346/00, recevabilité, 1er février 2001 ; *Dösemealti Belediyesi c. Turquie*, req. n° 50108/06, recevabilité, 23 mars 2010.

[320] Pour des exemples récents, *ERI c. Portugal*, req. n° 51411/99 et 51417/99, recevabilité, 13 juin 2002 : s'agissant des actes d'une administration communale, « la Cour rappelle (…) que les gouvernements répondent au regard de la Convention des actes de ses (*sic.*) autorités, comme de tout autre organe étatique. Dans toutes les affaires devant la Cour, c'est la responsabilité internationale de l'Etat qui se trouve en jeu. Tant l'administration communale d'Afife que la ville de Viana do Castelo sont sans conteste, en tant que collectivités locales, des organismes de droit public qui exercent des fonctions officielles ; leurs actes peuvent donc à ce titre engager la responsabilité internationale de l'Etat au regard de la Convention » ; *Gerasimova c. Russie*, req. n° 24669/02, arrêt du 13 octobre 2005, O.I. Kövler ; *Omelchak c. Ukraine*, req. n° 5616/04, arrêt du 15 mai 2008, § 14-16 : rejets des exceptions préliminaires des défendeurs selon lesquels « l'Etat ne saurait être tenu responsable pour les engagements contractés par une collectivité locale, celle-ci disposant d'une autonomie structurelle et fonctionnelle du pouvoir exécutif », aux motifs que les collectivités locales « sont des organisations gouvernementales dans la mesure où elles sont des organismes de droit public qui exercent des fonctions officielles qui leur sont attribuées par la Constitution et par les lois ».

[321] V. *mutadis mutandis*, *Gouvernement de la Communauté autonome du Pays-Basque c. Espagne*, req. n° 29134/03, recevabilité, 3 février 2004 : irrecevabilité *ratione personae* de la requête introduite par le gouvernement basque au nom de la Communauté autonome du Pays-Basque au motif qu'il s'agit « d'autorités publiques exerçant des compétences et des fonctions officielles qui leur sont dévolues par la Constitution et par la loi, quel que soit le degré de leur autonomie ».

[322] Pour des cas où la responsabilité de la Belgique a été envisagée pour les comportements d'une Province ou d'une Région, v. *Dewinne c. Belgique*, req. n° 56024/00, recevabilité, 11 mars 2005 ; *Hamer c. Belgique*, req. n° 21861/03, arrêt du 27 novembre 2007.

Assanidze, où le requérant cherchait à engager la responsabilité de la Géorgie pour le comportement des autorités de la République d'Adjarie qui l'avaient maintenu en détention bien qu'il ait obtenu la grâce présidentielle pour une première condamnation et bien qu'il ait été acquitté par la Cour suprême de Géorgie après une seconde condamnation. La Cour raisonna en deux temps. Elle centra tout d'abord son analyse sur la question de l'exercice par la Géorgie de sa juridiction sur l'Adjarie. Considérant que l'Adjarie faisait partie du territoire de la Géorgie, la Cour présuma que celle-ci exerçait sa juridiction sur celle-là[323]. Cette présomption pouvait certes être renversée, mais la Cour estima qu'en l'espèce tel n'était pas le cas, d'abord parce que la Géorgie avait ratifié la Convention avec effet pour l'ensemble de son territoire[324], ensuite parce que l'Adjarie ne pouvait être considérée ni comme sécessionniste, ni comme sous le contrôle global d'un Etat tiers[325], enfin car il était impossible d'invoquer une quelconque clause fédérale, que la Convention ne contient pas, même de manière tacite, et qui, en tout état de cause, d'une part ne s'appliquerait pas à la Géorgie qui n'est pas un Etat fédéral et, d'autre part, n'affranchirait pas totalement un gouvernement fédéral de sa responsabilité pour le comportement de ses entités fédérées[326]. Ayant ainsi confirmé que la Géorgie exerçait sa juridiction sur le territoire de l'Adjarie[327], la Cour poursuivit en recherchant si les comportements des autorités adjares étaient imputables à l'Etat géorgien. Tout en admettant que les autorités centrales avaient tout fait pour les empêcher, de sorte que la situation n'était imputable dans l'ordre interne qu'aux autorités adjares, la Cour rappela qu'« au regard de la Convention seule se trouve en cause la responsabilité internationale de l'Etat, quelle que soit l'autorité nationale à qui est imputable le manquement à la Convention dans le système interne »[328]. Le maintien en détention du requérant par les autorités adjares constituait donc une violation par l'Etat géorgien des articles 5 § 1 (détention arbitraire) et 6 § 1 (non exécution d'une décision judiciaire).

[323] *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, § 139.
[324] Elle n'aurait d'ailleurs pas pu faire autrement puisque les réserves territoriales sont prohibées (*ibid.*, § 140). Sur ce point, v. *infra*, Section 2, § 1, A.
[325] *Ibid.*, ce qui distinguait cette situation de celles de la Transnistrie dans l'affaire *Ilaşcu* ou de la R.T.C.N. dans l'affaire *Loizdou*. Sur ce point, v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1.
[326] *Ibid.*, § 141. Sur ce point, v. *infra*, Section 2, § 1, A.
[327] *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, § 142.
[328] *Ibid.*, § 145-146.

c. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme

89. Si elle est essentiellement chargée du contrôle du respect de la Convention américaine des droits de l'homme, qui contient une clause fédérale[329], la Cour interaméricaine peut également se prononcer sur l'interprétation d'autres instruments ayant un impact sur les droits de l'homme qui ne contiennent pas de telle clause. C'est ainsi qu'elle fut saisie par le Mexique d'une demande d'avis consultatif portant notamment sur les obligations des Etats fédéraux en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Elle considéra alors, sans éprouver la moindre difficulté, qu'en l'absence de clause fédérale incluse dans ce texte, elle devait l'interpréter au regard de la Convention de Vienne sur le droit des traités dont l'article 29 prévoit qu'« à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire »[330]. N'ayant pu établir une telle intention, la Cour en déduisit que la Convention de Vienne sur les relations consulaires s'appliquait de la même manière à tous les Etats américains, qu'ils soient dotés d'une structure unitaire ou fédérale[331].

3. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

90. A l'instar des organes de contrôle en matière de droits de l'homme, ceux intervenant dans le domaine économique attribuent aux Etats les comportements de leurs collectivités territoriales en l'absence de disposition spécifique les concernant. Si l'O.R.D. doit mettre en œuvre des dispositions spécifiques[332], le Tribunal irano-américain des réclamations (a) ainsi que les tribunaux qui interviennent dans le domaine des investissements – pour une partie du contentieux dont ils ont à connaître – (b) mettent en œuvre le droit international général de manière classique sur ce point.

[329] Voir *infra*, Section 2, § 1, A.
[330] Sur cette disposition, v. *infra*, Section 2, § 1, A.
[331] *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du droit au procès équitable*, avis consultatif du 1er octobre 1999, OC-16/99, § 138-140.
[332] Voir *infra*, Section 2, § 1.

a. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations

91. La pratique du Tribunal concernant les collectivités publiques territoriales est relativement restreinte. Il les a systématiquement qualifiées de « *political subdivision* » entrant dès lors dans la définition de l'Etat au sens de la Déclaration sur le règlement du contentieux qu'il est chargé de mettre en œuvre[333]. Il en a non seulement déduit que les réclamations visant de telles entités étaient recevables, mais encore que les réclamations qu'elles peuvent former contre un Etat sont interétatiques[334] et, surtout, que leurs comportements sont attribuables à l'Etat aux fins de la responsabilité[335].

b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements

92. Les tribunaux arbitraux transnationaux qui interviennent dans le domaine des investissements sont régulièrement confrontés aux comportements de collectivités publiques territoriales. Ils le sont toutefois dans des contextes et à des fins variées, de sorte qu'ils alternent visions interne et internationale de leur situation.

93. Ils adoptent une vision interne de la situation de l'Etat et des collectivités territoriales s'agissant d'apprécier l'engagement juridictionnel. Les tribunaux CIRDI sont ainsi compétents pour connaître des différends entre un Etat partie à la Convention de Washington et un national d'un autre Etat partie. Mais cette compétence générale doit se

[333] L'article VII de cette Déclaration définit l'Iran et les Etats-Unis comme « *the Government (…), any political subdivision (…), and any agency, instrumentality, or entity controlled by the Government (…) or any political subdivision thereof* ».

[334] Ainsi des réclamations présentées par l'*Iowa State university* ou la *State university of New York* (*Iowa State University of Science and Technology v. Ministry of Culture and Higher Education and Islamic Republic of Iran*, 16 décembre 1986, *IUSCTR*, vol. 13, p. 271 s., sp. p. 272 ; *State university of New York College of Environmental Science and Forestry v. Ministry of Culture and Higher Education*, 16 décembre 1986, *IUSCTR*, vol. 13, p. 277 s.

[335] Après avoir constaté au stade de la recevabilité que l'Etat d'Arizona était une « *'political subdivision' of the United States and therefore is included in the term 'United States' as defined in Article VII, § 4, of the CSD* », le Tribunal n'a pas jugé utile de revenir sur la question de l'attribution de son comportement au stade du fond (*Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America*, 29 décembre 1989, *IUSCTR*, vol. , p. 378 s., sp. § 18, p. 384 (pour la recevabilité) et § 28-29, p. 388-389 (pour le fond)). Le Tribunal a alors inversé le raisonnement : la réclamation étant dirigée contre les Etats-Unis et non l'Etat d'Arizona, la question de la situation de cet Etat fédéré ne se posait pas au stade de la recevabilité mais éventuellement au stade du fond (en ce sens D. D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *in* R. B. Lillich and D. Magraw (dir.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of state responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998, p. 109-181, sp. n. 62, p. 131).

doubler d'une offre d'arbitrage pour former l'engagement juridictionnel. L'offre d'arbitrage peut alors résulter soit d'une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit d'un traité ou d'une loi nationale[336]. Dans les deux cas, les tribunaux arbitraux retiennent une vision interne de l'Etat et de ses collectivités territoriales. D'abord en estimant que les clauses compromissoires souscrites par les collectivités territoriales n'engagent pas l'Etat, à moins qu'elles les aient conclues, dans un cas particulier, pour son compte[337]. Ensuite et réciproquement en considérant que l'offre d'arbitrage contenue dans les traités relatifs aux investissements ne s'étend pas aux engagements contractuels souscrits par les collectivités territoriales, quand bien même le traité en cause contiendrait une clause large de compétence ou une clause de respect des engagements. De telles clauses permettent certes de soumettre au Tribunal non seulement les différends résultant de l'application des obligations contenues dans le traité, mais encore ceux résultant de l'application d'autres engagements souscrits par l'Etat en relation avec l'investissement, que ce soit en élargissant la compétence du tribunal à des réclamations contractuelles ou en internationalisant les obligations contractuelles. Elles ne couvrent toutefois pas les engagements souscrits par les collectivités territoriales dans la mesure où elles disposent, dans l'ordre interne, d'une personnalité distincte de celle de l'Etat[338].

94. Cette vision interne des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales au stade de l'appréciation de l'engagement juridictionnel n'empêche toutefois pas les tribunaux arbitraux d'en retenir une vision internationale dans d'autres cas. D'abord pour apprécier la recevabilité d'une demande d'arbitrage formée contre l'Etat et qui met en cause les comportements d'une collectivité territoriale. Ensuite pour déterminer le caractère étatique desdits comportements aux fins d'examiner leur compatibilité avec les obligations internationales qui pèsent sur l'Etat. Dans ces deux hypothèses, les tribunaux arbitraux transnationaux mettent en œuvre, à défaut de règle spéciale incluse dans le texte qu'ils doivent appliquer[339], le droit international général qui les conduit à attribuer à l'Etat

[336] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 113 s.

[337] *Cable Television of Nevis, Ltd. Et al. c. Saint-Kitts-et-Nevis*, ARB/95/2, sentence du 13 janvier 1997, sp. § 2.01 à 2.33 : irrecevabilité de la demande d'arbitrage formée sur la base d'une clause compromissoire incluse dans un contrat conclu entre la société *Cable Television* et la *Nevis Island Administration*, cette dernière disposant d'une personnalité distincte de celle de la Fédération de Saint-Kitts-et-Nevis dans l'ordre interne, n'ayant pas souscrit ce contrat pour le compte de la Fédération, ne disposant pas de la qualité d'Etat dans l'ordre international et n'ayant pas été désignée à la compétence du Centre par la Fédération. Sur ce point, v. Y. Nouvel, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *in* Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, p. 25-51, sp. p. 43 s.

[338] *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, sp. § 8.9 à 8.14 : irrecevabilité de la demande d'arbitrage formée contre l'Ukraine en tant qu'elle est fondée sur la violation de ses obligations contractuelles par la ville de Kiev.

[339] V. *infra*, Section 2.

l'ensemble des comportements des collectivités territoriales qui le composent, quand bien même ils auraient été adoptés dans un cadre contractuel[340].

§ 2. Le fondement de la responsabilité de l'Etat pour le comportement des démembrements territoriaux

95. Plusieurs constructions ont été envisagées pour expliquer la responsabilité de l'Etat pour le comportement des collectivités publiques territoriales. Si elle est parfois présentée comme une responsabilité indirecte ou du fait d'autrui (A), la situation des Etats fédéraux révèle le véritable fondement de cette responsabilité : l'unité de l'Etat au sens du droit international (B).

A. La thèse de la responsabilité indirecte

96. Pour expliquer la responsabilité de l'Etat pour le comportement des collectivités publiques territoriales, et en particulier pour le comportement des Etats fédérés, certains ont avancé l'idée d'une responsabilité indirecte ou du fait d'autrui[341]. Cette construction revient à considérer que l'Etat, assimilé à l'Etat au sens du droit interne voire au gouvernement central, est responsable du comportement des collectivités publiques territoriales soit parce qu'elles lui sont subordonnées, soit au contraire parce qu'il a opté pour un mode d'organisation lui empêchant de s'imposer à elles et dont il doit, dès lors, supporter les conséquences[342].

---

[340] *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. République d'Argentine*, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, § 49 ; décision du comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, § 96 : bien qu'ils doivent être attribués à l'Argentine en application du droit international coutumier, les comportements de la province du Tucuman, s'ils peuvent constituer une violation du contrat qui l'unit au requérant, ne constituent pas, en eux-mêmes, des violations du TBI France-Argentine qui ne contient pas de clause de respect des engagements ; *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, sp. § 10 : recevabilité de la demande d'arbitrage formée contre l'Ukraine en tant qu'elle est fondée sur la violation du droit international (article 3 du BIT) résultant du comportement adopté par la ville de Kiev dans le cadre contractuel, cette ville devant être considérée comme un organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité.

[341] En ce sens, D. Anzillotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 et 285-309, sp. p. 300.

[342] Dans la doctrine contemporaine, J. Combacau reste proche de cette conception puisqu'il considère que lorsque l'Etat est responsable du comportement d'une collectivité publique territoriale c'est en raison de sa passivité, car « il ne tenait qu'à lui de ne pas déléguer ses propres compétences » (*in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8e édition, 2008, p. 540-541).

97. Si la pratique judiciaire ne cherche le plus souvent pas à expliquer la responsabilité de l'Etat pour le comportement des collectivités territoriales, se contentant de se référer à un principe ou à une règle de droit international pour la fonder[343], certaines décisions s'appuient sur des justifications de cet ordre. C'est ainsi que la C.E.D.H. a cru devoir expliquer l'attribution à la Géorgie du comportement des autorités adjares en soulignant que les autorités supérieures d'un Etat ont le devoir et, *in fine*, le pouvoir d'imposer à leurs subordonnés le respect de la Convention. Seule leur défaillance pourrait dès lors conduire à une violation prolongée de la Convention[344]. Telle serait la raison pour laquelle ces autorités supérieures « assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés »[345]. En sens inverse, le surarbitre Bunch retenait, dans l'affaire du *Montijo*, un argument fréquemment avancé pour justifier ce que l'on présente parfois comme une responsabilité de l'Etat fédéral pour le comportement des entités fédérées en expliquant que s'« il peut paraître injuste, à première vue, de rendre responsable moralement et pécuniairement le pouvoir fédéral, et par lui le contribuable du pays, pour des faits sur lesquels ils n'exercent aucun contrôle et qu'ils désapprouvent ou désavouent probablement (…), l'injustice disparaît lorsque cet inconvénient est reconnu inséparable du système fédéral. Si une nation adopte délibérément cette forme d'administration de ses affaires publiques, elle le fait en pleine connaissance des conséquences qui en découlent. Elle pèse les avantages et les inconvénients, et ne peut se plaindre si ces derniers se font de temps à autre sentir »[346].

98. Le fait que la représentation de l'Etat sur la scène internationale soit assurée par les organes du gouvernement central, aussi bien lors de la conclusion des traités qu'au stade contentieux, contribue à l'impression selon laquelle l'Etat se réduirait à lui et serait donc tenu responsable du fait d'autrui lorsque les collectivités territoriales violent les obligations internationales qu'il a souscrites. De tels fondements doivent toutefois être écartés.

[343] En ce sens, v. en particulier la position exprimée par la C.I.J. en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires), § 28.
[344] *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, § 146-147.
[345] *Ibid.*, § 149.
[346] Tribunal arbitral Etats-Unis/Colombie, sentence du 26 juillet 1875, *in* A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. III (1872-1875), Paris, Pedone, 1954, p. 651 s., sp. p. 674-675.

B. La thèse de l'unité de l'Etat

99. La thèse de la responsabilité indirecte a été écartée par R. Ago au cours des travaux de la C.D.I. Pour le rapporteur spécial, les démembrements territoriaux n'étant pas – sauf cas exceptionnels – des sujets de l'ordre juridique international, la responsabilité encourue par l'Etat fédéral pour leurs comportements ne saurait être une responsabilité du fait d'autrui mais une responsabilité pour fait propre[347]. Mais il y a plus. Ces fondements reposent en effet sur une confusion entre l'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne. Ainsi, affirmer que l'Etat est responsable pour le comportement des collectivités territoriales peut supposer de considérer que le premier est, au sens du droit international, distinct des secondes. Il correspondrait alors à l'Etat au sens du droit interne ou au gouvernement central et le rendre responsable du comportement des collectivités publiques territoriales suggérerait qu'il en maîtrise le statut interne, qu'il dispose des moyens de s'imposer à elles ou qu'il s'en est librement dépourvu. Si elle peut correspondre à la situation des Etats unitaires, cette présentation s'accommode en revanche mal de celle des Etats fédéraux. Ceux-ci ne sont en effet réductibles ni au gouvernement fédéral ni aux entités fédérées. Ainsi, dans l'ordre interne, la Constitution ne saurait être imputée ni au premier ni aux secondes mais à un tiers, que l'on devrait nommer l'Etat, l'Etat fédéral (à condition de le distinguer du gouvernement fédéral) ou la Fédération[348]. De même, dans l'ordre international, l'Etat ne saurait se réduire au gouvernement fédéral non plus qu'aux entités fédérées. Si la question de leur souveraineté peut se poser dans l'ordre interne, il s'agit alors de déterminer qui est le souverain dans l'Etat. Ces deux types d'entités ne constituent dans l'ordre international que des organes de l'Etat qui, seul, est souverain et, donc, responsable.

100. La subordination des démembrements territoriaux au gouvernement central ne permet donc pas d'expliquer la responsabilité de l'Etat pour le comportement de ces entités. Ce n'est ainsi pas le gouvernement fédéral qui est tenu responsable du comportement des Etats fédérés. C'est l'Etat au sens du droit international, qui n'est réductible ni au premier ni aux seconds, qui est responsable aussi bien du comportement du gouvernement fédéral que de celui des Etats fédérés. En effet, comme l'écrit L. Condorelli, « lorsqu'on évoque la responsabilité internationale de l'Etat, il est erroné d'affirmer (…) que le terme 'Etat' est synonyme d''Etat central' : de cette unité qu'est l'Etat souverain, du

[347] « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 1, sp. § 3, p. 4-5.
[348] Sur ce point, v. E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, 2002, vol. 294, p. 39-166, sp. p. 60-67.

point de vue du droit international, font partie tous les appareils centraux et périphériques et toutes les entités exerçant le pouvoir public au niveau interne »[349]. Ce fondement n'apparaissait pas nettement dans les premiers travaux de la Commission du droit international, qui avaient conduit à l'adoption d'une disposition spécifiquement consacrée aux organes des démembrements territoriaux, ainsi distingués des organes de l'Etat. Mais il s'agissait alors d'opposer deux catégories d'organes de l'Etat au sens du droit international : les organes des démembrements territoriaux d'une part, les organes de l'Etat au sens du droit interne d'autre part. La Commission n'en estimait pourtant pas moins, à la suite de son rapporteur spécial, que l'attribution à l'Etat du comportement des organes des démembrements territoriaux était « le corollaire de l'unité de l'Etat du point de vue international »[350]. Cette unité a en effet pour conséquence qu'« en tant que sujet de droit international, l'Etat se présente comme une collectivité dotée de tout un complexe d'organismes œuvrant pour son compte » de sorte qu'il faut lui rapporter le comportement de toutes les entités appartenant à ce complexe « que le fondement de leur existence distincte soit la spécialité de leurs fonctions ou le milieu local ou territorial dans lequel elles agissent »[351]. En réunissant en une seule disposition la situation des organes de l'Etat au sens du droit interne et celle des démembrements territoriaux, la C.D.I. a insisté en seconde lecture sur la *ratio* de ces règles qui tient à l'unité de l'Etat dans l'ordre juridique international.

101. Les comportements des organes des démembrements territoriaux sont donc attribués à l'Etat au sens du droit international de la responsabilité parce qu'ils sont considérés, au même titre que les organes de l'Etat au sens du droit interne, comme ses organes. Il s'agit toutefois d'organes particuliers, dont la spécificité peut être prise en compte par d'autres biais en droit de la responsabilité internationale.

[349] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 64.
[350] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 2, *op. cit.*, p. 288.
[351] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 184, p. 277.

Section 2. Les démembrements territoriaux, organes particuliers de l'Etat

102. L'imputation à l'Etat de l'ensemble des comportements de tous ses démembrements territoriaux ne fait donc guère de doute. Si cette solution maintient l'égalité entre Etats, ainsi que l'indifférence du droit international quant à leur structure interne, elle peut rendre délicate la mise en œuvre de leurs obligations internationales par certains d'entre eux. C'est la raison pour laquelle la spécificité des organes étatiques que sont les démembrements territoriaux est parfois prise en compte, qu'il s'agisse d'établir l'origine (§ 1) ou le contenu (§ 2) de la responsabilité.

§ 1. Démembrements territoriaux et origine de la responsabilité

103. Les Etats admettent parfois que l'autonomie reconnue à leurs démembrements territoriaux ou à certains d'entre eux dans l'ordre interne soit projetée dans l'ordre international. Ils peuvent le faire en excluant les comportements de ces démembrements ou de certains d'entre eux du champ d'application des obligations qu'ils souscrivent (A) ou, à l'inverse, en permettant à ces démembrements de souscrire des obligations internationales (B). Ces deux mouvements peuvent avoir une influence sur l'identification des comportements des collectivités publiques territoriales dont l'Etat doit répondre.

A. L'exclusion des démembrements territoriaux du champ d'application des obligations de l'Etat

104. L'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit qu'« à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». Si le principe est clair et peut être considéré comme l'expression du droit international coutumier[352], il n'en souffre pas moins d'exceptions qui peuvent conduire à exclure les démembrements

[352] En ce sens, S. Karagiannis, « Article 29 – Convention de 1969 », *op. cit.*, sp. p. 1195-1197.

territoriaux du champ d'application des obligations internationales souscrites par l'Etat. Ces exceptions sont de deux types : des clauses ou réserves d'application territoriales d'une part, des clauses ou réserves fédérales de l'autre. Tandis que les premières portent uniquement sur le champ d'application territorial du traité, les secondes portent essentiellement sur son champ d'application personnel[353].

1. Les clauses et réserves territoriales

105. Il est envisageable que certains traités autorisent la modulation de leur champ d'application en permettant aux Etats d'y inclure certaines parties de leur territoire qui, sinon, n'y entreraient pas (a) ou, à l'inverse, d'exclure certaines parties de leur territoire qui, sinon, y entreraient (b).

a. Les clauses d'inclusion territoriale

106. Certains traités rendent optionnelle leur application à certaines parties du territoire des Etats en vertu de clauses que l'on qualifiait autrefois de coloniales[354]. Ces clauses peuvent être définies comme des dispositions « d'un accord international précisant si, et à quelles conditions, ses dispositions s'appliquent aux territoires qui ne s'administrent pas eux-mêmes et dépendent d'une partie contractante »[355]. Si la question de l'appartenance de ces territoires à celui de l'Etat au sens du droit des traités a été débattue, justifiant l'insertion de clauses prévoyant expressément que les traités s'y appliquent, elle ne l'est plus guère aujourd'hui[356]. Les clauses rendant optionnelle l'application d'un traité aux territoires qualifiés de dépendants ou de territoires dont l'Etat assure les relations internationales constituent dès lors des exceptions au principe formulé à l'article 29 de la

[353] Sur ce point et en ce sens, v. F. Coulée, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *in* S.F.D.I., *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 95-124.
[354] Sur ce type de clauses, v. Y.L. Liang, « Colonial clauses and federal clauses in United nations multilateral instruments », *AJIL*, 1951, vol. 45, p. 108-128.
[355] J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 177.
[356] En ce sens, F. Coulée, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *op. cit.*, p. 112. Sur ce point, v. aussi Y.L. Liang, « Colonial clauses and federal clauses in United nations multilateral instruments », *op. cit.*, p. 108. Certains territoires peuvent toujours poser des difficultés, tels que la base de Guantanamo à Cuba concédée aux Etats-Unis par des conventions des 16 et 23 février 1903 et du 29 mai 1934 et dont la Cour suprême a estimé qu'elle se trouvait sous la juridiction de cet Etat de sorte que les personnes qui y sont détenues bénéficient de la protection des lois américaines et peuvent donc exercer un recours en *habeas corpus* (Etats-Unis, Cour suprême, *Rasul v. Bush*, 28 juin 2004, 542 US 466).

Convention de Vienne[357]. Si la volonté de tenir compte de différences de fait, et notamment de ménager les spécificités de certains territoires et de certaines populations, a aujourd'hui pris le pas sur la « logique plus ou moins ouverte de discrimination »[358] qui les motivait initialement, ce type de clauses n'a pas disparu même si elles sont désormais nommées clauses d'application territoriale[359].

107. C'est ainsi que la C.E.D.H. contient un article 56 aux termes duquel « tout Etat peut (…) déclarer, par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera (…) à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ». Cette limitation du champ d'application territorial de la Convention se double d'une modulation des obligations substantielles et procédurales puisque, lorsqu'ils déclarent la Convention applicable à un territoire dont ils assurent les relations internationales, les Etats peuvent non seulement moduler sa mise en œuvre afin de tenir compte des nécessités locales[360] mais encore exclure la compétence de la Cour pour connaître des requêtes individuelles ayant trait à ces territoires[361]. Il faut alors déterminer quels sont les territoires dont un Etat assure les relations internationales. En l'absence de critère d'identification clair, la Cour ne remet pas en cause les qualifications opérées par les Etats lorsqu'ils notifient au Secrétariat général que la Convention s'applique à un territoire déterminé. Ne discutant pas le fait que ces territoires relèvent de l'article 56, elle apprécie en revanche de manière rigoureuse l'existence de nécessités locales justifiant une modulation des obligations[362]. La question

[357] En ce sens, F. Coulée, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *op. cit.*, p. 113 ; S. Karagiannis, « Article 29 – Convention de 1969 », *op. cit.*, p. 1206 s.
[358] S. Karagiannis, *ibid.*, p. 1206.
[359] En ce sens, F. Coulée, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *op. cit.*, p. 116-117 ; S. Karagiannis, « Article 29 – Convention de 1969 », *op. cit.*, sp. p. 1209 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 244, qui notent qu'« assez paradoxalement, la question n'est plus seulement de savoir si un Etat peut discrétionnairement interdire le bénéfice d'un traité à ses dépendances d'outre-mer, mais aussi de préciser s'il peut revendiquer pour leur compte l'application d'un traité auquel il est partie ».
[360] Article 56, § 3.
[361] Article 56, § 4.
[362] V. *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, arrêt du 25 avril 1978 : rappelant que le Royaume-Uni voit dans l'île de Man un territoire dont il assure les relations internationales et qu'il a notifié au Secrétaire général que la Convention y était applicable (§ 13), la Cour estime qu'aucune nécessité locale ne saurait justifier l'infliction de châtiments judiciaires corporels contraires à l'article 3 (§ 36-40). Certains passages de cet arrêt sont toutefois ambigus, la Cour semblant affirmer, alors qu'elle examine l'existence de nécessités locales, que l'île de Man n'est pas un territoire dont le Royaume-Uni assure les relations internationales (sp. § 38 : « Historiquement, géographiquement et culturellement, [l'île de Man] a toujours figuré dans la famille des nations européennes [alors que] le système instauré par l'article 63 [56] tendait pour l'essentiel à répondre au fait qu'au moment où l'on a rédigé la Convention il était encore des territoires coloniaux dont le niveau de civilisation ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument »). V. aussi *Piermont c. France*, req. n° 15773/89 et 15774/89, arrêt du 27 avril 1995 et *Py c. France*, req. n° 66289/01, arrêt du 11 janvier 2005 : constatant que la France a déclaré que la Convention s'appliquerait à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoire d'outre-mer, des nécessités locales, la Cour a d'abord estimé qu'« une conjoncture politique, certes délicate, mais qui pourrait également se rencontrer en métropole, ne suffit pas pour interpréter la formule 'nécessités locales' comme justifiant une

est plus délicate s'agissant des territoires qui n'ont pas été notifiés au Secrétaire général. Sur ce point, les organes de Strasbourg ont d'abord considéré, sans le discuter, que le Royaume-Uni et le Portugal ne pouvaient, faute de déclarations en ce sens, être tenus responsables de violations de la Convention commises à Hong Kong et Macao[363]. Si l'absence de justification des organes de Strasbourg peut surprendre, sans doute peut-elle s'expliquer par le statut particulier de ces collectivités territoriales, qui étaient alors administrées par ces Etats tout en faisant partie du territoire de la Chine[364]. La question pouvait paraître plus délicate s'agissant de Guernesey. La Cour s'en est alors remis à la position exprimée par le Royaume-Uni pour considérer que cet Etat ne pouvait être tenu responsable d'une violation du premier protocole additionnel commise dans cette île anglo-normande. En effet, après avoir remarqué que le Royaume-Uni avait émis une déclaration étendant l'application de la Convention à cette île – ce qui montre qu'il la considère comme un territoire dont il assure les relations internationales – la Cour s'est contentée de constater qu'il n'en avait pas fait de même s'agissant du premier protocole additionnel pour rejeter *ratione loci* la requête qui lui était soumise[365].

108. Faute de critère objectif permettant d'identifier les territoires dont un Etat assume les relations internationales, l'interprète semble donc s'en remettre pour l'essentiel aux positions exprimées par les Etats concernés. Ce type de clauses met ainsi « à la discrétion de l'Etat la détermination du champ d'application géographique du traité puisqu'il est (…) le seul à être en mesure de déterminer ce qui différencie *son* territoire *des* territoires dont il assure les relations internationales »[366].

---

ingérence dans le droit garanti par l'article 10 » (*Piermont*, § 59, s'agissant de l'expulsion de la requérante du territoire de la Polynésie française) puis que « l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des 'nécessités locales' de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant » (*Py*, § 64, s'agissant de la limitation du droit de vote à une condition de résidence de 10 ans).

[363] Com. EDH, *Bui Van Thanh et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 16137/90, décision du 12 mars 1990 : irrecevabilité de la requête relative au placement en rétention puis au refoulement vers le Vietnam des requérants par les autorités de Hong Kong, que ces actes soient imputables aux autorités de Hong Kong ou qu'ils se fondent sur la politique du Royaume-Uni ; Cour EDH, *Yonghong c. Portugal*, req. n° 50887/99, arrêt du 25 novembre 1999 : irrecevabilité de la requête relative à l'extradition du requérant vers la Chine décidée par un juge de Macao. Comp. C.D.H., *Wan Kuok Koi c. Portugal*, com. n° 925/2000, 22 octobre 2001, A/57/40, vol. II, p. 320-329, sp. § 6.3, p. 324.

[364] Sur ce point, v. J. Crawford, *The creation of States in international law*, Oxford, O.U.P., 2006, 2e édition, p. 244-252 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 537.

[365] *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80, arrêt du 24 novembre 1986, § 62.

[366] F. Coulée, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *op. cit.*, p. 113.

b. Les clauses et réserves d'exclusion territoriale

109. Il est également envisageable qu'un Etat puisse, à l'inverse, exclure une portion de son territoire du champ d'application d'un traité. Cela peut résulter de l'exclusion de certains territoires nommément désignés dans un traité plurilatéral[367], de l'insertion d'une clause facultative d'exclusion territoriale dans un traité multilatéral[368] ou de la formulation de réserves territoriales par les Etats. En pareils cas, le traité s'applique en principe à l'ensemble du territoire étatique, à l'exclusion des territoires expressément visés par ces clauses, déclarations ou réserves. Sous l'impulsion d'A. Pellet, la Commission du droit international a ainsi traité des « réserves à portée territoriale », entendues comme des déclarations par lesquelles « un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration (…) »[369]. Elle a alors repris et précisé la solution retenue à l'article 29 de la Convention de Vienne, concernant aussi bien le principe que l'exception à l'application territoriale des traités. Concernant le principe, certains estiment que la directive 1.1.3 ne se contenterait pas de le reprendre mais conduirait à le renforcer. En effet, en qualifiant de réserves l'ensemble des déclarations territoriales, la C.D.I. aurait exclu que l'intention de ne pas appliquer un traité à l'ensemble du territoire des parties puisse être « par ailleurs établie »[370]. Une déclaration territoriale n'est toutefois considérée comme une réserve que si elle a pour effet de rendre totalement ou partiellement inapplicable un traité à un territoire relevant, sinon, de son champ d'application. La formulation retenue par la C.D.I. n'exclut donc pas que le traité lui-même puisse être interprété comme ne s'appliquant pas à

[367] Il en va ainsi dans le cadre de l'Union européenne. Tandis que l'article 52 T.U.E. prévoit l'application du traité aux territoires des Etats membres, l'article 355 T.F.U.E. précise la situation de certains territoires nommément désignés, certains d'entre eux étant soumis à un régime d'application différencié (les régions ultra-périphériques au rang desquelles on trouve la Guadeloupe, la Guyane française, la Martinique, la Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, les Açores, Madère et les îles Canaries), tandis que d'autres sont exclus du champ d'application du traité (les îles Féroé, Akhrotiri et Dhekelia, les îles anglo-normandes et l'île de Man) même s'ils peuvent bénéficier d'un régime spécial d'association (les pays et territoires d'outre-mer).

[368] Pour un exemple, v. convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, article 93 : « Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration ». En application de cette disposition, la Cour de cassation française a considéré que cette convention n'était pas applicable au territoire de Hong Kong alors même que la Chine y est partie (France, Cour de cassation, aff. n° 04-17.726, 2 avril 2008, note C. Santulli, *RGDIP*, 2008, p. 432-437).

[369] Projet de directive 1.1.3, A/65/10 (2010), p. 33.

[370] En ce sens, S. Karagiannis, « Article 29 – Convention de 1969 », *op. cit.*, p. 1202-1203.

l'ensemble du territoire des Etats parties[371]. S'agissant de l'exception, la directive 1.1.3 envisage que l'application territoriale d'un traité puisse être modulée par un acte unilatéral. La Commission ne s'est toutefois pas prononcée par cette directive sur la validité d'une telle réserve[372]. Certains de ses membres ont certes estimé qu'une réserve territoriale n'était valide qu'à condition d'être prévue par le traité ou d'être admise par toutes les autres parties[373]. Toutefois, la C.D.I. n'ayant pas consacré de directive spécifique à la validité des réserves à portée territoriale, elle considère qu'elles doivent être soumises au régime général. Dans le silence du traité sur lequel elles portent, elles sont donc valides à moins d'être incompatibles avec son objet et son but[374]. De ce point de vue, la généralité de telles clauses peut notamment être discutée, comme le montre la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme. Quand bien même celle-ci est chargée d'appliquer un instrument qui autorise la formulation de réserves[375], elle juge en effet invalides les réserves *ratione loci* à sa compétence[376] ou à l'application de la Convention[377]. Ceci étant, il n'est pas exclu que, dans certains cas, de telles réserves soient considérées comme compatibles avec l'objet et le but du traité sur lequel elles portent.

110. Les Etats peuvent donc exclure certaines parties de leur territoire du champ d'application des obligations internationales qu'ils souscrivent. Lorsque tel est le cas, leur responsabilité ne peut être engagée pour le comportement des entités qui administrent ces

[371] Le rapporteur spécial estime ainsi que « dans l'hypothèse où le traité lui-même *exclurait* certains territoires de son champ d'application et où la déclaration territoriale se bornerait à reprendre cette disposition (…) cette déclaration, dépourvue de tout effet juridique, ne pourrait être considérée comme une réserve » (« Troisième rapport sur les réserves aux traités », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 182, p. 256).

[372] Commentaire du projet de directive 1.1.3, § 5 et 6, *ACDI*, 1998, vol. 2, p. 2, p. 109 ; v. aussi le projet de directive supplémentaire selon lequel « la définition d'une déclaration unilatérale comme étant une réserve ne préjuge pas sa licéité et ses effets au regard des règles régissant les réserves » (*ibid.*, p. 112).

[373] En ce sens, v. les interventions lors de la 2545e séance de MM. Bennouna, (*ACDI*, 1998, vol. 1, § 14, p. 196, § 50, p. 199, § 57, p. 200 et § 60, p. 201), Hafner, (*ibid.*, § 19, p. 196, § 33, p. 197) et Economides (*ibid.*, § 20, p. 196, § 34, p. 198, § 63, p. 201). V. aussi, déjà en ce sens, l'intervention de J. de Aréchaga lors des travaux de la C.D.I. sur le droit des traités : « Toute partie qui veut restreindre l'application territoriale du traité à une portion seulement de son territoire est tenue de soulever la question de cette limitation au moment où le traité est rédigé et d'obtenir le consentement de l'autre partie ou des autres parties » (*ACDI*, 1966, vol. 1, § 23, p. 56).

[374] Article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[375] Article 57 C.E.D.H. : « 1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article ».

[376] *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, recevabilité, 23 mars 1995, § 65-89, sp. § 89 : « Compte tenu de la nature de la Convention, du sens ordinaire des articles 25 et 46 dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, ainsi que de la pratique des Parties contractantes, la Cour conclut que les restrictions *ratione loci* [à l'acceptation facultative de la compétence de la Commission et de la Cour] ne sont pas valides », ce qui n'invalide pas la déclaration elle-même (§ 90-98).

[377] *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, recevabilité, 4 juillet 2001 : invalidité de la déclaration de la Moldova excluant l'application de la Convention au territoire de la République moldave de Transnistrie en raison de son excessive généralité. V. aussi *Assanidze c. Géorgie*, § 140.

territoires. Mais il ne s'agit pas là de règles spéciales d'attribution. Seul le champ d'application du traité est affecté. L'exclusion vise en effet non seulement les actes des autorités territoriales mais aussi ceux du gouvernement central dans l'exercice de ses responsabilités vis-à-vis dudit territoire[378]. La qualification des clauses et réserves fédérales et en revanche plus délicate.

2. Les clauses et réserves fédérales

111. Face à la rigueur des solutions issues du droit international général, certains traités contiennent, souvent à l'initiative d'Etats à structure fédérale, des clauses du même nom qui ont pour but de « faciliter la participation des Etats fédéraux à la vie internationale en limitant l'ampleur de leurs obligations »[379]. Les clauses qualifiées de fédérales sont cependant variées. Certaines d'entre elles ne font en réalité que reprendre le droit international général en soulignant que les obligations résultant du traité s'étendent au comportement des subdivisions territoriales de sorte qu'elles devraient plutôt être qualifiées d'anti-fédérales[380], tandis que d'autres permettent à un Etat d'exclure certaines collectivités territoriales du champ d'application du traité de sorte qu'elles devraient plutôt être qualifiées de clauses d'application territoriale quand bien même elles sont désormais utilisées pour favoriser la participation d'Etats fédéraux aux traités[381]. D'autres clauses en revanche ne modulent pas seulement le champ d'application territorial du traité mais les obligations des Etats afin de tenir compte de leur structure constitutionnelle interne. Elles sont, elles aussi, variées. Ainsi, tandis que certaines d'entre elles se limitent à demander au gouvernement central de porter les dispositions de la convention à la connaissance des démembrements territoriaux[382], d'autres exigent de lui qu'il prenne toutes mesures raisonnables ou nécessaires en son pouvoir pour en assurer le respect[383]. De telles clauses

[378] Cour EDH, *Yonghong c. Portugal*, req. n° 50887/99, arrêt du 25 novembre 1999.
[379] R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 184.
[380] V. *supra*, Section 1, § 2, s'agissant de l'article 50 du P.I.D.C.P.
[381] V. *supra*, A. Qualifiant également de territoriales plutôt que fédérales les clauses qui permettent à l'Etat d'exclure certaines collectivités territoriales du champ d'application d'un traité, B. R. Opeskin, « Federal States in the international legal order », *op. cit.*, p. 368. Dans la mesure où ces clauses sont insérées dans les traités pour favoriser la participation des Etats fédéraux, d'autres parlent toutefois de « seconde génération des clauses fédérales », à mi-chemin entre les clauses fédérales classiques et les anciennes clauses coloniales (R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, *op. cit.*, sp. p. 195).
[382] Pour un exemple, Convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial, culturel et naturel du 23 novembre 1972, article 34 : « en ce qui concerne les dispositions de cette Convention dont l'application relève de l'action législative de chacun des Etats, pays, provinces ou cantons constituants, qui ne sont pas en vertu du système constitutionnel de la fédération tenus à prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera, avec son avis favorable, lesdites dispositions à la connaissance des autorités compétentes des Etats, pays, provinces ou cantons ».
[383] Voir *infra*, les exemples cités.

semblent remettre en cause l'unité de l'Etat, dont la responsabilité ne serait plus engagée que pour le comportement du gouvernement central et non pour celui de ses démembrements territoriaux[384]. Elles sont diversement perçues. Tandis que certains, dont la Commission du droit international, y voient des règles spéciales d'attribution[385], d'autres estiment qu'elles ne font que restreindre le champ d'application des obligations primaires[386]. Ces controverses confirment la porosité de la frontière entre règles primaires et secondaires lorsqu'il est question d'attribution. Toutefois, si la généralité d'une règle peut constituer un indice de son caractère primaire ou secondaire au sens retenu par la C.D.I.[387], les clauses fédérales semblent relever de la première catégorie. Elles souffrent en effet d'une certaine désaffection, les inconvénients qu'elles présentent ayant pris le pas sur les avantages qui continuent de leur être reconnus.

112. Les clauses fédérales peuvent d'abord permettre à l'Etat de souscrire des engagements dont le gouvernement fédéral ne peut assurer qu'ils seront respectés car leur mise en œuvre incombe, au moins en partie, à des entités fédérées qu'il ne peut, selon le droit interne, contrôler. Toutefois, la compétence interne suivant, dans la plupart des Etats fédéraux, la compétence externe[388], cet argument a, même s'il ne peut être totalement écarté[389], perdu de sa pertinence[390]. Une telle modulation des obligations peut ensuite et

---

[384] Il est également possible d'y voir, comme Sir Humphrey Waldock, des clauses permettant aux Etats fédéraux « d'éviter que les dispositions du traité qui concernent des questions relevant de la compétence des divers Etats qui constituent la fédération ne lient celle-ci, tant que chaque Etat n'a pas pris les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application de ces dispositions » (« Troisième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1964, vol. 2, p. 10-11). Cette perception des clauses fédérales semble toutefois en net recul.

[385] V. commentaire des articles 4 et 55 du texte de codification définitif, *op. cit.*, sp. p. 94 et 384-385 ; v. déjà commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 13, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 292.

[386] En ce sens, N. Haupais, *Le droit international et l'organisation interne de l'Etat*, *op. cit.*, p. 595, n. 280 ; M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, p. 737-769, sp. p. 758-759, n. 86 : « si (…) un traité impose une obligation à un Etat fédéral en excluant son application à l'un de ses Etats fédérés, le fait que celui-ci ne s'y conforme pas sans que cette défaillance engage la responsabilité de son Etat fédéral n'implique aucunement que son acte n'est pas attribuable à ce dernier. Il se trouve simplement que l'obligation n'a pu être violée parce qu'elle n'était pas applicable *ratione personae* ». La pratique de la C.E.D.H. est également en ce sens, puisqu'elle mentionne les clauses fédérales au stade de l'examen de l'exercice par la Géorgie de sa juridiction sur l'Adjarie avant de passer à l'examen de l'imputabilité du comportement de l'Adjarie à la Géorgie (*Assanidze c. Géorgie*, § 137-150).

[387] V. *supra*, Introduction.

[388] Les gouvernements fédéraux peuvent disposer d'une compétence exclusive pour la conduite des relations extérieures qui leur permet, en dernier ressort, de s'imposer aux entités fédérées dans la mise en œuvre des obligations internationales (V. aux Etats-Unis, Cour suprême, *Missouri v. Holland*, 19 avril 1920, 225 US 416 ; en Australie, Haute Cour, *Commonwealth v. Tasmania (Tasmanian Dam case)*, 1er juillet 1983, 1983 158 CLR 1). Dans d'autres Etats, la mise en œuvre des obligations internationales est répartie entre les Etats membres et le gouvernement fédéral, le second pouvant toutefois contrôler les premiers voire se substituer à eux en cas de mauvaise exécution (v. notamment article 16.4 de la Constitution autrichienne). Sur ces questions, v. R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, *op. cit.*, p. 53 s.

[389] Outre le fait que la jurisprudence citée dans la note précédente ne permet pas au gouvernement fédéral d'imposer à tout coup le respect par les entités fédérées des obligations internationales pesant sur l'Etat, la répartition des compétence n'est pas la même au sein de tous les Etats fédéraux. C'est ainsi que dans le système canadien, le gouvernement fédéral ne peut invoquer la nécessité de mettre en œuvre un engagement international pour justifier un empiètement dans le domaine de compétence des provinces (Conseil Privé,

encore permettre à l'Etat de souscrire des engagements sans remettre en cause l'équilibre fédératif. En ce qu'elles tendent à éviter que la conclusion d'accords internationaux conduise à bouleverser la répartition interne des compétences, les clauses fédérales présentent donc toujours un intérêt majeur pour les Etats fédéraux et peuvent dès lors favoriser leur participation au traité[391]. Elles créent toutefois un déséquilibre entre les Etats, dont les obligations internationales sont susceptibles de varier en fonction de leur structure interne[392]. En outre, elles sont génératrices d'insécurité juridique dans la mesure où leur mise en œuvre dépend de la répartition, souvent complexe, des compétences au sein des Etats fédéraux[393]. Enfin, elles risquent, comme les réserves, de porter atteinte à l'intégrité du traité[394]. Ce type de clauses tend donc à être remis en cause, spécialement dans le cadre des traités de protection des droits de l'homme[395]. Elles n'ont pourtant pas totalement disparu. Les organes de contrôle relaient toutefois les critiques formulées en doctrine contre ce type de clauses en les privant d'effets au moment d'établir la responsabilité d'un Etat.

a. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme

113. Si le Comité et la Cour européenne des droits de l'homme appliquent le droit international général lorsqu'il est question du comportement de collectivités publiques

---

Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (renvoi sur les conventions de travail), [1937] AC 326). Sur ce point, v. R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, *op. cit*, p. 33 s.

[390] En ce sens, B. R. Opeskin, qui estime que la décision rendue par la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Tasmanian Dam* constitue l'un des éléments ayant conduit l'Australie à ne plus rechercher systématiquement l'inclusion de clauses fédérales dans les traités (« Federal States in the international legal order », *op. cit.*, p. 373) ; également en ce sens N. Haupais, *Le droit international et l'organisation interne de l'Etat*, *op. cit.*, p. 324.

[391] Sur ce point, R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, *op. cit.*, p. 79 s. et p. 187 s.

[392] *Ibid.*, p. 186.

[393] *Ibid.*, p. 185-186 ; B. R. Opeskin, « Federal States in the international legal order », *op. cit.*, p. 373 ; F. Coulée, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *op. cit.*, p. 119.

[394] Comme le dit S. Hoffman, « l'absence d'une clause fédérale risque de rendre la ratification du pacte impossible ; la présence d'une clause risque de la rendre infructueuse » (« Système fédéral et accords internationaux », *RDP*, 1953, p. 121-156, sp. p. 146-147).

[395] Outre le Pacte international sur les droits civils et politiques étudié *supra*, voire, pour un exemple récent, l'article 41 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006 : « Les dispositions de la présente Convention s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux ». S'agissant de la C.E.D.H., la Cour estime, après avoir rappelé que la Convention s'applique en principe à l'ensemble du territoire des Etats membres, qu'« il ne saurait d'ailleurs en être autrement pour des raisons de politique juridique, à savoir la nécessité de maintenir l'égalité entre Etats parties et le besoin d'assurer l'effectivité de la Convention » (*Assanidze c. Géorgie*, *op. cit.*, § 142).

territoriales, les organes interaméricains ont en revanche été chargés de mettre en œuvre une disposition spécifique puisque l'article 28 § 2 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme prévoit qu'« en ce qui concerne les prescriptions relatives aux matières qui sont du ressort des unités constitutives de la fédération, le gouvernement central prendra immédiatement les mesures pertinentes, conformément à sa Constitution et à ses lois, pour assurer que les autorités compétentes desdites unités adoptent les dispositions nécessaires à l'exécution de la présente Convention ». Insérée dans la Convention à l'initiative des Etats-Unis pour éviter que sa ratification conduise le gouvernement fédéral à empiéter sur la compétence des entités fédérées[396], cette disposition aurait pu être interprétée comme limitant les obligations pesant sur les Etats fédéraux afin de leur permettre de devenir partie à la Convention sans remettre en cause leur structure interne : tandis que le gouvernement fédéral est tenu par une obligation de résultat relativement aux matières entrant dans son champ de compétence, il ne serait tenu que par une obligation de moyens – faire en sorte, en accord avec ses dispositions constitutionnelles, que les autorités fédérées respectent les droits garantis – relativement aux matières entrant dans leur champ de compétence[397].

114. Les organes de contrôle se sont toutefois écartés de cette interprétation. La Commission interaméricaine a d'abord considéré que le Mexique ne pouvait se prévaloir de l'article 28 pour restreindre la portée de ses obligations relativement au comportement des entités fédérées qui le composent. Elle ne l'a toutefois fait qu'après avoir estimé que l'article 133 de la Constitution mexicaine, qui prévoit la primauté des traités dans l'ordre interne, habilitait le gouvernement fédéral à prendre les mesures nécessaires pour que les entités fédérées respectent la Convention[398]. La Cour lui a emboité le pas en jugeant que l'Argentine ne pouvait pas davantage invoquer l'article 28 pour échapper à sa responsabilité pour le comportement des autorités de la Province de Mendoza. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a tout d'abord rappelé qu'alors que cette disposition n'est susceptible d'être invoquée que s'agissant de matières du ressort des unités constitutives de la Fédération, l'Argentine s'était toujours comportée comme si le gouvernement fédéral était compétent s'agissant du respect des droits de l'homme. Mais elle a également affirmé, de manière plus générale, que la jurisprudence internationale, inchangée depuis plus d'un siècle, considère qu'un Etat ne peut invoquer sa structure

[396] Sur l'origine de cette clause, v. L. Hennebel, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 102 s. ; H. Gros Hespiell, « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme – Analyse comparative », *RCADI*, 1989, vol. 218, p. 167-412, sp. p. 183-187.

[397] V. en ce sens la déclaration de la délégation américaine lors de la conférence de San José, cité par T. Buergenthal, « The inter-americain system for the protection of human rights », *Anuario juridico interamericano*, 1982, p. 85-86.

[398] *Eduardo Arias Aparicio et al. c. Mexique*, aff. n° 10.180, rapport 8/91 du 22 février 1991, § 41-44.

fédérale pour échapper à l'application d'une obligation internationale[399]. Bien que la référence à la distribution des compétences au sein des Etats en cause puisse conduire à relativiser ces décisions, la neutralisation de la clause fédérale par les organes interaméricains revêt une portée large. Outre que la Cour a réaffirmée cette solution concernant les autorités de la province de Mendoza sans faire référence à la répartition interne des compétences[400], la Commission a considéré, dans des affaires concernant cette fois le Brésil, que « *States, regardless of the structure they adopt, have an obligation* erga omnes *to respect and ensure the rights established in the Convention. The federal clause further clarifies the scope of the State's obligations erga omnes, but does not limit them* »[401]. L'article 28 est donc interprété par les organes interaméricains comme un rappel de la règle générale qui conduit à attribuer à l'Etat le comportement des démembrements territoriaux[402].

b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine du droit économique

115. Des clauses fédérales apparaissent également dans les instruments de droit économique, sans davantage d'effets que dans le domaine des droits de l'homme. L'O.R.D. comme les tribunaux CIRDI ont en effet interprété ce type de clauses de manière restrictive.

116. *La pratique de l'Organe de règlement des différends.* La plupart des textes adoptés dans le cadre de l'O.M.C. contiennent une disposition spécifiquement consacrée aux démembrements territoriaux de l'Etat. Ainsi, l'article XXIV:12 du GATT 1947

[399] *Garrido et Baigorria c. Argentine*, Série C, n° 26, jugement du 27 août 1998 (réparation), § 46. L'Argentine invoqua sa structure fédérale à plusieurs reprises dans le cadre du règlement de ce différend. Elle affirma d'abord que la violation de la Convention ne lui était pas imputable et ne pouvait engager que la responsabilité de la Province de Mendoza. Revenant sur sa position pour admettre sa responsabilité pour le comportement de cette Province (§ 16 et 45), elle estima encore que l'Accord sur la réparation sollicité par la Commission devait être conclu entre les requérants et la Province de Mendoza (§ 18, 24 et 45). Enfin, cet Accord n'ayant pas permis de régler le différend, une procédure en réparation fut ouverte devant la Cour. L'Argentine affirma alors que sa structure fédérale rendrait difficile l'adoption de certaines mesures sollicitées à titre de réparation, concernant l'éventuelle sanction dans l'ordre interne des juges de l'Etat fédéré ayant fait obstacle à l'enquête sur les disparitions en cause (§ 34 et 45). L'affaire est toutefois mentionnée ici car la Cour se prononce de manière générale sur la portée de l'article 28. Elle sera encore évoquée, *infra*, § 2.

[400] *Pénitenciers de Mendoza c. Argentine*, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 30 mars 2006, § 11.

[401] *Antonio Ferreira Braga c. Brésil*, aff. n° 2.019, rapport 35/08 du 12 juillet 2008, § 128 s.

[402] En ce sens, J. Crawford et M. Mauguin, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », *op. cit.*, p. 158, pour qui cette disposition « – bien qu'inutile théoriquement – rappelle indirectement la responsabilité du gouvernement central ».

indiquait-il que « chaque partie contractante prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent les dispositions du présent Accord ». Introduit à l'initiative des Etats fédéraux afin qu'il soit tenu compte de leur structure interne en cas de difficultés de mise en œuvre de leurs engagements par les entités fédérées qui les composent[403], cet article fut initialement perçu comme une *lex specialis* aux termes de laquelle le comportement des collectivités territoriales n'engagerait pas la responsabilité de l'Etat, à moins qu'il n'ait pas pris toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour qu'elles respectent l'Accord[404]. Pourtant, dans les quelques cas où les panels eurent à se prononcer sur l'impact de cette disposition, ils en limitèrent les implications afin d'éviter de créer une distorsion trop importante entre Etats selon leur organisation interne[405]. Deux restrictions furent ainsi introduites. D'une part, les panels considérèrent que le champ d'application de l'article XXIV:12 devait être limité aux domaines dans lesquels le gouvernement central ne peut s'imposer aux collectivités territoriales car ils relèvent dans l'ordre interne de leur compétence exclusive[406]. D'autre part, ils estimèrent que, lorsqu'il était applicable, l'article XXIV:12 n'avait pas pour effet de faire échapper le comportement des collectivités territoriales au champ d'application de l'Accord mais de préciser les obligations pesant sur le gouvernement central pour en assurer la mise en œuvre par lesdites collectivités[407]. Cette seconde limitation était toutefois ambigüe. Les panels continuant de vérifier si l'Etat avait pris toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour assurer le respect des obligations

[403] Sur l'historique de cette clause, v. E.T. Hayes, « Changing notions of sovereignty and federalism in the international economic system : a reassessment of WTO regulation of federal States and the regional and local governments within their territories », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2004, p. 1-35, p. 21 s.

[404] Cette interprétation est envisagée dans *Canada – Measures affecting the sale of gold coins*, L/5863, rapport du groupe spécial (non adopté), 17 septembre 1985. Pour I. Bernier, l'objet de cette clause « est de faire en sorte qu'un Etat, qui autrement pourrait refuser de s'engager, accepte d'assumer les obligations relevant de sa compétence interne, tout en faisant des pressions auprès des autorités régionales pour qu'elles observent les dispositions du traité relevant de leur compétence propre. La contrepartie est que les Etats visés assument en pratique des obligations moindres que celles des autres parties contractantes » (« Le GATT et le problème du commerce d'Etat dans les pays à économie de marché : le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada », *C.Y.I.L.*, 1975, vol. 13, p. 98-155, sp. p. 140-141). V. aussi P. J. Kuyper pour qui « in the early days of GATT this provision was interpreted by federal States as a substantive exception to GATT » (« The law of GATT as a special field of international law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international law ? », *NYIL*, 1994, p. 227-257, sp. p. 244) ; S. M. Villalpando, « Attribution of conduct to the State : how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system », *JIEL*, 2005, vol. 5, n° 2, p. 393-420, sp. p. 401 ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 149.

[405] L'argument est utilisé par les panels eux-mêmes : *Canada – Measures affecting the sale of gold coins*, L/5863, rapport non adopté, 17 septembre 1985, § 64 ; *Etats-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS 23/R – 39S/233, rapport adopté, 19 juin 1992, § 5.79.

[406] Pour l'application de cette limitation, v. *infra*, § 2.

[407] *Canada – Pièces d'or*, § 64 ; *Canada – Boissons alcooliques I*, § 4.31-4. 35 ; *Canada – Boissons alcooliques II*, § 5.37.

résultant du GATT par ses collectivités territoriales[408], elle a pu être interprétée comme signifiant que « ce n'est que si l'Etat n'[a] pas pris les mesures raisonnables à sa disposition que sa responsabilité [peut] être engagée »[409]. Il semble pourtant que, pour les panels, le comportement d'une collectivité territoriale ait été imputable à l'Etat et donc susceptible d'engager en tant que tel sa responsabilité, l'article XXIV:12 n'ayant d'incidence que sur la détermination des obligations secondaires résultant de la violation par une collectivité territoriale du GATT[410].

Compte tenu des difficultés nées de la formulation du GATT 1947, les Etats membres estimèrent nécessaire de clarifier la situation lors de la création de l'O.M.C. Ils le firent d'abord en adoptant un mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV. Aux termes de celui-ci, repris en substance par plusieurs accords conclus dans le cadre de l'O.M.C.[411], « chaque Membre est pleinement responsable au titre du GATT de 1994 de l'observation de toutes les dispositions du GATT de 1994 et prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent lesdites dispositions ». Ils le firent ensuite en précisant, dans le Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV ainsi qu'à l'article XXII:9 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, que « les dispositions des accords visés relatives au règlement des différends pourront être invoquées pour ce qui est des mesures affectant l'observation desdits accords prises par des gouvernements ou administrations régionaux ou locaux sur le territoire d'un Membre ». Ces précisions, introduites à l'initiative des Communautés européennes afin d'affirmer clairement le principe selon lequel les Etats sont tenus par les mêmes obligations quelle

---

[408] *Canada – Pièces d'or*, § 69-70 ; *Canada – Boissons alcooliques I*, § 4.31-4.35 ; *Canada – Boissons alcooliques II*, § 5.36.

[409] En ce sens, H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 150.

[410] Le dispositif proposé par le panel dans l'affaire *Canada – Pièces d'or* (§ 72) est en ce sens : tout en recommandant que le Canada continue à prendre toutes les mesures raisonnables pour assurer le respect de ses obligations par l'Ontario, le panel conclut également que cet Etat devait compenser le préjudice subi du fait des mesures prises par l'Ontario jusqu'à ce que ses efforts aient abouti au retrait de la mesure litigieuse. Sur la modulation des obligations secondaires, v. *infra*, § 2.

[411] Article 1.3 AGCS : « dans la mise en œuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux et les organismes non gouvernementaux les respectent » ; article 13 de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires : « Les Membres sont pleinement responsables au titre du présent accord du respect de toutes les obligations qui y sont énoncées. Les Membres élaboreront et mettront en œuvre des mesures et des mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions du présent accord par les institutions autres que celles du gouvernement central. Ils prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les entités non gouvernementales de leur ressort territorial, ainsi que les organismes régionaux dont des entités compétentes de leur ressort territorial sont membres, se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord. En outre, ils ne prendront pas de mesures qui aient pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager ces entités régionales ou non gouvernementales, ou les institutions publiques locales, à agir d'une manière incompatible avec les dispositions du présent accord ».

que soit leur organisation constitutionnelle[412], semblent confirmer que le comportement des collectivités territoriales est imputé à l'Etat et engage sa responsabilité dès lors qu'il est contraire aux obligations primaires contenues dans les accords[413]. C'est la solution retenue par les groupes spéciaux qui considèrent que le comportement d'une collectivité territoriale, y compris d'un Etat fédéré, est imputable à l'Etat et peut donc engager sa responsabilité sans même qu'il soit nécessaire d'examiner si le gouvernement fédéral a pris toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour assurer le respect des dispositions en cause[414]. La clause fédérale insérée à l'article XXIV:12 ne saurait dès lors avoir d'influence qu'au stade de la détermination des obligations secondaires pesant sur les Etats en cas de violation des accords O.M.C. par leurs démembrements territoriaux[415].

117. *La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements.* Certains traités fondant la compétence des tribunaux CIRDI, dont l'ALENA et la Charte de l'énergie, contiennent une disposition consacrée aux subdivisions territoriales[416]. Tandis

---

[412] J. Croome, *Reshaping the world trading system : a history of the Uruguay round*, The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2e édition, 1999, p. 83-84.

[413] En ce sens, P. J. Kuyper, « The law of GATT as a special field of international law », *op. cit.*, p. 245.

[414] *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, § 7.73, n. 424 : pour le groupe spécial, si « l'article XXIV peut avoir pour effet de limiter l'obligation d'un Membre de l'O.M.C., qui est un État fédéral, d'assurer la *mise en œuvre* de ses obligations au titre du GATT », « il ne limite pas l'*applicabilité* des dispositions du GATT de 1994 » ; *Australie – Mesures visant les importations de saumons – recours du Canada à l'article 21:5*, WT/DS18/RW, rapport du groupe spécial, 18 février 2000, § 7.13 et 7.162 : bien qu'un premier groupe spécial ait constaté que l'Australie violait les dispositions de l'accord SPS en restreignant l'importation de Saumon originaire du Canada pour des raisons sanitaires, la Tasmanie prit une mesure interdisant totalement cette importation sur son territoire. Intervenant dans le cadre de l'article XXI:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, le groupe spécial de la mise en conformité considéra, en s'appuyant tant sur les articles 13 SPS et 22:9 MRD que sur le droit international général, que la mesure adoptée par la Tasmanie était une mesure dont l'Australie était responsable. En conséquence, elle pouvait d'abord être qualifiée de mesure prise par l'Australie pour se conformer à la décision du premier groupe spécial (§ 7.13), ensuite être considérée comme contraire aux obligations de l'Australie en vertu de l'accord SPS (§ 7.161 et 8.1), alors même qu'il n'a pu être établi que l'Australie n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables en son pouvoir pour obtenir de la Tasmanie qu'elle se conforme aux obligations résultant de l'accord SPS (§ 7.162) ; *Brésil – Mesures visant l'importation de pneus rechappés*, WT/DS332/R, rapport du groupe spécial, 12 juin 2007, § 7.399-7.400 : s'appuyant cette fois sur le MRD, le groupe spécial considéra que « les mesures du Rio grande do Sul, État de la République fédérative du Brésil, sont imputables au Brésil en tant que Membre de l'O.M.C. et devraient donc être considérées comme des 'mesures' aux fins de l'article 3:3 du Mémorandum d'accord » avant de constater qu'elles étaient contraires au GATT. V. aussi *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, rapport du groupe spécial, 16 juin 2006, § 7.144 où, appliquant par analogie et par hypothèse l'article XXIV:12 aux relations entre les Communautés européennes et les Etats membres, le groupe spécial indique que cet article « est rédigé en tant qu'obligation positive et non en tant que moyen de défense. (…) L'article XXIV:12 ne peut pas être invoqué pour mitiger les dispositions du GATT de 1994, ni pour déroger à ces dispositions, auxquelles renvoie l'article XXIV:12 du GATT de 1994. Le Mémorandum d'accord sur l'article XXIV étaye le point de vue selon lequel l'article XXIV:12 du GATT de 1994 impose une obligation positive au lieu de mitiger les dispositions du GATT de 1994 ou d'y déroger ».

[415] Voir *infra*, § 2.

[416] Article 105 de l'ALENA intitulé « Etendue des obligations » : « Les Parties feront en sorte que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions du présent accord, notamment, sauf

que les Etats parties à la Charte de l'Energie doivent, comme les membres de l'O.M.C., prendre toutes mesures raisonnables pour s'assurer que leurs collectivités territoriales respectent les engagements pris, ceux parties à l'ALENA – qui possèdent tous une structure fédérale – doivent quant à eu prendre les mesures nécessaires pour que leurs collectivités territoriales se conforment à cet accord. Bien que cette formulation puisse être considérée comme plus contraignante[417], cette clause de l'ALENA pourrait également être lue comme permettant d'assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat dans la mesure où il doit seulement faire en sorte que les mesures nécessaires soient prises[418]. Néanmoins, les tribunaux CIRDI saisis de mesures adoptées par des Etats fédérés les ont confrontées à l'ALENA sans difficulté, en considérant que l'article 105 traduisait le droit international coutumier, solution que les Etats ne contestent d'ailleurs pas[419].

118. La portée des clauses fédérales apparaît dès lors limitée. Les organes de contrôle, qu'ils interviennent dans le domaine des droits de l'homme ou du droit économique, en neutralisent les effets au stade de l'établissement de la responsabilité, même si elles peuvent conserver une certaine portée au stade de la détermination des obligations secondaires pesant sur l'Etat dont la responsabilité est engagée du fait de ses démembrements territoriaux[420]. Bien que de telles clauses aient un effet limité, les Etats à structure fédérale tentent parfois de contourner leur désaffection en émettant des réserves ou des déclarations afin qu'il soit tenu compte de leur structure fédérale dans l'application d'un traité. Outre que la licéité de telles réserves est, plus encore que celle des réserves territoriales, discutable, notamment du fait de leur excessive généralité, leurs effets paraissent quoi qu'il en soit limités. La position de l'Australie vis-à-vis du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en offre un exemple intéressant. Malgré le rejet des revendications des Etats fédéraux tendant à l'inclusion dans le Pacte d'une

---

disposition contraire, en ce qui concerne leur observation par les gouvernements des États et des provinces ». Article 23 de la Charte de l'Energie intitulé « respect des dispositions par les autorités sous-nationales » : « 1. Chaque partie contractante est entièrement responsable, en vertu du présent traité, du respect de toutes les dispositions de celui-ci et prend toutes les mesures raisonnables dont elle dispose pour assurer ce respect par les administrations publiques et autorités régionales et locales situées dans sa zone. 2. Les dispositions des parties II, IV et V du présent traité relatives au règlement des différends peuvent être invoquées à l'égard des mesures prises par les administrations publiques ou autorités régionales ou locales de la zone d'une partie contractante lorsque ces mesures affectent le respect du présent traité par la partie contractante ».

[417] En ce sens, E.T. Hayes, « A comparative analysis of the regulation of State and Provincial governments in NAFTA and GATT », *op. cit.*, 619-620.

[418] W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris 2, 2003, p. 226 et 229.

[419] *Metalclad Corporation c. Etats-Unis du Mexique*, ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, § 73 ; *Mondev international Ltd. c. Etats-Unis*, ARB(AF)99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 67 ; *Waste Management Inc. c. Etats-Unis du Mexique*, ARB (AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, § 75.

[420] Sur ce point, voir *infra*, § 2.

clause fédérale[421], l'Australie émit une réserve aux articles 2 et 50 limitant ses obligations en considération de sa structure fédérale. Outre que la licéité de cette réserve, qui suscita l'objection des Pays-Bas, fut discutée[422], l'Australie la remplaça rapidement par une déclaration interprétative[423], dont le Comité ne tint aucunement compte lorsqu'il dut déterminer si la responsabilité de cet Etat pouvait être engagée pour le comportement de la Tasmanie[424].

119. La modulation du champ d'application des obligations internationales est donc envisageable afin de tenir compte de l'autonomie de certains démembrements territoriaux. Si elle devait se généraliser, elle pourrait conduire à remettre en cause la solution selon laquelle le comportement des organes de ces démembrements est imputable à l'Etat. Pourtant, la pratique internationale montre que, loin de constituer la règle, cette modulation est limitée. Elle n'est admise qu'exceptionnellement par les Etats et, même lorsqu'elle l'est, les organes de contrôle l'interprètent de manière restrictive. Une autre tendance pourrait en revanche conduire à une remise en cause de l'imputation à l'Etat du comportement des organes de ses démembrements territoriaux. En leur permettant parfois de conclure des accords internationaux, les Etats dotent les collectivités territoriales qui les composent d'une certaine capacité juridique internationale qui pourrait conduire à un engagement de leur responsabilité.

B. Les obligations internationales des démembrements territoriaux

120. Tandis que les clauses territoriales ou fédérales peuvent conduire à exclure les démembrements territoriaux du champ d'application d'une obligation internationale, il se peut, à l'inverse, que des obligations internationales pèsent non sur l'Etat mais sur des collectivités territoriales infra-étatiques (1). En cas de violation de leurs obligations par de telles collectivités, il est alors envisageable qu'elles en répondent (2).

[421] Voir *supra*, Section 1, § 2.
[422] Sur ce point, v. B. R. Opeskin, « Federal States in the international legal order », *op. cit.*, p. 374 s.
[423] Déclaration reçue le 6 novembre 1984 : « L'Australie est dotée d'un système constitutionnel fédéral dans lequel les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires sont partagés ou répartis entre les autorités du Commonwealth et celles des États fédérés. L'application du traité sur tout le territoire australien relèvera de la compétence des autorités du Commonwealth et des divers États et territoires, compte tenu de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs et des dispositions concernant l'exercice de ces pouvoirs ».
[424] V. *Toonen c. Australie*, com. n° 488/1992, 31 mars 1994, A/49/40, vol. II, p. 252-264, § 6.5, 6.7, 6.8, p. 246-247.

1. La souscription d'obligations internationales par les démembrements territoriaux

121. Il est des cas dans lesquels les démembrements territoriaux peuvent conclure des accords internationaux. La Commission du droit international avait d'ailleurs envisagé d'inclure dans son projet sur le droit des traités une disposition aux termes de laquelle « les Etats membres d'une union fédérale peuvent avoir une capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les limites indiquées par ladite constitution »[425]. Ce projet d'article 5 § 2 a certes été rejeté, notamment en raison de l'hostilité d'Etats fédéraux qui, tel le Canada, craignaient qu'il favorise les revendications internes ainsi que les immixtions dans leurs affaires intérieures[426]. Ce rejet ne signifie toutefois pas que les démembrements territoriaux ne peuvent conclure d'accords internationaux. Cependant, lorsqu'ils le font, soient ils agissent en tant que tels et l'accord qu'ils concluent sort du champ d'application de la Convention sur le droit des traités entre Etats, soient ils agissent en tant qu'organes de l'Etat fédéral et l'accord est en réalité conclu par cet Etat[427].

En pratique, les Constitutions de plusieurs Etats reconnaissent aux collectivités territoriales une certaine capacité internationale, quand bien même celle-ci serait limitée sur les plans matériel et formel[428]. Ainsi de la Loi fondamentale allemande de 1949 qui prévoit que « dans les limites de leur compétence législative, les Länder peuvent, avec l'approbation du gouvernement fédéral, conclure des traités avec des Etats étrangers »[429] ou de la Constitution suisse qui indique que « les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence »[430]. De manière analogue, le

[425] *ACDI*, 1966, vol. 2, p. 208.
[426] Sur ce point, v. J. Hostert, « Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 », *AFDI*, 1966, p. 92-121, sp. p. 93-100.
[427] Sur ce point, v. D. Turp et F. Roch, « Article 6 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 165.
[428] Sur le plan matériel, en limitant les domaines dans lesquels ces accords peuvent être conclus ; sur le plan formel, en soumettant dans une plus ou moins grande mesure la conclusion de tels accords au regard du gouvernement central. V. Commission de Venise, « Les entités fédérées et régionales et les traités internationaux », rapport adopté les 10 et 11 décembre 1999, doc. CDF(2000)-3 ; v. aussi, R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, *op. cit.*, p. 203 s. ; A. Schaus, « Les entités fédérées sont-elles susceptibles d'encourir une responsabilité internationale », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 599-629, sp. p. 612-616.
[429] Article 32 de la loi fondamentale allemande. Voir aussi, article 16 de la Constitution fédérale autrichienne qui permet aux Länder de conclure des traités dans les domaines entrant dans leur sphère de compétence avec des Etats frontaliers, mais avec l'accord du gouvernement fédéral.
[430] Article 56 de la Constitution fédérale suisse. Cette disposition précise que « ces traités ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons » et qu'« avant de conclure un traité, les cantons doivent informer la Confédération », l'article 72 § 3 prévoyant que

droit interne chinois reconnaît aux régions administratives spéciales de Hong Kong et Macao compétence pour conclure des accords avec des Etats ou des organisations internationales dans les affaires économiques extérieures ainsi que dans les autres domaines qui relèvent de leur compétence[431]. Dans la mesure où cet octroi interne d'une capacité internationale est reconnu par d'autres Etats, ces démembrements territoriaux peuvent donc conclure des accords internationaux. L'un des exemples les plus remarquables d'engagement international d'un démembrement territorial tient sans doute à la position de Hong Kong et Macao vis-à-vis de l'O.M.C. L'article XXVI:5(c) du GATT prévoit ainsi que « si un territoire douanier pour lequel une partie contractante a accepté le présent Accord jouit d'une autonomie complète dans la conduite de ses relations commerciales extérieures et pour les autres questions qui font l'objet du présent Accord, ou s'il acquiert cette autonomie, ce territoire sera réputé partie contractante sur présentation de la partie contractante responsable qui établira les faits susvisés par une déclaration ». Hong Kong et Macao sont d'abord devenus parties au GATT en vertu de déclarations du Royaume-Uni et du Portugal[432]. Ils sont ensuite devenus membres fondateurs de l'O.M.C. durant la période transitoire ayant précédé leur rétrocession à la Chine. Depuis lors, ces deux entités sont considérées comme des membres de l'O.M.C. alors même que l'Etat chinois, dont elles constituent des régions administratives spéciales, n'est devenu membre qu'en 2001.

122. Admettre que des démembrements territoriaux puissent conclure des accords internationaux ne résout toutefois pas la question de l'imputation de ces accords[433]. Si certains estiment que lorsqu'elles en concluent, les collectivités territoriales ne peuvent le faire que pour le compte de l'Etat[434], d'autres considèrent qu'il est envisageable qu'elles le fassent en leur nom propre. Les prévisions constitutionnelles internes d'une part[435], le « double mécanisme du principe d'effectivité et de la reconnaissance » d'autre part[436]

---

l'Assemblée fédérale « approuve les conventions que les cantons entendent conclure entre eux et avec l'étranger, lorsque le Conseil fédéral ou un canton élève une réclamation ».

[431] Article 151 de la loi fondamentale de la Région administrative spéciale de Hong Kong. Sur ce point, v. J. Crawford, *The creation of States in international law*, Oxford, O.U.P., 2e édition, 2006, p. 244-252.

[432] Hong Kong est ainsi devenu partie au GATT le 23 avril 1986 ; Macao le 11 janvier 1991.

[433] Il s'agit ici d'imputer un acte non un fait. Sur la distinction, v. *supra*, Introduction.

[434] En ce sens, v. G. Fitzmaurice, pour qui les démembrements territoriaux habilités à traiter avec l'étranger « agissent pour le compte de l'Union qui, du fait qu'elle possède seule la personnalité internationale, est nécessairement l'entité liée par le traité et responsable de son exécution » (« Troisième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1958, vol. 2, p. 24).

[435] Le commentaire de la dernière version de l'article 5 sur le droit des traités retenue par la C.D.I. indiquait ainsi que « c'est dans les dispositions de la constitution fédérale qu'il faut rechercher la solution » à cette question (*ACDI*, 1966, vol. 2, p. 209).

[436] Selon l'expression de P. Reuter, « Confédération et Fédération : '*vetera et nova*' », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 199-218, sp. p. 214 s. Sur ce point et en ce sens, v. aussi A. Schaus, « Les entités fédérées sont-elles susceptibles d'encourir une responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 602-616.

permettraient alors de déterminer lorsque tel est le cas[437]. En même temps qu'elle constitue un indice de la solution retenue, l'identification du responsable de la violation de tels accords en dépend[438]. Toutefois, faute de pratique sur ce point, il reste délicat de déterminer l'état du droit positif.

2. La responsabilité pour violation des obligations des démembrements territoriaux

123. La pratique manque pour déterminer à qui sont imputables les violations des accords internationaux conclus par des démembrements territoriaux[439]. Plusieurs solutions ont toutefois été avancées, notamment s'agissant de déterminer le responsable de la violation des obligations internationales souscrites par une entité fédérée. Les uns estiment que seule la responsabilité de l'Etat peut être engagée (a). Les autres envisagent une responsabilité internationale propre des démembrements territoriaux, qui n'exclut pas une responsabilité subsidiaire de l'Etat (b).

a. La thèse de la responsabilité exclusive de l'Etat

124. Nombreux sont ceux qui considèrent que seule la responsabilité – directe ou indirecte – de l'Etat peut être engagée pour la violation par des collectivités infra-étatiques d'obligations internationales qu'elles auraient souscrites[440].

---

[437] A titre d'exemple, l'article 13 de la Loi fondamentale prévoyant que « *the Central People's Government authorizes the Hong Kong Special Administrative Region to conduct relevant external affairs* on its own *in accordance with this Law* » (nous soulignons), J. Crawford en déduit que les traités conclus par Hong Kong sont imputables à cette entité et non à la Chine, de sorte qu'« *as a matter of international law these are obligations of Hong Kong, and to that extent Hong Kong may be described as an international legal person* » (*The creation of States in international law*, *op. cit.*, p. 250).

[438] E. David considère ainsi que la mise en évidence de la responsabilité internationale des entités fédérées permettrait de « [mettre] la clé de voûte à l'édifice juridique de leur personnalité internationale » (« La responsabilité des Etats fédéraux dans les relations internationales », *RBDI*, 1983, p. 483-499, sp. p. 483).

[439] Ce constat est récurrent : v. R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 1, § 22, p. 16 ; Y. Lejeune, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris, LGDJ, 1984, p. 392-398 ; J. Crawford et M. Mauguin, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », *op. cit.*, p. 162.

[440] En ce sens, v. l'article 9 de la Résolution sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers adoptée par l'IDI lors de sa session de Lausanne en 1927 : « L'Etat fédéral est responsable de la manière d'agir des Etats particuliers, non seulement si elle est contraire à ses propres obligations internationales, mais encore si elle l'est aux obligations internationales qui incomberaient à ces Etats » (*AIDI*, 1927, vol. 33, t. 3, p. 2, p. 332). S'appuyant respectivement sur les exemples autrichien et allemand, G. Häfner et B. Simma ont maintenu cette position

Certains estiment ainsi que seul l'Etat devrait répondre des comportements des démembrements territoriaux car il dispose du monopole de la représentation internationale[441]. Cette théorie de la représentation n'est toutefois pas satisfaisante. D'abord parce qu'il n'est pas impossible qu'une collectivité territoriale bénéficie d'une représentation internationale[442]. Ensuite parce que, quand bien même elle serait représentée par l'Etat, cela ne signifierait pas nécessairement qu'il soit tenu responsable de ses comportements[443].

Pour d'autres, c'est parce que l'engagement de la responsabilité des démembrements territoriaux ne pourrait se faire sans porter atteinte aux droits de l'Etat que le second devrait être tenu responsable des comportements des premiers. Ces théories, que l'on qualifie de théories de l'ingérence ou de la protection[444], ne sont toutefois pas plus convaincantes que celle de la représentation car le remède qu'elles proposent ne fait pas disparaître le mal qu'elles redoutent : « étant lui-même tenu pour responsable, l'Etat dominant deviendrait destinataire direct des mesures employées à son égard s'il refusait de remplir les obligations par lesquelles se traduirait la responsabilité encourue par lui du fait de l'Etat subordonné. Sa sphère juridique n'en serait que plus directement atteinte »[445].

---

lors des débats menés à la C.D.I. en seconde lecture (2554e séance, *ACDI*, 1998, vol. 1, respectivement § 33, p. 253 et § 59 p. 255).

[441] En ce sens, D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 et 285-309, sp. p. 301-302. D'autres la formulent en termes de risque, l'Etat qui a la représentation internationale d'un autre Etat devant répondre de ses comportements en contrepartie du fait de l'avoir « enfermé » (sur cette théorie, v. R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 8, p. 8). On trouve trace de ces théories dans certains passages de la sentence rendue dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc* où l'arbitre M. Huber explique que « si le protectorat supprime les rapports diplomatiques directs entre le protégé et les autres Etats, de sorte que ceux-ci ne peuvent plus s'adresser directement au protégé, il est nécessaire qu'à cette limitation imposée aux Etats tiers corresponde le devoir du protecteur de répondre aux lieu et place du protégé » (*Espagne c. Royaume-Uni*, 1er mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 615-742, sp. p. 648).

[442] Sur ce point, Y. Lejeune, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, *op. cit.*, p. 325.

[443] R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 7, p. 7. S'agissant plus particulièrement de la situation d'une entité fédérée, v. l'intervention de R. Ago lors de la 1298e séance : « La République de Genève pourrait avoir, en droit international, une capacité limitée de conclure un traité avec la France sur une question telle que le passage des travailleurs saisonniers. Si la République de Genève violait ses obligations au regard d'un tel traité, le 'fait' serait attribuable à la République de Genève. Toutefois, cela ne signifie pas que le gouvernement français pourrait adresser une plainte à la République de Genève en se fondant sur la responsabilité de cette entité : la plainte devrait sans doute être adressée aux autorités à Berne » (*ACDI*, 1974, vol. 1, § 37, p. 276). V. aussi Y. Lejeune, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, *op. cit.*, p. 324-325.

[444] Selon que l'on insiste sur le fait que la responsabilité de l'Etat fédéré ne peut être engagée car cet engagement constituerait une ingérence dans les affaires de l'Etat fédéral ou sur le fait que l'Etat fédéral forme un « écran de protection » contre toute mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat fédéré. Sur ce point, v. R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 15-16, p. 11-13 ; Y. Lejeune, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, *op. cit.*, p. 325-326.

[445] R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », § 16, *op. cit.*, p. 13.

b. La thèse de la responsabilité des démembrements territoriaux

125. D'autres estiment au contraire qu'il est envisageable qu'une collectivité territoriale dotée d'une certaine capacité juridique internationale réponde elle-même des faits illicites qu'elle commet dans l'exercice de cette capacité.

126. La Commission du droit international l'avait admis en première lecture, en optant pour une position intermédiaire. Si R. Ago envisageait que la responsabilité de l'Etat fédéral soit engagée pour une violation par une entité fédérée d'une obligation qui lui serait propre, il considérait que cette responsabilité n'était pas exclusive de celle de l'entité fédérée. Il s'agissait en effet pour lui d'une responsabilité indirecte dans la mesure où, titulaire de droits et d'obligations dans l'ordre international, l'entité fédérée devrait être considérée comme un sujet de cet ordre[446]. Il estimait d'ailleurs que cette responsabilité indirecte n'était engagée que dans la mesure où l'entité fédérée demeurait soumise aux directives ou au contrôle de l'Etat fédéral[447]. Les travaux de la Commission confirmèrent cette limitation. Le commentaire de l'article 28 adopté en première lecture distinguait ainsi, au sein des domaines dans lesquels les entités fédérées sont titulaires de droits et obligations internationaux, ceux dans lesquels elles jouissent d'une autonomie complète, de sorte qu'elles doivent répondre des violations qu'elles commettent, de ceux dans lesquels elles sont soumises à la direction et au contrôle de l'Etat fédéral, de sorte que ce dernier peut être amené à répondre indirectement de leurs agissements[448]. Même dans ce cas, la responsabilité de l'Etat fédéral n'était pas considérée comme exclusive de celle de l'entité fédérée[449]. Même si le rapporteur spécial penchait pour la responsabilité exclusive de l'Etat dominant[450], il admit d'autant plus aisément que les deux responsabilités puissent se cumuler qu'il avait initialement soutenu cette solution[451]. La C.D.I envisageait donc en

[446] « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, n. 7, p. 5 ; v. aussi « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 181-182, p. 275-276.
[447] Bien que cette limitation ne soit pas expressément mentionnée par R. Ago lorsqu'il aborde les rapports entre Etat fédéral et Etats fédérés (« Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 24, p. 17), elle résulte de la logique (*ibid.*, § 18, p. 14) et du texte même (*ibid.*, § 47, p. 28) du projet d'article 28 qu'il proposait.
[448] Commentaire de l'article 28 adopté en première lecture, § 18, *op. cit.*, p. 110. V. aussi commentaire de l'article 2 adopté en première lecture, § 5 : même si la responsabilité de l'Etat fédéral devait être engagée pour la violation par un Etat fédéré d'une obligation qui lui est propre, « la violation de l'obligation internationale commise par l'Etat membre doté de la personnalité internationale constituerait quand même un fait internationalement illicite de ce dernier » (*ACDI*, 1973, vol. 2, partie 1, p. 180).
[449] Le paragraphe 3 de l'article 28 adopté en première lecture indiquait ainsi que « les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu des autres articles du présent projet, de l'Etat ayant commis le fait internationalement illicite » (*ACDI*, 1979, vol. 2, partie 2, p. 103 s.).
[450] « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 45, p. 26-27.
[451] *La responsabilita indiretta nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1934, p. 54.

première lecture que les comportements d'une entité fédérée habilitée à conclure des accords internationaux en son nom propre lui soient imputés et engagent sa responsabilité. La responsabilité, indirecte, de l'Etat fédéral pouvait néanmoins être engagée pour le fait de ce démembrement en raison de la direction et du contrôle qu'il exerce sur lui[452].

127. La position de la Commission a évolué en seconde lecture. Elle a tout d'abord exclu du champ d'application des dispositions relatives à la responsabilité d'un Etat à raison du fait d'un autre Etat les cas dans lesquels une entité fédérée est habilitée à conclure des accords internationaux[453]. J. Crawford estimait en effet que « même lorsqu'une entité constitutive d'un Etat fédéral conclut des traités ou noue d'autres relations juridiques internationales de son propre chef (et non dans l'exercice d'une délégation de l'Etat fédéral), elle n'est pas elle-même un Etat au regard du droit international »[454]. Cette mise à l'écart n'excluait ni que la responsabilité internationale d'une entité fédérée puisse être engagée pour la violation d'obligations qui lui sont propres, ni que l'Etat fédéral puisse être tenu responsable d'une telle violation. Elle n'empêcha donc pas le rapporteur spécial d'aborder cette question. Il proposa alors une distinction selon que le traité conclu par l'entité fédérée engage cette entité ou la Fédération. Dans le premier cas, seule l'entité devrait être tenue responsable, tandis que dans le second c'est la Fédération qui devrait l'être selon les règles habituelles d'attribution[455]. Mais J. Crawford ne précisait pas comment distinguer les deux situations. Quant au commentaire du texte de codification définitif, il se contente d'indiquer que « dans les cas où une entité fédérée est habilitée à conclure des accords internationaux pour son compte, l'autre partie peut avoir accepté de se borner à exercer un recours contre cette entité en cas de violation ; l'affaire n'engagera donc pas la responsabilité de l'État fédéral et ne relèvera pas des présents articles »[456].

128. Même si elle a finalement limité cette possibilité aux quelques cas dans lesquels les parties s'entendent pour qu'il en aille ainsi, la position de la C.D.I. confirme que la responsabilité des démembrements territoriaux pour la violation d'obligations internationales qui leur sont propres est théoriquement envisageable. Il faudrait alors que les démembrements territoriaux soient habilités par l'ordre juridique interne à agir en leur

[452] Egalement en ce sens, G. Morelli, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1956, vol. 89, p. 437-604, sp. p. 553.
[453] Commentaire de l'article 17 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 72.
[454] « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 195.
[455] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 188, p. 41-42. Les écrits subséquents du rapporteur spécial confirment cette impression, v. J. Crawford et M. Mauguin, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », *op. cit.*, p. 162 s. : estimant que « théoriquement, la reconnaissance d'une responsabilité internationale des collectivités territoriales est (…) envisageable », les auteurs constatent qu'« elle n'a pour l'instant pas vraiment trouver de terrain d'exercice ».
[456] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 10, *op. cit.*, p. 43.

nom propre, que cette habilitation traduise une capacité effective, que cette capacité soit reconnue par d'autres Etats, qui admettraient également de tenir ces démembrements responsables de l'exécution des accords qu'ils concluent. La personnalité juridique internationale de ces démembrements ne pourrait alors être niée, quand bien même elle serait le produit de la volonté des Etats. Une telle solution conduirait alors à une évolution des conditions d'imputation puisque, dans ces domaines particuliers, le comportement des organes des collectivités territoriales cesserait d'être rapporté à l'Etat pour l'être à ces collectivités elles-mêmes. Celles-ci devraient ainsi être considérées tantôt comme des organes de l'Etat, tantôt comme des sujets de droit international distincts.

Toutefois, alors que R. Ago reconnaissait en 1971 qu'« envisager la violation par un Etat fédéré d'une obligation internationale incombant directement à lui-même constitue pratiquement une hypothèse d'école »[457], la pratique continue de manquer. Ceci s'explique en particulier par le fait qu'il est rare que les mécanismes de règlement des différends admettent la participation directe des démembrements territoriaux, spécialement en tant que défendeurs. Hong Kong et Macao peuvent certes être parties à des différends devant l'O.R.D. Mais pour l'heure, ils ne l'ont jamais été en tant que défendeurs[458]. Quant à l'article 25 de la Convention de Washington, il permet certes aux Etats de désigner au CIRDI des collectivités territoriales dont la responsabilité pourrait être recherchée devant les tribunaux constitués sous son égide[459]. Mais, à supposer même que cette faculté puisse être interprétée comme confirmant que la responsabilité internationale des collectivités territoriales est envisageable[460], la maîtrise que les Etats conservent sur son usage[461] ainsi

[457] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 178, p. 273.
[458] Hong Kong a en revanche adressé une demande de consultations à l'O.R.D. dans un différend *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*.
[459] Article 25 : « 1. La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou *telle collectivité publique* ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat ».
[460] Y. Nouvel estime qu'en pareil cas « la désignation a pour effet de déléguer à l'entité une personnalité internationale aux fins du procès devant le CIRDI » si bien qu'elle permet « la mise en jeu de sa responsabilité personnelle pour son fait propre » (« Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, p. 28). Cette conclusion doit toutefois être nuancée dans la mesure où il n'est pas certain que les tribunaux CIRDI mettraient alors en cause la responsabilité internationale de ces entités (v. *mutadis mutandis* la situation devant le Tribunal irano-américain des réclamations qui peut connaître de réclamations fondées sur le droit interne ou sur le droit international, les premières pouvant être dirigées contre les démembrements territoriaux de l'Etat, tandis que les secondes ne peuvent l'être que contre l'Etat au sens du droit international. Sur ce point, v. D. D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 111-119).
[461] D'abord en désignant l'entité au CIRDI, ensuite en devant approuver le consentement qu'elle donne à l'arbitrage, à moins que l'Etat ait également indiqué dans sa notification que ce consentement n'était pas nécessaire (article 25, al. 3 de la Convention de Washington).

que la rareté de sa mise en œuvre[462] indiquent leur réticence à voir émerger directement les collectivités territoriales qui les composent sur la scène internationale[463].

129. Ainsi, même si l'on peut estimer que rien ne s'y oppose sur le plan théorique, la prise en compte de la spécificité des organes de l'Etat que sont les démembrements territoriaux apparaît fort limitée en pratique au stade de l'établissement de la responsabilité. Il en va de même s'agissant de déterminer son contenu.

§ 2. Démembrements territoriaux et contenu de la responsabilité

130. Tout fait internationalement illicite entraîne les obligations, secondaires, d'y mettre un terme et d'en réparer les conséquences dommageables[464]. Si l'obligation de cessation ne peut en principe être modulée[465], l'obligation de réparer peut prendre plusieurs formes. Celle d'une *restitutio in integrum*, qui consiste à rétablir la situation telle qu'elle aurait existé en l'absence de violation, doit en principe être privilégiée. Mais d'autres modes de réparation, tels que la réparation par équivalent ou la satisfaction, peuvent la compléter ou s'y substituer[466]. Après avoir affirmé que la qualification d'un fait comme internationalement illicite ne pouvait dépendre du droit interne[467], la Commission du droit international a rappelé que « l'Etat responsable ne peut se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations [secondaires] qui lui incombent »[468]. Pourtant, les arguments que les Etats soulèvent afin d'échapper à l'établissement de leur responsabilité pour le comportement des démembrements territoriaux se retrouvent parfois à l'heure d'identifier le contenu de cette responsabilité. S'il est envisageable dans certains domaines du droit international que les obligations secondaires des Etats soient modulées afin de tenir compte de leur structure interne (A), les

[462] Pour la liste des entités ainsi désignées, qui comprend notamment des Etats fédérés australiens, v. le document ICSID/8 accessible sur le site du CIRDI (http://icsid.worldbank.org).
[463] D'autres soulignent également la réticence des collectivités territoriales elles-mêmes à être soumises à l'arbitrage international (W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, p. 224).
[464] Commentaire de l'article 28, § 2 et articles 30 et 31 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 93-97.
[465] Il s'agit de « la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite » et « souvent [du] principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale » (commentaire de l'article 30 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 94-95).
[466] Articles 34 du texte de codification définitif pour les différentes formes de réparation (*op. cit.*, p. 101), article 35 pour le caractère « premier » de la restitution (*ibid.*, p. 102).
[467] Article 3 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 37.
[468] Article 32 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 100.

organes internationaux de règlement des différends tendent, en sens inverse, à préciser ces obligations lorsque cette structure interne risque d'en rendre l'application délicate (B).

A. La modulation des obligations secondaires

131. Il n'est pas rare qu'un Etat argue de son organisation territoriale pour obtenir une modulation des obligations secondaires mises à sa charge. Ainsi les Etats-Unis se réservaient-ils le droit, au début du XX^{e} siècle, d'indemniser les étrangers victimes de faits internationalement illicites commis au cours de procédures menées au sein des Etats fédérés lorsqu'ils ne pouvaient les contrôler[469]. Cette tendance n'a pas disparu. Toutefois, si une telle modulation semble envisageable dans le domaine du droit économique (1), il en va différemment dans celui des droits de l'homme (2).

1. La pratique des organes de contrôle dans le domaine du droit économique

132. Les organes de contrôle dans le domaine du droit économique ont refusé de tirer quelque conséquence que ce soit de l'insertion de clauses fédérales dans les instruments qu'ils sont chargés d'appliquer au stade de l'établissement de la responsabilité. Ils n'excluent en revanche pas d'en tenir compte aux fins de détermination des obligations secondaires mises à la charge de l'Etat responsable.

a. La pratique de l'Organe de règlement des différends

133. Plus encore que dans d'autres domaines, le but du système de règlement des différends mis en place au sein de l'O.M.C. est la cessation de l'illicite, la compensation et la suspension de concessions, seulement temporaires en principe, étant moins perçues comme des modalités de réparation que comme des moyens d'obtenir cette cessation[470]. Il

[469] N. Gammans, « The responsibility of the federal government for violations of the rights of the aliens », *AJIL*, 1914, p. 73-80.

[470] Article 3:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : « En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés. Il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec

n'est toutefois pas exclu que l'article XXIV:12 puisse être interprété comme permettant de moduler l'articulation entre ces différentes conséquences que le droit de l'O.M.C. attache à l'existence d'une violation des accords. Dans le cadre du GATT 1947, déjà, les panels avaient, tout en considérant que chaque Etat est responsable du comportement de ses démembrements territoriaux, estimé que l'article XXIV:12 « circonscri[vait] l'obligation de mettre en œuvre les dispositions de l'Accord général en ce qui concerne les mesures prises par [les] gouvernements et administrations régionaux et locaux »[471]. Ils avaient ainsi admis qu'un Etat puisse disposer d'un délai accru afin que le gouvernement central obtienne de la collectivité territoriale impliquée qu'elle se mette en conformité[472]. Plus encore, ils avaient semblé considérer que la voie de la compensation pouvait être retenue lorsque le gouvernement central avait pris, en vain, toutes les mesures raisonnables pour redresser le comportement de la collectivité territoriale[473]. Devant l'importance de la dérogation résultant alors de l'article XXIV:12, les panels avaient toutefois considéré, d'une part qu'elle devait être cantonnée aux cas dans lesquels le gouvernement central ne peut s'imposer aux collectivités territoriales car ils relèvent de leurs compétences exclusives selon la distribution interne des compétences[474], d'autre part qu'il leur revenait

---

un accord visé. Le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'O.R.D. l'y autorise ». Sur ce point, v. A. Yanovich et T. Voon, « What is the measure at issue ? », *in* A. D. Mitchell (dir.), *Challenges and prospects for the WTO*, Londres, Cameron May, 2005, p. 115-164, sp. p. 155 s. ; J. Gomula, « Responsibility and the World Trade Organization », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 791-801, sp. p. 797 s. V. aussi, commentaire de l'article 30 du texte de codification définitif, § 4, n. 431, *op. cit.*, p. 94.

[471] *Canada – Boissons alcooliques II*, § 5.36.

[472] *Canada – Boissons alcooliques I*, § 4.35, le panel considérant qu'il « convenait de laisser au gouvernement canadien un délai raisonnable pour prendre les mesures propres à mettre les pratiques des régies provinciales des alcools en conformité avec les dispositions pertinentes de l'Accord général ».

[473] *Canada – Pièces d'or*, § 62 et 65 : « *the Panel considered that the non-observance of the provisions of Article III:2 by Ontario constituted a* prima facie *case of nullification or impairment of benefits accruing to South Africa under the General Agreement. Canada's obligations to ensure the observance of the provisions of Article III:2 by Ontario are limited to those set out in Article XXIV:12 but, until its efforts in accordance with Article XXIV:12 have secured the withdrawal of the measure, Canada is obliged to compensate South Africa for the competitive opportunities lost as a result of the Ontario measure* ».

[474] *Canada – Measures affecting the sale of gold coins*, L/5863, rapport non adopté, 17 septembre 1985, § 56-58 ; *Etats-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS 23/R – 39S/233, rapport adopté, 19 juin 1992, § 5.79. Ils estimèrent néanmoins qu'en cas de difficulté sur l'interprétation du droit interne le doute devait profiter à l'Etat défendeur, ce qui permit au Canada d'invoquer l'article XXIV:12 s'agissant d'une mesure de l'Ontario visant à exempter de taxes les transactions effectuées à l'aide de pièces d'or frappées au Canada (*Canada – Pièces d'or*, § 58) ou, implicitement, de mesures adoptées par les régies provinciales des alcools (*Canada – Boissons alcooliques I*, § 4-31 à 4-35 ; *Canada – Boissons alcooliques II*, § 5.36), mais ce qui ne suffit pas pour permettre aux Etats-Unis de l'invoquer s'agissant de mesures de ses Etats fédérés instaurant des taux de droit d'accise différents selon l'origine des produits, le gouvernement fédéral étant constitutionnellement investi du pouvoir dans ce domaine et pouvant donc revenir sur la position adoptée par les Etats fédérés (*Etats-Unis – Boissons alcooliques*, § 5.79). Sur cette question, v. E.T. Hayes, « A comparative analysis of the regulation of State and Provincial governments in NAFTA and GATT », *op. cit.*, p. 610-613.

d'apprécier le caractère raisonnable des mesures adoptées, c'est-à-dire de rechercher si le gouvernement central avait fait « des efforts sérieux, persistants et convaincants » pour que la collectivité territoriale cesse l'illicite[475].

Cette interprétation du GATT fut confirmée par les Etats parties qui précisèrent que l'article XXIV:12 signifiait que « lorsque l'O.R.D. aura déterminé qu'une disposition du GATT de 1994 n'a pas été observée, le Membre responsable prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que ladite disposition soit observée. *Les dispositions relatives à la compensation et à la suspension de concessions ou autres obligations s'appliquent dans les cas où il n'a pas été possible de faire observer une disposition* »[476]. Même si ni les groupes spéciaux ni l'organe d'appel n'ont depuis lors eu l'occasion de se prononcer sur ce point[477], les premiers continuent d'envisager que la situation des démembrements territoriaux puisse présenter une spécificité au stade de l'exécution de leurs décisions[478]. Il reste dès lors envisageable que, lorsque la violation d'un accord par une collectivité territoriale a été constatée par l'O.R.D., l'Etat ne soit pas tenu de cesser l'illicite mais seulement de prendre, sous le contrôle des groupes spéciaux et de l'organe d'appel, toute mesure raisonnable pour ce faire. Il pourrait alors bénéficier d'un délai accru pour y parvenir[479] et, en cas d'échec, être tenu par une obligation de compensation ou subir une suspension de concessions.

---

[475] *Canada – Boissons alcooliques II*, § 5.37. Le panel vérifie en l'espèce le caractère raisonnable des mesures adoptées par le Canada pour amener les régies provinciales des alcools à se mettre en conformité avec le GATT car un premier panel en avait précédemment constaté la violation.

[476] Point 14 du Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV ; article 22:9 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Nous soulignons.

[477] En l'affaire *Australie – Saumon*, l'O.R.D. n'eut pas l'occasion de se prononcer sur la mise en conformité de la mesure de la Tasmanie, tandis qu'en l'affaire *Brésil – Pneus rechapés* la mesure de l'Etat du Rio Grande do Sul fut mise en conformité du fait de son annulation par la Cour suprême saisie par le gouvernement fédéral (v. le rapport de situation du Brésil du 15 septembre 2009, WT/DS332/19/Add.6).

[478] En ce sens, *Australie – Saumon*, n. 147 : « La principale question qui découle du fait que c'est la Tasmanie, et non les autorités fédérales, qui a pris la mesure en cause porte sur le respect des recommandations de l'O.R.D. sur le territoire australien ainsi que sur l'obligation qui incombe à l'Australie de les faire respecter par la Tasmanie, laquelle est énoncée dans la deuxième phrase de l'article 13 de l'Accord SPS et dans les deuxième et troisième phrases de l'article 22:9 du Mémorandum d'accord ».

[479] L'affaire *Brésil – Pneus rechapés* est significative sur ce point. Les Communautés européennes considéraient en effet que le délai raisonnable accordé au Brésil pour se mettre en conformité devait être calculé en tenant compte non pas du temps nécessaire pour que le gouvernement fédéral amène l'Etat du Rio Grande do Sul à modifier sa législation mais pour que ce dernier le fasse. L'arbitre évalua pourtant ce délai en examinant le temps nécessaire pour que les mesures prises par le gouvernement fédéral pour contraindre l'Etat du Rio Grande do Sul à modifier sa position – notamment la saisine de la Cour suprême pour qu'elle constate l'inconstitutionnalité de ladite loi – aboutissent (*Brésil – Pneus rechapés*, WT/DS332/16, arbitrage au titre de l'article 21:3 c, rapport du 29 août 2008, § 28 pour la position des CE et 87-89 pour l'évaluation de l'arbitre qui, il est vrai, ne se prononce pas sur la meilleure façon d'assurer la mise en conformité).

b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements

134. L'approche adoptée au sein de l'ALENA ou de la Charte de l'Energie semble être la même. Toutefois, les tribunaux CIRDI n'ayant jamais constaté de violation par les autorités régionales ou locales de ces accords, ils n'ont pas précisé si les clauses fédérales qui y figurent ont pour effet de moduler les obligations secondaires mises à la charge des Etats[480]. Sans doute peut-on considérer que, comme dans le cadre de l'O.M.C., l'article 105 de l'ALENA aurait pour effet de permettre à l'Etat en violation de bénéficier d'un délai raisonnable pour cesser l'illicite et/ou de privilégier la voie de la suspension d'avantages[481]. Cette solution ressort encore plus nettement de la Charte de l'Energie, dont l'article 26 (8) prévoit que « les sentences arbitrales concernant une mesure prise par une administration politique ou une autorité sous-nationale de la partie contractante en litige prévoient que la partie contractante peut payer un dédommagement monétaire à la place de toute autre réparation accordée ». Cette formulation a également pu être interprétée comme signifiant que lorsque la responsabilité de l'Etat est engagée pour le comportement des démembrements territoriaux qui le composent, il se trouve face à une alternative : mettre fin à l'illicite ou payer un dédommagement monétaire[482].

135. Il est donc envisageable que l'autonomie reconnue en droit interne aux démembrements territoriaux soit prise en compte au stade de la détermination des obligations secondaires mises à la charge de l'Etat dans le domaine du droit économique. Une telle solution permet d'assurer l'équilibre entre Etats, tous soumis aux mêmes obligations primaires, tout en tenant compte de la structure interne de certains d'entre eux par une modulation des obligations secondaires. Toutefois, dans la mesure où elle implique un traitement différencié des Etats et peut permettre à certains d'entre eux de se maintenir en situation de violation, cette dérogation doit être interprétée de manière restrictive. Elle n'est en outre acceptable que dans les systèmes qui visent essentiellement à l'équilibre entre les parties et ne peut être envisagée dans les systèmes objectifs où le respect de la

[480] En ce sens W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, p. 213 s.
[481] En ce sens, E.T. Hayes, « A comparative analysis of the regulation of State and Provincial governments in NAFTA and GATT », *op. cit.*, p. 619-620. L'auteur ne trouve toutefois pas cette solution satisfaisante.
[482] En ce sens, v. T. W. Waelde et P.K. Wouters, « State responsibility in a liberalised world economy : 'State, priviliged and subnational authorities' under the 1994 Energy Charter Treaty », *NYIL*, 1996, p. 143-191, sp. p. 163-164 ; W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, p. 228-229.

règle doit primer. Les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ne la retiennent donc pas.

2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

136. Contrairement aux organes de contrôle dans le domaine du droit économique, les organes de contrôle intervenant dans le domaine des droits de l'homme refusent de tenir compte de la structure interne des Etats pour déterminer les obligations secondaires pesant sur eux. C'est d'abord le cas du Comité des droits de l'homme (a). C'est ensuite le cas des organes régionaux de protection des droits de l'homme, qu'il s'agisse de la C.E.D.H. (b) ou de la C.I.A.D.H. (c).

a. La pratique du Comité des droits de l'homme

137. Le Pacte international sur les droits civils et politiques rappelant expressément son indifférence vis-à-vis de l'organisation territoriale des Etats[483], le Comité n'en a tenu compte ni pour établir l'existence d'un fait internationalement illicite[484], ni pour déterminer les obligations secondaires mises à la charge des Etats auteurs de violations. Lorsqu'il constate une violation du Pacte résultant du comportement d'entités fédérées, le Comité invite donc systématiquement l'Etat partie, et non l'entité fédérée dont le comportement est en cause, à y mettre un terme. Il a ainsi demandé au Canada de modifier la loi québécoise imposant l'usage du français dans l'affichage commercial[485] ou à l'Australie d'abroger les dispositions du code pénal tasmanien qualifiant de délits les relations sexuelles entre hommes adultes consentants[486]. Il est à cet égard remarquable qu'en dépit de leurs difficultés constitutionnelles internes, ces deux Etats aient fini par se plier aux demandes du Comité. Le premier, parce que le Québec a accepté d'amender sa Charte de la langue française dans le sens voulu par le Comité[487]. Le second, parce que le gouvernement

[483] Article 50 du Pacte, article 10 du premier protocole additionnel.
[484] V. *supra*, Section 1, § 2.
[485] *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, com. n° 359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993, A/48/40, p. 106-127, § 8.5, p. 114.
[486] *Toonen c. Australie*, com. n° 488/1992, 31 mars 1994, A/49/40, vol. II, p. 252-264, § 6.5, 6.7, 6.8, p. 246-247.
[487] Sur ce point, v. Canada, Cour supérieure du Québec, *Québec c. W.F.H. Ltée*, 13 avril 2000, [2000] RJQ 1222, précisant que la décision du Comité fut un des éléments parmi d'autres pris en compte pour amender la loi.

fédéral a, devant le refus de la Tasmanie d'abroger les dispositions en cause, fait usage des pouvoirs qui lui sont constitutionnellement reconnus dans la mise en œuvre des traités pour adopter une loi aux termes de laquelle les relations sexuelles entre adultes consentants en privé ne peuvent être considérées comme un délit en vertu d'aucune loi du Commonwealth, d'un État ou d'un territoire[488].

b. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme

138. La Cour européenne des droits de l'homme ne tient pas davantage compte de l'organisation territoriale de l'Etat lorsqu'elle détermine les obligations secondaires pesant sur lui. L'article 41 de la Convention se contente certes de prévoir que « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». Mais cela n'empêche pas les juges de Strasbourg de rappeler tout d'abord, en se fondant sur l'article 46, qu'« un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de cette disposition de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci »[489]. Si l'Etat reste en principe libre des mesures générales et individuelles qu'il doit prendre à cette fin, il arrive que la Cour se montre plus intrusive en les lui indiquant. C'est ainsi qu'en l'affaire *Assanidze*, elle a, rappelant qu'il « appartient à l'Etat défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant »[490], ignoré les difficultés du gouvernement central à s'imposer aux autorités adjares pour exiger de la Géorgie qu'elle assure la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais[491]. Malgré les difficultés

[488] Sur ce point, v. B. R. Opeskin, « The impact of treaties on australian federalism », *Case western journal of international law*, 1995, p. 1-59, p. 49 s.
[489] *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, § 198 ; v. aussi *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, req n°14556/89, satisfaction équitable, arrêt du 31 octobre 1995, § 34.
[490] *Ibid.*
[491] *Ibid.*, § 202-203 et pt. 14 du dispositif. Voir aussi, *mutadis mutandis*, *Tyrer c. Royaume-Uni*, précité : bien que la Cour n'ait pas exigé du Royaume-Uni qu'il interdise les châtiments corporels sur l'île de Man, sa décision l'impliquait. Ni le gouvernement, ni le Parlement britanniques ne disposant du pouvoir de le faire dans l'ordre interne, ils se contentèrent d'indiquer aux autorités de l'île de Man que de tels châtiments étaient incompatibles avec la C.E.D.H. Pour autant, le Parlement de l'île de Man refusa de les interdire, au contraire de la *High Court* de l'île. Le Comité des ministres estima alors que le Royaume-Uni avait correctement exécuté l'arrêt de la Cour (Comité des ministres du Conseil de l'Europe, résolution 78(39), 13 octobre 1978). Sur ce point, v. R. Higgins, « The concept of 'the State' : variable geometry and dualist perceptions », *op. cit.*, p. 550.

mentionnées, le requérant fut d'ailleurs libéré dès le lendemain du prononcé de l'arrêt, sans qu'on puisse déterminer la part prise par l'injonction de la Cour dans cette libération[492]. Dès lors, même si l'article 41 permet d'envisager la prise en compte du droit interne pour moduler l'obligation de réparer, l'organisation territoriale est en tout état de cause sans incidence sur l'obligation de cessation[493]. En effet, comme l'a remarqué le juge Costa, « l'obligation de payer s'ajoute [alors] à l'obligation de faire, et ne la pallie nullement »[494].

c. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme

139. Plus encore que son homologue européenne, la Cour interaméricaine des droits de l'homme aurait pu s'appuyer sur la clause fédérale incluse à l'article 28 de la Convention interaméricaine pour moduler les obligations secondaires pesant sur les Etats en considération de leur organisation territoriale. Il n'en a rien été. En effet, après avoir dénié tout effet à cette clause au stade de l'établissement de la responsabilité, elle ne lui en a pas davantage reconnu au moment de déterminer les obligations secondaires pesant sur les Etats fédéraux. C'est ainsi que la Cour rétorqua à l'Argentine, qui affirmait que sa structure fédérale rendrait difficile la sanction dans l'ordre interne des juges de l'Etat fédéré ayant fait obstacle à l'enquête sur les disparitions en cause[495], que la jurisprudence internationale, inchangée depuis plus d'un siècle, considère qu'un Etat ne peut invoquer sa structure fédérale pour échapper à l'application d'une obligation internationale[496]. Dans le système interaméricain, un Etat fédéral ne peut donc se prévaloir de la clause figurant à

[492] V. la résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 2 novembre 2006, ResDH(2006)53.
[493] L'injonction de la Cour en l'affaire *Assanidze*, formulée dans une partie de l'arrêt consacrée à la satisfaction équitable, est parfois abordée sous l'angle de la réparation et en particulier de la *restitutio in integrum* (G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2004, p. 778-802, sp. p. 797). Il s'agit toutefois davantage d'une obligation de cessation, le maintien en détention constituant un fait illicite continu et la mesure prescrite devant répondre « au besoin urgent de mettre fin à la violation [constatée] » (*Assanidze c. Géorgie*, § 203). En ce sens, Y. Kerbrat, « Interaction between the forms of reparation », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 573-587, sp. p. 584-585. La C.D.I. reconnaît la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer entre la cessation et la *restitutio in integrum* (commentaire de l'article 30 du texte de codification définitif, § 7-8, *op. cit.*, p. 237-238).
[494] Opinion en partie concordante du juge Costa sous *Assanidze c. Géorgie*. S'agissant d'expropriations illicites, la Cour semble en revanche admettre que des difficultés internes conduisent l'Etat à préférer la réparation par équivalent à la *restitutio in integrum* (*Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, req n° 14556/89, arrêt du 31 octobre 1995 (satisfaction équitable), § 34).
[495] *Garrido et Baigorria c. Argentine*, Série C, n° 26, jugement du 27 août 1998 (réparation), § 34 et 45.
[496] *Ibid.* § 46.

l'article 28 § 2 de la Convention, ni pour justifier la violation de ses obligations primaires, ni pour obtenir une modulation des obligations secondaires mises à sa charge[497].

140. Rares sont donc les cas dans lesquels les Etats peuvent invoquer l'autonomie reconnue dans l'ordre interne aux démembrements territoriaux qui les composent pour obtenir la limitation des obligations secondaires mises à leur charge. A l'inverse, il arrive que les organes internationaux de règlement des différends précisent ces obligations afin de prévenir les difficultés de mise en œuvre dans l'ordre interne.

B. La précision des obligations

141. De même que seul l'Etat au sens du droit international, et non l'un de ses organes, peut en principe être considéré comme l'auteur d'un fait internationalement illicite, seul l'Etat au sens du droit international, et non l'un de ses organes, est tenu d'y mettre un terme et de le réparer. Comme les obligations primaires, les obligations secondaires sont mises à la charge de l'Etat qui demeure en principe libre des moyens à mettre en œuvre dans l'ordre interne pour les exécuter[498]. C'est ainsi que les organes de protection des droits de l'homme ne s'adressent qu'aux Etats, quand bien même les mesures nécessaires à l'exécution de leurs décisions impliqueraient la participation des démembrements territoriaux[499]. Il se peut toutefois que le juge international cherche à percer le voile étatique, prétendant alors mettre des obligations directement à la charge des démembrements territoriaux de l'Etat.

142. Certaines affirmations de l'Organe de règlement des différends, selon lesquelles les clauses fédérales figurant dans les instruments qu'ils sont chargés d'appliquer ne

---

[497] En ce sens, H. Tigroudja et I. K. Panoussis, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 96.

[498] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 59 : « tant que le droit international continue à être fondamentalement le système juridique régissant les relations entre Etats souverains, ses normes ne peuvent, en principe, avoir comme destinataires directs que ceux-ci (pris en tant qu'unités) et non pas les diverses composantes plus ou moins indépendantes par lesquelles s'articulent les appareils organiques des divers Etats ».

[499] Pour une formulation particulièrement nette, v. C.I.A.D.H., *Pénitenciers de Mendoza c. Argentine*, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 30 mars 2006, § 11 : « *Regardless of the unitary or federal structure of government of any State Party to the Convention, in the international jurisdiction scenario it is the State as such that is to be held accountable to the oversight bodies created in said treaty and it is the only State that is obliged to adopt such measures* ». Sur ce point, v. aussi R. Higgins, (« The concept of 'the State' : variable geometry and dualist perceptions », *op. cit.*, p. 548-551. Les mêmes organes tendent en revanche à viser directement les juridictions nationales (sur ce point, v. W. Ferdinandusse, « Out of the black-box ? The international obligation of State organs », *op. cit.*, p. 82-95).

limitent pas mais au contraire précisent les obligations pesant sur les Etats fédéraux, pourraient être interprétées en ce sens[500]. Mais c'est la Cour internationale de Justice qui s'est aventurée le plus loin dans cette direction lorsque l'Allemagne lui demanda d'indiquer aux Etats-Unis des mesures conservatoires tendant à ce que M. LaGrand, condamné à mort en Arizona au terme d'une procédure au cours de laquelle la Convention de Vienne sur les relations consulaires n'avait pas été respectée, ne soit pas exécuté. Un an auparavant, la Cour, saisie d'une requête analogue, s'était classiquement contentée d'indiquer que « les Etats-Unis doivent prendre [*should take*] toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté »[501]. Mais son ordonnance n'avait pas été suivie d'effets, les différents organes américains appelés à se prononcer ne s'étant pas considérés comme liés par elle[502]. Sans doute marquée par ce précédent, la Cour précisa en l'affaire *LaGrand*, après avoir constaté que la mise en œuvre des mesures indiquées dans son ordonnance relevait dans l'ordre interne de la compétence du gouverneur de l'Arizona, « que le Gouvernement des Etats-Unis est (…) dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur ; et que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des Etats-Unis »[503]. Même si elle ne fit pas mention des obligations pesant sur le gouverneur de l'Arizona dans le dispositif de son ordonnance, la Cour semble s'être ainsi adressée directement à des organes particuliers des Etats-Unis plutôt qu'à l'Etat en tant que tel[504]. S'agit-il simplement d'une nouvelle formulation de la règle bien établie selon laquelle l'ensemble des comportements de ses organes est attribuable à l'Etat dans l'ordre international ou la Cour a-t-elle tenté de « percer le voile » étatique pour faire peser directement des obligations sur les organes en cause dans le but de renforcer l'efficacité de son ordonnance dans l'ordre interne[505] ? Difficile de le dire, d'autant que la Cour est par la

[500] Voir en particulier *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, rapport du groupe spécial, 16 juin 2006, § 7.144 où le groupe spécial indique que l'article XXIV:12 « est rédigé en tant qu'obligation positive et non en tant que moyen de défense ».

[501] *Breard (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique*), ordonnance du 9 avril 1998 (mesures conservatoires), § 41. V. aussi *supra*.

[502] Sur ce point, v. J.I. Charney et W.M. Reisman, « Agora : *Breard*. The facts », *AJIL*, 1998, p. 666-675, sp. p. 672-673.

[503] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires), § 28.

[504] La Cour a poursuivi dans cette voie quelques mois plus tard, s'adressant cette fois non seulement à la Malaisie en tant qu'Etat mais aux juridictions malaisiennes dans le dispositif de son avis consultatif rendu en l'affaire *Cumaraswamy* (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis du 29 avril 1999, pt. 2, b) du dispositif).

[505] En ce sens, R. Higgins, « The concept of 'the State' : variable geometry and dualist perceptions », *op. cit.*, p. 556-557 ; W. Ferdinandusse, « Out of the black-box ? The international obligation of State organs », *op. cit.*, p. 66 s.

suite revenue à des formules plus traditionnelles[506]. Quoi qu'il en soit, la formulation retenue par la Cour n'a pas produit davantage d'effets dans l'ordre interne américain[507].

143. La spécificité des organes que sont les démembrements territoriaux peut donc être prise en compte s'agissant d'établir le contenu de la responsabilité internationale de l'Etat. Elle peut ainsi conduire à limiter ses obligations secondaires, qui se scinderaient en une obligation de réparer et une obligation pesant sur le gouvernement central de prendre toutes mesures raisonnables pour que les collectivités territoriales cessent l'illicite, ou au contraire à préciser ses obligations secondaires en indiquant à ses différents organes, centraux comme territoriaux, les moyens qu'ils doivent mettre en œuvre afin de respecter ses obligations. Toutefois, comme pour ce qui est de l'établissement de la responsabilité, rares sont les cas dans lesquels cette spécificité est prise en compte pour déterminer le contenu de la responsabilité de l'Etat.

*

* *

144. L'étude de la place réservée aux collectivités territoriales dans le droit de la responsabilité internationale de l'Etat a permis de mettre en évidence trois éléments.

145. L'imputation à l'Etat de l'ensemble du comportement des démembrements territoriaux qui le composent montre tout d'abord que des entités dotées dans l'ordre interne d'une personnalité distincte de celle de l'Etat peuvent néanmoins être considérées comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. En effet, si l'Etat est responsable dans l'ordre international du comportement des collectivités publiques territoriales, ce n'est pas du fait d'autrui mais parce qu'elles sont considérées, au même titre que les organes du gouvernement central, comme les organes de l'unité que constitue l'Etat au sens du droit international. D'ailleurs, comme ceux des organes de l'Etat au sens du droit interne, l'ensemble des comportements des organes des démembrements territoriaux est rapporté à l'Etat au sens du droit international.

146. La situation spécifique de ces organes que sont les démembrements territoriaux peut néanmoins être prise en compte. Il est ainsi envisageable que l'Etat ne soit pas tenu responsable des agissements de ses démembrements territoriaux, soit parce qu'ils

[506] *Avena et autres (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 5 février 2003 (mesures conservatoires), § 59, ne s'adressant qu'aux Etats-Unis.
[507] V., pour le dernier état de la jurisprudence, Etats-Unis, Cour suprême, *Medellin v. Texas*, 25 mars 2008, 552 US 491, déniant tout effet direct aux arrêts de la C.I.J., et en particulier à l'arrêt rendu en l'affaire *Avena*.

échapperaient au champ d'application des obligations qu'il a consenties, soit parce qu'ils devraient répondre eux-mêmes des obligations qu'ils ont souscrites. Si elles devaient se généraliser, ces déviations pourraient finir par affecter la règle selon laquelle les comportements des collectivités publiques territoriales sont imputables à l'Etat. Toutefois, en même temps que la possibilité de telles déviations indique que l'imputation à l'Etat des comportements de ses démembrements territoriaux n'est pas immuable, et donc qu'il s'agit là d'une construction du droit international, leur rareté et la réticence que manifestent les Etats à leur égard montrent la prégnance de la solution généralement reconnue.

147. La modulation des obligations qui pèsent sur l'Etat pour tenir compte de la spécificité des démembrements territoriaux met enfin en évidence le fait que le droit de la responsabilité internationale ne se limite pas à l'imputation. Si celle-ci saisit l'Etat de manière monolithique, d'autres mécanismes peuvent en faire apparaître les rouages.

148. La situation des démembrements fonctionnels est moins claire. Elle confirme néanmoins ces solutions.

Chapitre 2. Les démembrements fonctionnels

149. « Pour de multiples raisons amplifiées par les données de la mondialisation, le modèle sur lequel a été construit l'appareil politico-administratif des Etats de type occidental a progressivement perdu de sa rigueur et de son classicisme au profit d'une architecture baroque »[508]. A côté des organes du gouvernement central et de ceux des collectivités publiques territoriales, l'Etat au sens du droit interne, guidé par ou soumis à un souci d'efficacité administrative et/ou une exigence de rationalité économique, a confié à des entités diverses des activités variées qu'il assurait auparavant directement et ce sans pour autant qu'il cesse de les considérer comme d'importance fondamentale pour la collectivité[509]. Ces entités sont dotées d'une autonomie variable par rapport au pouvoir central, tant au plan décisionnel que patrimonial. Elles sont soumises à des statuts diversifiés, relevant tantôt du droit public – agences, établissements publics, *public corporations* – tantôt du droit privé – associations, fondations, sociétés anonymes ou *joint-stock companies* – voire empruntant autant à l'un qu'à l'autre[510]. Elles peuvent exercer des fonctions traditionnellement considérées comme étatiques ou opérer dans le secteur marchand. Elles peuvent bénéficier de pouvoirs exorbitants du droit commun ou agir à la manière de personnes privées. Toutefois, par-delà leur diversité, ces entités demeurent liées dans une plus ou moins grande mesure à l'Etat ce qui a conduit à les désigner par des néologismes se référant à leur caractère public ou étatique, que l'on parle d'entités publiques, parapubliques[511], « parastatales »[512] ou encore paraétatiques[513].

150. Le droit international ne pouvait rester indifférent à cette diversification des modes d'action de l'Etat. M. Cosnard relève ainsi que « l'apparition de nouvelles entités, dont certaines agissaient dans la sphère d'activités souveraines, a bouleversé les théories traditionnelles de détermination des bénéficiaires de l'immunité de l'Etat »[514]. Même si l'évolution fut longue et les pratiques parfois peu homogènes, deux périodes peuvent être

[508] G. Cahin, « Le droit international et la question de la 'fragmentation' des Etats », *RBDI*, 2007, p. 327-364, sp. p. 346.
[509] M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 107.
[510] Sur ce point voir entre autres l'étude de l'OSCE sur la *Gouvernance des entreprises publiques. Panorama des pays de l'OCDE*, OCDE, 2005, p. 38 ; v. aussi F. Riad, « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *RCADI*, 1963, vol. 108, p. 561-691, sp. p. 578-582 ; W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris 2, 2003, p. 213 s.
[511] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 44.
[512] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 164, p. 268 ; J. Chalmers, « State responsibiliy for acts of parastatals organized in corporate form », *ASIL proceedings*, 1990, p. 60-64.
[513] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 1, *op. cit.*, p. 44.
[514] *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des* Etats, *op. cit.*, p. 117.

distinguées quant à l'appréhension de ce type d'entités en droit des immunités. Dans un premier temps, le régime des immunités imposait de distinguer les organes de l'Etat, dont l'immunité était absolue, des entités distinctes, qui n'étaient susceptibles de bénéficier d'immunités que dans la mesure où elles agissaient dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat. Si les juges s'appuyaient le plus souvent sur l'existence ou l'absence de personnalité juridique dans l'ordre interne de l'Etat d'origine pour les distinguer, certaines décisions levaient le voile social d'entités dotées d'une personnalité distincte pour les assimiler à des organes en raison du contrôle que l'Etat exerçait sur elles[515]. Mais le développement de ces entités a contribué à faire glisser le droit des immunités d'une conception absolue vers une conception restreinte. C'est en effet à propos d'entités dotées d'une certaine autonomie, voire d'une personnalité juridique, que la conception restreinte de l'immunité a commencé à s'affirmer avant de s'appliquer également aux organes de l'Etat[516]. Leur situation ne diffère plus guère aujourd'hui de celle des organes de l'Etat au sens du droit interne. Les seconds peuvent certes être identifiés selon une méthode structurelle, tandis que les premières ne peuvent l'être qu'en appliquant une méthode fonctionnelle. Mais les uns comme les autres peuvent invoquer le bénéfice des immunités de la même manière et il ne leur sera accordé que si celui de leur comportement qui forme l'objet de la réclamation a été adopté dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat[517]. Le régime de l'immunité a alors déteint sur l'identification des bénéficiaires, les juges cessant pour la plupart de rechercher si une entité peut être qualifiée d'organe de l'Etat au sens du droit des immunités en considérant que, quoi qu'il en soit, « peut invoquer l'immunité de l'Etat celui qui y a droit »[518]. Le glissement de la conception absolue vers la conception restreinte de l'immunité a confirmé l'ambiguïté des rapports que les Etats entretiennent avec ces entités. A une époque où l'immunité était considérée comme

[515] Pour un exemple d'entité assimilée à un organe de l'Etat malgré sa personnalité distincte, v. Royaume-Uni, Court of appeal, *Krajina v. The Tass agency and another*, 27 juin 1949, *A.D.*, vol. 16, aff. n° 37, p. 129-137, s'agissant de l'agence de presse soviétique qui, bien qu'incorporée au Royaume-Uni, bénéficiait de l'immunité de l'Etat qui la possédait et la contrôlait complètement. Sur ce point, v. M. Cosnard, qui retient que, dans ce dernier cas, « la théorie du contrôle n'est pas utilisée pour accorder le droit d'invoquer l'immunité à une personne juridique distincte, mais pour ignorer cette personnalité, afin de qualifier le défendeur d'organe de l'Etat » (*La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, *op. cit.*, p. 107 s., sp. p. 112-113).
[516] *Ibid.*
[517] *Ibid.*, p. 108.
[518] *Ibid.*, p. 130. Bien que cet auteur constate que la pratique américaine tend à diluer la notion de bénéficiaire de l'immunité en en retenant une conception extensive, on remarquera qu'elle maintient une distinction relativement nette entre les organes de l'Etat et les autres entités susceptibles d'agir pour son compte. Sur ce point, v. M. A. Granne, « Defining 'organ of a foreign State' under the Foreign Sovereign Immunities Act 1976 », *U.C. Davis law review*, 2008, p. 1-56, cherchant à définir la notion d'organe de l'Etat au sens du *FSIA* et A. Hing Wen, « Suing the sovereing's servant : the implication of privatisation for the scope of foreign sovereign immunities », *Columbia law review*, 2003, p. 1538-1587, cherchant à déterminer les cas dans lesquels des entités qui ne sont pas des organes au sens du *FSIA* peuvent néanmoins bénéficier de l'immunité.

absolue, les premiers insistaient sur les liens qu'ils entretenaient avec les secondes pour les faire bénéficier de la protection qui leur était accordée dans l'ordre international. Dès lors que l'immunité est devenue relative, ils ont au contraire souligné ce qui les séparait pour éviter qu'une décision les concernant puisse être exécutée sur leur patrimoine[519].

151. De même qu'elles ont « bouleversé les théories traditionnelles de détermination des bénéficiaires de l'immunité de l'Etat »[520], l'apparition puis la prolifération de ces entités ne sont pas restées sans effet sur le droit de la responsabilité internationale. En 1971 déjà, R. Ago soulignait combien il était important pour la Commission du droit international de saisir ce « phénomène de notre temps » que constitue la « complexité et la différenciation croissantes de la machine étatique », quitte à faire œuvre de développement progressif[521]. Depuis lors, travaux de la Commission et pratique judiciaire se sont développés et enrichis réciproquement. Même s'ils demeurent à certains égards ambigus, ils conduisent à scinder la vaste catégorie des entités paraétatiques en deux. Certaines d'entre elles sont à ce point liées structurellement et fonctionnellement à l'appareil étatique qu'elles sont assimilées à des organes au sens du droit de la responsabilité. L'ensemble de leurs comportements est attribuable à l'Etat. D'autres restent, malgré les rapports qu'elles entretiennent avec l'appareil étatique, distinctes de lui. Seuls les comportements qu'elles accomplissent dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs étatiques ou pour le compte de l'Etat doivent lui être attribués. Les premières constituent de véritables démembrements fonctionnels de l'Etat, les secondes des entités distinctes mais néanmoins habilitées à l'exercice de pouvoirs ou de fonctions étatiques. Si la frontière entre les deux catégories est délicate à tracer (section 2), elle n'en ressort pas moins des travaux de la Commission du droit international et de la pratique judiciaire (section 1).

---

[519] Illustrant cette dernière tendance, v. France, Cour de cassation, crim., *Société nationale des Pétroles du Congo*, n° 04-13108, arrêt du 6 février 2007 et 1re civ., *Société nationale des hydrocarbures c. Société Winslow B & T*, n° 04-15388, 14 novembre 2007 : « dès lors que la société SNCP [dotée d'une personnalité autonome en droit interne] n'était pas statutairement dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat et que son patrimoine se confondait avec celui de l'Etat, elle devait être considérée comme une émanation de la République du Congo » (1re espèce). Sur ce point, v. M. Audit, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *RCDIP*, 2008, p. 303-311).

[520] M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, *op. cit.*, p. 117.

[521] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 164, p. 268 et § 170, p. 271.

Section 1. Les démembrements fonctionnels, organes de l'Etat

152. Relativement claire s'agissant des collectivités territoriales, la position de la C.D.I. concernant les entités paraétatiques est plus délicate à saisir. Elle semble les appréhender tantôt sous un angle organique, rapportant à l'Etat l'ensemble de leurs comportements, tantôt sous un angle fonctionnel, n'attribuant à l'Etat que les comportements qu'elles accomplissent dans l'exercice de fonctions que l'Etat au sens du droit interne leur a déléguées (§ 1). La pratique judiciaire, en grande partie concomitante des travaux de codification, reflète cette ambiguïté (§ 2). L'une comme l'autre montrent toutefois que les deux approches ne sont pas exclusives. Tandis que certaines entités font partie de la structure étatique, d'autres ne font qu'exercer des fonctions ou pouvoirs étatiques.

§ 1. Les travaux de la Commission du droit international

153. La situation des entités paraétatiques a fait l'objet d'évolutions importantes au cours des travaux de la C.D.I. Tandis que R. Ago proposait deux approches, l'une structurelle l'autre fonctionnelle, pour les appréhender, la Commission ne les aborda en première lecture que sous un angle fonctionnel (A) avant de revenir à une approche duale en seconde lecture (B).

A. Première lecture

1. Les démembrements fonctionnels chez R. Ago

154. Considérant que la notion d'organe de l'Etat devait être limitée aux entités dotées de ce statut en droit interne[522], R. Ago proposa deux dispositions afin d'appréhender les entités paraétatiques.

[522] Voir *supra*, introduction de cette partie.

155. Son projet d'article 7 devait d'abord répondre au phénomène de la décentralisation, qu'elle soit territoriale ou fonctionnelle, en rapportant à l'Etat le comportement d'entités qui, pour être publiques, ne sauraient à proprement parler être qualifiées d'organes de l'Etat d'après l'ordre juridique interne[523]. Cette qualification incluait, selon le rapporteur spécial, à côté des collectivités publiques territoriales[524], les établissements publics et autres entités publiques dotées d'une personnalité propre en droit interne[525]. Constatant que de telles entités « [répondent] à des exigences de nature publique » en exerçant des « fonctions de caractère public, qui répondent à des intérêts de la collectivité », le rapporteur spécial proposa de rapporter leurs comportements à l'Etat quand bien même elles seraient, du point de vue de l'ordre interne, dotées d'un appareil autonome[526]. Bien qu'il insistât sur la nature des fonctions exercées par de telles entités, il ne proposa toutefois pas de distinguer selon qu'elles ont agi dans un cas particulier dans l'exercice de « fonctions de caractère public » ou d'autres fonctions[527]. En effet, dans la mesure où, « en tant que sujet de droit international, l'Etat se présente comme une collectivité dotée de tout un complexe d'organismes œuvrant pour son compte », le rapporteur spécial estimait que l'ensemble des comportements des institutions n'appartenant pas à l'organisation étatique au sens du droit interne mais « au même complexe »[528] devait lui être imputé.

156. R. Ago renversait en revanche la perspective à l'article 8, s'agissant de déterminer les cas dans lesquels le comportement de personnes privées est imputable à l'Etat. Considérant que leur comportement n'est *a priori* pas attribuable à l'Etat, le rapporteur spécial estima qu'il était néanmoins des cas dans lesquels l'un de leurs comportements pourrait lui être rapporté. Parmi ceux-ci, à côté de l'action de particuliers en cas d'absence ou de carence des autorités officielles[529], le rapporteur spécial traitait des hypothèses dans lesquelles des personnes privées se sont vu « confier par les pouvoirs publics l'exercice d'un service ou l'accomplissement d'une tâche déterminée », visant ainsi notamment le phénomène de la privatisation[530]. R. Ago estimait qu'il ne fallait plus alors

---

[523] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, § 163, p. 268.
[524] *Ibid.*, § 183, p. 276.
[525] *Ibid.*, § 163, p. 268.
[526] *Ibid.*, § 166, p. 268-269. Déjà en ce sens, v. la base de discussion n° 16 établie en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international : « La responsabilité de l'État se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte des actes ou omissions (…) [d']institutions autonomes qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif, lorsque ces actes ou omissions sont contraires aux obligations internationales de l'État » (reproduit *in ACDI*, 1956, vol. 2, p. 224).
[527] En ce sens, M. Spinedi, « La responsabilità dello Stato per comportamenti di *Private* contractors », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo, (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 67-103, sp. p. 83.
[528] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 184, p. 277.
[529] *Ibid.*, § 189, p. 278.
[530] *Ibid.*, § 190, p. 278.

centrer son analyse sur le « rattachement formel à l'organisation étatique de la personne ayant adopté les comportements en question » mais sur « le caractère public de la fonction ou de la mission dans l'exercice de laquelle l'action ou omission contraire au droit international a été commise »[531]. Il proposa donc une disposition spécifique conduisant à attribuer à l'Etat le comportement de personnes qui « exercent en fait des fonctions publiques »[532]. Le rapporteur spécial insista alors sur le caractère plus ou moins occasionnel de l'exercice de fonctions publiques par les entités visées dans son projet d'article 8, indiquant ainsi qu'à la différence des institutions publiques abordées dans son projet d'article 7, seuls les comportements qu'elles accomplissent dans l'exercice de telles fonctions devraient être imputés à l'Etat[533].

157. R. Ago appréhendait donc les entités paraétatiques en distinguant nettement deux règles. La première impliquait de centrer l'analyse sur l'entité qui agit en rapportant à l'Etat l'ensemble des comportements accomplis par les organes de toutes les personnes susceptibles d'être qualifiées de publiques[534]. La seconde opérait un basculement du raisonnement en centrant l'analyse non sur le statut – privé – de l'entité en cause mais sur le comportement qu'elle a accompli – un comportement accompli dans l'exercice de fonctions publiques.

2. Les démembrements fonctionnels dans le texte adopté en première lecture

158. Les discussions au sein de la Commission ont conduit à des glissements importants par rapport aux propositions formulées par Ago. Tout en restreignant, comme le rapporteur spécial l'avait proposé, la catégorie des organes aux entités qualifiées comme

[531] *Ibid.*, § 191, p. 279.
[532] Projet d'article 8 proposé par le rapporteur spécial, *ibid.*, § 197, p. 282.
[533] *Ibid.*, § 195, p. 281: « Les fonctions publiques [que remplissent les institutions publiques] sont statutairement des fonctions qui leur sont propres, et non pas des fonctions de l'Etat qu'elles exerceraient pour le compte de celui-ci. On ne peut donc pas assimiler ces institutions à des particuliers ou à des groupes privés agissant plus ou moins occasionnellement pour le compte de l'Etat ou en remplacement de ses organes ».
[534] Les interventions de plusieurs membres de la Commission lors des débats sur le projet d'article 8 confirment que l'approche retenue dans le projet d'article 7 était perçue comme organique. En ce sens, A. Tammes remarqua que « l'article 7 traite des organes de l'Etat proprement dit, qui font partie intégrante de la structure constitutionnelle de l'Etat » (1258e séance, § 15, p. 35), P. Reuter fit mention de « la situation organique qui permettrait l'application de l'article 7 » (1258e séance, § 21, p. 36), A. Ramangasoavina remarqua qu'« alors que l'attribution des faits à l'Etat est automatique dans le cas des articles 6 et 7, elle nécessite, dans le cas de l'article 8, une analyse et une appréciation de la situation » (1259e séance, § 6, p. 38).

tels par le droit interne, la Commission choisit de ne retenir qu'une disposition censée régir l'ensemble des entités paraétatiques.

159. Deux difficultés apparues lors des débats conduisirent à une telle évolution. La première tenait à la définition des « établissements publics et autres institutions publiques autonomes ». Les membres de la Commission estimèrent en effet que cette notion devait être précisée[535]. Plusieurs pistes furent alors explorées pour déterminer ce qui confère à une entité un caractère public au sens de l'article 7. Tandis que le statut de l'entité dans l'ordre interne, le contrôle que les organes de l'Etat au sens du droit interne exercent sur elle, les fonctions qu'elle assume ou une combinaison de ces éléments furent envisagés, le rapporteur spécial et la Commission penchèrent pour le critère des prérogatives détenues par l'entité en cause[536]. La seconde tenait à la césure entre les projets d'articles 7 et 8. Alors que le rapporteur spécial avait initialement proposé d'aborder les différentes entités dont le comportement est susceptible d'être rapporté à l'Etat en fonction de leur statut (public ou privé) dans l'ordre interne, les débats conduisirent à les distinguer selon la nature des liens (juridiques ou factuels) qui les unissent aux organes de l'Etat au sens du droit interne ou aux organes des collectivités territoriales[537]. Les membres de la Commission estimèrent donc que dès lors qu'une entité est habilitée, même de manière limitée, à l'exercice de prérogatives de puissance publique en vertu du droit interne, sa situation devait relever de l'article 7 et non de l'article 8[538].

160. L'article 7 adopté en première lecture enregistra ces débats. Il eût certes été envisageable de distinguer en son sein la situation des entités publiques, dont tous les comportements sont attribuables à l'Etat, de celle des personnes privées habilitées, de manière limitée, à l'exercice de prérogatives de puissance publique et dont seuls les comportements accomplis à ce titre sont attribuables à l'Etat[539]. Compte tenu des

---

[535] Appelant de leurs vœux une telle précision, v. R.D. Kearney (*ACDI*, 1974, vol. 1, 1253e séance, § 11-14, p. 14-15 et 1256e séance, § 32-34, p. 25), T. Elias (1253e séance, § 17, p. 15), P. Reuter (1253e séance, § 25, p. 16), S. Bilge (*ibid.*, § 19, p. 19), A. Ramangasoavina (1256e séance, § 9, p. 22)

[536] Sur les critères envisagés, v. commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 18, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 293. V. aussi, *infra*, Section 2. Sur la notion de prérogatives de puissance publique, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[537] En ce sens, v. les interventions de R. D. Kearney (1258e séance, § 10-11, p. 34), A. Tammes (1258e séance, § 15-18, p. 35) et, finalement, R. Ago (1260e séance, § 20 et 22, p. 46-47). Cette solution est mentionnée dans le commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 1, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 294.

[538] Ce glissement résulte en particulier de la proposition de R. D. Kearney (1258e séance, § 11, p. 34), v. aussi les interventions d'A. Tammes (1258e séance, § 18, p. 35), N. Ouchakov (1258e séance, § 24, p. 36). Il fut admis par R. Ago (1260e séance, § 22, p. 46-47).

[539] Ainsi que le proposait R. D. Kearney, 1258e séance, § 11, p. 34 : « Le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international lorsque, d'après le droit interne de l'Etat ou le droit d'une collectivité publique territoriale, cette entité a expressément le statut d'entité publique et a, en l'occurrence, agi en cette qualité *ou* est habilitée à exercer une partie de la puissance publique de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale et a, en l'occurrence, exercé cette puissance ». Nous soulignons.

difficultés de définition des entités publiques, la Commission opta toutefois pour une formule englobante selon laquelle « est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale mais qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité »[540]. La situation des personnes privées s'étant vu confier des fonctions étatiques en vertu du droit interne avait ainsi glissé de l'article 8, désormais consacré aux personnes et entités qui agissent en fait pour le compte de l'Etat, vers l'article 7 qui couvrait dès lors aussi bien des « établissements publics, des entités parastatales, des institutions publiques diverses » que, « dans des cas spéciaux, des sociétés de droit privé »[541]. La situation de ces entités était alors distinguée de celle des collectivités publiques territoriales. Tandis que celles-ci étaient considérées comme suffisamment liées à la structure étatique pour que l'ensemble de leurs comportements soit rapporté à l'Etat, seuls les comportements accomplis par celles-là dans « un secteur d'activité à l'égard duquel l'entité en question est chargée de l'exercice [de prérogatives de puissance publique] »[542] lui étaient attribués. L'approche n'était dès lors plus centrée sur l'entité et son statut mais sur le secteur d'activité dans lequel le comportement en cause a été adopté. Elle n'était plus structurelle mais fonctionnelle.

161. La catégorie des établissements publics et autres entités publiques dotées d'une personnalité propre en droit interne initialement identifiée par Ago avait ainsi disparu en tant que telle. Dès lors qu'une entité ne pouvait être considérée comme un organe de l'Etat au sens du droit interne ou comme un organe d'une collectivité territoriale, son statut ou les liens qu'elle entretenait avec les organes de l'Etat au sens du droit interne importaient peu. Il devenait nécessaire de déterminer si elle avait adopté le comportement spécifiquement en cause dans un secteur d'activité à l'égard duquel elle a été chargée de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

B. Seconde lecture

162. Réservée aux entités dotées de ce statut en droit interne en première lecture, la notion d'organe de l'Etat a été nettement élargie en seconde (2) sous l'impulsion de J. Crawford (1) de sorte qu'elle semble devoir englober certaines entités paraétatiques.

[540] Article 7 al. 2 adopté en première lecture, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 288.
[541] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 18, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 293.
[542] *Ibid.*

1. Les démembrements fonctionnels chez J. Crawford

163. Ecartant la seule référence au droit interne pour identifier les organes de l'Etat, J. Crawford estima que la notion devait être entendue « dans son sens le plus large pour signifier une personne ou une entité appartenant au secteur public et remplissant des fonctions officielles de quelque nature et de quelque niveau que ce soit »[543]. Cet élargissement de la notion d'organe, dès lors susceptible d'englober certaines entités dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat en droit interne[544], ne pouvait rester sans conséquence sur les articles 7 et 8 adoptés en première lecture. Le rapporteur spécial considéra toutefois que ces dispositions devaient être maintenues, fournissant à cette occasion quelques indications sur les limites de la conception qu'il se faisait de la notion d'organe.

164. S'il proposa de maintenir une disposition reprenant le second paragraphe de l'article 7 adopté en première lecture, c'est parce qu'il estimait qu'à la différence des collectivités publiques territoriales certaines des entités qui y étaient visées ne pouvaient être considérées comme des organes de l'Etat même au sens large qu'il avait retenu. Le rapporteur spécial citait ainsi en particulier les cas dans lesquels des compagnies aériennes privées exercent des fonctions de contrôle de l'immigration ou des agents de sécurité privés font fonction de gardiens de prison[545]. Ce faisant, il semblait renouer avec l'esprit des premières propositions de R. Ago qui distinguait la situation des « autres institutions publiques », dont l'ensemble des comportements était attribuable à l'Etat, de celle des personnes privées chargées d'assurer des fonctions étatiques, dont seuls les comportements accomplis dans le cadre de ces fonctions devaient lui être rapportés. Il précisa en effet qu'alors que l'article 5 concernait « toutes les entités publiques qui constituent des 'organes' », l'article 7 devait être maintenu pour saisir les « entités séparées » qui ne font pas partie de la « structure » de l'Etat car elles « n'agissent pas, *normalement*, pour [son] compte »[546]. Le rapporteur spécial confirmait ainsi que, selon lui, les entités publiques, qui

---

[543] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 158, p. 37. V. aussi, 2553e séance, § 37, p. 248.

[544] *Ibid.*, § 188, p. 141-142 : alors qu'il aborde la situation des collectivités publiques territoriales, le rapporteur spécial remarque que de nombreux organes auquel l'article 5 fait référence « jouissent d'une personnalité juridique distincte selon le droit interne de l'Etat en question ». V. aussi, 2555e séance, § 8-9, p. 258, où le rapporteur spécial cite le cas de la police qui, au Royaume-Uni, est dotée d'une personnalité distincte sans pour autant cesser d'être un organe de l'Etat au sens du droit international (sur ce point, v. aussi I. Brownlie, *System of the law of Nations : State responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 136).

[545] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 189, p. 42 et intervention de J. Crawford, 2553e séance, *ACDI*, 1998, vol. 1, p. 243-249, sp. p. 244.

[546] Projet d'article 7 proposé en deuxième lecture, *ibid.*, § 284, notes 1 à 3, p. 60. Nous soulignons.

font partie de la structure de l'Etat et agissent normalement pour son compte, doivent être considérées comme ses organes, quel que soit leur statut en droit interne[547].

165. Abordant cette fois l'article 8 adopté en première lecture, aux termes duquel sont attribuables à l'Etat les comportements des personnes agissant en fait pour son compte, J. Crawford fixa d'autres limites à la notion d'organe. Estimant en effet que « le droit international admet l'existence distincte des sociétés au niveau national, sauf dans des cas exceptionnels où le 'voile social' est un simple mécanisme ou un instrument de fraude », il refusa d'assimiler les sociétés étatiques à des organes de l'Etat[548]. Tout en occultant la personnalité morale des institutions publiques, y compris des collectivités territoriales, pour rapporter l'ensemble de leurs comportements à l'Etat perçu comme une unité, le rapporteur spécial proposa donc de tenir compte de celle des sociétés de sorte que seuls les faits qu'elles commettent dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou pour le compte de l'Etat devraient lui être rapportés[549]. Toutefois, outre que le rapporteur spécial admettait que sa proposition, fondée pour l'essentiel sur une analogie avec le raisonnement suivi par la C.I.J. en l'affaire de la *Barcelona Traction*[550], relevait davantage du développement progressif que de la codification *stricto sensu*[551], il a considéré que le « voile social » d'une société pouvait être levé lorsqu'il ne constitue qu'un « simple mécanisme ou un instrument de fraude ».

166. J. Crawford a donc proposé à la Commission une conception élargie de la notion d'organe, dès lors susceptible d'englober certaines entités dotées d'une personnalité autonome en droit interne, tout en maintenant que d'autres entités peuvent, tout en restant étrangères à l'appareil étatique *lato sensu*, exercer des prérogatives de puissance publique ou agir ponctuellement pour le compte de l'Etat[552].

---

[547] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 188, p. 141-142.
[548] *Ibid.*, § 209-211, p. 45-46.
[549] *Ibid.*
[550] *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, § 37-58, reconnaissant l'effet de la personnalité juridique d'une société anonyme canadienne pour dénier à l'Etat de nationalité de ses actionnaires (la Belgique) le droit d'exercer la protection diplomatique à son endroit, tout en reconnaissant que « dans l'ordre international [comme en droit interne], il peut en principe y avoir des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile [social] dans l'intérêt des actionnaires » (§ 58).
[551] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 211, p. 46, où le rapporteur juge sa position « défendable ».
[552] La distinction peut paraître ténue. Le rapporteur spécial répondit ainsi à G. Häfner, qui lui demandait si les banques centrales relevaient de l'article 5 ou de l'article 7 § 2, qu' « il ne saurait y avoir de règle générale. Certaines banques centrales jouissent d'un tel degré d'autonomie qu'elles relèveront de l'article 7 § 2, alors que d'autres seront si liées à l'Etat et contrôlées par celui-ci qu'elles relèveront de l'article 5 » (2555e séance, § 15, p. 259).

2. Les démembrements fonctionnels dans le texte adopté en seconde lecture

167. Malgré les importants débats qu'ont suscités les aménagements proposés par J. Crawford, le texte adopté en seconde lecture et son commentaire reflètent l'essentiel de ses propositions. Ils reposent sur une césure nette entre, d'un côté, les comportements des organes de l'Etat et, de l'autre, ceux des entités qui sont habilitées par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique ou qui agissent sous la direction ou le contrôle de l'Etat. Deux éléments marquent la distinction. D'abord, la formulation retenue à l'article 5 oppose clairement les organes de l'Etat aux entités qui ne sont pas des organes au sens de l'article 4[553]. Ensuite, l'ensemble des comportements des premiers est attribuable à l'Etat[554], tandis que seuls certains des comportements des secondes – ceux accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique[555] ou sur les instructions, les directives ou le contrôle de l'Etat[556] – lui sont imputables. Pourtant, la définition de chacune de ces entités présente certains points de contact.

168. Le commentaire de l'article 4 précise ainsi que « l'expression 'un organe de l'État' (…) doit s'entendre dans son acception la plus large », recouvrant « les organes publics de quelque nature et de quelque catégorie que ce soit, remplissant quelque fonction que ce soit et à quelque niveau que ce soit, y compris au niveau régional, voire local »[557]. Dès lors, si le texte de l'article 4 reconnaît que le droit interne joue un rôle important dans cette qualification en précisant qu'« un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État », ce rôle n'est ni absolu, ni exclusif et il faut également tenir compte notamment « des pouvoirs de l'entité considérée et [de] sa relation avec d'autres entités »[558]. La notion d'organe au sens de l'article 4 ne se limite donc pas aux entités qui ont ce statut en vertu du droit interne. Outre les collectivités publiques territoriales, il semble qu'elle puisse inclure d'autres institutions publiques distinctes de l'Etat, qui relevaient antérieurement de l'article 7 proposé par R. Ago et codifié en première lecture. Pour autant, le commentaire de l'article 5 précise quant à lui qu'en visant les entités qui ne sont pas des organes de l'Etat au sens de l'article 4, il est susceptible de couvrir le comportement « d'entreprises publiques, d'entités parapubliques, d'institutions

[553] L'article 5 du texte de codification définitif traite ainsi du « comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4 » (*op. cit.*, p. 44).
[554] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 42. Sur ce point, v. *infra*.
[555] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2 et 5, *op. cit.*, p.44-45. Sur ce point, v. *infra*.
[556] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 50-51.
[557] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 42.
[558] *Ibid.*, § 11, p. 94-95.

publiques diverses, voire, dans certains cas particuliers, de sociétés privées »[559]. L'article 5 ne se limite donc pas à la situation des personnes privées habilitées à l'exercice de fonctions ou pouvoirs étatiques mais peut également couvrir celle d'institutions considérées en droit interne comme publiques.

169. Il semble alors délicat de déterminer les cas dans lesquels de telles entités relèveront de l'article 4 ou de l'article 5. Deux éléments doivent conduire à relativiser cette difficulté. Les formules larges utilisées dans le commentaire de l'article 5 apparaissent d'abord comme une survivance de l'article 7 proposé par R. Ago et retenu en première lecture par la Commission[560], celle-ci ayant sans doute considéré par la suite, comme l'avait suggéré M. Rosenstock lors des débats, « qu'un chevauchement serait sans conséquence mais qu'un vide constituerait un grave problème »[561]. On doit ensuite remarquer que tous les exemples cités dans le commentaire de l'article 5 concernent des personnes privées (compagnies aériennes exerçant des fonctions ayant trait au contrôle de l'immigration, entreprises de sécurité exerçant des fonctions de gardien de prison)[562]. Il semble donc que la catégorie des organes de l'Etat au sens de l'article 4 doive être entendue largement de sorte qu'elle pourrait inclure des institutions dotées d'une personnalité autonome en droit interne, l'article 5 couvrant quant à lui la situation de personnes qui, tout en restant étrangères à la structure étatique, sont habilitées à exercer certains pouvoirs ou certaines fonctions étatiques.

170. Aussi large soit-elle, la catégorie des organes de l'Etat au sens de l'article 4 n'inclut toutefois pas selon la Commission les sociétés et entreprises qui appartiennent à ou sont contrôlées par l'Etat, à moins que leur 'voile social' soit un simple mécanisme ou un instrument de fraude. La C.D.I. estime dès lors que leur comportement n'est pas attribuable à l'Etat à moins qu'elles aient agi dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou que l'Etat ait utilisé sa position pour parvenir à un résultat particulier[563].

171. Le texte adopté en seconde lecture enregistre donc la conception proposée par J. Crawford tout en conservant certains vestiges du texte adopté en première lecture. Il ne

[559] Commentaire de l'article 5, § 2, *op. cit.*, p. 43-44.
[560] Le juriste habitué aux systèmes de droit civil remarquera que la catégorie des établissements publics, mentionnée dans le commentaire de l'article 7 adopté en première lecture (§ 19, *ACDI*, 1974, vol. 2, partier 1, p. 293), a disparu du commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif. Il nous semble que cela s'explique par l'élargissement de la notion d'organe, dès lors susceptible d'englober de telles entités. De manière analogue, le commentaire de l'article 5 signale que cette disposition vise les « anciennes entreprises publiques [qui] ont été privatisées mais conservent certaines prérogatives publiques ou réglementaires » (§ 1, *op. cit.*, p. 44), semblant indiquer que les entreprises publiques qui n'ont pas été privatisées peuvent être considérées, dans certains cas, comme des organes de l'Etat au sens de l'article 4.
[561] 2555e séance, § 24, p. 260.
[562] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2 et 5, *op. cit.*, p. 44-45.
[563] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 50.

fait guère de doute que la notion d'organe au sens de l'article 4 du texte définitif est bien plus large que celle retenue au sens de l'article 5 adopté en première lecture. Malgré les chevauchements signalés, il semble donc bien que certaines entités paraétatiques puissent être qualifiées d'organes au sens de l'article 4, de sorte que tous leurs comportements devraient être rapportés à l'Etat, tandis que d'autres demeurent distinctes de l'appareil étatique même si elles peuvent exercer des pouvoirs ou fonctions étatiques ou agir pour le compte de l'Etat. Le commentaire général du chapitre 2 de la première partie confirme cette interprétation. Tout en reconnaissant que « le droit interne et la pratique de chaque Etat jouent un rôle décisif dans la détermination de ce qui constitue un organe de l'Etat », celui-ci indique que, même s'il se peut qu'en droit interne « les ministères, directions, services de toutes sortes, commissions ou *établissements publics* soient dotés d'une personnalité juridique distincte, aient des comptes distincts et des obligations en matière de réparation distinctes », en droit international « l'État est responsable du comportement de tous les organes, institutions et fonctionnaires *qui font partie de son organisation* et agissent en cette qualité, *qu'ils aient ou non la personnalité juridique en droit interne* »[564]. Concomitante des travaux de codification, la pratique judiciaire reflète aussi bien les hésitations de la Commission que la solution finalement retenue.

§ 2. La pratique judiciaire

172. Les juridictions étudiées ont été confrontées dans des proportions variables à des entités que l'on pourrait qualifier de paraétatiques. La pratique de la Cour internationale de Justice sur ce point est étique. Tout juste peut-on signaler qu'elle aurait pu se prononcer sur cette question s'agissant des comportements de banques norvégiennes, dont la Banque hypothécaire du Royaume de Norvège, décrite comme un établissement créé par l'Etat et dont le capital appartient à l'Etat. Les parties s'opposaient en effet sur le point de savoir si la responsabilité internationale de la Norvège pouvait être engagée pour le comportement de telles entités. Là où la Norvège voyait des entités distinctes de l'Etat qui ne pouvaient donc engager sa responsabilité internationale, la France les considérait comme des établissements publics qui, du point de vue du droit international, se confondent avec l'Etat[565]. La requête de la France ayant été déclarée irrecevable pour des

[564] Commentaire du chapitre 2 de la première partie du texte de codification définitif, § 6 et 7, *op. cit.*, p. 40-41. Nous soulignons.

[565] *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957, plaidoirie d'André Gros, agent du gouvernement français, Mémoires, vol. II, p. 72 : « (…) [S]i, en droit interne, la personnalité juridique des établissements publics, distincte de celle de l'Etat, entraîne comme conséquence que les procès relatifs à ces établissements doivent être dirigés contre eux et non contre l'Etat (…), cette conséquence n'a pas à être

motifs liés à l'existence d'une réserve française à sa déclaration facultative de compétence obligatoire, la question ne fut pas examinée par la Cour. Cela n'empêcha certes pas certains juges de se prononcer dans le sens défendu par la France dans leurs opinions[566]. Mais il est bien délicat de tirer des enseignements de cette pratique. Celle des organes de contrôle dans les domaines des droits de l'homme (A) ou du droit économique (B) est en revanche abondante. Elle tend à confirmer que certaines entités paraétatiques peuvent être assimilées à des organes de l'Etat au sens du droit de la responsabilité.

A. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

173. Les organes européens de protection des droits de l'homme ont été régulièrement confrontés à des entités paraétatiques. Pour abondante qu'elle soit, leur pratique demeure toutefois délicate à interpréter. Plusieurs lignes jurisprudentielles concordantes peuvent toutefois être identifiées. La première concerne bien sûr les cas dans lesquels les organes de Strasbourg ont établi la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'entités distinctes de lui au sens du droit interne (1). La seconde a trait aux situations dans lesquelles ils se sont prononcés sur la nature gouvernementale ou non d'une entité ayant introduit une requête devant eux (2).

transposée dans le droit international (…). Du point de vue du droit international, ces personnes publiques se confondent avec l'Etat ».

[566] *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957, O.I. Lauterpacht, *Rec. 1957*, p. 36 ; O.D. Read, *ibid.*, p. 96. Ce dernier remarque notamment que la Norvège ne saurait invoquer la personnalité distincte de la banque après avoir prétendu qu'il s'agissait de son émanation pour lui permettre de bénéficier de son immunité au cours des procédures engagées en France. Le Tribunal de la Seine avait d'ailleurs refusé de lui accorder l'immunité au motif que « si elle a reçu certains avantages pour l'exercice de son activité, [elle] n'accomplit pas pour autant des actes de souveraineté dont l'exercice lui serait délégué par l'Etat » (Tribunal civil de la Seine, *Passelaigues c. Banque hypothécaire de Norvège*, 16 juin 1955, *G.P.*, 1955, 2, p. 61-64, sur ce point v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, *op. cit.*, p. 118-119). Bien que les juges internes aient ainsi privilégié une conception fonctionnelle de l'immunité des démembrements de l'Etat, R. Ago penchait également pour la solution retenue par les juges Lauterpacht et Read consistant à assimiler les banques en cause à la Norvège aux fins de la responsabilité internationale (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 167, p. 269).

1. La responsabilité de l'Etat pour le comportement d'entités paraétatiques

174. La Cour a régulièrement engagé la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'entités dotées d'une personnalité autonome en droit interne. Pour ce faire, elle a développé trois types de raisonnements distincts. La Cour a parfois considéré que l'Etat devait être tenu responsable de n'avoir pas empêché une entité de porter atteinte aux droits du requérant. Mais en pareil cas, la Cour n'impute pas à l'Etat le comportement de l'entité en cause. Elle le considère responsable de son propre comportement ayant consisté en un manquement à une obligation positive[567]. Dans d'autres hypothèses, la Cour s'est appuyée sur la nature étatique des fonctions exercées par l'entité pour attribuer à l'Etat ses comportements en retenant qu'il « ne saurait se soustraire à sa responsabilité *ratione personae* en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers »[568]. Mais elle n'a alors pas raisonné au regard du statut de l'entité mais davantage par rapport au comportement spécifiquement en cause, mettant en œuvre une règle d'imputation *ratione materiae*[569]. Il est toutefois quelques hypothèses dans lesquelles la Cour a semblé assimiler des entités dotées d'une personnalité autonome à des organes de l'Etat, de sorte qu'elle lui a attribué l'ensemble de leurs comportements.

Tel est d'abord le cas des ordres professionnels. Considérant qu'ils sont habilités par la loi à l'exercice d'une activité d'intérêt général – notamment le contrôle de certaines professions, qu'ils assurent en disposant de prérogatives exorbitantes du droit commun – tant normatives qu'administratives et disciplinaires – et sous le contrôle de l'Etat, les juges de Strasbourg les ont qualifiés d'institutions de droit public, de sorte que les règlements qu'ils adoptent peuvent être considérés comme des lois susceptibles de fonder une ingérence dans la liberté d'expression[570], que l'obligation de s'y inscrire ne porte pas atteinte à la liberté d'association[571], et, encore et surtout, que leur comportement est

---

[567] Pour un exemple particulièrement net, v. *Young, James and Webster c. Royaume-Uni*, req. n° 7601/76 et 7806/77, arrêt du 13 août 1981, § 49, considérant que « si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre *British Rail* et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur *British Rail* ».

[568] *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 1314/87, arrêt du 23 février 1993, § 27.

[569] Voir *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.

[570] *Barthold c. RFA*, req. n° 8734/79, arrêt du 25 mars 1985, § 46.

[571] *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/75 et 7238/75, arrêt du 23 juin 1981, § 64 ; *Bota c. Roumanie*, req. n° 24057/03, recevabilité, 12 octobre 2004, § 1. Comp. *Chassagnou et autres*

attribuable à l'Etat aux fins de la responsabilité[572]. Tel est ensuite le cas d'entreprises d'Etat. La Cour fut confrontée à toute une série de cas dans lesquels les requérants n'avaient pu obtenir l'exécution de décisions de justice condamnant de telles entreprises à les indemniser. Elle a alors recherché, au stade de la recevabilité[573], si ces entreprises pouvaient être assimilées à l'Etat de sorte qu'il pourrait être tenu responsable du défaut d'exécution de ces décisions en vertu de l'article 6 § 1[574]. Elle a estimé que tel était le cas tant que l'entreprise ne bénéficiait pas d'une indépendance institutionnelle et opérationnelle suffisante vis-à-vis de l'Etat pour faire échapper le second à sa responsabilité pour les actes de la première[575]. Tel est enfin le cas de la Fondation pour la réconciliation germano-polonaise. Bien qu'il s'agisse d'une association de droit privé, la Cour a considéré que l'Etat polonais pouvait être tenu responsable de son comportement en remarquant, d'une part, que l'Etat conservait sur elle un contrôle, sinon spécifique, du moins général[576] et, d'autre part, qu'elle remplissait des tâches pour le compte de l'Etat en

---

c. France, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 et *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74 : bien qu'ils doivent leur existence à la volonté du législateur et qu'ils soient placées sous la tutelle des organes de l'Etat, les associations communales de chasse agréées françaises et les syndicats de chasse luxembourgeois constituent bien des associations et non des institutions publiques car ils sont composés de particuliers désireux, *a priori*, de regrouper leurs terrains pour la pratique de la chasse et ne bénéficient pas de prérogatives exorbitantes du droit commun ni n'utilisent de procédés de la puissance publique.

[572] *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78 : responsabilité de la Roumanie du fait de l'annulation de l'inscription du requérant au barreau de Constança par l'Union des avocats roumains ; v. déjà *Casado Coca c. Espagne*, req. n° 15450/89, arrêt du 24 février 1994, § 38 s., avec une ambiguïté sur le point de savoir si c'est le comportement de l'ordre ou le fait qu'il ait été confirmé par les juridictions internes qui est à l'origine de la responsabilité de l'Espagne.

[573] Dans une partie de ces arrêts qu'elle intitule de manière significative « recevabilité *ratione personae* (responsabilité de l'Etat) ».

[574] La Cour estime en effet que le droit à un procès équitable protégé par l'article 6 § 1 inclut le droit à l'exécution des décisions de justice et qu'une autorité étatique ne saurait prétexter un manque de ressources pour ne pas honorer un jugement. Dès lors qu'une entité est qualifiée d'étatique, tout défaut de paiement d'une somme due en exécution d'une décision de justice constitue donc une atteinte au droit à un procès équitable (*Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, req. n° 35091/02 et autres, arrêt du 30 novembre 2004, § 52).

[575] Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, de la société ukrainienne Atomspetsbud qui menait des opérations dans le domaine extrêmement réglementé de l'énergie nucléaire et en particulier dans la zone sous contrôle gouvernemental strict de Chernobyl, était dirigée par le ministre de l'Energie et dont l'Etat avait interdit la saisie des biens en raison d'une possible contamination (*ibid.*, § 45), de l'entreprise Moldave Moldtranselectro à laquelle l'Etat avait délégué certaines fonctions dans le contexte de la privatisation du secteur de l'énergie en la chargeant de régler toutes réclamations ultérieures avec des tiers et dont les actifs étaient contrôlés par l'Etat (*Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, req. n° 39745/02, arrêt du 3 avril 2007, § 17-19), de la compagnie serbe Vojin Popović-Domaća radinost qui était étroitement contrôlée par l'Agence de privatisation, un organisme public, ainsi que par le Gouvernement (*R. Kacapor* et al. *c. Serbie*, req. n° 2269-06 *et al.*, arrêt du 15 janvier 2008, § 96-99), ou encore de l'entreprise roumaine A. qui détenait des actifs et des terrains appartenant aux domaines public et privé de l'Etat et opérait sous le contrôle du ministère de l'Agriculture (*Cone c. Roumanie*, req. n° 35935/02, arrêt du 24 juin 2008, § 21).

[576] *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 68 s. : tout en admettant que l'Etat n'exerçait pas une influence très étendue sur les activités quotidiennes de la Fondation, la Cour remarque qu'il « joue un rôle majeur dans la mesure où il définit le cadre général des activités de la Fondation » et que le gouvernement dispose « de vastes possibilités d'influencer [ses] activités », notamment parce que la Fondation a été créée par un ministre qui en a rédigé les statuts et avait toute latitude pour en nommer et destituer les organes, que son activité se basait directement sur un accord international auquel la Pologne était partie, et qu'elle était soumise dans une certaine mesure au contrôle et à la supervision du ministre du Trésor.

assurant la répartition d'indemnisations que la Pologne s'est engagée à assurer en vertu d'un accord international[577].

175. Il semble donc que la C.E.D.H. assimile certaines entités à l'Etat en combinant indices structurels et fonctionnels. Cette pratique demeure toutefois peu explicite et restreinte. Il est tout d'abord délicat de déterminer si la Cour assimile véritablement les entités dont il est question à des organes, de sorte que l'ensemble des comportements qu'elles accomplissent devraient être imputés à l'Etat. Il n'est ensuite pas certain que le même raisonnement soit applicable à d'autres types d'entités. Une deuxième ligne jurisprudentielle indique toutefois que la Cour envisage d'élargir la catégorie des organes de l'Etat au-delà des entités dotées de ce statut en droit interne.

2. La nature gouvernementale d'entités paraétatiques au sens de l'article 34 C.E.D.H.

176. La deuxième ligne jurisprudentielle développée par les organes de Strasbourg concernant les entités paraétatiques concerne les cas dans lesquels elle a dû se prononcer sur la nature gouvernementale ou non d'une entité afin d'apprécier la recevabilité *ratione personae* d'une requête déposée par elle. L'article 34 de la Convention prévoit ainsi que « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles ». La Cour en a déduit qu'elle ne pouvait être saisie d'une requête par une organisation gouvernementale. Elle a alors précisé ce qu'il fallait entendre par « organisation gouvernementale » dans ce contexte. Pour elle, cette expression inclut non seulement les organes centraux de l'Etat et des collectivités territoriales, mais aussi « les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités »[578]. Pour identifier de telles personnes morales, la Cour prend en compte un ensemble d'indices mêlant aspects structurels (statut juridique en droit interne, degré d'indépendance par rapport aux autorités politiques) et fonctionnels (prérogatives, nature de l'activité exercée, contexte)[579]. Appliquant ce

[577] *Ibid.*, § 73. Face aux dénégations de la Pologne, qui considérait que la Fondation n'exerçait pas de pouvoirs étatiques, la Cour estima que, quand bien même tel serait le cas, cela n'affecterait pas la conclusion à laquelle elle est parvenue, les autres indices semblant suffire à imprimer un caractère étatique à cette Fondation (*Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, arrêt du 8 juin 2006, § 53).
[578] *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 79 ;
[579] *Ibid.*

faisceau d'indices, les organes de Strasbourg ont considéré comme gouvernementales des entreprises qui, bien que disposant d'une personnalité juridique autonome en droit interne, exercent une activité de service public ou bénéficient d'un monopole sous le contrôle de l'Etat[580]. A l'inverse, ne furent pas considérées comme telles des entreprises comme Radio France, entreprise gérant un service public mais sans disposer de prérogatives de puissance publique ni être soumise au contrôle des autorités politiques[581], ou comme la Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran, entreprise détenue intégralement par l'Etat mais exerçant des activités commerciales sans participer à l'exercice de la puissance publique, assumer un rôle de service public ou détenir un monopole dans un secteur concurrentiel[582], pas plus que des associations comme l'Unédic qui, si elle exerce une fonction publique, le fait sans être soumise au contrôle des autorités politiques et sans disposer de prérogatives de puissance publique[583].

177. Que déduire de cette jurisprudence au regard de l'imputation aux fins de la responsabilité internationale ? Les conclusions sont dissymétriques. Ainsi, s'il est possible que le comportement d'une organisation non gouvernementale au sens de l'article 34 soit imputé à l'Etat aux fins de la responsabilité[584], il paraît en revanche difficilement envisageable que le comportement d'une organisation gouvernementale au sens de l'article 34 ne lui soit pas rapporté. La Cour semble ainsi estimer que lorsqu'une même entité

---

[580] *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité, 27 janvier 2009, § 19 : irrecevabilité *ratione personae* de la requête introduite par la société *Luganskvugillya* au motif que, détenue et gérée par l'Etat, qui disposait également du pouvoir de la liquider, cette entreprise avait pour unique fonction l'administration de la propriété de l'Etat dans l'industrie minière et exerçait donc, selon la Cour, une mission de service public ; Com. EDH., *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997 : irrecevabilité *ratione personae* de la requête introduite par la Société nationale des chemins de fer espagnole au motif que, créée par l'Etat, elle bénéficie d'un monopole qu'elle assume, avec une certaine vocation sociale, sous le contrôle du gouvernement, sa structure interne et l'organisation de ses activités étant réglementées par décret.

[581] *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 : recevabilité *ratione personae* de la requête introduite par *Radio France* car, bien qu'elle ait été créée par la loi, qu'elle soit détenue intégralement par l'Etat, que ses statuts soient approuvés par décret, que ses ressources soient essentiellement publiques, qu'elle poursuive dans l'intérêt général des missions de service public, qu'elle soit tenue de respecter un cahier des charges et un contrat d'objectif signé avec l'Etat, il s'agit d'une société privée qui ne dispose pas de prérogatives de puissance publique ni d'un monopole et qui n'agit pas sous le contrôle de l'Etat *stricto sensu* mais sous celui du CSA, une autorité indépendante.

[582] *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 80.

[583] *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 54-58 : recevabilité *ratione personae* de la requête introduite par l'Unédic car il s'agit d'une association de droit privé, composée de membres d'organisations patronales indépendantes du pouvoir politique et financée en principe par des contributions privées (même si l'Etat peut exceptionnellement y contribuer) et ne disposant pas de prérogatives de puissance publique.

[584] Voir aussi, *mutadis mutandis*, les solutions retenues dans le droit de la protection diplomatique, où il semble que des entités suffisamment distinctes de l'Etat pour invoquer le bénéfice de cette protection puissent néanmoins engager sa responsabilité (v. commentaire de l'article 13 des articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en deuxième lecture en 2006, § 4, doc. A/61/10, § 50 et l'analyse qui en est faite par M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 754 s.).

exerce plusieurs fonctions, les unes pour le compte de l'Etat, les autres à titre commercial, elle puisse échapper à la qualification d'organisation gouvernementale, sans que l'on doive en déduire que son comportement cesse d'être imputable à l'Etat si et dans la mesure où il est accompli pour son compte[585]. En sens inverse, deux éléments permettent d'affirmer que la qualification d'organisation gouvernementale implique l'imputation du comportement à l'Etat. Premièrement, la logique qui sous-tend cette condition de recevabilité consiste à éviter qu'un Etat soit à la fois requérant et défendeur en la même cause, si bien qu'une organisation gouvernementale est bien assimilée à l'Etat au sens de la Convention[586]. Deuxièmement, la pratique relative à l'article 34 est régulièrement citée par la Cour lorsqu'elle se prononce sur l'imputabilité du comportement d'une entité à l'Etat aux fins de la responsabilité. Certaines décisions établissent d'ailleurs un lien direct entre les deux jurisprudences. C'est ainsi que le comportement d'un Institut pédagogique d'Etat fut rapporté à l'Ukraine car, exerçant des « 'fonctions publiques' qui lui sont attribuées par la loi sous le contrôle des autorités », il pouvait être qualifié d'« organisation gouvernementale » au sens de l'article 34[587]. Il semble donc qu'un Etat ne puisse échapper à sa responsabilité pour le comportement d'une organisation gouvernementale au sens de l'article 34, notion qui inclut « les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités »[588].

178. La Cour européenne des droits de l'homme assimile donc bien à des organes certaines entités pourtant distinctes de l'Etat au sens du droit interne. Moins abondante, la pratique du Comité des droits de l'homme est également en ce sens. Il a ainsi admis qu'une entreprise soit assimilée à un organe en raison de l'étroitesse des liens qui la liaient à l'appareil étatique[589]. Celle des organes de contrôle dans le domaine économique l'est également.

---

[585] Comp. *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité, 27 janvier 2009, § 19, où la Cour insiste, pour qualifier l'entreprise requérante d'organisation gouvernementale au sens de l'article 34, sur le fait qu'elle n'a pas de fonctions autres que celles qu'elle exerce pour le compte de l'Etat et *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 54, où la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire pour attribuer son comportement à l'Etat aux fins de la responsabilité de déterminer si la commission de liquidation dont le comportement est en cause peut être qualifiée d'autorité publique au sens de l'article 34 dès lors qu'elle a agi en l'espèce dans l'exercice de pouvoirs étatiques.

[586] Pour une formulation claire du fondement de cette règle, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 81.

[587] *Novoseletskiy c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005, § 80-82 : attribution à l'Ukraine du comportement de l'Institut pédagogique qui appartient à l'Etat et attribue à ses employés des appartements de l'Etat sous le contrôle de l'Etat ; v. aussi, s'agissant de la situation des collectivités territoriales, *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, § 148.

[588] *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 79.

[589] V. *Hertzberg et autres c. Finlande*, com. n° 56/1979, 2 avril 1982, A/37/40, p. 182, § 9.1 : responsabilité de la Finlande pour les décisions de la Société finlandaise de radiodiffusion sanctionnant les participants à

B. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

179. Plus encore que celle des organes de contrôle qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme, la pratique de ceux qui interviennent dans le domaine économique est délicate à interpréter. Cela s'explique notamment par le fait qu'ils appliquent tantôt le droit international général (1), tantôt des dispositions spéciales (2).

1. L'application du droit international général par les organes de contrôle dans le domaine économique

180. C'est le plus souvent dans le silence des textes que les organes de contrôle dans le domaine économique doivent identifier les entités qui peuvent être qualifiées d'organes de l'Etat. En pareil cas, ils se réfèrent au droit international général, qu'ils appliquent parfois de manière originale. Ainsi du Tribunal irano-américain des réclamations (a), des tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements (b) ou de l'Organe de règlement des différends (c).

a. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations

181. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations relative aux entités paraétatiques peut se subdiviser en deux branches. Tandis qu'il a paru assimiler à l'Etat certaines de ces entités au stade de la recevabilité (i), il a en revanche tenu grand compte de la personnalité reconnue en droit interne à d'autres entités au stade du fond (ii).

---

une émission consacrée à l'homosexualité et censurant ladite émission dès lors qu'elle était détenue à 90 % par l'Etat et placée sous le contrôle du gouvernement, sans qu'il ait été nécessaire de démontrer que l'Etat avait effectivement usé de son pouvoir de contrôle en l'espèce ni d'établir que la société en cause avait ce faisant exercé des prérogatives de puissance publique. V. aussi, *Love et. al. c. Australie*, com. n° 983/2001, 28 avril 2003, A/58/40, vol. II, p. 274-290, sp. § 8.4, p. 286, ne tranchant pas la question de savoir si le licenciement du requérant par *Australian airlines*, détenue à 100 % par l'Australie, est « directement imputable » à cet Etat, dès lors qu'il n'est quoi qu'il en soit pas discriminatoire.

182. i. L'article VII.3 et 4 de la Déclaration d'Alger donne compétence au Tribunal pour connaître des réclamations dirigées contre « *the Government (…), any political subdivision (…), and any agency, instrumentality, or entity controlled by the Government (…) or any political subdivision thereof* ». Se prononçant sur la recevabilité *ratione personae* de réclamations qui lui étaient adressées, le Tribunal a donc dû préciser ce qu'il fallait entendre par *agencies* ou *instrumentalities*. Si les décisions permettant d'éclairer la notion d'*agency* sont rares, le juge Kashani a semblé refléter la position du Tribunal en considérant que, bien qu'elles disposent en droit interne d'une personnalité juridique indépendante, de telles entités doivent être considérées comme faisant partie intégrante de l'Etat aux motifs qu'elles bénéficient des privilèges reconnus à une autorité administrative, que leurs biens sont considérés comme publics et donc insaisissables et qu'elles sont établies en vertu du droit interne dans le but d'accomplir des missions de service public pour le compte et au nom de l'Etat[590]. Le Tribunal s'est quant à lui prononcé sur la définition des *instrumentalities*. Tandis que certains les assimilent aux *agencies*[591], d'autres considèrent que les deux notions peuvent être distinguées quand bien même cela n'aurait aucune conséquence sur la pratique du Tribunal[592]. Afin de les identifier, le Tribunal s'est appuyé sur un faisceau d'indices mêlant aspects structurels et fonctionnels. Il a ainsi pu qualifier la *Foundation for the oppressed* d'*instrumentality controlled by the government* en retenant, d'une part, qu'elle a été créée par Khomeini avec l'approbation du Conseil de la Révolution, que ses Président et Comité directeurs sont nommés par Khomeini et que ses affaires sont supervisées par le bureau du Premier ministre et, d'autre part, qu'elle gère des biens confisqués par le gouvernement à des fins publiques, notamment l'hébergement et la satisfaction d'autres besoins de la population la plus défavorisée, en disposant de pouvoirs particuliers puisqu'elle peut identifier des biens à confisquer avec l'aide des organes de l'Etat au sens du droit interne et bénéficie d'avantages fiscaux[593].

---

[590] O.D. Kashani sur *Economy Forms Corporation v. The governement of the Islamic Republic of Iran*, 14 janvier 1983, *IUSCTR*, vol. 3, p. 3 s., sp. p. 4.

[591] *Ibid.*

[592] Ainsi de D.D. Caron, pour qui le terme « *agency* » a été plutôt utilisé pour désigner les entités faisant partie de la structure de l'Etat au sens du droit interne, tandis que le terme « *instrumentality* » a plutôt désigné les entités ne faisant pas partie de la structure de l'Etat mais habilitées par le droit interne à l'exercice de prérogatives de puissance publique. L'auteur les classe néanmoins parmi les entités dont le comportement est présumé être imputable à l'Etat (« The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *in* R. B. Lillich and D. Magraw (dir.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of state responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998, p. 109-181, sp. n. 69, p. 133). Egalement en ce sens, P. Daillier *et al.*, « Tribunal irano-américain de réclamations. Chronique n° 4 : La jurisprudence du Tribunal et la question de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat », *AFDI*, 2002, p. 407-454, sp. p. 435.

[593] Le Tribunal conclut en constatant que « *in view of the circumstances of its establishment and mode of governance, and in the view of the functions it fulfils, (…) the Foundation for the Oppressed, has been and continues to be an instrumentality controlled by the Government of the Islamic Republic of Iran* » (*Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., p. 96).

Bien qu'elle ait été utilisée par la C.D.I. afin de codifier les règles relatives au droit de la responsabilité, cette pratique doit être examinée avec précaution, dans la mesure où elle a été développée au stade de la recevabilité. Outre que la recevabilité *ratione personae* d'une réclamation n'implique pas nécessairement qu'un comportement déterminé soit attribuable à l'Etat, le décalage peut être plus important dans la pratique du Tribunal que dans celle d'autres organes internationaux dans la mesure où il est compétent pour connaître de réclamations fondées non seulement sur le droit international mais aussi sur les droits internes. Tandis que les premières ne peuvent être dirigées que contre l'Etat au sens du droit international, les secondes peuvent viser l'une quelconque des entités mentionnées à l'article VII sans nécessairement que les deux catégories se recouvrent[594]. La catégorie des entités visées à l'article VII apparaît alors plus large que celle des entités dont le comportement est imputable à l'Etat *ratione personae*[595]. Il n'est donc pas certain que l'ensemble des comportements de la *Foundation for the oppressed* ou d'autres *agencies* et *instrumentalities* soient imputables à l'Iran. Toutefois, le fait d'avoir qualifié ladite Fondation d'*instrumentality controlled by the Government* a conduit le Tribunal à considérer que les entités qu'elle contrôlait étaient en réalité contrôlées par l'Iran, ce qui montre le degré d'assimilation de l'une à l'autre[596]. La C.D.I. a d'ailleurs estimé que, dans cette affaire, le Tribunal avait assimilé la Fondation à un organe de l'Iran au sens de l'article 4, tout en remarquant que les comportements qu'elle accomplissait au titre de l'administration de biens expropriés auraient, quoi qu'il en soit, pu être rapportés à cet Etat

[594] L'article V de la Déclaration prévoyant que le Tribunal pourra trancher les différends dont il est saisi sur la base du droit international mais aussi sur la base des droits internes, il est possible de distinguer deux types de réclamations : les *public international law claims* et les *private municipal law claims*. Les premières sont fondées sur une violation du droit international public et ne peuvent donc être dirigées que contre l'Etat (en ce sens, *Starrett Housing Corp. v. the government of the Islamic Republic of Iran*, 19 décembre 1983, *IUSCTR*, vol. 4, p. 122 s., sp. p. 143), tandis que les secondes sont fondées sur une violation du droit interne, essentiellement la violation d'un contrat, et sont le plus souvent dirigées contre une société détenue par l'Etat ou passée sous son contrôle après la révolution. Sur ce point, v. D. D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 111-119.

[595] Le Tribunal a en effet insisté à plusieurs reprises sur la nécessité de distinguer la question de l'identification des entités visées à l'article VII aux fins d'examen de la recevabilité d'une réclamation, qu'elle soit fondée sur le droit international ou sur le droit interne, de celle de l'imputation aux fins d'établissement de la responsabilité internationale (en ce sens, *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (TAMS) v. TAMS-AFFA consulting engineers of Iran*, 29 juin 1984, *IUSCTR*, vol. 6, p. 219). Il a alors pu considérer que la banque *Tejarat*, détenue par le gouvernement, ou les sociétés *Star Line* ou *Iran express*, passées sous son contrôle à la révolution, pouvaient être considérées comme contrôlées par l'Iran au sens de l'article VII, sans pour autant que l'ensemble de leurs comportements soit imputable à cet Etat (*International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 238, n. 5. ; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. the government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s., sp. p. 348 (s'agissant de *Star Line*) et p. 350 (s'agissant d'*Iran express*)).

[596] Bien que ce constat ne soit pas nécessaire à la solution du litige, le Tribunal remarque que « *it seems clear that Star Line, through the Foundation, came under Government control* » (*Flexi-Van Leasing, Inc. v. the government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s., sp. p. 348). Plus loin, il vérifie si le comportement de l'entreprise spécifiquement en cause est attribuable à l'Iran parce qu'il aurait été pris sur les ordres, directives, recommandations ou instructions du gouvernement *ou* de la Fondation (*ibid.*).

sur le fondement de l'article 5[597]. Il semble donc bien que le Tribunal irano-américain ait admis que des entités dotées de la personnalité morale en droit interne puissent néanmoins être assimilées à l'Etat au sens du droit international. Cette assimilation apparaît toutefois limitée, comme le montre la pratique suivie par ce même Tribunal s'agissant d'imputer des comportements à l'Iran aux fins d'identification de comportements internationalement illicites.

183. ii. Statuant cette fois au fond, le Tribunal a en effet restreint la catégorie des entités dont le comportement est imputable à l'Etat *ratione personae*. Cela vaut d'abord pour des organisations à but non lucratif. C'est ainsi que bien qu'ils aient été créés à l'initiative de l'Etat, bien qu'ils soient organisés et réglementés par la Constitution et la loi et bien qu'ils aient pour but non seulement la défense des intérêts des travailleurs mais aussi celle des buts de la Révolution, le comportement des *Workers' Councils* n'est pas attribuable à l'Iran à moins qu'ils aient, dans un cas particulier, agi pour son compte. En effet, ils sont composés de travailleurs élus et visent essentiellement à la défense de leurs intérêts[598]. Cela vaut ensuite et surtout pour des sociétés commerciales. Le Tribunal a en effet refusé d'assimiler de telles entreprises privées à des organes de l'Etat. Ni le fait qu'elles soient détenues par l'Etat, ni même le fait qu'elles exercent certaines fonctions gouvernementales ne l'ont conduit à inverser sa conclusion. Retenant qu'elles disposaient d'une personnalité juridique distincte en droit interne et qu'elles agissaient pour l'essentiel dans le domaine commercial[599], le Tribunal a exclu que leurs comportements puissent être

[597] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 44. Certains auteurs estiment que le Tribunal a considéré la *Foundation for the oppressed* comme une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique (P. Daillier *et al.*, « Tribunal irano-américain de réclamations. La jurisprudence du Tribunal et la question de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat », *op. cit.*, p. 437 s.), d'autres ne distinguent pas clairement le régime d'attribution applicable aux comportements de ces entités de celui applicable à ceux des organes (D.D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 129-135).

[598] *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 16 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 4, p. 361 s., sp. p. 369-371.

[599] *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 239 : la saisie de l'immeuble du requérant par la Banque Tejarat ne constitue pas une expropriation imputable à l'Etat au sens du droit international dès lors que cette entité « *is a government owned bank with a separate legal personality. Although in some respects it may be said to perform governmental functions,* i.e., *to be a 'state organ', for the most part it appears to act in a private commercial capacity. One normally would assume that when acquiring real property Bank Tejarat acts in the latter role. In the present case the evidence does not suggest that Bank Tejarat when taking possession of the building acted on instructions of the Government or otherwise performed governmental functions* » ; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s., sp. p. 348-349 : le refus de la société *Star Line* de payer son loyer ou de restituer les équipements loués au requérant ne constitue pas une expropriation imputable à l'Etat au sens du droit international car même si l'Iran a pris le contrôle de cette entreprise en la confisquant puis en la confiant à la *Foundation for the oppressed*, « *Star Line remained a separate legal entity, and surely did not become an organ or department of the Government* ».

rapportés à l'Iran, à moins qu'elles aient agi dans un cas particulier sur ses instructions[600] ou dans l'exercice de ses fonctions[601].

A l'heure d'attribuer leurs comportements à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale, le Tribunal a donc tenu compte de la personnalité reconnue en droit interne à certaines entités. Cette pratique doit toutefois être relativisée. D'abord parce qu'elle remet moins en cause la possibilité d'assimiler de telles entités à des organes de l'Etat qu'elle fixe les limites d'une telle assimilation. En effet, si la banque *Tejarat* n'a pas été assimilée à l'Etat, c'est parce que « *for the most part it appears to act in a private commercial capacity* »[602]. Il est dès lors permis de penser que si, tout en étant dotée d'une personnalité autonome en droit interne, elle avait exercé pour l'essentiel des fonctions étatiques sous le contrôle des organes de l'Etat au sens du droit interne, elle aurait pu être assimilée à un organe au sens du droit international de la responsabilité. Ensuite parce que certains membres du Tribunal ont défendu, en s'appuyant sur la doctrine américaine de l'*alter ego*, la possibilité de lever le voile social d'une entreprise lorsque les liens qu'elle entretient avec l'Etat empêchent de l'en distinguer[603]. Certains ont d'ailleurs pu considérer que, sans le dire, le Tribunal avait dans certains cas levé ce voile[604]. Enfin, parce que la rigueur du Tribunal quant à l'appréciation des cas dans lesquels une entité dotée d'une personnalité distincte en droit interne peut néanmoins être assimilée à un organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité peut s'expliquer par les obligations primaires qu'il a mis en œuvre. Dans les cas mentionnés, il devait en effet déterminer si les

---

[600] *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 11 avril 1986, *IUSCTR*, vol. 10, p. 228, sp. p. 249 : ayant constaté au stade de la recevabilité que *PAK Dairy* était une « *entity controlled by the government of Iran* », le Tribunal estime que, parmi les comportements de cette entité dont les requérants considèrent qu'ils sont internationalement illicites, seule la décision du comité directeur refusant de leur verser les dividendes dus est attribuable à l'Etat. Sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[601] *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, 19 juin 1989, *IUSCTR*, vol. 21, p. 79 s. ; *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 14 août 1991, *IUSCTR*, vol. 27, p. 64 s. Sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[602] *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 239.

[603] V. O.D. Holtzman sur *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s., sp. p. 360 s. : lorsque le gouvernement « *confiscates a company, ousts the former management without regard for, or recourse to, normal corporate procedures, and then installs its own representative (…) assuming management functions over what it considers public property* », alors « *the companies have become so indistinguishable from the government that they are reduced to being merely* alter egos *of the governement* ». V. aussi *mutadis mutandis* O.D. Mosk sur *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 16 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 4, p. 361 s., sp. p. 380 pour qui le fait que les *Worker Councils* défendent des intérêts plus larges que ceux des travailleurs aurait dû conduire le Tribunal, en l'absence de preuve contraire, à les considérer comme des « *entities controlled by the Government* ».

[604] D.D. Caron, « « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 172-173 : « *The majority belie[ved] that in fact most iranian-owned or controlled corporations during at least the first year of the Islamic Republic were not independent when it came to policies adopted as to U.S. interests. It is in this sense that I find the Tribunal's practice to suggest that in circumstances such as those present immediatily after the Iranian revolution, it is inappropriate to give presumptive force to the corporate form* ».

comportements des entreprises en cause pouvaient être considérés comme des expropriations au sens du droit international. Or, un comportement, qu'il émane d'un organe ou d'une entité distincte, ne peut constituer une telle expropriation que s'il a été accompli dans l'exercice de l'autorité souveraine ou à des fins publiques[605].

184. La lecture combinée de ces deux lignes jurisprudentielles suivies par le Tribunal irano-américain des réclamations montre donc qu'il n'a pas exclu qu'une entité paraétatique soit assimilée à un organe de l'Etat au sens du droit international. Il ne l'a toutefois admis que dans des cas limités.

b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements

185. Les tribunaux arbitraux transnationaux qui interviennent dans le domaine des investissements sont régulièrement confrontés aux comportements d'entités qu'ils qualifient le plus souvent d'émanations de l'Etat. Comme pour ce qui est des collectivités territoriales, leur office les conduit toutefois à alterner les points de vue. Contrairement à ce qui se passe pour les collectivités territoriales, il n'est d'ailleurs pas exclu que ce jeu de miroirs les ait conduits à développer une conception particulière de la situation des émanations de l'Etat dans l'ordre international.

186. Les tribunaux arbitraux retiennent d'abord une vision interne des personnes publiques et autres entités paraétatiques lorsqu'ils examinent l'engagement juridictionnel. C'est ainsi qu'ils estiment que les offres d'arbitrage insérées par les Etats dans les traités d'investissements ne peuvent s'étendre aux demandes fondées sur une violation par des entités distinctes de l'Etat dans l'ordre interne de leurs engagements contractuels, quand bien même ces traités contiendraient une clause large de compétence[606] ou une clause de

[605] C'est ainsi que dans une affaire *SEDCO v. National iranian oil company*, le Tribunal a considéré que les motifs du comportement de cette dernière entité pouvaient déterminer le fondement de la réclamation : si ces motifs étaient essentiellement privés, alors la réclamation ne pouvait s'appuyer que sur le droit interne ; s'ils étaient publics, alors elle pouvait s'appuyer sur le droit international (30 mars 1989, *IUSCTR*, vol. 15, p. 23, sp. p. 34-35). On voit là poindre la distinction entre *treaty claims* et *contract claims* telle qu'elle sera reprise par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement (sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1). De manière plus générale, il est remarquable que plusieurs membres du Tribunal aient considéré que les comportements accomplis par l'Etat dans le cadre d'activités commerciales ne pouvaient lui être attribués (signalant ce point, D.D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 164).

[606] *Impregilo c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, § 198-219 ; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume Hashemite de Jordanie*, ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, § 70-101 ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du*

respect des engagements[607]. Même si elles ne sont pas inexistantes, les déviations sont rares[608]. Les tribunaux arbitraux considèrent donc que l'Etat au sens du droit international peut s'engager par traité à ce que les différends nés des engagements souscrits par l'Etat au sens du droit interne puissent faire l'objet d'un arbitrage ou à ce que ces engagements soient respectés[609]. Cela n'exclut certes pas qu'un comportement adopté dans le cadre contractuel par une entité distincte de l'Etat dans l'ordre interne puisse constituer une violation de ses obligations conventionnelles par l'Etat au sens du droit international[610]. Mais il s'agit là d'un autre problème[611].

187. Peut-être cette vision interne des rapports entre l'Etat et les entités dotées d'une personnalité distincte de lui dans l'ordre interne au stade de l'appréciation de l'engagement arbitral a-t-elle joué un rôle sur la perception que les tribunaux arbitraux se font de la situation de telles entités lorsqu'ils appliquent le droit international. Ils peuvent le faire à

Maroc, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 60-61 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 68-69 : irrecevabilité des demandes d'arbitrages en tant qu'elles sont fondées sur la violation de leurs obligations contractuelles par la *Water and Power development authority* (1re espèce), la *Jordan valley authority* (2e espèce) ou la Société des autoroutes du Maroc (3e et 4e espèces), les offres d'arbitrages figurant dans les T.B.I. en cause s'étendant aux différends nés de l'application d'un contrat auquel l'Etat est partie mais non de l'application d'un contrat auquel une entité autre que l'Etat au sens du droit interne est partie. Quand bien même ces entités pourraient être qualifées d'étatiques (2e espèce) ou d'émanations de l'Etat (3e et 4e espèces), « *a clear distinction exists between the responsibility of a State for the conduct of an entity that violates international law (e.g. a breach of Treaty), and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipal law contract* » (1re espèce).

[607] *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 314-320 : l'*umbrella clause* incluse dans le T.B.I. France/Roumanie n'a pas pour effet de muer en obligations internationales de l'Etat les engagements pris par des entités dotées d'une personnalité distincte dans l'ordre interne, quand bien même leurs comportements lui seraient attribuables aux fins de la responsabilité internationale ; *Impregilo c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence, 22 avril 2005, § 223 : quand bien même le T.B.I. contiendrait, par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée, une *umbrella clause*, l'effets de telles clauses ne s'étend pas aux contrats conclus avec une entité distincte de l'Etat dans l'ordre interne.

[608] Voir toutefois *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 84-86 : l'*umbrella clause* incluse dans le T.B.I. Etats-Unis/Roumanie a pour effet de muer en obligations internationales de l'Etat les engagements pris par une entité, le *State ownership found*, dont le tribunal a préalablement constaté qu'elle n'était pas un organe de l'Etat en raison de sa personnalité distincte dans l'ordre interne mais une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique ; *Société générale de surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, ARB 01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003, § 163-174 : considérant que l'*umbrella clause* incluse dans le T.B.I. Suisse/Pakistan aurait pour effet si elle devait faire l'objet d'une interprétation textuelle de muer en obligations internationales de l'Etat les engagements pris par n'importe quelle entité dont le comportement est imputable à l'Etat au sens du droit de la responsabilité (§ 166), le tribunal dénie tout effet à cette clause.

[609] Dans ce dernier cas, on peut considérer que la clause de respect des engagements n'a pas pour effet de transformer en obligations conventionnelles les obligations contractuelles mais que la violation par l'Etat au sens du droit interne de ses engagements contractuels constituerait une violation par l'Etat au sens du droit international de ladite clause (sur ce point, v. S. Lemaire, « La mystérieuse *umbrella clause* (interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 479-502, sp. p. 490-493).

[610] *Impregilo c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence, 22 avril 2005, § 218-219.

[611] Soulignant ce point, v. J. Crawford, « Treaty and contract in investment arbitration », *Arbitration international*, 2008, p. 351-374 : « *The question of the scope of a commitment to arbitrate made by the State is a matter of interpretation and has nothing to do with attribution. International law does not treat separate entities with their own legal personality as part of the State for all purposes* ».

deux stades. D'abord au stade de la recevabilité, pour déterminer si les demandes d'arbitrage formées contre un Etat pour le comportement de l'une de ses émanations sont recevables. Ensuite au fond, pour déterminer si les comportements d'une émanation de l'Etat peuvent lui être attribués aux fins de la responsabilité. Les deux questions sont intimement liées, de sorte qu'une ambiguïté doit être levée. Il se peut, et il arrive relativement fréquemment en pratique, que des tribunaux arbitraux se prononcent sur le caractère étatique de l'entité dont le comportement est en cause au stade de la recevabilité en recherchant si certains de ses agissements sont susceptibles d'être[612], voire si les agissements spécifiquement en cause doivent être[613], attribués à l'Etat aux fins d'établissement de sa responsabilité internationale. Les tribunaux arbitraux procéderaient donc à deux opérations distinctes : une opération d'assimilation au stade de la recevabilité, une opération d'imputation au stade du fond[614]. Cette pratique est toutefois remise en cause. Les tribunaux saisis tendent en effet à abandonner l'examen du caractère étatique d'une entité au stade de la recevabilité en considérant qu'une requête est recevable dès lors qu'elle est formellement dirigée contre un Etat pour violation des obligations au titre desquelles il a consenti à l'arbitrage. Il n'en va différemment que dans deux cas : d'une part lorsqu'il est clair que les comportements en cause sont ceux d'une entité qui ne présente aucun lien avec l'Etat, d'autre part lorsque la question des rapports entre l'Etat et l'entité en cause a été longuement discutée par les parties et qu'elle présente un intérêt pour le fond[615]. Dès lors, la plupart des tribunaux arbitraux n'examinent plus le caractère étatique du comportement d'une entité qu'au stade du fond[616], tandis que ceux qui continuent de l'examiner au stade de la recevabilité admettent qu'ils empiètent ainsi sur une question de fond afin de satisfaire l'attente légitime des parties[617]. Ainsi, même si l'on

---

[612] *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 31 s. ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40.

[613] *Toto Costruzioni Générali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 43-60.

[614] Y. Nouvel, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, p. 30 s.

[615] Pour des cas dans lesquels la question n'a pas dépassé l'examen *prima facie* : *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006, § 74-89 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, décision sur la compétence du 12 juillet 2006, § 78 s. Pour des cas dans lesquels le tribunal s'est prononcé sur la question car elle a été abondamment discutée par les parties et présente un intérêt au fond : *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, § 82-94 ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 31 s. ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40.

[616] *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 156 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 105 s.

[617] *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, § 82-94 ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 31 s. ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40.

a pu considérer que les critères forgés au stade de la recevabilité ne permettraient pas d'identifier le fait de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité[618], ce glissement confirme qu'il s'agit bien d'une seule et même opération. Lorsqu'elle est entamée au stade de la recevabilité, elle est simplement décomposée. Les tribunaux examinent à ce stade si les comportements en cause sont susceptibles d'être attribués à l'Etat. Au fond, ils recherchent s'ils doivent effectivement l'être.

188. Ces précisions apportées, il reste que les tribunaux arbitraux retiennent une conception particulière de la notion d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Cela tient pour partie au fait que certains d'entre eux ont mis en œuvre des dispositions particulières en la matière[619]. Mais cela tient surtout au fait qu'ils ont adopté une interprétation quelque peu originale du droit international général lorsqu'ils ont considéré devoir l'appliquer[620]. Retenant le plus souvent une conception restrictive de la notion d'organe, qu'ils réservent pour l'essentiel aux entités dotées de ce statut en droit interne (i), ils usent abondamment des autres dispositions codifiées par la C.D.I. Mais ils les mettent en œuvre d'une manière telle qu'ils semblent parfois les appliquer à des organes au sens large retenu en seconde lecture (ii).

189. i. Pour la plupart des tribunaux arbitraux, la notion d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité ne couvre que les entités qui ont ce statut d'après le droit interne. Ils excluent dès lors de cette catégorie l'ensemble des entités qui possèdent une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat en droit interne[621]. Si cette pratique

---

[618] Distinguant nettement les deux questions, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 75 : « *The Tribunal has to answer the following to questions : first, wether or not SODIGA is a State entity for the purpose of determining the jurisdiction of the Center and the competence of the Tribunal, and second, wether the actions and omissions complained of by Claimant are imputable to the State* ». En ce sens, Y. Nouvel, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, *passim* ; M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 761-764 ; et, dans une moindre mesure, F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, p. 467-512, p. 488-489.

[619] V. *infra*.

[620] Les tribunaux arbitraux affirment devoir se référer au droit international général, tel qu'il a été codifié par la C.D.I, en l'absence de disposition spécifique permettant de définir l'Etat dans la Convention de Washington ou dans les traités bilatéraux qu'ils sont chargés d'appliquer : *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 103 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 156 ; *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, *JDI*, 2006, n° 1, trad. E. Gaillard, p. 332, § 69 ; *Eureko B.V. c. République de Pologne*, sentence du tribunal *ad hoc* du 19 août 2005, § 126 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 35 ; *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 76.

[621] *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 188-190, s'agissant de *C.N. Bucarest aeroport otopeni*, une entreprise chargée de la construction et de la gestion des installations aéroportuaires, et de la *Compania de transportationuri aeriene Tarom S.A.*, une compagnie aérienne, détenues intégralement par l'Etat ; *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119, s'agissant de la *National Highway Authority* dotée d'une personnalité autonome par la loi pakistanaise ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 105, s'agissant de

est majoritaire, certains tribunaux arbitraux ne se contentent toutefois pas de ce simple constat. Certaines sentences poussent un peu plus loin l'examen, sans pour autant remettre véritablement en cause les solutions généralement retenues. C'est ainsi qu'un Tribunal a pu compléter son analyse en remarquant non seulement que l'entité en cause n'était pas qualifiée d'organe par le droit interne, mais encore qu'elle ne faisait pas partie de la structure étatique car elle mène des activités de nature essentiellement commerciales en disposant d'un budget autonome[622]. Un autre, présidé par J. Crawford, a envisagé qu'une société commerciale puisse être qualifiée d'organe, mais pour remarquer aussitôt que le simple fait qu'elle soit détenue majoritairement ou contrôlée substantiellement par l'Etat ne suffit pas à lui conférer cette qualité[623]. D'autres décisions vont plus loin en affirmant explicitement que la catégorie des organes de l'Etat ne se restreint pas aux entités dotées de ce statut en droit interne mais peut s'étendre à des entités dotées d'une personnalité autonome dans cet ordre. Cela n'étonne guère s'agissant du Trésor public polonais qui, bien qu'il dispose de la personnalité juridique selon le code civil polonais lorsqu'il se place dans des relations de droit civil, a été considéré comme un organe de la Pologne[624]. Cela peut surprendre davantage s'agissant du Conseil exécutif des grands projets libanais, dont un tribunal a considéré qu'il devait être assimilé à un organe de l'Etat bien qu'il soit doté d'une personnalité distincte dans l'ordre interne[625]. Et encore plus de l'entreprise *Latvenergo*, dont un Tribunal a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une entreprise commerciale indépendante mais d'une « *constituent part of the Republic's organization of the electricity market* » dont les comportements devaient être considérés comme étatiques au sens du

---

l'Agence nationale des barrages, qualifiée en droit algérien d'établissement public à caractère administratif et chargée de la mobilisation et des transferts des ressources en eau superficielle ; *Limited liability company Amto c. Ukraine*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, 080/2005, sentence du 26 mars 2008, § 101-102, s'agissant d'*Energoatom*, une entreprise d'Etat ukrainienne ; *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 69, s'agissant du *State ownership fund*, doté de la personnalité juridique en droit roumain et chargé de la privatisation des entreprises publiques roumaines.

[622] *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 160-161, s'agissant de la *Suez canal authority*, dont le Tribunal estime qu'elle n'est pas un organe bien qu'elle soit qualifiée en droit interne de personne publique et qu'elle soit en charge d'activités publiques, et bien que les arbitres eux-mêmes la qualifie d'*Egyptian State entity* (§ 4), d'*Egyptian* ou de *Public agency* (§ 43 et 45).

[623] *Waste management Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/00/03, sentence du 30 avril 2004, § 75, s'agissant de la *Banco Nacional de obras y servicios publicos*, dont le Tribunal estime qu'il est douteux qu'il s'agisse d'un organe de l'Etat en remarquant que c'est une société dont les actions sont réparties entre le secteur public, qui doit en détenir au moins 66 %, et le secteur privé et qui exerce des fonctions variées, certaines clairement publiques, d'autres moins. Le Tribunal, présidé par J. Crawford, n'a toutefois pas jugé nécessaire de statuer sur ce point. Tout en estimant que cela était douteux, il a présumé que le comportement de la banque en cause était attribuable à l'Etat, sur le fondement de l'article 4 ou de l'article 5 C.D.I., ce comportement n'étant quoi qu'il en soit pas illicite.

[624] *Eureko B.V. c. République de Pologne*, sentence du tribunal *ad hoc* du 19 août 2005, § 115-134.

[625] *Toto Costruzioni Générali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 43-60.

traité sur la Charte sur l'Energie[626]. Même si dans ce dernier cas le Tribunal s'est principalement appuyé sur un critère de contrôle, il ne l'a pas mis en œuvre pour rapporter un comportement particulier à l'Etat mais pour lever le voile social de l'entreprise et l'assimiler ainsi à un organe de l'Etat au sens du droit international. Ces quelques décisions ne remettent certes pas en cause la pratique majoritaire des tribunaux arbitraux qui, comme la C.D.I. en première lecture, restreignent en principe la notion d'organe aux entités dotées de ce statut en droit interne. Elles indiquent toutefois que cette notion est susceptible d'élargissement en ce domaine également. La manière dont les mêmes tribunaux mettent en œuvre les autres dispositions codifiées par la C.D.I. le confirme.

190. ii. Conséquence de leur conception restrictive de la notion d'organe, les tribunaux arbitraux usent abondamment de la notion d'émanation de l'Etat. Ils la mobilisent de manières variées, même s'ils procèdent quasiment tous en deux temps en recherchant d'abord si l'entité en cause peut être qualifiée d'émanation de l'Etat, ensuite si elle a agi en l'occurrence dans l'exercice de la puissance publique. Dans certains cas la première phase est menée au stade de l'examen de la recevabilité de la requête, tandis que la seconde est effectuée au stade du fond[627]. Dans d'autres, les deux phases sont considérées comme relevant du fond[628]. Mais dans les uns et les autres, elles sont distinguées. La démarche n'est pas contestable. Ce qui l'est davantage, c'est la manière dont certains tribunaux procèdent pour déterminer si une entité est habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique. En effet, ils retiennent alors le plus souvent une approche que l'on pourrait qualifier de structurelle ou d'organique. Certains examinent ainsi si l'entité peut être qualifiée d'étatique ou de publique au stade de la recevabilité en combinant critères structurel et fonctionnel[629]. D'autres, réservant l'approche fonctionnelle

---

[626] *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, § 109-113.

[627] *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 85 s. ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40.

[628] *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 191-198 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 105-117 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 163-171 ; *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 70-82.

[629] *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7 : après avoir établi au stade de la recevabilité que la *SODIGA* pouvait être considérée comme une entité étatique en combinant critères structurel et fonctionnel (décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 85 s.), le tribunal examine au fond si, en l'espèce, ses comportements (estimation du coût du projet et étude de faisabilité erronées, demande à l'investisseur d'effectuer une étude d'impact environnemental, transfert de fonds depuis le compte de l'investisseur) peuvent être rapportés à l'Etat en distinguant selon que l'entité a agi ou non dans l'exercice de pouvoirs gouvernementaux (sentence du 13 novembre 2000, § 51 s.) ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40 : recevabilité des requêtes introduites contre le Maroc pour le comportement d'Autoroutes du Maroc (ADM). Celle-ci étant « d'un point de vue tant

à l'examen du comportement spécifiquement en cause, prétendent procéder à une analyse structurelle pour déterminer si une entité est habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique mais usent en réalité d'indices aussi bien fonctionnels que structurels[630]. Rares sont les tribunaux qui se contentent d'examiner les pouvoirs ou fonctions confiés à une entité pour la qualifier d'entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique[631].

Ainsi, alors même que la C.D.I. affirme que les indices structurels ne sont pas décisifs dans la qualification d'entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5[632], les tribunaux arbitraux leur accordent une place centrale[633]. Il n'est dès lors guère étonnant qu'ils concluent leurs analyses en affirmant tantôt que l'entité en cause peut être qualifiée d'étatique[634] ou de publique[635], tantôt qu'elle doit être assimilée à l'Etat[636] ou au gouvernement[637]. On pourrait considérer qu'en combinant ainsi les critères, les tribunaux CIRDI soumettent l'imputation du comportement des entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique à des conditions beaucoup plus strictes que celles envisagées par la C.D.I.[638]. Il nous semble plutôt que, quoi qu'ils en disent, ils mobilisent bien souvent des indices permettant d'identifier des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. On objectera que si tel était le cas, alors l'ensemble des comportements de ces entités devrait être attribué à l'Etat. Or, les tribunaux CIRDI insistent précisément sur la nécessité de les

---

structurel que fonctionnel, une entité que seul son statut juridique distingue de l'Etat, le Tribunal conclut [qu']ADM est une société de l'Etat, agissant au nom du Royaume du Maroc ». Les tribunaux saisis dans ces affaires n'ont en revanche pas examiné au fond la question de l'imputation, dans le premier cas car l'affaire s'est terminée par un compromis, dans le second car aucune violation n'a été constatée, ADM s'étant comportée comme un cocontractant ordinaire (sentence du 22 décembre 2003, § 87 et 100-104).

[630] *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 105-117 : après avoir considéré que l'Agence nationale des barrages était bien une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique sur la base d'un critère qualifié de structurel mais mêlant en aspects structurels (elle a été créée par décret suite à un rapport gouvernemental, elle est qualifiée en droit interne d'établissement public administratif, ses comptes sont soumis aux règles de la comptabilité publique, plusieurs indices montrent le contrôle du gouvernement sur elle) et fonctionnels (ses tâches présentent un but d'intérêt général et public et elle est dotée de pouvoirs de puissance publique) (§ 106-110), le Tribunal estime qu'elle a en l'occurrence agit dans l'exercice de telles prérogatives car ses comportements ont été motivés par la poursuite d'un but d'intérêt général et non par celle de fins commerciales (§111-117).

[631] V. toutefois *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 191-198 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175.

[632] V. *infra*.

[633] A l'exception notable du Tribunal constitué dans l'affaire *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 165 ; v. aussi *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, recevabilité, 17 octobre 2006, § 82-94, sp. § 92.

[634] *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 89.

[635] *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 35.

[636] *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 105-108.

[637] *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 79.

[638] En ce sens, F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, p. 467-512, p. 489.

distinguer des organes de l'Etat justement car seuls les comportements qu'elles accomplissent dans l'exercice de la puissance publique peuvent lui être rapportés[639]. D'ailleurs, après avoir établi que l'entité en cause est habilitée à l'exerce de prérogatives de puissance publique, ils examinent bien si elle a en l'occurrence agi dans l'exercice de ces prérogatives. Leur regard glisse alors de l'entité qui agit vers le comportement qu'elle adopte. Mais la conception qu'ils se font des obligations qui pèsent sur l'Etat en la matière les conduirait quoi qu'il en soit à ne tenir compte que des comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique, qu'ils émanent des organes de l'Etat ou d'entités distinctes de lui. Il n'est dès lors pas exclu que la limitation de l'obligation résultant de la règle primaire ait influencé en l'espèce l'application de la règle secondaire[640]. Ajoutée au fait, déjà signalé, que les tribunaux arbitraux transnationaux adoptent une vision interne de l'Etat au stade de l'examen de l'engagement juridictionnel, cette raison nous semble expliquer, sans la justifier, la conception qu'ils se font de la notion d'organe et, partant, d'entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements usent ainsi de la périphrase entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique pour désigner des entités qui, bien que dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat dans l'ordre interne, doivent en réalité être considérées comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité.

c. La pratique de l'Organe de règlement des différends

191. Comme les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. est régulièrement confronté aux comportements d'entités paraétatiques intervenant dans le domaine économique. Mais, comme il les a le plus souvent abordés à l'occasion de la mise en œuvre de dispositions particulières[641], seules quelques affaires permettent de tirer des enseignements généraux de sa pratique. Elles montrent que, s'il a considéré que les comportements de certaines entités ne peuvent

[639] Pour des formulations nettes de la nécessité de distinguer les deux catégories d'entités et/ou du fait que seuls les comportements accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par les entités qui ne sont pas des organes peuvent être imputés à l'Etat, v. *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 155 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 110-111 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, recours en annulation, sentence du 18 janvier 2006, § 251, 267 et 286.

[640] Soulignant un phénomène analogue dans le domaine des immunités, C. Kessedjian et C. Schreuer, « Le projet d'article de la Commission du droit international des Nations unies sur les immunités des Etats », *RGDIP*, 1992, p. 299-341, sp. p. 321-326 ; M. Forteau, « « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 752-754.

[641] Sur ce point, v. *infra*.

être rapportés à l'Etat que suivant une approche fonctionnelle[642], il estime que d'autres entités dotées d'une certaine autonomie voire d'une personnalité distincte dans l'ordre interne peuvent être assimilées à des organes de l'Etat. C'est ainsi qu'un groupe spécial a qualifié la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, d'« organisme public indépendant », de sorte que ses comportements pouvaient être considérés comme des mesures gouvernementales au sens du GATT[643]. Si ce groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de justifier cette qualification, un autre groupe s'était montré plus prolixe en retenant que la fixation des tarifs de distribution des périodiques étrangers par la Société canadienne des postes devait être considérée comme une mesure gouvernementale car, bien que cette société soit dotée d'une personnalité distincte de celle de l'Etat, qu'elle agisse dans le domaine commercial et qu'il ait été impossible de démontrer des instructions émanant du gouvernement tendant à ce qu'elle fixe les tarifs en cause, elle a été créée par la loi et est détenue par le gouvernement qui conserve en outre un pouvoir général de direction sur ses activités[644].

192. S'ils se réfèrent pour l'essentiel au droit interne pour identifier les organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, il arrive donc que les organes de règlement des différends qui interviennent dans le domaine économique rapportent à l'Etat le comportement d'entités dotées d'une personnalité distincte dans l'ordre interne selon une approche organique. La pratique qu'ils suivent lorsqu'ils appliquent certaines dispositions spéciales confirme cette impression.

2. L'application de dispositions spéciales par les organes de contrôle dans le domaine économique

193. Les organes de règlement des différends qui interviennent dans le domaine économique mettent parfois en œuvre des dispositions spéciales qui ont une incidence sur l'imputation. Les unes visent des entités particulières, telles que les entreprises d'Etat et

[642] V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[643] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial, 31 mars 1998, § 2.31 et 10.109.
[644] *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997, § 5.33 à 5.36.

entreprises privilégiées (a) [645]. Les autres des comportements particuliers, tels que l'octroi de subventions (b).

a. Les dispositions relatives aux entreprises d'Etat et entreprises privilégiées

194. En raison tant de l'importance qu'elles continuent de jouer que de l'incertitude du droit international général quant à la mesure dans laquelle l'Etat peut être tenu responsable de leurs comportements[646], les instruments de droit international économique contiennent régulièrement des dispositions spéciales visant les entreprises d'Etat et autres monopoles et entreprises privilégiées. De telles dispositions ont été insérées dans les accords O.M.C., qu'il s'agisse du GATT[647] ou de l'accord sur l'Agriculture[648], mais aussi dans l'ALENA[649], la Charte de l'Energie[650] ou certains traités bilatéraux relatifs aux

[645] On ajoutera que certains traités bilatéraux en matière d'investissement prévoient que « les Parties contractantes sont responsables des actions ou omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs Etats fédérés, régions, collectivités locales ou de toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté » (V. accord entre la France et le Sénégal sur la promotion et la protection réciproques des investissements du 26 juillet 2007, article 2, *JORF* n° 1071 du 27 juillet 2010, p. 13839). Certains estiment qu'en ce qu'elles visent toutes les entités sur lesquelles l'Etat exerce une tutelle, de telles clauses « élargissent la portée du mécanisme coutumier d'attribution » (Y. Nouvel, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, p. 38). Faute de pratique sur ce point, il reste toutefois délicat de déterminer aussi bien l'existence que l'étendue de cette dérogation.

[646] En ce sens, W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, p. 232.

[647] Article XVII:1 : « a) Chaque partie contractante s'engage à ce que, si elle fonde ou maintient une entreprise d'Etat, en quelque lieu que ce soit, ou si elle accorde à une entreprise, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux, cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrits par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerçants privés ». V. aussi la note additionnelle aux articles XI, XII, XIII, XIV et XVIII selon laquelle « dans les articles XI, XII, XIII, XIV et XVIII, les expressions 'restrictions à l'importation' ou 'restrictions à l'exportation' visent également les restrictions appliquées par le moyen de transactions relevant du commerce d'État ».

[648] L'article 4:2 de l'accord sur l'Agriculture prévoit ainsi que « les Membres ne maintiendront pas de mesures du type de celles qui ont dû être converties en droits de douane proprement dits », la note de bas de page n° 1 indiquant que ces mesures comprennent « les mesures non tarifaires appliquées par l'intermédiaire d'entreprises commerciales d'Etat ».

[649] Article 1502, al. 3 s'agissant des monopoles et 1503, al. 2 s'agissant des entreprises d'Etat : « Chacune des Parties fera en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que toute entreprise d'État qu'elle maintient ou établit, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes des chapitres 11 (investissement) et 14 (services financiers) dans l'exercice de pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux délégués par la Partie, et notamment le pouvoir d'exproprier, d'accorder des licences, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances ».

[650] Article 22, al. 1 et 3 : « 1. Chaque partie contractante veille à ce que toute entreprise d'Etat qu'elle maintient ou crée mène ses activités en matière de vente ou de fourniture de biens et de services dans sa zone d'une manière compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu de la partie III du présent traité. (…) 3. Chaque partie contractante veille à ce que, lorsqu'elle crée ou maintient une entité et

investissements[651]. Il n'est pas sûr que ces dispositions, censées clarifier la situation née de la diversification des modalités d'intervention de l'Etat dans l'économie, aient atteint le but recherché, dans la mesure où elles sont diversement interprétées. Si les juridictions étudiées considèrent que ces dispositions font naître automatiquement la responsabilité de l'Etat pour le comportement des entreprises visées (i), elles se divisent en revanche quant à leurs effets sur les règles d'imputation (ii).

195. *i. La responsabilité de l'Etat pour le comportement des entreprises d'Etat et entreprises privilégiées.* Les dispositions relatives aux entreprises d'Etat et entreprises privilégiées étendent à ces entités tout ou partie des obligations pesant sur les Etats[652], afin de « faire en sorte qu'un Membre ne puisse pas, en fondant ou en maintenant une entreprise d'Etat ou en accordant des privilèges exclusifs ou spéciaux à une entreprise quelconque, adopter ou faciliter un comportement qui serait condamné [s'il] était directement le fait du Membre lui-même »[653]. Elles ont donc pour effet que la responsabilité de l'Etat peut être engagée dès lors que le comportement d'une entreprise d'Etat ou d'une entreprise privilégiée contrevient aux obligations primaires résultant des accords. Il n'est pas nécessaire en pareil cas d'identifier un fait connexe de l'Etat ayant permis ou n'ayant pas empêché l'entreprise en question d'adopter ledit comportement. En effet, à la suite des Etats-Unis et du Canada, qui convenaient que l'article XVII faisait peser sur les Etats parties une obligation de résultat au sens civiliste[654], un groupe spécial a pu affirmer dans l'affaire *Canada – Blé et grains* « que si une entreprise commerciale d'Etat d'un Membre n'agit pas conformément aux principes énoncés à l'article XVII:1 a) ou b) (…) le Membre concerné se trouve alors *ipso facto* dans une situation de manquement à l'engagement énoncé à l'article XVII:1 a) »[655]. Dès lors, « un

---

lui délègue des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres, cette entité exerce ces pouvoirs d'une manière compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu du présent traité ».

[651] Ainsi du modèle américain de traité bilatéral relatif aux investissements, dont l'article 2 al. 2 prévoit que « *this Treaty shall apply : (a) to a state enterprise or other person when exercising any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party* ».

[652] Sur la question de l'étendue des obligations en cause, v. H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 166 s.

[653] *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 30 août 2004, § 85. V. aussi, dans le même sens mais sous l'empire du GATT 1947, *Japon – Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, S35/180, rapport du groupe spécial, 2 mai 1988, § 5.2.2.2 ; *Canada – Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, S39/28, rapport du groupe spécial, 18 février 1992, § 5.15.

[654] Leur désaccord portait sur le point de savoir si cette disposition impliquait également une obligation de comportement, c'est-à-dire si elle prescrivait les comportements positifs que doivent adopter les Etats membres pour conduire leurs entreprises commerciales d'Etat à respecter leurs obligations (*Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004, § 6.39).

[655] *Ibid*.

comportement non conforme d'une entreprise commerciale d'Etat d'un Membre engage la responsabilité de ce Membre au regard du droit international, même si le Membre lui-même n'intervient pas »[656]. Les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements n'ont pas interprété différemment ce type de dispositions[657].

On pourrait certes considérer que ces règles spécifiques conduisent à attribuer aux Etats *la responsabilité* des violations commises par les entreprises d'Etat et entreprises privilégiées sans pour autant leur attribuer *les comportements* de ces entités[658]. Cette interprétation peut s'appuyer sur certaines formules qui distinguent l'entreprise de l'Etat en précisant que la responsabilité du second pour le comportement de la première est engagée même s'il n'intervient pas *lui-même*. Toutefois, plusieurs éléments peuvent conduire à voir dans ces dispositions des règles d'imputation[659]. D'une part, le comportement des entreprises d'Etat et entreprises privilégiées est directement confronté à l'obligation primaire principale qui pèse sur l'Etat membre sans qu'il soit nécessaire d'identifier un comportement étatique connexe contraire à une obligation primaire spécifique pour identifier un fait internationalement illicite. D'autre part, comme l'organe d'appel l'a lui-même affirmé, l'alinéa a) de l'article XVII:1 est une disposition anti-contournement[660], si bien que c'est la main de l'Etat qui est recherchée derrière le comportement de l'entreprise[661].

196. *ii. Les entreprises d'Etat et entreprises privilégiées, démembrements de l'Etat ?* S'il ne fait dès lors guère de doute que les comportements d'une entreprise d'Etat ou d'une entreprise privilégiée peuvent engager automatiquement la responsabilité de l'Etat dont

---

[656] *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004, § 6.43. Pour une autre application, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R et WT/DS169/R, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, § 763-769.

[657] *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 69, s'agissant de l'ALENA ; *A. Genin c. Estonie*, ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, s'agissant d'un traité bilatéral Etats-Unis/Estonie.

[658] En ce sens, M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, n. 62, p. 750. D'autres estiment, de manière surprenante, qu'en donnant au traité un effet direct à l'égard des entités paraétatiques elles peuvent rendre le mécanisme d'imputation inutile (Y. Nouvel, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, p. 39).

[659] En ce sens, H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 167.

[660] *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 30 août 2004, § 85.

[661] Voir Groupe spécial sur les entreprises commerciales d'Etat, *Note d'information du Secrétariat sur les opérations des entreprises commerciales d'Etat qui ont trait au commerce international*, G/STR/2, 26 octobre 1995, où l'entreprise commerciale d'Etat est décrite comme « un moyen pour les pouvoirs publics de réaliser des objectifs ». Voir aussi H. Lesaffre, pour qui « on peut (…) considérer que les actes des entreprises commerciales d'Etat s'intègrent bien 'dans un plan plus général' décidé par l'Etat » (*Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 171).

elle relève, l'influence de ces solutions sur les autres règles d'imputation est moins nette. Ainsi, tandis que l'O.R.D. perçoit les dispositions relatives à ces entreprises comme conduisant à élargir la catégorie des entités dont les comportements doivent être rapportés à l'Etat sur une base organique, un tribunal arbitral a pu au contraire les lire comme la restreignant.

197. L'O.R.D. tend à interpréter les dispositions relatives aux entreprises d'Etat et entreprises privilégiées dans le sens d'un élargissement de la catégorie des entités dont les comportements sont rapportés à l'Etat sur une base statutaire. L'identification de ce type d'entités est délicate. L'article XVII indique bien qu'il vise les « entreprises d'Etat » ainsi que les entreprises auxquelles l'Etat accorde « en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux ». Mais ces notions, notamment celle d'« entreprise d'Etat », ne sont guère précisées. Deux éléments permettent de les éclairer : la pratique suivie en matière de notification de ces entreprises par les Etats membres, d'une part ; les cas dans lesquels l'O.R.D. a envisagé d'engager la responsabilité d'un Membre pour le comportement d'une telle entreprise, d'autre part.

Le Mémorandum d'Accord sur l'interprétation de l'article XVII prévoit ainsi que les Etats membres devront notifier à un Groupe spécial les « entreprises gouvernementales et non gouvernementales, y compris les offices de commercialisation, auxquelles ont été accordés des droits ou privilèges exclusifs ou spéciaux, y compris des pouvoirs légaux ou constitutionnels, dans l'exercice desquels elles influent, par leurs achats ou leurs ventes, sur le niveau ou l'orientation des importations ou des exportations ». Sans prétendre définir la notion d'entreprise d'Etat ou d'entreprise privilégiée[662], le Groupe spécial a alors pu dégager certains traits communs aux entreprises qui lui ont été notifiées. Il a alors remarqué que, même lorsque l'entreprise en question ne peut être qualifiée de gouvernementale, elle est nécessairement liée aux pouvoirs publics dans la mesure où elle doit en ce cas bénéficier de droits ou privilèges exclusifs ou spéciaux[663]. Toutefois, si ce lien est toujours nécessaire, il est aussi variable[664]. Le Groupe spécial identifie ainsi deux catégories de relations entre pouvoirs publics et entreprises commerciales d'Etat. Selon la première, l'entreprise « fait partie du gouvernement [ou] est entièrement intégrée d'une autre manière à l'appareil d'Etat »[665], ce qui semble inclure pour le Groupe spécial les entreprises qui appartiennent en totalité ou en partie à l'Etat[666]. Selon la seconde, « l'entreprise est organiquement distincte de l'Etat mais entretient avec lui des liens de

[662] *Liste exemplative des relations entre pouvoirs publics et entreprises commerciales d'Etat et des types d'activités auxquelles se livrent ces entreprises*, G/STR/4, 30 juillet 1999, § 3.
[663] Voir *Note d'information, op. cit.*, § 10 ; *Liste exemplative, op. cit.*, § 6.
[664] *Note d'information, op. cit.*, § 9.
[665] *Ibid.*, § 94.
[666] *Liste exemplative, op. cit.*, § 8.

nature et d'intensité variables qui donnent lieu, à leur tour, à un contrôle étatique de degré variable », soit parce que les pouvoirs publics l'ont spécialement autorisée ou mandatée pour exercer certaines fonctions[667], soit parce qu'ils la soutiennent dans un but non commercial[668].

La pratique de l'O.R.D. correspond à cette lecture. Il a ainsi envisagé la responsabilité d'Etats membres pour le comportement d'entités qui s'étaient vu reconnaître un monopole ou une position privilégiée dans le but d'atteindre des objectifs fixés par le gouvernement. Ainsi de l'Office de commercialisation des produits de l'élevage, chargé d'administrer les importations de viande de bœuf de la Corée et bénéficiant à ce titre d'un monopole puis d'un droit exclusif et dont l'activité était réglementée et supervisée par le Ministère de l'Agriculture et des forêts dans le but de stabiliser les prix des produits de l'élevage[669]. Ainsi encore de la Commission canadienne du blé, chargée d'organiser, dans le cadre du marché interne et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada et bénéficiant à ce titre d'un monopole et de privilèges et dont l'activité était globalement supervisée par les pouvoirs publics[670].

L'article XVII:1 du GATT semble donc revêtir une double portée : appliqué aux organes de l'Etat au sens du droit interne, il rappelle que les comportements qu'ils accomplissent à titre commercial n'échappent pas aux prévisions des accords O.M.C.[671] ; appliqué à des entités distinctes, il indique que l'ensemble de leurs comportements peuvent lui être attribués. Dans cette mesure, ces dispositions sont parfois perçues comme posant une règle spéciale d'imputation[672]. Cette spécificité ne doit toutefois pas être exagérée. D'une part, la pratique suivie dans d'autres branches du droit international ne conduit pas à exclure que de telles entreprises puissent être assimilées à des organes. D'autre part, les comportements de ces entreprises ne sont illicites que dans la mesure où ils s'inspirent de

---

667 *Liste exemplative*, *op. cit.*, § 8, qui cite le contrôle et la direction des opérations d'importation ou d'exportation, la distribution des importations, le contrôle de la production, de la transformation ou de la distribution au niveau national.

668 *Ibid.*

669 *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R et WT/DS169/R, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, § 14-18 et 763-769.

670 *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004, § 6.39

671 En ce sens, v. sous l'empire du GATT, *Canada – Importation, distribution et vente de produits alcooliques par les offices provinciaux de commercialisation*, S35/137, rapport du groupe spécial adopté le 22 mars 1988, § 4.22-4.29. Sur ce point, v. aussi *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

672 En ce sens, S. M. Villalpando, qui remarque que l'article XVII:1 « *covers activities that are outside the exercise of elements of the governmental authority, such as purchases or sales in ordinary commercial relations* » (« Attribution of conduct to the State : how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system », *JIEL*, 2005, vol. 5, n° 2, p. 393-420, sp. p. 406) et H. Lesaffre, qui observe quant à lui que des comportements qui ne sont pas accomplis sous le contrôle effectif de l'Etat peuvent néanmoins lui être rapportés (*Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité* internationale, *op. cit.*, p. 170-171).

considérations autres que commerciales[673], cet élément permettant de distinguer la main de l'Etat derrière le comportement de l'entreprise.

198. A rebours de la solution retenue en droit de l'O.M.C. ou en application de traités bilatéraux relatifs aux investissements[674], le seul tribunal arbitral s'étant prononcé sur la portée des dispositions de l'ALENA relatives aux monopoles et entreprises d'Etat a quant à lui estimé qu'elles conduisaient à réduire la catégorie des entités dont le comportement est imputable à l'Etat sur une base statutaire. Cette réduction emprunte selon le Tribunal deux voies. Il a d'abord considéré que ces dispositions ont pour effet que la notion d'organe au sens de l'ALENA est plus restreinte que dans les autres domaines. En effet, en distinguant nettement les Parties des monopoles et entreprises d'Etat, l'ALENA contiendrait une *lex specialis* excluant que les seconds puissent être considérés comme des organes des premières. Dès lors, quand bien même une entreprise d'Etat pourrait être considérée comme un organe au sens du droit international de la responsabilité, elle ne pourrait être qualifiée comme tel au sens de l'ALENA[675]. Tel était, selon le Tribunal, la situation de la Société canadienne des postes. Qualifiée par la loi qui l'a créée d'institution du gouvernement du Canada et assumant des fonctions gouvernementales en bénéficiant de pouvoirs exorbitants, cette entreprise pourrait selon le Tribunal être assimilée à un organe de l'Etat au sens de l'article 4 C.D.I.[676]. Elle ne peut toutefois l'être au sens de l'ALENA car elle est qualifiée par les Parties d'entreprise d'Etat[677]. Cette distinction resterait sans conséquence si le régime d'attribution applicable à ces entreprises était le même que celui retenu pour les organes. Tel n'est pas le cas. En effet, le Tribunal a ensuite considéré que, tandis que l'ensemble des comportements de ses organes est attribué à l'Etat aux fins de la responsabilité, seuls les comportements que les entreprises d'Etat adoptent dans l'exercice des pouvoirs gouvernementaux qui leur ont été

---

[673] Article XVII:1 al. b). *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R et WT/DS169/R, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, § 757-758.

[674] *A. Genin c. Estonie*, ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, § 327 : assimilation à l'Etat de la Banque centrale d'Estonie sur la base de l'article 2 du traité bilatéral Etats-Unis/Estonie consacré aux entreprises d'Etat.

[675] *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 59-62. Le Tribunal retient en particulier que le chapitre 11 s'applique aux Parties, tandis que le chapitre 15 s'applique aux monopoles et entreprises d'Etat, qu'au sein de ce chapitre 15 les obligations des Parties sont distinctes de celles des monopoles et entreprises d'Etat, que seuls certains comportements des monopoles et entreprises d'Etat engagent la responsabilité de l'Etat et que, parmi ces comportements, seuls certains peuvent faire l'objet d'un arbitrage.

[676] *Ibid.*, § 57 : « *Canada Post may be seen as part of the Canadian government system, broadly conceived* ». Il est remarquable à cet égard que, comme le reconnaît le tribunal arbitral, les mesures de cette société aient été considérées comme gouvernementales par l'O.R.D. (v. *supra*).

[677] *Ibid.*, § 69. L'annexe 1505 de l'ALENA indique que l'expression « entreprise d'Etat » s'entend, pour ce qui concerne le Canada, d'une société d'État au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (Canada) ou de toute loi provinciale comparable, ou d'une entité équivalente qui est constituée en vertu d'autres lois provinciales applicables ».

confiés peuvent lui être rapportés[678]. Il pouvait, pour parvenir à semblable conclusion, s'appuyer sur les termes mêmes de l'ALENA dont la disposition consacrée aux entreprises d'Etat prévoit, à la différence des accords O.M.C. ou de la Charte de l'Energie mais à l'image du modèle américain de T.B.I., que leurs comportements n'engagent la responsabilité de l'Etat que pour autant qu'elles agissent dans l'exercice des pouvoirs gouvernementaux qui leur ont été délégués[679].

b. Les dispositions relatives aux subventions

199. Si les dispositions relatives aux entreprises d'Etat et entreprises privilégiées visent un type d'entités particulier, d'autres dispositions, qui tendent à saisir un type de comportements particuliers, peuvent avoir une incidence sur la manière dont sont abordées les entités paraétatiques. Ainsi des dispositions relatives aux subventions dans le droit de l'O.M.C. Les accords de l'O.M.C. – qu'il s'agisse de l'accord sur les Subventions et les mesures compensatoires ou de l'accord sur l'Agriculture – définissent une subvention comme une contribution financière, qu'elle soit directe ou indirecte, des pouvoirs publics conférant un avantage. La contribution financière doit donc être imputable à l'Etat, ce qui implique de déterminer ce que sont les pouvoirs publics au sens de ces accords ainsi que leurs liens avec la contribution financière en question. Sur le premier point, ces accords précisent que la contribution financière doit en principe provenir des pouvoirs publics ou de leurs organismes. Sur le second, ils contiennent des dispositions anti-contournement aux termes desquelles une subvention peut émaner de personnes privées, dans la mesure où, selon l'accord SMC, les pouvoirs publics ou leurs organismes les ont chargées ou leur ont ordonné d'apporter une telle contribution ou si, selon l'accord sur l'Agriculture, ladite contribution est financée en vertu d'une mesure des pouvoirs publics. L'analogie avec les règles d'imputation codifiées par la C.D.I. est patente : à côté des pouvoirs et organismes publics dont toutes les contributions financières sont considérées comme publiques, existent des entités dont certaines contributions financières peuvent être considérées comme publiques car elles ont été versées pour le compte des pouvoirs ou organismes publics.

200. La pratique de l'O.R.D. apporte quelques précisions sur ce qu'il faut entendre par organisme public en ce domaine. Comme pour ce qui est de l'identification d'une mesure gouvernementale au sens des accords O.M.C., des groupes spéciaux ont pu

[678] *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 59, pt. 4 et § 72-79. Cette solution sera donc étudiée *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[679] *Ibid.*, § 61.

qualifier certains organismes, telles la Société canadienne pour l'expansion des exportations[680] ou la Commission canadienne du lait[681], de « publics » sans s'en expliquer. D'autres groupes spéciaux ont toutefois dû préciser la notion. Tandis que certains ont alors retenu une approche fonctionnelle[682], d'autres ont assimilé à un organe de l'Etat une entreprise contrôlée par lui. Un groupe spécial a ainsi pu considérer qu'« une entité constituera un 'organisme public' si elle est contrôlée par les pouvoirs publics (ou par d'autres organismes publics) ». L'approche est bien organique car, lorsque qu'il en va ainsi, « alors toute action de cette entité est imputable aux pouvoirs publics »[683], qu'elle agisse dans l'exercice de fonctions régaliennes ou commerciales[684]. Si son origine, le type de fonctions qu'elle exerce ou le but dans lequel elle le fait peuvent constituer des indices du caractère public d'une entité, ils n'apparaissent pas décisifs en ce domaine[685]. Le critère du contrôle apparaît donc suffisant aux fins de qualification d'un organisme comme public au sens de l'accord SMC[686]. Ce contrôle ne porte pas sur le comportement spécifiquement en cause mais est abordé de manière générale en tenant compte des liens structurels qui unissent l'entité aux organes de l'Etat au sens du droit interne ou à d'autres organismes publics. Peuvent ainsi être pris en compte, la composition du capital de l'entité, le mode de désignation de ses dirigeants, d'éventuelles procédures d'approbation ou de contrôle, voire la perception que l'entité a d'elle-même[687].

201. L'O.R.D. retient donc une conception large de la notion d'organisme public dans le domaine des subventions[688]. Cette largesse est toutefois compensée par les

---

[680] *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial, 14 avril 1999, § 9.160 : pour le groupe spécial, « il ne fait aucun doute » que la Société canadienne pour l'expansion des exportations, créée par la loi dans le but de faciliter et accroître le commerce extérieur du Canada et la participation des entreprises canadiennes à ce commerce et détenue à 100 % par le gouvernement, « est un 'organisme public' au sens de [l'article 1.1 de l'Accord SMC] » bien qu'elle agisse de manière commerciale.

[681] *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, § 7.75 : le caractère public de la Commission canadienne du lait, décrite comme une société d'Etat créée par une loi fédérale, contrôlée par le gouvernement fédéral et financée par le gouvernement fédéral, les opérations qu'elle effectue et les producteurs, ne fut pas même contesté.

[682] Sur ce point, v. *infra*.

[683] *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, rapport du groupe spécial, 7 mars 2005, § 7.50 et 7. 352.

[684] *Ibid.*, § 7.50.

[685] *Ibid.*, § 7.55.

[686] *Ibid*.

[687] Ainsi la Kexim, une banque coréenne, est-elle considérée comme un organisme public car son capital appartient à 100 % aux pouvoirs publics coréens ou à d'autres organismes publics, ses dirigeants sont nommés par les pouvoirs publics, le Ministre des programmes approuve ses programmes d'activités annuelles (*ibid.*, § 7.50-7.56).

[688] Comp. le mécanisme des aides d'Etat en droit européen. Tandis que le juge européen avait d'abord retenu une approche organique large, celle qui était encore la CJCE semble être revenue à une approche fonctionnelle par l'arrêt *Stardust* (*République française c. Commission*, aff. C-482/99, 16 mai 2002, § 50-52 : « Le seul fait qu'une entreprise publique soit sous contrôle étatique ne suffit pas pour imputer des mesures prises par celle-ci, telles que les mesures de soutien financier en cause, à l'Etat. Il est encore nécessaire

conditions dans lesquelles une contribution financière des pouvoirs publics ou de leurs organismes est considérée comme conférant un avantage. Pour qu'il en aille ainsi, il faut en en effet que la contribution soit fournie à des conditions plus favorables que celles que le bénéficiaire trouverait sur le marché[689]. La main de l'Etat réapparait alors.

*

202. L'étude des travaux de la C.D.I. comme celle de la pratique judiciaire indiquent donc que la notion d'organe de l'Etat au sens du droit de la responsabilité internationale ne se limite pas aux entités dotées de ce statut en droit interne. Elle s'étend en effet à des entités qui, tout en étant dotées d'une personnalité distincte de l'Etat en droit interne, lui sont à ce point liées qu'elles peuvent être assimilées à l'Etat au sens du droit international. Marquée par les travaux de la C.D.I. en première lecture, la pratique des tribunaux arbitraux en matière d'investissement semble certes s'écarter de ce modèle en ne reconnaissant comme organes de l'Etat que les entités reconnues comme tels en droit interne. Mais leur mode de raisonnement ne diffère au fond pas de celui retenu par la C.D.I. en seconde lecture ou par les autres juridictions étudiées. Ils admettent en effet de considérer comme étatiques ou publiques des entités dotées de la personnalité juridique en droit interne sur la base de critères structurels et fonctionnels et restreignent la catégorie des actes de ces entités dont l'Etat peut être tenu internationalement responsable essentiellement en raison de l'interprétation qu'ils font des obligations primaires dont ils contrôlent l'application[690]. Cette assimilation des entités paraétatiques à l'Etat au sens du droit international de la responsabilité est toutefois loin d'être systématique. Il est en effet des cas, nombreux, où de telles entités bénéficient d'une autonomie telle ou interviennent dans des domaines et à des fins si variés qu'elles ne sauraient être qualifiées d'organes de l'Etat, même *lato sensu*. En pareille hypothèse, il se peut encore que certains de leurs comportements soient néanmoins rapportés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis pour son compte. Mais le statut de l'entité qui agit importe alors moins que le comportement spécifiquement en cause, de sorte que l'imputation ne se fait plus *ratione personae* mais *ratione materiae*[691].

---

d'examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures »). Sur ce point, v. L. Grard, « Aides d'Etat », *Jurisclasseur Europe*, fascicule 1530, § 68 s.

[689] *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999, § 9.120 ; *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, rapport du groupe spécial, 7 mars 2005, § 7.28.

[690] Sur ce point, v. aussi *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

[691] Sur ces cas, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

203. En ce qu'il rapporte à l'Etat les comportements de ses organes *lato sensu* ainsi que ceux de personnes ou groupes qui, sans être des organes, agissent pour son compte, le droit international de la responsabilité ne s'oppose d'ailleurs pas aux solutions retenues dans les droits internes, tels les droits français ou britannique.

Le premier recourt régulièrement au critère organique afin d'identifier un acte ou un contrat administratifs, un service, des biens ou des travaux publics. A côté des cas dans lesquels ce critère est satisfait car la nature publique d'une entité ne fait pas de doute, notamment parce qu'elle résulte d'une qualification textuelle, il est des cas plus délicats. Ce critère peut alors être satisfait dans deux séries d'hypothèses. La première concerne les cas dans lesquels l'entité impliquée peut être, quelles que soient les apparences, considérée comme publique. Le juge administratif français a en effet développé une jurisprudence permettant d'identifier la nature publique d'une entité lorsque celle-ci est douteuse en s'appuyant sur un faisceau d'indices mêlant considérations structurelles et fonctionnelles[692]. Il a même considéré qu'une personne privée pouvait dans certains cas être considérée comme transparente, de sorte qu'elle devrait en réalité être assimilée en toute chose à la personne publique qui l'a créée, en tenant là encore compte de la concordance d'indices structurels et fonctionnels[693]. A côté de ces hypothèses, il en est d'autres dans lesquelles le critère organique est satisfait car l'entité impliquée, tout en restant privée, agit d'une manière ou d'une autre pour le compte d'une personne publique. Ce lien peut être mis en évidence de diverses manières : il peut résulter d'un mandat explicite ou implicite[694], du contrôle exercé par la personne publique sur la personne

[692] En l'absence de qualification textuelle, le juge administratif français mobilise indices structurels (origine, rapports avec l'autorité publique) et fonctionnels (but de l'activité, nature des pouvoirs) qu'il combine en tenant compte des conséquences de la qualification retenue (en ce sens, R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15e édition, 2001, p. 184-199).

[693] France, Conseil d'Etat, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* : « Considérant que lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs » ; France, Conseil d'Etat, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* : « Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent (…) décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire ».

[694] Un contrat passé entre personnes privées peut néanmoins être qualifié d'administratif si l'une de ces personnes a agi pour le compte d'une personne publique, ce qui peut se déduire exceptionnellement de son objet (France, Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*) ou, plus souvent, résulter d'un mandat explicite ou implicite (France, Conseil d'Etat, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*).

privée[695], ou encore de l'exercice par la seconde de prérogatives qui lui ont été confiées par la première[696]… Le juge administratif français admet ainsi que l'administration puisse agir par l'intermédiaire d'entités qui, quelles que soient les apparences, lui sont à ce point liées qu'elles doivent être qualifiées de publiques sur la base d'indices structurels et fonctionnels ainsi que par l'intermédiaires d'entités qui, pour être privées, peuvent néanmoins agir dans certains cas pour son compte.

Ce type de raisonnement se retrouve dans d'autres droits internes, tels le droit britannique. Pourtant peu familier de ces qualifications, le juge britannique a en effet dû identifier les *public authorities* auxquelles sont opposables les droits reconnus par le *Human rights act*. Marqué par la pratique de la C.E.D.H., il a alors considéré que cette notion incluait, d'une part, les *core public authorities*, à ce point liées à l'Etat qu'elles ne peuvent tirer aucun droit de la Convention et qu'elles doivent la respecter dans tous leurs comportements et, d'autre part, les *functional public authorities* qui peuvent au contraire se prévaloir de la Convention et ne doivent la respecter que dans la mesure où elles assument des fonctions publiques[697]. Tandis que les premières peuvent être identifiées en combinant indices structurels et fonctionnels, les secondes ne peuvent être mises en évidence que sur la base de critères fonctionnels[698].

204. On ne saurait dès lors s'étonner que le droit international de la responsabilité assimile à l'Etat certaines entités dotées d'une personnalité autonome en droit interne. Reste à déterminer les cas dans lesquels une entité est à ce point liée à l'Etat qu'elle doit être assimilée à l'un de ses organes au sens du droit international de la responsabilité.

---

[695] Un service assuré par une personne privée peut néanmoins être qualifié de public s'il lui a été confié par une personne publique, ce qui peut se déduire soit du contrôle exercé sur et des prérogatives conférées à la première par la seconde (France, Conseil d'Etat, 28 juin 1963, *Narcy*), soit des conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, des obligations qui lui sont imposées ainsi que des mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints (France, Conseil d'Etat, 22 février 2007, *APREI*).

[696] Un acte adopté par une personne privée peut néanmoins être qualifié d'administratif s'il traduit l'exercice de prérogatives de puissance publique qui lui ont été confiées pour l'exercice d'un service public (France, Conseil d'Etat, 13 janvier 1961, *Magnier*).

[697] La distinction repose sur l'interpretation du *Human rights act*, qui prévoit d'une part qu'« *it shall be unlawful for a public authority to act in a way wich is incompatible with a Convention right* » (section 6(1)), d'autre part que l'expression « *public authority* » inclut « *any person certain of whose functions are functions of a public nature* » (section 6(3)b) mais que « *in relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)b if the nature of the act is private* » (sous-section 5).

[698] Sur ce point, v. D. Oliver « The frontiers of the State : public authorities and public functions under the Human Rights Act », *Public law*, 2000, p. 476-493 ; « Functions of a public nature under the human rights act », *Public Law*, 2004, p. 329-351 ; H. Quane, « The Strasbourg jurisprudence and the meaning of a 'public authority' under the Human Rights Act », *Public law*, 2006, p. 106-123 ; J. Landau, « Functional public authorities after *YL* », *Public law*, 2007, p. 630-639 ; A. Williams, « *YL v. Birmingham City Council* : contracting out and 'functions of a public nature' », *European Human Rights law review*, 2008, p. 524-531.

Section 2. L'identification des démembrements fonctionnels assimilables à des organes de l'Etat

205. Les travaux de la C.D.I. comme la pratique judiciaire montrent que le seul renvoi au droit interne ne permet pas d'identifier toutes les entités susceptibles d'être qualifiées d'organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Il devient dès lors nécessaire de déterminer dans quels cas une entité est susceptible d'être ainsi qualifiée.

206. Les travaux de la Commission du droit international n'ont guère permis d'élucider cette question. R. Ago n'indiquait ainsi que vaguement les éléments permettant d'identifier les « entités publiques dotées d'une personnalité propre »[699]. Citant les exemples des établissements publics ou des partis politiques dans les régimes dits de parti unique, le rapporteur spécial insistait sur le fait que de telles entités « [répondent] à des exigences de nature publique » en exerçant des « fonctions de caractère public, qui répondent à des intérêts de la collectivité » tout en étant, du point de vue de l'ordre interne, dotées d'un appareil propre, distinct de celui de l'Etat[700]. Le critère décisif semblait alors tenir pour R. Ago « à la nature des fonctions exercées »[701]. Les débats menés en première lecture achoppèrent précisément sur cette question. Plusieurs pistes furent explorées afin d'identifier les institutions publiques, qu'il s'agisse du statut de l'entité dans l'ordre interne[702], du contrôle que les organes de l'Etat au sens du droit interne exercent sur elle[703], des fonctions qu'elle assume[704] ou d'une combinaison de ces éléments[705]. Mais c'est précisément faute d'avoir pu définir la notion d'institution publique que la Commission

[699] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 163, p. 268.
[700] *Ibid.*, § 166, p. 268-269.
[701] *Ibid.*, § 170, p. 270.
[702] Considérant que R. Ago avait retenu ce critère, les membres de la Commission le jugèrent insuffisant compte tenu de la diversité des systèmes internes. Certains n'exclurent toutefois pas de s'y référer faute de mieux (A. Martinez Moreno, 1255e séance, § 14, p. 18), R. D. Kearney proposant même une disposition aux termes de laquelle est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une entité qui « d'après le droit interne de l'Etat ou le droit interne d'une collectivité territoriale, (…) a expressément le statut d'entité publique » (1258e séance, § 11, p. 34).
[703] A. Ramangasoavina (1256e séance, § 9, p. 22) et R. Quentin-Baxter (1256e séance, § 18, p. 23) mentionnèrent ce critère, sans nécessairement se prononcer en sa faveur.
[704] P. Reuter mentionna « les fonctions spécifiques de l'Etat » (1253e séance, § 25, p. 16), tandis que S. Bilge fit référence à « l'importance des fonctions publiques exercées » tout en considérant que chaque Etat pouvait déterminer les fonctions qui, pour lui, étaient considérées comme publiques (1255e séance, § 19, p. 19)
[705] V. en particulier la remarque de R. D. Kearney, qui se demande si c'est « le fait d'appartenir à l'Etat, le contrôle par l'Etat, l'apport de capital par l'Etat, des pouvoirs spéciaux conférés par l'Etat, l'exercice de pouvoirs normalement exercés par l'Etat – tels que l'expropriation ou la nationalisation – ou le fait que l'établissement ou l'institution ont été constitués par un acte spécial émanant d'une branche de l'Etat, ou encore (…) une combinaison de ces divers éléments » qui confère à une entité son caractère public (*ACDI*, 1974, vol. 1, 1253e séance, § 11, p. 14).

délaissa l'approche organique au profit d'une approche fonctionnelle[706]. Revenant sur cette solution en seconde lecture pour élargir la catégorie des organes de l'Etat, elle aurait dû préciser les critères permettant de les identifier. Elle ne le fit qu'avec parcimonie. En effet, bien qu'il ait entendu utiliser le terme organe « dans son sens le plus large pour signifier une personne ou une entité appartenant au secteur public et remplissant des fonctions officielles de quelque nature et de quelque niveau que ce soit »[707], J. Crawford ne définit ni l'appartenance au « secteur public » ni les « fonctions officielles ». Invité à le faire par plusieurs membres de la Commission[708], il précisa sa position lors des débats, en expliquant que, pour qualifier une entité d'organe de l'Etat au sens du droit international « de nombreux facteurs doivent être pris en compte (…), notamment la structure de l'organe, sa responsabilité vis-à-vis du gouvernement central et le fait que ses employés ont, ou non, le statut de fonctionnaires. Il faudra également examiner ce que les tribunaux ont décidé dans le contexte analogue de l'immunité des Etats, où des distinctions ont dû être faites entre l'Etat et ses différentes entités »[709]. Le commentaire de l'article 4 demeure toutefois évasif. Commençant par définir les organes de l'Etat de manière quelque peu tautologique comme « toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom », il reprend ensuite la position du rapporteur spécial en précisant que « l'expression 'un organe de l'État' utilisée à l'article 4 doit s'entendre dans son acception la plus large » et qu'il faut pour la circonscrire tenir compte notamment « des pouvoirs de l'entité considérée et [de] sa relation avec d'autres entités »[710].

207. La Commission semble donc avoir considéré que pour qualifier une entité d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, il fallait tenir compte de ses pouvoirs et fonctions ainsi que de son rapport aux autres structures appartenant à l'appareil étatique. Considérant qu'il s'agissait là d'une question d'application d'un critère général, elle n'a toutefois guère précisé les éléments à prendre en compte, laissant ainsi une certaine liberté à l'interprète. La recherche d'un critère univoque permettant d'identifier les organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité paraît en effet vaine. Pour opérer une telle qualification, les juges internationaux mobilisent indices structurels (§ 1) et matériels (§ 2), qu'ils combinent de manières variées[711].

---

[706] Voir *supra*, Section 1, § 1.
[707] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 158, p. 37.
[708] En particulier G. Häfner (2555e séance, § 20, p. 259) et Z. Galicki (*ibid.*, § 22, p. 260).
[709] 2555e séance, § 21, *ACDI*, 1998, vol. 1, p. 259.
[710] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 1, 6 et 11, *op. cit.*, p. 41-43.
[711] Sont pris en compte aux fins d'établissement de cette liste de critères, les cas dans lesquels des entités ont été assimilées à des organes au sens du droit international de la responsabilité mais aussi, à titre illustratif et *mutadis mutandis*, ceux dans lesquels elles ont été qualifiées d'organisations gouvernementales.

§ 1. Les indices structurels

208. La première série d'indices mobilisés par les juges internationaux pour identifier des organes de l'Etat au sens du droit international sont d'ordre structurel. Ils peuvent tenir au statut de l'entité en cause dans l'ordre interne (A), aux modalités de sa création (B), mais aussi aux relations qu'elle entretient avec les organes de l'Etat au sens du droit interne (C).

A. Le statut de l'entité dans l'ordre interne

209. Tout en refusant de faire du statut d'une entité dans l'ordre interne le critère décisif aux fins de sa qualification comme organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, J. Crawford admettait que cela « ne signifie pas que les différences, y compris les différences dans le statut juridique interne, entre les entités concernées, n'ont pas d'intérêt pour déterminer si le comportement devrait être attribuable »[712]. Bien qu'il ne soit pas décisif, le statut d'une entité dans l'ordre interne joue en effet un rôle non négligeable aux fins de sa qualification dans l'ordre international. Deux éléments sont alors pris en compte. Le premier, tenant à la personnalité juridique de l'entité, ne fera l'objet que d'un bref rappel dans la mesure où il a été démontré qu'il n'était pas décisif (1). Le second, tenant au caractère public ou privé de l'entité dans l'ordre interne, sera plus développé (2).

1. La personnalité juridique de l'entité

210. La personnalité juridique de l'entité joue un rôle important mais non décisif aux fins de sa qualification. Le fait qu'elle soit dotée ou non d'une personnalité juridique autonome dans l'ordre interne est bien sûr révélateur de son appartenance à l'appareil étatique au sens du droit international de la responsabilité. Outre que « la qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose »[713], le fait qu'une entité ne dispose pas d'une personnalité autonome dans l'ordre interne constitue bien sûr un indice fort de son appartenance à l'appareil étatique. Inversement, le fait qu'elle en soit dotée peut constituer un indice de son autonomie vis-à-vis de cet appareil. On a toutefois vu que, malgré

[712] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 211, p. 46.
[713] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 11, *op. cit.*, p. 43.

quelques voix discordantes, la C.D.I. et les organes de règlement des différends s'accordent pour considérer que des entités dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat dans l'ordre interne peuvent néanmoins être considérées comme des organes de l'Etat dans l'ordre international. Ainsi, si le fait qu'une entité soit dotée ou non de la personnalité dans l'ordre interne peut constituer un indice de son appartenance à l'appareil étatique, elle ne saurait constituer un critère décisif de cette appartenance.

2. La caractère public ou privé de l'entité

211. Le second indice lié au statut de l'entité dans l'ordre interne tient à son caractère public ou privé. Deux raisons l'expliquent. Le fait qu'une entité soit qualifiée de publique dans l'ordre interne peut conduire à lui conférer des pouvoirs ou lui imposer des sujétions qui peuvent constituer autant d'indices de son caractère étatique dans l'ordre international. Corrélativement, les raisons qui conduisent à doter une entité d'un statut public dans l'ordre interne peuvent être les mêmes que celles qui permettent d'y voir un organe de l'Etat au sens du droit international. R. Ago considérait d'ailleurs que les comportements des entités qualifiées de publiques d'après l'ordre interne de l'Etat devaient lui être rapportés[714]. Si la solution n'a pas été retenue par la Commission, notamment car la distinction personne publique/personne privée n'a pas semblé opérante dans tous les systèmes de droit considérés, les organes de règlement des différends en tiennent compte. Certains se contentent de constater qu'une entité peut être qualifiée de publique d'après le droit interne de l'Etat considéré pour rapporter son comportement à l'Etat[715]. D'autres, sans s'en contenter, se réfèrent à cet indice[716].

Inversement la forme privée conférée à une entité dans l'ordre interne peut indiquer son autonomie vis-à-vis de l'appareil étatique. Il en a été tenu grand compte dans les travaux de la C.D.I. En première lecture, R. Ago comme la Commission avaient exclu que les comportements d'une entreprise privée puissent être attribués à l'Etat sur une base

---

[714] V. *supra*.

[715] O.R.D., *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial, 31 mars 1998, § 2.31 et 10.109, s'agissant de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales.

[716] C.E.D.H., *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78, s'agissant du *Syndicat des avocats* roumain dont la Cour remarque, *à titre subsidiaire*, qu'il est considéré comme une personne publique dans l'ordre interne ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 51 et 54-55, observant que le *Conseil exécutif des grands projets* et le *Council for development and reconstruction* qui lui a succédé sont qualifiés en droit interne d'établissements publics administratifs ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107, remarquant que l'*Agence nationale des barrages* algérienne est qualifiée en droit interne d'établissement public administratif à vocation technique.

organique[717]. Tout en élargissant la notion d'organe, J. Crawford comme la Commission ont également écarté en principe l'assimilation d'une entreprise privée à un organe de l'Etat en seconde lecture[718]. Il est vrai que les organes de règlement des différends écartent le plus souvent la qualification d'organe dès lors qu'ils sont en présence d'une personne morale de droit privé, et en particulier d'une entreprise privée[719].

212. Le fait qu'une entité puisse être qualifiée de privée ou publique d'après l'ordre interne d'un Etat ne doit toutefois pas être considéré comme décisif. Si cela est rare, il se peut tout d'abord que des entités soient qualifiées de publiques sans pour autant qu'elles soient assimilées à l'Etat au sens du droit international[720]. Réciproquement, et de manière plus fréquente, il se peut fort bien que des entités considérées comme privées dans l'ordre interne soient néanmoins assimilées à des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité[721]. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. Il s'agit là encore d'une

---

[717] V. *supra*.

[718] V. *supra*.

[719] Voir notamment C.E.D.H., *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 ; *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74, s'agissant d'une association et d'un syndicat dont la Cour a considéré qu'ils ne pouvaient être considérés comme des institutions publiques de sorte qu'ils entraient dans le champ d'application de l'article 11 (liberté d'association) ; *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 81 ; *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 54-58 ; *Eko-Elda Abee c. Grèce*, req. n° 10162/02, recevabilité, 27 mai 2004, s'agissant d'entreprises et d'une association (l'Unédic), dont la Cour considère qu'elles peuvent être qualifiées d'organisations non gouvernementales au sens de l'article 34 ; T.I.A.R., *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 238, n. 5 ; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s. ; *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 11 avril 1986, *IUSCTR*, vol. 10, p. 228, sp. p. 241 ; *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, 19 juin 1989, *IUSCTR*, vol. 21, p. 79 s. ; *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 14 août 1991, *IUSCTR*, vol. 27, p. 64 s., s'agissant d'entreprises, dont le tribunal irano-américain considère que leurs comportements ne peuvent être imputés à l'Iran, à moins qu'ils aient été accomplis dans un cas particulier pour son compte ou dans l'exercice de ses fonctions ; CIRDI, *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 188-190 ; Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Limited liability company Amto c. Ukraine*, n° 080/2005, sentence du 26 mars 2008, § 101-102, s'agissant d'entreprises privées dont les tribunaux arbitraux estiment qu'elles ne peuvent être qualifiées d'organe au sens du droit international de la responsabilité.

[720] C.E.D.H. *Les Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, § 48-49, s'agissant de monastères, la Cour considèrant que des « personnes morales de droit public peuvent avoir le statut d''organisations non gouvernementales' pour autant qu'elles ne participent pas à l'exercice de la 'puissance publique' et sont totalement indépendantes de l'Etat » ; CIRDI, *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119, s'agissant de la *National highway authority* pakistanaise, qualifiée de *public corporation* ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 160-161, s'agissant de la *Suez canal authority*, qualifiée de *public authority* par la loi.

[721] V. notamment C.E.D.H., *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 60 s. et arrêt du 8 juin 2006, § 53 s., s'agissant d'une fondation assimilée à un organe de la Pologne ; *Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, req. n° 35091/02 et autres, arrêt du 30 novembre 2004, § 52 ; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, req. n° 39745/02, arrêt du 3 avril 2007, § 17-19 ; *R. Kacapor* et al. *c. Serbie*, req. n° 2269-06 *et al.*, arrêt du 15 janvier 2008, § 96-99 ; *Cone c. Roumanie*, req. n° 35935/02, arrêt du 24 juin 2008, § 21, s'agissant d'entreprises privées assimilées à des organes, de sorte que le seul défaut d'exécution des décisions de justice rendues à leur encontre emporte violation par l'Etat dont elles dépendent du droit à un procès équitable ; Com. EDH., *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997 ; *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité,

conséquence de l'indifférence du droit international vis-à-vis des modalités d'organisation dont l'Etat se dote. Le choix par l'Etat d'une forme de droit privé plutôt que de droit public pour mener ses actions tient en effet davantage à la volonté d'assouplir la gestion d'une entité ou de respecter le droit de la concurrence qu'au souci d'isoler un patrimoine spécifiquement affecté à une activité[722]. Il n'y a donc pas lieu d'en tenir davantage compte que de la personnification de l'entité dans l'ordre interne. La forme privée d'une entité peut certes constituer un indice de son autonomie vis-à-vis de l'appareil étatique[723]. Mais elle n'est qu'un indice. Il n'est pas exclu que des entreprises privées soient assimilées à des organes de l'Etat aux fins de la responsabilité[724]. Retenir, comme l'a fait la Commission, une solution différente conduirait à rendre l'imputation tributaire des choix opérés dans les ordres internes[725].

---

27 janvier 2009, sp. § 19, s'agissant d'entreprises considérées comme des organisations gouvernementales au sens de l'article 34 ; T.I.A.R., *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., s'agissant d'une fondation assimilée à un organe de l'Iran ; CIRDI, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7 décision sur la compétence du 25 janvier 2000, sp. § 85 s. ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40, qualifiant d'étatiques des entreprises privées au stade de la recevabilité ; *Waste management Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/00/03, sentence du 30 avril 2004, § 75 ; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c.* Lettonie, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, sp. § 109-113, envisageant (première espèce) ou considérant (seconde espèce) que des entreprises privées puissent être assimilées à des organes de l'Etat aux fins de la responsabilité ; O.R.D., *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997, sp. § 5.33 à 5.36, assimilant la *Société canadienne des postes* à un organe du Canada de sorte que ses actes sont des mesures gouvernementales ; *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999, § 9.160 ; *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, § 7.75 ; *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, rapport du groupe spécial, 7 mars 2005, § 7.50 et 7. 352, qualifiant des entreprises privées d'organismes publics au sens des dispositions relatives aux subventions.

[722] En ce sens, J. Chalmers, « State responsibility for the acts of parastatals organized in corporate form », *ASIL proceedings*, 1990, p. 60-64.

[723] En ce sens, D.D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 165.

[724] Le *Restatement of the law (second), Foreign relations*, 1965, l'envisageait en liant l'identification des organes de l'Etat aux fins de la responsabilité internationale à l'identification des organes de l'Etat aux fins des immunités : « *the term 'agency' (…) includes any commercial enterprise owned by a State unless, under the law of the states, such enterprise is a separate legal entity to which the State does not accord sovereign immunity in its own courts and for which it does not claim the immunity of a foreign state in the courts of other States* » (§ 169, *General rule as to attribution*).

[725] Soulignant ce point, v. G. A. Christenson, « The doctrine of attribution in State responsibility », *in* R. B. Lillich (dir.), *International law of State responsibility for injury to aliens*, Charlottesville, 1983, p. 321-360, sp. p. 332-333, qui souligne que « *while facially nonideological, the Commission's test thus favors governments that operate through stealth* ».

B. L'origine de l'entité

213. Les modalités de création d'une entité peuvent constituer un indice utile de son caractère étatique. Selon que sa création résulte de l'initiative d'un organe de l'Etat au sens du droit interne ou d'une initiative privée, une entité sera plus ou moins aisément qualifiée d'étatique. L'origine d'une entité constitue en elle-même un indice de ses liens avec les organes de l'Etat mais elle renseigne également sur la nature publique des fonctions qui lui sont confiées. C'est encore plus vrai lorsque cette création résulte de procédés exorbitants, tels que la loi ou l'acte administratif unilatéral.

On ne peut donc s'étonner que les organes de Strasbourg aient remarqué que le Syndicat des avocats roumains ou la Société des chemins de fer espagnole avaient été créés par la loi pour rapporter le comportement du premier à l'Etat[726] ou qualifier la seconde d'organisation gouvernementale au sens de l'article 34[727]. Des tribunaux arbitraux ont de manière analogue pu insister sur les modalités de création d'entités pour les considérer, malgré leur personnalité distincte de l'Etat dans l'ordre interne, comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité[728], comme des entités étatiques ou publiques aux fins d'établissement de leur compétence[729], voire comme des entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique selon la conception particulière que certains d'entre eux s'en font[730]. Ils suivaient ainsi la voie tracée par le Tribunal irano-américain des réclamations, qui a retenu que la *Foundation for the oppressed* avait été créée par Khomeini avec l'approbation du Conseil de la révolution pour la qualifier d'*instrumentality controlled by the government of Iran*[731]. L'O.R.D. ne s'en écarte pas davantage, examinant lui aussi l'origine d'une entité pour déterminer si les comportements qu'elle adopte peuvent être considérés comme des mesures

[726] *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78. V. aussi, *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 68 s., remarquant que la Fondation pour la réconciliation germano-polonaise a été créée par un ministre.
[727] Com. EDH., *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997.
[728] *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 51 et 54, observant que le Conseil exécutif des grands projets libanais et le Conseil pour le développement et la reconstruction qui lui a succédé ont été créés par décrets.
[729] *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 83-85, observant que la *Sociedad para el desarollo industrial de Galicia* a été créée par un organisme public (l'Institut national de l'industrie) sur la base d'un décret ministériel.
[730] *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108, observant que la Société des autoroutes du Maroc a été créée par décret.
[731] *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., p. 96.

gouvernementales au sens des accords O.M.C.[732] ou si ses contributions financières peuvent être considérées comme émanant d'un organisme public au sens des dispositions relatives aux subventions[733]. Inversement, le fait que la création d'une entité résulte d'une initiative privée semble devoir indiquer qu'elle ne peut être considérée comme un organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité[734].

214. Il est toutefois des cas, relativement nombreux, où des entités n'ont pas été assimilées à des organes de l'Etat au sens du droit international, bien qu'un organe de l'Etat au sens du droit interne les ait créées suivant des procédés exorbitants du droit commun. Ainsi de Radio France, dont la C.E.D.H. a accepté d'entendre la réclamation en considérant qu'il s'agissait d'une organisation non gouvernementale encore qu'elle ait été créée par la loi[735], ou des associations et autres syndicats de chasse, qu'elle a considérés comme des associations et non des institutions de droit public au sens de l'article 11 de la Convention bien qu'elles doivent leur existence à la volonté du législateur[736]. Les tribunaux arbitraux transnationaux refusent de manière analogue de considérer que la création d'une entité par la loi suffit à lui imprimer un caractère étatique au sens du droit international. Le Tribunal irano-américain des réclamations a ainsi estimé que les comportements des *Conseils des travailleurs* n'étaient pas imputables à l'Iran, bien que leur création ait été prévue par la Constitution, encadrée par la loi et initiée par les organes de l'Etat[737]. Les tribunaux CIRDI ont pareillement pu dénier la qualification d'organe à des entités pourtant créées par la loi ou par décret[738].

215. Il semble dès lors possible d'affirmer avec la C.D.I. que « le fait que l'État a été à l'origine d'une société, que ce soit par le biais d'une loi spécifique ou autrement, n'est

---

[732] *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997, § 5.33 à 5.36, s'agissant de la Société canadienne des postes, créée par la loi.

[733] *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999, § 9.160 ; *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, § 7.75, s'agissant respectivement de la *Société canadienne pour l'expansion des exportations* et de la *Commission canadienne du lait*, créées par la loi.

[734] La pratique en ce sens manque. On observera simplement, par analogie, que, si l'on tend à considérer en droit administratif français qu'« on naît établissement public, on ne le devient pas » (conclusions L. Blum sur France, Conseil d'Etat, 21 juin 1912, *Pichot*, *Leb.*, p. 711), même cette solution n'est pas absolue (France, Conseil d'Etat, 24 décembre 1937, *de la Bigne de Villeneuve*, s'agissant de l'école de droit du Caire, association qualifiée d'établissement public bien que due à l'initiative privée).

[735] *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; v. aussi *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, req. n° 22603/02, arrêt du 22 novembre 2007, § 26 : bien que créée à l'initiative des pouvoirs publics, la société *Ukraine-Tyumen* est considérée comme une organisation non-gouvernementale au sens de l'article 34.

[736] *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 ; *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74..

[737] *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 16 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 4, p. 361 s., sp. p. 370.

[738] *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119, s'agissant de la *National Highay authotiy* pakistanaise ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, § 160, s'agissant de la *Suez canal authority* égyptienne.

pas une base suffisante pour lui attribuer le comportement ultérieur de cette entité »[739]. Toutefois, si ce n'est pas une « base suffisante », il s'agit là d'un indice important.

C. Les relations de l'entité avec les autres organes de l'Etat

216. Même si la création d'une personne morale de droit interne pour exercer une fonction implique en principe qu'elle dispose d'une certaine autonomie, cette autonomie est plus ou moins prononcée. Aussi le juge tient-il compte des relations que l'entité entretient avec les autres organes de l'Etat, et en particulier avec les organes de l'Etat au sens du droit interne, pour déterminer si elle peut ou non être qualifiée d'organe de l'Etat au sens du droit international. Plusieurs indices peuvent être mobilisés en fonction du type d'entité dont il s'agit pour déterminer ce degré de proximité. Ils peuvent tenir à la propriété ou au mode de financement de l'entité (1), à sa composition (2) ou au contrôle que les organes de l'Etat exercent sur elle (3).

1. Propriété et financement

217. Le premier de ces indices tient à la propriété ou au mode de financement de l'entité. Cet élément est important. Outre qu'il peut manifester en lui-même le caractère étatique d'une entité, il est révélateur aussi bien de sa dépendance vis-à-vis des organes de l'Etat au sens du droit interne que de l'intérêt général qui s'attache à son existence ou à la fonction qu'elle remplit.

218. La Cour européenne[740] comme le Comité[741] des droits de l'homme ont ainsi assimilé certaines entités à des organes de l'Etat notamment en raison de la détention par des organes de l'Etat au sens du droit interne de la totalité ou de la majorité de leur capital social. Les tribunaux arbitraux ont également pu s'appuyer sur cet élément pour estimer

[739] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 50.
[740] *Novoseletskiy c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005, § 80-82, s'agissant de l'*Institut pédagogique d'Etat de Melitopol*, qui appartient à l'Etat. V. aussi l'abondante jurisprudence développée par la Cour concernant le défaut d'exécution des décisions de justice par les entreprises détenues par l'Etat, notamment : *Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, req. n° 35091/02 et autres, arrêt du 30 novembre 2004, § 45 ; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, req. n° 39745/02, arrêt du 3 avril 2007, § 17-19 ; *R. Kacapor* et al. *c. Serbie*, req. n° 2269-06 *et al.*, arrêt du 15 janvier 2008, § 96-99 ; *Cone c. Roumanie*, req. n° 35935/02, arrêt du 24 juin 2008, § 21.
[741] *Hertzberg et autres c. Finlande*, com. n° 56/1979, 2 avril 1982, A/37/40, p. 182, sp. § 9.1, s'agissant de la *Société finlandaise de radiodiffusion*, dont le Comité constate qu'elle est détenue à 90 % par l'Etat.

que certaines entités devaient être considérées, malgré leur personnalité distincte de l'Etat dans l'ordre interne, comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité[742] ou comme des entités étatiques ou publiques aux fins d'établissement de leur compétence[743]. Quant à l'O.R.D., il en fait un élément important[744], voire décisif[745], de son appréciation du caractère public d'une entité. Le mode de financement des activités de l'entité joue un rôle analogue, pouvant imprimer un caractère étatique ou public aux entités dont l'activité est financée par des fonds publics[746]. Réciproquement, le fait que les organes de l'Etat au sens du droit interne ne détiennent qu'une faible participation dans le capital d'une entité[747] ou qu'elle soit financée au moyen de ressources essentiellement privées[748] tend à montrer qu'elle ne fait pas partie de l'organisation étatique.

219. Cet élément n'est toutefois pas plus décisif que les autres. Il se peut en effet qu'une entité soit détenue ou financée par l'Etat, même intégralement, sans pour autant être assimilée à l'un de ses organes. La C.E.D.H. a ainsi refusé de qualifier d'organisations gouvernementales au sens de l'article 34 des entreprises pourtant détenues par l'Etat[749]. De manière analogue, de nombreux tribunaux arbitraux transnationaux ont exclu d'assimiler à des organes de l'Etat des entreprises pourtant détenues par des organes au sens du droit

---

[742] *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c.* Lettonie, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, § 109-113, s'agissant de *Latvenergo*, entreprise détenue intégralement par l'Etat et dont la loi prévoit qu'elle ne peut être privatisée.

[743] *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 83-85, observant que la *SODIGA* est détenue à 88 % par un organisme public ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 31 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 36, relevant que la Société des autoroutes du Maroc est détenue à 89 % par le Maroc.

[744] *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997, § 5.33 à 5.36 ; *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999, § 9.160.

[745] *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, rapport du groupe spécial, 7 mars 2005, § 7.50 et 7. 352 : le seul fait que la *Kexim* soit détenue intégralement par des organes de l'Etat suffit à en faire un organisme public au sens de l'accord sur les subventions.

[746] CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 51 et 54, observant que les budgets du *Conseil exécutif des grands projets* libanais et du *Council for development and reconstruction* qui lui a succédé sont abondés depuis le budget de l'Etat ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108, remarquant que les ressources de l'Agence nationale des barrages algérienne sont essentiellement constituées de subventions publiques.

[747] C.E.D.H., *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, req. n° 22603/02, § 26, s'agissant d'*Ukraine-Tyumen*, détenue à 33 % par l'Etat.

[748] C.E.D.H. *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 56, observant que l'*Unédic* est financée en principe par des contributions privées, même si l'Etat peut y contribuer de manière exceptionnelle ; *Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Timisoara c. Roumanie*, req. n° 13248/05 *et al.*, arrêt du 16 juillet 2009, § 14-17, observant que les ressources des *Chambres de commerce* roumaines sont constituées entièrement des cotisations de leurs membres, des honoraires, commissions, subventions, donations, legs et autres revenus.

[749] *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 81 ; *Eko-Elda Abee c. Grèce*, req. n° 10162/02, recevabilité, 27 mai 2004.

interne. C'est en particulier le cas du tribunal irano-américain des réclamations[750]. Mais c'est également le cas de certains tribunaux CIRDI[751]. Cette pratique a conduit la Commission du droit international à considérer que, « même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, [le comportement des sociétés] dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'État »[752]. Cette conclusion serait toutefois excessive si elle devait être interprétée comme signifiant que le fait qu'une entité soit détenue par l'Etat est indifférent aux fins d'appréciation de sa qualité d'organe au sens du droit international de la responsabilité. La pratique sus évoquée indique en effet qu'il peut s'agir là d'un indice non négligeable.

2. Composition

220. Le second de ces indices tient à la composition de l'entité. J. Crawford estimait ainsi que la qualification d'une entité pouvait dépendre notamment du fait que « ses employés ont, ou non, le statut de fonctionnaires »[753]. Dans la pratique, cet indice joue plutôt en sens inverse. La C.E.D.H.[754] comme le Comité des droits de l'homme[755] ou encore le tribunal irano-américain des réclamations[756] ont ainsi considéré que des entités ne pouvaient être assimilées à des organes de l'Etat en soulignant en particulier qu'elles étaient composées de personnes privées. Cet élément n'est toutefois pas plus décisif que les

---

[750] *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 238, n. 5 ; *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 11 avril 1986, *IUSCTR*, vol. 10, p. 228, sp. p. 241; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s. ; *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, 19 juin 1989, *IUSCTR*, vol. 21, p. 79 s. ; *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 14 août 1991, *IUSCTR*, vol. 27, p. 64 s.

[751] *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 188-190, s'agissant de deux entreprises détenues intégralement par l'Etat. V. aussi *Limited liability company Amto c. Ukraine*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, aff. n° 080/2005, sentence du 26 mars 2008, § 101-102, s'agissant d'*Energoatom*, une entreprise détenue intégralement par l'Ukraine. *Mutadis mutandis*, un tribunal a estimé que la requête introduite par une banque appelée la *CSOB* contre la Slovaquie était recevable car la première ne pouvait être assimilée à la République tchèque encore qu'elle soit détenue de manière dominante par les pouvoirs publics de cet Etat (*Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Slovaquie*, ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999, § 20).

[752] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 50.

[753] 2555e séance, § 21, *ACDI*, 1998, vol. 1, p. 259.

[754] *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 56, observant que l'*Unédic* est composée de membres d'organisations patronales représentatives indépendantes ; *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 ; *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74, remarquant que les associations et syndicats de chasse sont composés de particuliers, chasseurs, propriétaires ou détenteurs de droits de chasse.

[755] *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292, sp. § 4.7, p. 290, remarquant qu'une caisse d'assurance professionnelle est composée de représentants des employeurs et des employés.

[756] *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 16 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 4, p. 361 s., sp. p. 369-371, remarquant que les *Workers' councils* iraniens sont composés de travailleurs élus.

autres, comme le montre la pratique de la C.E.D.H. relative aux ordres professionnels, assimilés à des institutions de droit public bien qu'ils soient composés de personnes privées[757].

3. Contrôle

221. Le contrôle que les organes de l'Etat au sens du droit interne exercent sur l'entité en cause joue également un rôle important sur la détermination de son caractère étatique au sens du droit international de la responsabilité. Le critère du contrôle joue un rôle majeur en matière d'attribution aux fins de la responsabilité internationale. La C.D.I. a d'ailleurs considéré que devaient être rapportés à l'Etat les comportements accomplis sous son contrôle effectif[758]. Mais il ne s'agit pas alors de déterminer si une entité peut être qualifiée d'étatique mais si un comportement spécifique d'une entité non étatique peut être rapporté à l'Etat. L'approche ne se fait pas *ratione personae* mais *ratione materiae*. Le contrôle ne doit pas porter sur l'entité de manière générale mais seulement au moment où elle a adopté le comportement spécifiquement en cause[759]. L'approche est différente lorsqu'il s'agit de déterminer si une entité peut être qualifiée d'organe. Le contrôle examiné porte sur l'acteur, non sur l'acte. Plusieurs éléments peuvent alors être pris en compte pour déterminer le degré de contrôle que les organes de l'Etat exercent sur lui. Ce contrôle peut être la conséquence de la position d'actionnaire de l'Etat[760]. Il peut également résulter du fait que ses dirigeants soient des organes de l'Etat au sens du droit interne, qu'ils soient nommés par de tels organes ou que leur nomination doive être agréée par eux[761]. Mais il peut également tenir à des sujétions imposées de l'extérieur. L'entité en

---

[757] V. en particulier, *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78.
[758] Article 8 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 49.
[759] Sur ces éléments, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.
[760] Sur ce point, v. *supra*.
[761] C.E.D.H., *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 68 s., relevant que le fondateur de la Fondation pour la réconciliation germano-polonaise (un ministre du gouvernement) avait toute latitude pour nommer et destituer tous les membres de son conseil de surveillance et de son conseil d'administration ; *Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, req. n° 35091/02 et autres, arrêt du 30 novembre 2004, § 45, estimant que le fait que l'administration de la société *Atomspetsbud* ait été confiée au ministère de l'Energie confirme son caractère public, indépendamment de sa classification formelle en droit interne ; T.I.A.R., *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., remarquant que les président et comité directeur de la *Foundation for the oppressed* sont nommés par Khomeini ; CIRDI, *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108, relevant que le conseil d'orientation de l'Agence nationale des barrages algérienne comprend le ministre chargé de l'hydraulique, les représentants du ministère de la Défense, des Finances, de l'Intérieur et d'autres ministères et que son directeur général est nommé par décret sur proposition du ministre chargé de l'hydraulique ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 31 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001,

cause peut ainsi être placée sous le contrôle, la tutelle, voire la direction d'un organe de l'Etat au sens du droit interne[762] comme il se peut que sa structure interne soit établie ou doive être approuvée par un tel organe[763]. Réciproquement, le fait que des entités disposent d'une large autonomie semble indiquer qu'elles ne relèvent pas de l'organisation étatique[764].

222. Le contrôle que les autres organes de l'Etat exercent sur une entité joue un rôle non négligeable sur sa qualification. Poussé à l'extrême, il peut conduire à la levée du voile social de cette entité, comme l'a reconnu la Commission du droit international en retenant que « le droit international admet l'existence distincte des sociétés au niveau national, sauf

---

§ 36, tenant compte du fait que le ministre de l'Equipement est président *ex officio* de la Société des autoroutes du Maroc.

[762] Remarquant que les organes de l'Etat exercent un contrôle, une tutelle, voire une direction, sur les autorités en cause sans en préciser les modalités précises, v. C.E.D.H., *Barthold c. RFA*, req. n° 8734/79, arrêt du 25 mars 1985, § 46 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/75 et 7238/75, arrêt du 23 juin 1981, § 64 ; *Bota c. Roumanie*, req. n° 24057/03, recevabilité, 12 octobre 2004, § 1, s'agissant d'ordres professionnels considérés comme des institutions publiques notamment car ils agissent sous le contrôle de l'Etat ; Com. E.D.H., *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997 ; *R. Kacapor et al. c. Serbie*, req. n° 2269-06 *et al.*, arrêt du 15 janvier 2008, § 96-99 ; *Cone c. Roumanie*, req. n° 35935/02, arrêt du 24 juin 2008, § 20, s'agissant d'entreprises qualifiées d'organisations gouvernementales au sens de l'article 34 car elles sont placées sous le contrôle d'organes de l'Etat ; *Novoseletskiy c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005, § 80-82, s'agissant d'un institut pédagogique assimilé à un organe de l'Etat ; C.D.H., *Hertzberg et autres c. Finlande*, com. n° 56/1979, 2 avril 1982, A/37/40, p. 182, sp. § 9.1, remarquant que le gouvernement exerce un pouvoir de direction sur la *Finish broadcasting company* ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 51-60, notant que le *Conseil exécutif des grands projets* et le *Council for development and reconstruction* libanais sont rattachés au Conseil des ministres ; Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, § 109-113, relevant que *Latvenergo* a été placée sous la supervision du ministre de l'Economie ; O.R.D., *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997, § 5.33 à 5.36, soulignant le pouvoir général de direction que le gouvernement conserve sur la Société canadienne des postes ; *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, § 7.75, relevant que le gouvernement fédéral contrôle la Commission canadienne du lait ; *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R et WT/DS169/R, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, § 14-18 et 763-769, indiquant que l'Office de commercialisation des produits de l'élevage est supervisé par le ministère de l'Agriculture et des Forêts ; *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004, § 6.39, soulignant que l'activité de la Commission canadienne du blé est globalement supervisée par les pouvoirs publics.

[763] Com. E.D.H., *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997, notant que l'organisation générale de Société des chemins de fer espagnole est approuvée par décret ou par la loi ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108, relevant que l'organisation générale de l'*Agence nationale des barrages* algérienne est fixée par arrêté du ministre chargé de l'hydraulique.

[764] C.E.D.H., *Les Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, § 48-49 ; *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 54-58 ; *Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Timisoara c. Roumanie*, req. n° 13248/05 *et al.*, arrêt du 16 juillet 2009, § 14-16, soulignant l'autonomie des monastères grecs, de la société française Radio France, de l'association Unédic et des chambres d'agriculture roumaines pour les qualifier d'organisations non gouvernementales au sens de l'article 34 ; C.D.H., *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292, sp. § 4.7, p. 290, soulignant qu'une caisse d'assurance professionnelle prend ses décisions en dehors du contrôle des pouvoirs publics.

dans les cas où le 'voile social' est un simple mécanisme ou un instrument de fraude »[765]. Elle s'est alors appuyée sur les solutions retenues s'agissant de déterminer la nationalité d'une entreprise aux fins de la protection diplomatique[766]. Elle aurait tout aussi bien pu se référer aux solutions adoptées afin de déterminer si une entité peut bénéficier de l'immunité reconnue à l'Etat[767] ou si, à l'inverse, les créances contre l'Etat peuvent être exécutées sur son patrimoine[768]. Il ne fait en effet guère de doute que les raisons qui ont motivé de telles solutions, qui tiennent au caractère fictif de la personnalité de l'entité en cause, doivent également conduire à assimiler les entités placées dans des situations analogues à des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Il y a toutefois plus. En effet, les raisons qui ont motivé la reconnaissance, sauf cas exceptionnel, du voile social des entités considérées dans les autres branches du droit ne paraissent pas aussi pertinentes en droit de la responsabilité internationale. Celui-ci n'hésite d'ailleurs pas à rapporter à l'Etat le comportement d'entités dotées d'une importante autonomie vis-à-vis du gouvernement central, au premier rang desquelles les collectivités territoriales. Il ne semble dès lors pas exclu qu'une entité qui bénéficie d'une autonomie telle que la levée de son voile social ne saurait être envisagée soit néanmoins considérée comme un organe de l'Etat au sens du droit international. Là encore, le critère du contrôle n'est toutefois qu'un indice de l'appartenance d'une entité à l'organisation étatique au sens du droit international de la responsabilité. Il a ainsi pu arriver que des entités placées sous un certain contrôle de l'Etat ne soient pas assimilée à ses organes[769].

223. A moins d'être particulièrement prégnants, les indices structurels peuvent ne pas suffire pour déterminer si une entité peut ou non être assimilée à un organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Ils peuvent alors être complétés par des indices matériels.

---

[765] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 6, p. 50.
[766] V. *supra,* Section 1, § 1.
[767] V. *supra,* introduction de ce Chapitre.
[768] *Ibid.*
[769] Outre les cas dans lesquels des entreprises détenues par l'Etat n'ont pas été considérées comme ses organes, v. C.E.D.H., *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 ; *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74, considérant que les associations et syndicats de chasse sont des associations et non des institutions publiques au sens de l'article 11 (liberté d'association), bien qu'ils soient placés sous la tutelle de l'Etat ; CIRDI, *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119, s'agissant de la *National highway authority* pakistanaise pourtant liée au gouvernement.

§ 2. Les indices matériels

224. La seconde série d'indices mobilisés par les juges internationaux pour identifier des organes de l'Etat au sens du droit international sont d'ordre fonctionnel. Utilisés comme indices lorsque les organes de règlement des différends cherchent à déterminer le caractère étatique d'une entité, ces éléments peuvent également devenir des critères de rattachement d'un comportement spécifique à l'Etat suivant une approche fonctionnelle. Ils seront donc examinés en détail à cette occasion[770]. Il suffit pour l'heure de signaler que les organes de règlement des différends tiennent compte des pouvoirs détenus (A) et/ou des fonctions exercées (B) par une entité pour déterminer si elle est susceptible d'être considérée comme un organe au sens du droit international de la responsabilité.

A. Les pouvoirs détenus

225. L'exorbitance des pouvoirs détenus par une entité peut constituer un indice de son caractère étatique. Révélateur en tant que tel du caractère étatique d'une entité, cet indice permet également de mettre en lumière tout à la fois la présence d'un organe de l'Etat au sens du droit interne derrière l'entité à laquelle un tel pouvoir est confié et le caractère étatique de la mission pour l'accomplissement de laquelle il l'est.

226. Il arrive ainsi que les juridictions étudiées remarquent que les entités auxquelles elles sont confrontées exercent des pouvoirs que ne peuvent normalement exercer des personnes privées ou bénéficient de privilèges en principe réservés à l'Etat pour les considérer comme des organes[771]. Réciproquement, le fait qu'une entité ne dispose pas de telles prérogatives peut indiquer son absence de caractère étatique[772].

---

[770] V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

[771] C.E.D.H., *Barthold c. RFA*, req. n° 8734/79, arrêt du 25 mars 1985, § 46 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/75 et 7238/75, arrêt du 23 juin 1981, § 64 ; *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78, remarquant que les ordres professionnels exercent des « prérogatives exorbitantes du droit commun, tant administratives que normatives ou disciplinaires, et utilise[nt] ainsi des procédés de la puissance publique » (2e espèce) ; Com. EDH., *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997, notant que la Société des chemins de fer espagnole bénéfice d'un monopole ; T.I.A.R., *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., soulignant que la *Foundation for the oppressed* bénéficie de privilèges fiscaux analogues à ceux dont bénéficient les organes de l'Etat et qu'elle joue un rôle important dans la procédure d'expropriation ; O.R.D., *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R et WT/DS169/R, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000, § 14-18 et 763-769 ; *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains*

227. Cet indice n'est toutefois décisif ni en un sens ni dans l'autre. Il se peut tout d'abord que des entités soient qualifiées d'organes sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'elles bénéficient de pouvoirs exorbitants du droit commun[773]. Inversement, certaines entités peuvent bénéficier de tels pouvoirs sans pour autant être qualifiées d'organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité[774]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle s'est développée, à côté de l'approche organique large du fait de l'Etat ici présentée, une approche fonctionnelle qui ne se concentre plus sur l'entité en cause mais sur les pouvoirs ou fonctions qu'elle a exercés dans un cas particulier[775].

---

importés, WT/DS276/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004, § 6.39, remarquant que l'Office de commercialisation des produits de l'élevage coréen et la Commission canadienne du blé bénéficient d'un monopole ou de privilèges pour les qualifier d'entreprises d'Etat.

[772] C.E.D.H., *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 ; *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74, s'agissant d'associations et de syndicats de chasse dont la Cour considère qu'elles constituent bien des associations au sens de l'article 11 et non des institutions publiques, notamment car elles ne bénéficient pas de prérogatives exorbitantes du droit commun ; *Les Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, § 48-49 ; *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26 ; *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 81 ; *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 54-58 ; *Eko-Elda Abee c. Grèce*, req. n° 10162/02, recevabilité, 27 mai 2004 ; *Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Timisoara c. Roumanie*, req. n° 13248/05 *et al.*, arrêt du 16 juillet 2009, considérant que les entreprises et associations en cause constituent des organisations non gouvernementales au sens de l'article 34, notamment car elles ne bénéficient pas de prérogatives de puissance publique.

[773] Pour des exemples, C.E.D.H., *Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, req. n° 35091/02 et autres, arrêt du 30 novembre 2004, § 52 ; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, req. n° 39745/02, arrêt du 3 avril 2007, § 17-19 ; *R. Kacapor* et al. *c. Serbie*, req. n° 2269-06 *et al.*, arrêt du 15 janvier 2008, § 96-99 ; *Cone c. Roumanie*, req. n° 35935/02, arrêt du 24 juin 2008, § 21 ; *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité, 27 janvier 2009, § 19 ; *Novoseletskiy c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005, § 80-82 ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 43-60 ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40 ; O.R.D., *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997, § 5.33 à 5.36 ; *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999, § 9.160 ; *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, § 7.75 ; *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, rapport du groupe spécial, 7 mars 2005, § 7.50 et 7. 352.

[774] CIRDI, *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 188-198 ; *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, § 160-161, constatant que les entreprises et établissements publics en cause sont habilités à l'exercice de prérogatives de puissance publique sans pour autant les appréhender comme des organes au sens du droit international de la responsabilité.

[775] Sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

B. Les fonctions exercées

228. Plus encore que les indices susmentionnés, la nature de la mission assumée par l'entité en cause occupe une place centrale dans l'analyse à laquelle se prêtent les juridictions étudiées lorsqu'elles cherchent à établir le caractère étatique d'une entité.

229. Le fait qu'une entité poursuive un but d'intérêt général constitue un indice fort de son caractère étatique. La C.E.D.H. s'est appuyée sur cet indice pour rapporter le comportement de certaines entités à l'Etat aux fins de la responsabilité[776], comme pour qualifier une entité de gouvernementale au sens de l'article 34[777]. Les tribunaux arbitraux transnationaux en tiennent également compte. Ainsi du tribunal irano-américain des réclamations, qui a relevé qu'en assurant l'hébergement et la satisfaction d'autres besoins de la population la plus défavorisée, la *Foundation for the oppressed* poursuivait des fins publiques[778]. Ainsi encore des tribunaux CIRDI lorsqu'ils qualifient une entité d'habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance ou d'étatique en combinant indices structurels et fonctionnels[779]. Inversement, le fait qu'une entité poursuive des finalités qu'ils estiment essentiellement privées ou corporatistes conduit le plus souvent les organes de règlement des différends à considérer qu'il ne s'agit pas d'un organe de l'Etat. C'est ainsi parce que les Conseils de travailleurs iraniens avaient pour seul rôle de défendre les intérêts des travailleurs vis-à-vis du patronat que le Tribunal irano-américain a considéré qu'il ne s'agissait pas d'entités étatiques[780]. La Cour européenne des droits de l'homme a de manière analogue insisté sur le but privé poursuivi par des entités pour affirmer qu'il ne

---

[776] *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78, observant que le Syndicat des avocats roumains poursuit un but d'intérêt général en exerçant une forme de contrôle public sur la profession d'avocat.

[777] *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité, 27 janvier 2009, § 19, considérant l'entreprise requérante comme gouvernementale au sens de l'article 34 car elle avait pour unique fonction l'administration de la propriété de l'Etat dans l'industrie minière et exerçait donc une mission de service public.

[778] *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s.

[779] *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108, remarquant que les tâches de l'Agence nationale des barrages algérienne entrent clairement dans un but d'intérêt général et public ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40, soulignant que la Société des autoroutes du Maroc poursuit des tâches de nature étatique ; *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7 décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 85 s., remarquant que les objectifs et tâches de la *Sociedad para el desarollo industrial de Galicia* sont « *by their very nature typically governmental tasks* ».

[780] *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 16 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 4, p. 361 s., sp. p. 369 s., v. aussi l'opinion du juge Mosk qui conclut différemment justement parce qu'il considère que ces Conseils servent des intérêts plus larges que ceux des seuls travailleurs.

s'agissait pas d'institutions publiques au sens de l'article 11[781] ou d'organisations gouvernementales au sens de l'article 34[782].

230. L'indice tenant au type de fonctions pris en charge par l'entité pourrait certes sembler décisif. Il ne l'est pas plus que les autres. D'abord parce que la nature étatique des fonctions exercées ne peut le plus souvent être caractérisée qu'en s'appuyant sur les autres indices mentionnés[783]. Ensuite parce qu'il se peut, et cela est de plus en plus fréquent, qu'une activité d'intérêt général soit confiée à une entité qui n'en demeure pas moins étrangère à la structure étatique[784]. C'est la raison pour laquelle un critère alternatif d'attribution, fondé non plus sur le caractère étatique de l'entité mais sur la nature étatique des fonctions qu'elle exerce, a été retenu tant par la C.D.I. que par les juridictions étudiées[785]. Aussi perméable soit-elle, la frontière entre les entités assimilables à des organes de l'Etat au sens de l'article 4 et celles qui sont seulement habilitées à l'exercice de la puissance publique au sens de l'article 5 semble alors pouvoir être ébauchée en tenant compte, d'une part, des relations que l'entité en question entretient avec les organes de l'Etat au sens du droit interne et, d'autre part, du caractère exclusivement étatique ou non des fonctions qu'elle assume et/ou des buts qu'elle poursuit[786]. La C.E.D.H. a ainsi pu insister sur le fait qu'une entreprise avait pour unique fonction l'administration de la propriété de l'Etat pour la qualifier d'organisation gouvernementale[787], tandis que le

[781] *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999, § 101-102 ; *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007, § 69-74, s'agissant d'associations et de syndicats de chasse qui regroupent des particuliers « tous désireux, *a priori*, de regrouper leurs terrains pour la pratique de la chasse ».

[782] *Les Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, § 48-49 ; *Eko-Elda Abee c. Grèce*, req. n° 10162/02, recevabilité, 27 mai 2004 ; *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007, § 81 ; *Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Timisoara c. Roumanie*, req. n° 13248/05 *et al.*, arrêt du 16 juillet 2009, remarquant que les entités en cause poursuivent des « objectifs essentiellement ecclésiaux et spirituels » (1re espèce), « un objectif essentiellement commercial » (2e et 3e espèces) ou « visent à soutenir et développer les activités de commerçants, personnes physiques et morales » (4e espèce), la Cour constate qu'elles ne poursuivent pas d'« objectifs d'administration publique » ni n'ont de « rôle de service public » (3e espèce).

[783] Sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

[784] C.E.D.H., *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003, § 26, considérant que Radio France ne peut être qualifiée d'organisations gouvernementale au sens de l'article 34 bien qu'elle se soit vu assigner des « missions de service public » ; C.D.H., *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292, sp. § 4.7, p. 290, n'assimilant pas une caisse d'assurance professionnelle à un organe bien qu'elle exerce des fonctions déléguées par l'Etat ; CIRDI, *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 161, déniant la qualité d'organes à la *National Highway authority* pakistanaise et à la *Suez canal authority* égyptienne tout en reconnaissant qu'elles exercent des activités publiques.

[785] V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

[786] Egalement en ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 271.

[787] *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité, 27 janvier 2009, § 19.

Tribunal irano-américain a dénié ce caractère à une banque en remarquant qu'elle agissait « *for the most part* » à titre privé[788].

*

231. Les juges internationaux utilisent donc un ensemble d'indices structurels et fonctionnels pour déterminer les cas dans lesquels une entité peut être assimilée à un organe de l'Etat aux fins de la responsabilité internationale. Il est toutefois délicat de déterminer la manière dont ils les combinent. Comme l'a indiqué le tribunal arbitral qui s'est prononcé en l'affaire *Maffezini*, « *it is difficult to determine, a priori, whether these various tests and standards need necessarily be cumulative. It is likely that there are circumstances when they need not be. Of course, when all or most of the tests result in a finding of State action, the result, while still merely a presumption, comes closer to being conclusive* »[789]. La concordance des indices ou la prégnance de l'un d'entre eux peut certes faciliter la tâche de l'interprète. Mais, outre le fait que, de l'organe au sens du droit interne à l'entité non étatique, « il y a comme une dégradation insensible de teintes qui ne permet pas facilement à l'œil de discerner où finit l'un, où commence l'autre »[790], le recours à la technique du faisceau d'indices ménage à l'interprète une marge d'appréciation dont il use en fonction du contexte dans lequel il intervient[791]. Le regard porté sur les mêmes indices pourra ainsi varier selon qu'il s'agit de déterminer si l'ensemble des comportements de l'entité en cause doit être attribué à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale, si elle peut invoquer des droits à son encontre dans l'ordre international, si elle peut bénéficier des immunités qui lui sont reconnues ou si au contraire les créances contre lui peuvent être exécutées sur son patrimoine. Même lorsqu'on s'en tient au droit de la responsabilité internationale, plusieurs éléments peuvent influencer l'interprète. Ainsi du domaine dans lequel il intervient et des obligations primaires qu'il a la charge d'appliquer. L'extension ou la limitation du champ de ces obligations peut ainsi avoir pour effet que le comportement en cause fera ou ne fera pas naître la responsabilité de l'Etat quelle que soit la qualification de l'entité qui l'a adopté. Il n'est alors pas exclu que le régime applicable aux agissements d'une entité biaise l'appréciation de son statut. Symétriquement, il est des

[788] *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 239.
[789] CIRDI, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 81.
[790] Pour paraphraser L. Michoud, note sous Cass, civ. 21 mars 1899, *Congrégation des Sœurs de Saint-Joseph*, *D.*, 1899, p. 449.
[791] Sur l'application de cette technique en droit interne français, v. F. Colin, « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », *AJDA*, 2007, p. 18-23.

cas dans lesquels l'interprète fait l'économie de l'analyse du statut de l'entité qui agit car son comportement peut, quoi qu'il en soit, être considéré comme étatique *ratione materiae*.

*
* *

232. L'étude de la place réservée aux entités paraétatiques dans le droit de la responsabilité internationale de l'Etat a permis de mettre en évidence trois éléments.

233. Bien que les tâtonnements de la C.D.I. aient fait naître le doute, il semble bien que certaines de ces entités puissent être assimilées à des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, tandis que d'autres demeurent extérieures à l'appareil étatique même si elles peuvent agir ponctuellement pour son compte. La précision n'est pas dénuée d'importance, dans la mesure où l'ensemble des comportements des premières est en principe imputable à l'Etat, tandis que seuls les comportements accomplis par les secondes dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir étatique peuvent l'être.

234. L'identification des entités paraétatiques assimilables à des organes est alors délicate. Si les indices mobilisés à cette fin sont les mêmes quels que soient les domaines en cause, la manière dont ils sont combinés varie. En outre, des déviations sont parfois envisagées, dans le sens d'une extension ou, à l'inverse, d'une restriction de la catégorie des organes[792]. Ainsi, même si les solutions se rejoignent pour l'essentiel, l'existence d'aménagements ponctuels montre que « le concept d'Etat [est] entendu dans un sens répondant (…) aux dispositions en question et à leurs objectifs »[793].

235. Une telle solution n'est en effet pas neutre. Elle traduit certes l'indifférence du droit international vis-à-vis de l'organisation dont l'Etat se dote dans l'ordre interne, évitant ainsi que sa responsabilité et, donc, le champ d'application des obligations qui pèsent sur lui soient tributaires des évolutions formelles de son organisation. Mais elle conduit à faire peser sur les Etats dotés d'un appareil étoffé une charge accrue, pouvant même les contraindre à redessiner cet appareil. La modulation des obligations primaires peut alors pallier pour partie cette difficulté lorsqu'elles ne saisissent que les

[792] Ainsi que l'interprétation des dispositions relatives aux entreprises d'Etat par l'O.R.D. et les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements a permis de le mettre en évidence.

[793] Conclusion de l'Avocat général F. G. Jacobs, sur C.J.C.E., *Stardust* (*République française c. Commission)*, aff. C-482/99, prononcées le 13 décembre 2001, § 56. On soulignera, avec M. Forteau, que « le propos (…) dépasse les seules préoccupations du droit communautaire » (« L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 767).

comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique[794], sans que l'on puisse exclure que cette modulation rejaillisse sur la perception des règles d'imputation[795].

236. Sont donc considérées comme des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, les entités qui, quand bien même elles seraient dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat dans l'ordre interne, « appart[iennent] au même complexe, que le fondement de leur existence distincte soit la spécialité de leurs fonctions ou le milieu local ou territorial dans lequel elles agissent »[796]. Si cette appartenance se traduit le plus souvent par des liens formels – de droit interne – elle peut également être révélée par des liens purement factuels.

[794] Sur ce point, v. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[795] C'est ainsi que nous comprenons la pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements. Sur l'interprétation des obligations primaires qu'ils appliquent, voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. Sur leur perception particulière des règles d'imputation, voir *supra*.
[796] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 184, p. 277.

Titre 2. Les organes *de facto*

237. La qualification d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité est étendue à des entités qui, bien que dotées d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat au sens du droit interne, sont à ce point liées à lui sur les plans structurel et matériel qu'elles appartiennent au même appareil, à la même organisation. Mais l'identification des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité ne s'arrête pas là. La pratique montre en effet qu'il est des cas dans lesquels des personnes ou entités dépourvues de liens formels avec l'appareil étatique lui sont à ce point liées, en fait, qu'elles doivent également être considérées comme en faisant partie. Il est ainsi envisageable que des personnes ou entités soient considérées comme des organes de fait de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité.

238. Fréquemment employée, cette notion d'organe de fait, ou *de facto*, doit toutefois être précisée. Elle est proche de celle de fonctionnaire de fait, parfois utilisée en droit interne pour désigner soit des fonctionnaires irrégulièrement nommés[797], soit des particuliers se substituant en des circonstances exceptionnelles aux autorités publiques[798]. Mais elle est plutôt employée, en droit international de la responsabilité, pour désigner l'ensemble des personnes et entités dont les comportements sont rapportés à l'Etat sur la base d'éléments factuels[799]. Elle peut enfin s'appliquer, au sein de cette dernière catégorie, aux personnes et entités qui sont à ce point liées à l'appareil étatique qu'elles sont considérées comme en faisant partie de sorte que l'ensemble de leurs comportements sont, comme ceux des organes *de jure*, considérés comme des faits de l'Etat[800]. Ainsi entendue,

---

[797] En ce sens en droit administratif français, R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15e édition, 2001, p. 1029. R. Ago estime que, du point de vue du droit international, un tel fonctionnaire doit être considéré comme un organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne tant que sa nomination irrégulière n'a pas été annulée (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 188, p. 277-278).

[798] Dans la mesure où l'imputation résulte alors de la seule nature des fonctions exercées, cette hypothèse sera étudiée, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[799] Retenant cette définition de l'organe de fait, v. dans la pratique judiciaire, T.P.I.Y., *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 112-114 ; dans les travaux de la C.D.I., R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 191, p. 279 ; dans la doctrine, C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001, vol. 1, p. 93-142 ; G. Bartolini, « Organi di fatto e responsibilità internazionale », *La Communità internazionale*, 2001, vol. 56, n° 3, pp. 435-473 ; N. Croquet « La responsabilité internationale de l'Etat du fait des particuliers et la notion d'organe de fait à la lumière de l'affaire *Celebici* : innovation ou continuité ? », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 2002, vol. 41, afl. 3-4, p. 43-83 ; E. Savarese, « Issues of attribution to States of private acts : between the concept of *de facto* organs and complicity », *Italian yearbook of international law*, 2005, vol. 15, p. 111-133 ; O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 257-280, sp. p. 265.

[800] Retenant cette définition de l'organe de fait, v. dans la pratique judiciaire C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-*

la situation de l'organe de fait se distingue de celle de personnes ou entités dont certains comportements particuliers sont rapportés à l'Etat parce que des éléments factuels ont permis d'établir qu'elles ont agi, en l'occurrence, pour son compte. Dans le premier cas, l'attribution se fait *ratione personae*, en considération de la position de la personne qui agit par rapport à l'appareil étatique ; dans le second, elle se fait *ratione materiae*, en considération du lien qui unit le comportement spécifiquement en cause à cet appareil. Dans le premier cas, les personnes ou entités en cause peuvent être désignées comme des organes de fait ; dans le second elles peuvent tout au plus être considérées comme des agents de fait[801].

239. Il s'agit donc ici de déterminer s'il est des personnes ou entités dont les comportements sont rapportés à l'Etat parce qu'elles peuvent être considérées comme appartenant, en fait, à l'appareil étatique. La pratique montre que cela est envisageable dans deux hypothèses distinctes. L'une a trait aux situations de crise institutionnelle. L'organisation dont l'Etat se dote par un ensemble de règles de droit interne est alors contestée et il se peut qu'une autre organisation s'y substitue dans les faits. Les personnes ou entités formant cette organisation peuvent alors être perçues comme formant le véritable appareil étatique, de sorte qu'elles sont considérées comme des organes de l'Etat, éventuellement de manière rétroactive (chapitre 2). Même en dehors de ces situations exceptionnelles, il se peut qu'un Etat recoure à des personnes ou entités qui, bien que dépourvues de tout lien formel avec lui, n'en sont, comme les organes au sens du droit interne, que les instruments (chapitre 1).

Monténégro), arrêt du 26 février 2007, § 390-393 et 397 ; dans la doctrine A. de Hoogh, « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on State responsibility, the *Tadic* case and attribution of acts of Bosnian Serb authorities to the Federal Republic of Yougoslavia », *BYIL*, 2002, vol. 72, p. 255-292, sp. p. 267-268 ; P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milan, Giuffré, 2007, p. 39-43; M. Milanovic, « State responsibility for acts of non-State actors : a comment on Griebl and Plücken », *LJIL*, 2009, p. 307-324, sp. p. 312 ; D. Momtaz, « Attribution of conduct to the State : State organs and entities empowered to exercise elements of governmental authority », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 237-246, sp. p. 243.

[801] L. Condorelli et C. Kress appellent à distinguer d'un point de vue terminologique les deux hypothèses sans émettre de proposition (« The rules of attribution : general considerations », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 221-236, sp. p. 230, n. 39). Sur la distinction entre organe et agent, v. *supra*, introduction de cette Partie. La question des agents de fait sera étudiée *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

Chapitre 1. Les organes *de facto* en période de stabilité

240. Si les Etats agissent en principe par l'intermédiaire de personnes ou entités appartenant à un appareil dont chaque partie est unie au tout par des liens formels, il se peut également qu'ils recourent à des personnes ou entités dépourvues de tout lien de ce type avec le reste de leur organisation. C'est particulièrement le cas lorsqu'ils cherchent à masquer leur implication dans certaines activités. Il est envisageable que les comportements de telles personnes ou entités soient rapportés à l'Etat sur une base factuelle. Néanmoins, pour qu'elles puissent être qualifiées d'organes de fait au sens ici retenu, il ne suffit pas d'établir que certains de leurs comportements lui sont rapportés parce qu'elles ont agi, dans un cas déterminé, pour son compte. Il faut que l'ensemble de leurs comportements lui soient imputés en raison de l'étroitesse des liens factuels qui les unissent à son appareil.

241. Si cette possibilité a longtemps été ignorée par la doctrine, elle a fini par être mise au jour par la Cour internationale de Justice lorsqu'elle a retenu qu'afin d'éviter que les Etats puissent « échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction », « il convient d'aller au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'Etat auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent »[802]. La solution retenue par la Cour a été contestée. Mais, alors que les controverses sont fortes quant au critère qu'elle a dégagé afin d'établir dans quels cas une entité peut être considérée comme un organe de fait (section 2), le principe même d'une telle assimilation n'est plus guère discuté (section 1).

Section 1. L'assimilation d'entités *de facto* à des organes de l'Etat en période de stabilité

242. Les travaux de la Commission du droit international comme la pratique judiciaire montrent qu'il est envisageable que des particuliers ou des groupes soient assimilés à des organes de l'Etat aux fins de la responsabilité internationale sur la base d'éléments factuels. Tel peut être le cas dans des situations variées. Il se peut tout d'abord qu'un Etat recoure à des individus ou des groupes armés dépourvus de liens formels avec

[802] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 392. Le terme agent utilisé par la Cour correspond à celui d'organe employé dans cette étude.

son organisation pour mener des opérations de nature policière ou militaire sur ou en dehors de son territoire (§ 1). Il se peut ensuite qu'un Etat agisse par l'intermédiaire d'une entité dont il prétend qu'elle constitue un Etat au sens du droit international mais qui n'est en réalité que sa *longa manus* (§ 2). Bien que certaines entités puissent relever à la fois de l'une et l'autre de ces catégories[803], la classification ici opérée se veut plus descriptive que normative.

§ 1. Les individus ou groupes armés

243. Si la Commission du droit international ne s'est guère attardée sur la possibilité de considérer des individus ou des groupes armés comme des organes de l'Etat sur la base d'un lien factuel (A), la pratique montre qu'il est des cas dans lesquels cette solution est envisageable (B).

A. Les travaux de la Commission du droit international

244. En première lecture, la C.D.I. a semblé exclure que des individus ou groupes armés puissent être assimilés à des organes sur la base de liens factuels (1). L'évolution de ses travaux en seconde lecture a toutefois rendu cette solution envisageable (2).

1. Première lecture

245. En première lecture, la Commission du droit international n'a semblé admettre ni que des individus ou groupes armés puissent être assimilés à des organes de l'Etat sur la base d'éléments factuels, ni que l'ensemble des comportements de tels individus ou groupes puissent lui être rapportés sur une base statutaire.

246. Réservant cette qualification aux organes de l'Etat au sens du droit interne, la Commission a d'abord exclu que des individus ou groupes armés puissent être assimilés à

[803] On songe en particulier à la situation de l'armée de la *Republika srpska*, susceptible d'être appréhendée comme un groupe armé ou comme l'armée d'une collectivité non reconnue. Tandis que la jurisprudence oscille entre les deux appréhensions (v. *infra*), la doctrine a parfois étudié cette entité tantôt comme un groupe armé, tantôt comme un Etat fantoche (P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 94 s. et p. 109 s.). Nous reviendrons *infra* sur les raisons qui nous conduisent à y voir l'armée d'une collectivité non reconnue.

des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité sur la base d'éléments factuels. Au contraire, tout en constatant que l'imputation à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour son compte ou à son instigation était unanimement soutenue, elle précisait bien que ces personnes n'en avaient ni n'en acquéraient pour cela la qualité d'organes[804]. Contrairement à ce qu'elle a envisagé s'agissant des démembrements territoriaux ou fonctionnels, la C.D.I. n'a pas davantage paru considérer que l'ensemble des comportements de tels individus ou groupes puissent être rapportés à l'Etat en raison des liens qu'ils entretiennent avec son appareil. Sur la proposition de son rapporteur spécial[805], elle a certes retenu qu'« est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si (…) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat »[806]. La formulation large ainsi adoptée pouvait certes laisser entendre que les comportements d'individus ou de groupes seraient susceptibles d'être rapportés à l'Etat parce qu'ils se trouvent intégrés en fait à son organisation[807]. Mais en « [soulignant] tout particulièrement que, dans chaque hypothèse concrète où il s'agit d'établir une responsabilité internationale de l'Etat, il doit effectivement être prouvé que la personne ou le groupe de personnes ont vraiment été chargés par des organes de l'Etat de remplir une certaine fonction ou d'exécuter une certaine tâche »[808], la Commission a nettement distingué le régime d'attribution des comportements de tels individus et groupes de celui applicable aux organes de l'Etat. Elle a ainsi exclu que des individus puissent être assimilés à des organes de l'Etat en raison des rapports factuels qu'ils entretiennent avec son organisation[809].

[804] Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 7, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 295 ; v. aussi R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 194, p. 281.
[805] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 186 s., p. 277 s.
[806] Article 8 adopté en première lecture, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 294.
[807] Le rapporteur spécial ne l'avait pas exclu, mentionnant comme exemples d'application de cette disposition des cas dans lesquels les Etats recourent à des auxiliaires dans le domaine militaire (*ibid.*, § 192, p. 279). Certains en ont déduit que cette solution avait été retenue en première lecture (M. Spinedi, « La responsabilità dello Stato per comportamenti di *Private contractors* », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo, (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 67-103, sp. p. 84).
[808] Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 8, *op. cit.*, p. 296. Sur cette limitation, v. aussi *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2.
[809] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 25-30.

2. Seconde lecture

247. En seconde lecture, la Commission n'a pas davantage affirmé que des individus ou des groupes armés pouvaient être assimilés à des organes de l'Etat sur la base d'éléments factuels, même si l'élargissement de la notion d'organe auquel elle a alors procédé a rendu cette solution envisageable.

248. En considérant qu'« un organe *comprend* toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne »[810], la C.D.I. a admis qu'une entité puisse être qualifiée d'organe sans disposer de ce statut en droit interne[811]. Comme elle entendait ainsi éviter qu'un Etat « se soustrai[e] à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes [en se contentant] de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne »[812], elle a rendu envisageable l'assimilation d'une entité à un organe de l'Etat sur la base d'éléments factuels[813]. Pour autant, ni le rapporteur spécial, ni les membres, ni le commentaire du texte définitif n'ont affirmé clairement cette possibilité ni n'ont cité d'exemples en ce sens. Tout au contraire, si la C.D.I. a bien estimé qu'il faut tenir compte « de l'existence d'un lien réel entre la personne ou le groupe auteur [d'un fait] et la structure de l'État »[814], ce n'était pas afin d'assimiler une entité à un organe de l'Etat mais pour considérer que les comportements d'individus ou de groupes qui ne sont pas des organes doivent lui être rapportés lorsqu'« *en adoptant ce comportement*, [ils ont agi] en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État »[815]. Le commentaire de cette disposition précisant bien que « les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite »[816], l'approche continuait bien de ce faire *ratione materiae*, en considération du comportement spécifiquement en cause, et non *ratione personae*, en considération de la situation de la personne qui l'a adopté vis-à-vis de l'Etat.

249. Si elle a toujours admis qu'un comportement particulier puisse être rapporté à l'Etat parce que des éléments factuels permettent d'affirmer qu'il a été accompli pour son

[810] Article 4, al. 2 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 41. Nous soulignons.
[811] Voir *supra*, introduction de la Partie 1.
[812] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 11, *op. cit.*, p. 44.
[813] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 30-35.
[814] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 1, *op. cit.*, p. 49.
[815] Article 8 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 49.
[816] *Ibid.*, p. 51.

compte, la Commission s'est donc montrée réservée quant à la possibilité d'assimiler une entité à un organe de l'Etat sur la base de tels éléments. Elle ne l'a toutefois pas exclue en seconde lecture. La pratique judiciaire confirme que ce raisonnement est envisageable.

B. La pratique judiciaire

250. Malgré l'incertitude des travaux de la C.D.I., la pratique judiciaire indique que des particuliers ou des groupes peuvent être assimilés à des organes de l'Etat aux fins de la responsabilité en raison des liens factuels qu'ils entretiennent avec son organisation. Les affaires *Stephens* et du *Zafiro*, cités par la Commission au soutien de l'affirmation selon laquelle certains comportements de particuliers accomplis pour le compte de l'Etat doivent lui être attribués, pouvaient déjà être interprétées comme admettant l'assimilation de particuliers à des organes de l'Etat[817]. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice (1) ainsi que, dans une moindre mesure, celle des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme (2), confirment cette possibilité.

[817] En l'affaire *Stefens*, la Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique avait attribué au Mexique le meurtre d'un ressortissant américain par un membre d'un groupe d'auxiliaires des corps armés mexicains. Tout en considérant qu'il était difficile de déterminer avec précision le statut de ces auxiliaires, la Commission considéra en effet qu'« *at any rate, they were 'acting for' Mexico* » (15 juillet 1927, *RSA*, vol. IV, p. 265-268). Même si la C.D.I. a utilisé cet exemple à l'appui de l'article 8 adopté en première lecture, deux éléments indiquent que la Commission des réclamations a assimilé l'individu en cause à un organe de l'Etat mexicain : 1. elle n'a pas établi que des organes mexicains l'avaient chargé de remplir cette fonction et encore moins de commettre le meurtre en cause ; 2. elle l'a expressément assimilé à un soldat (« *Valenzuela must be considered as, or assimilated to, a soldier* ») avant de considérer qu'il avait agi en cette qualité. En l'affaire du *Zafiro*, un Tribunal arbitral Etats-Unis/Royaume-Uni considéra que les Etats-Unis devaient être tenus responsables des agissements de l'équipage d'un navire de commerce utilisé comme ravitailleur pour les opérations de guerre maritime et dont le capitaine et l'équipage étaient placés en fait sous les ordres d'un officier. Comme le souligne R. Ago, la nature de l'activité à laquelle ce navire était employé parut déterminante en l'espèce (R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 192, p. 279). Certains éléments indiquent toutefois que le navire a été considéré comme intégré aux forces armées américaines, le tribunal considérant notamment que « *from all the evidence we are of opinion that the* Zafiro *was a supply ship, acting in Manila Bay as a part of Admiral Dewey's force, and under his command through the naval officer on board for that purpose and the merchant officers in charge of the crew* ». (*D. Earnshaw and others (Great-Britain) v. United States (the Zafiro case)*, 30 novembre 1925, *RSA*, vol. VI, p. 160-165, sp. p. 163). Interprétant ces sentences comme des cas où des individus ont été assimilés à des organes de fait, v. T.P.I.Y., *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 125 ; P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 117-119.

1. La pratique de la Cour internationale de Justice

251. Limitée s'agissant du comportement des institutions dotées d'une personnalité distincte de l'Etat dans l'ordre interne, la pratique de la C.I.J. est plus riche s'agissant du comportement de groupes informels, et en particulier de groupes paramilitaires. Quatre affaires retiennent l'attention sur ce point : l'affaire des *Otages*, celle des *Activités militaires au Nicaragua*, celle des *Activités militaires sur le territoire du Congo* et celle du *Génocide*.

252. Dans la première de ces affaires, la Cour dut déterminer si l'attaque par un groupe d'une centaine de personnes se faisant appeler les « étudiants musulmans partisans de la politique de l'imam » de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran ainsi que des consulats américains de Tabriz et Chiraz, suivie de l'occupation de ces locaux et de la prise en otage du personnel qui s'y trouvait pouvaient être imputées à l'Iran. Elle distingua alors clairement deux bases d'imputation en considérant comme attribuables à l'Etat, d'une part, les comportements des personnes qui ont « un statut officiel quelconque en tant qu''agents' ou organes de l'Etat » et, d'autre part, ceux des personnes qui « agissent effectivement pour son compte, parce qu'un organe compétent [de l']Etat les aurait chargé[e]s d'une opération *déterminée* »[818]. Considérant que les « étudiants musulmans partisans de la politique de l'imam » ne relevaient assurément pas de la première catégorie car ils ne possédaient pas de statut officiel, la Cour vérifia si les comportements spécifiquement en cause avaient été accomplis à l'instigation de l'Etat[819]. Même si elle ne les cita pas, le raisonnement de la Cour semble avoir été grandement influencé par les articles à peine adoptés en première lecture par la Commission du droit international. Comme la Commission, la Cour raisonna d'abord par rapport au statut de l'entité qui agit, avant, faute d'avoir pu la qualifier d'organe, de se pencher sur les comportements spécifiquement en cause. Comme la Commission, la Cour limita la qualification d'organe aux personnes et entités qui disposent d'un statut officiel dans l'ordre interne, avant d'envisager l'imputation à l'Etat du comportement de particuliers, mais seulement lorsqu'ils mènent une opération déterminée pour son compte[820].

253. Un premier élargissement de la notion d'organe semble avoir été envisagé dès 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, même si son

[818] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 58. Nous soulignons.
[819] *Ibid*.
[820] Sur ce dernier point, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

interprétation est pour le moins délicate. La Cour dut cette fois qualifier les comportements de deux catégories d'individus : les *UCLAs*, des ressortissants de pays latino-américains non-identifiés qui avaient mouillé des mines dans les eaux nicaraguayennes et attaqué des ports et des installations pétrolières de cet Etat, d'une part ; les *contras*, des membres de groupes d'opposition au gouvernement nicaraguayen qui avaient mené des opérations paramilitaires en vue de renverser le pouvoir en place au cours desquelles des violations du droit international humanitaire avaient été commises, d'autre part. La Cour n'imputa le comportement des premiers aux Etats-Unis qu'après avoir constaté qu'il s'agissait de « personnes rétribuées par [la CIA] et agissant sur ses instructions, sous la supervision et avec l'appui logistique des agents des Etats-Unis »[821], usant alors d'une terminologie proche de celle employée dans le commentaire de l'article 8 adopté en première lecture[822]. Elle refusa en revanche de leur attribuer les actes des seconds. Toutefois, au fil d'un raisonnement quelque peu confus, elle parut admettre que la qualification d'organe puisse être étendue à des entités qui n'ont pas ce statut d'après le droit interne de l'Etat concerné. Ainsi rechercha-t-elle si « les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement »[823]. La Cour jugea alors « impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force *contra* aux forces des Etats-Unis »[824], estimant que « l'assistance fournie par les Etats-Unis aux *contras* [ne l'autorise pas] à conclure que ces forces sont à tel point soumises aux Etats-Unis que les actes qu'elles pourraient avoir commis seraient imputables à cet Etat »[825] avant de rappeler, plus loin, qu'elle « n'a pas pu aboutir à la conclusion que les *contras* étaient à tel point subordonnés aux Etats-Unis que tout acte commis par eux serait imputable aux Etats-Unis »[826]. Ces passages semblent indiquer que la Cour a recherché si les liens factuels entre les *contras* et les Etats-Unis étaient tels qu'il serait possible de les considérer comme des organes de cet Etat et donc de lui imputer l'ensemble de leurs comportements. Néanmoins, d'autres éléments du raisonnement de la Cour conduisent à nuancer cette interprétation. En

[821] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 80.
[822] Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 8, *ACDI*, 1974, vol. II, p. 1, p. 296 : « il doit effectivement être prouvé que la personne ou le groupe de personnes ont vraiment *été chargés* par des organes de l'Etat de remplir une *certaine* fonction ou d'exécuter une *certaine* tâche ». V. toutefois R. Ago qui, dans son opinion individuelle, estime que les *UCLAs* ont, à l'instar des membres de la C.I.A., été considérés par la Cour comme des entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 7 adopté en première lecture (O.I. Ago, § 15).
[823] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 109.
[824] *Ibid.*, § 110.
[825] *Ibid.*, § 116.
[826] *Ibid.*, § 277.

effet, la Cour raisonna également par type de comportements, distinguant les attaques menées par les *contras* des crimes commis lors de ces attaques. Elle sembla alors considérer comme déterminant, s'agissant des attaques, le fait qu'elles « obéiss[aient] à une stratégie et à des tactiques qui auraient toutes été élaborées par les Etats-Unis »[827] et, s'agissant des crimes, le fait qu'ils aient été ordonnés ou imposés par cet Etat ou, à tout le moins, commis lors d'opérations s'étant déroulées sous son contrôle effectif[828]. La Cour mêla donc dans son raisonnement des éléments tenant à la situation de l'entité qui agit vis-à-vis de l'Etat (dépendance et autorité) à des aspects relatifs aux comportements spécifiquement en cause (mise au point de la stratégie et direction des tactiques ; ordres ou contrôle effectif sur l'opération au cours de laquelle le comportement a été accompli).

Ambiguë, cette décision a fait l'objet de plusieurs interprétations. Elle fut initialement perçue sous l'angle de l'article 8 adopté en première lecture. Le débat se cristallisa alors sur la possibilité que la figure de l'action pour le compte s'étende au-delà des instructions expresses pour englober également les cas dans lesquels une entité qui n'est pas un organe de l'Etat mène une opération sous son contrôle[829] puis, dans l'affirmative, sur le degré et/ou le type de contrôle exigé pour que tel soit le cas[830]. Mais,

---

[827] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 106 et 110.

[828] *Ibid.*, § 115.

[829] V. J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 198-200, p. 43-44. R. Ago lisait également l'arrêt en ces termes en notant, dans son opinion individuelle, qu'« il serait en contradiction avec les principes régissant la matière de voir dans des membres de la *contra* des personnes ou des groupes agissant au nom et pour le compte des Etats-Unis d'Amérique. Les seuls cas où il serait possible de le faire seraient ceux où certains membres de la *contra* auraient été spécifiquement chargés par des autorités des Etats-Unis de commettre pour le compte de celles-ci une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée. Ce n'est que dans cette hypothèse que le droit international admet, à titre tout à fait exceptionnel, qu'un comportement de personnes ou de groupes ne revêtant pas la qualité d'agents ou d'organes d'un Etat, de membres de son appareil (même pris dans son acception la plus large) puisse être tenu pour un fait de cet Etat » (O.I. Ago, § 16). Cette opinion est toutefois elle-même sujette à interprétation, dans la mesure où le juge Ago mentionne l'appareil de l'Etat « pris dans son acception la plus large ». Toutefois, insérée dans l'ensemble de l'opinion de l'ancien rapporteur spécial, cette incise semble tout juste indiquer que l'appareil de l'Etat peut être considéré comme incluant les entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

[830] C'est ainsi que la Chambre de première instance (*Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, jugement, 7 mai 1997, § 588 s.) puis la Chambre d'appel du TPIY ont perçu l'affaire *Nicaragua*. Pour cette dernière, la Cour a distingué deux situations : celle des membres de la C.I.A. et des forces armées des Etats-Unis d'une part, celle des *UCLAs* et des *contras* d'autre part. Tandis qu'elle aurait considéré les premiers comme des organes de l'Etat ou, au moins, comme des entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire comme des agents de l'Etat, elle aurait ensuite cherché à établir si les seconds pouvaient être considérés comme des particuliers agissant de fait comme des organes de l'Etat. Elle aurait alors considéré que tel était le cas pour les *UCLAs* au motif qu'ils étaient rétribués par les Etats-Unis et qu'ils agissaient sur les instructions spécifiques et sous la supervision d'organes américains mais que tel n'était pas le cas pour les *contras* car ils ne se trouvaient pas sous le contrôle effectif des organes américains. Cette interprétation conduit à voir les critères de « dépendance et autorité » et de « contrôle effectif » comme un seul et même test, la notion de contrôle effectif utilisée au § 115 de l'arrêt *Nicaragua* venant seulement préciser celles de dépendance et autorité utilisées au § 109 (*Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 106-114). Certains n'ont pas hésité à considérer que le T.P.I.Y. a ainsi « *dramatically misread Nicaragua* » (M. Milanovic, « State responsibility for genocide », *EJIL*, 2006, vol. 17, n° 3, p. 553-604, sp. p. 581).

dans un second temps, une nouvelle lecture de cette décision fut proposée. La Cour n'aurait ainsi pas raisonné par rapport à une mais deux règles d'imputation distinctes. Le comportement des *contras* aurait ainsi pu être considéré comme imputable aux Etats-Unis soit parce qu'il s'agissait en fait d'organes de cet Etat, soit parce qu'il s'agissait de personnes privées ayant agi ponctuellement pour son compte. La Cour aurait ainsi recherché d'abord si les *contras* pouvaient être considérés comme des organes des Etats-Unis en mobilisant essentiellement le critère de la dépendance mais aussi celui de l'autorité. Ce n'est que faute d'avoir pu l'établir, qu'elle aurait vérifié si ce groupe n'avait pas agi sur les instructions ou sous le contrôle effectif de cet Etat[831].

254. Près de vingt ans s'écoulèrent avant que la Cour se prononce à nouveau sur une question de ce type, et encore ne le fit-elle que de manière succincte. En effet, dans une nouvelle affaire des *Activités militaires*, mais sur le territoire du Congo cette fois, elle dut déterminer si les attaques menées par le Mouvement de libération du Congo (M.L.C.) sur le territoire du Congo pouvaient être attribuées à l'Ouganda aux fins d'engagement de sa responsabilité. Elle considéra alors – en retenant que si l'Ouganda avait dispensé un entraînement et accordé un soutien à ce groupe, il n'avait en revanche pu être établi ni qu'il l'avait créé ni qu'il contrôlait ou pouvait contrôler la manière dont l'aide qu'il lui accordait était utilisée – que ce groupe n'était ni un organe de l'Etat au sens de l'article 4 C.D.I., ni une entité exerçant des prérogatives de puissance publique pour son compte au sens de l'article 5[832]. Estimant ensuite qu'aucun élément probant ne permettait d'affirmer que ce groupe avait agi sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de l'Ouganda, elle termina son raisonnement sur l'imputation en affirmant qu'il n'était dès lors pas nécessaire de « se poser la question de savoir s'il est satisfait aux critères requis pour considérer qu'un degré de contrôle suffisant était exercé à l'égard de paramilitaires »[833].

La Cour parût ainsi admettre, d'abord, qu'un groupe dépourvu de lien formel avec l'Etat pourrait néanmoins être qualifié d'organe au sens de l'article 4, ensuite, qu'à défaut, son comportement pourrait encore être imputé à ce dernier s'il a été accompli sur ses instructions, ses directives ou sous son contrôle. La Cour a donc mobilisé la notion de contrôle de deux manières pour fonder l'imputation dans cette affaire : comme un indice permettant de qualifier d'organe au sens de l'article 4 une entité dépourvue de lien formel

[831] Cette lecture se trouve déjà sous la plume du juge McDonald dans son opinion dissidente sur l'arrêt *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre de première instance II, jugement, 7 mai 1997, O.D. McDonald, § 22 et 25 ainsi que sous celle du Procureur dans son appel (chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 73 et 106). Elle est depuis reprise par la doctrine : en ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 103-107.
[832] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.
[833] *Ibid.*

avec l'Etat d'abord, comme un critère permettant d'affirmer qu'un comportement accompli par un groupe privé l'a été pour le compte de l'Etat au sens de l'article 8 ensuite.

255. La C.I.J. semblait ainsi admettre que la notion d'organe de l'Etat puisse inclure certains groupes armés unis à lui par des liens factuels. Si cette possibilité n'avait pas été envisagée dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Otages*, fidèle en cela aux articles adoptés en première lecture, elle semblait poindre dès l'affaire *Nicaragua* pour être confirmée, succinctement, lors de l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo*. L'arrêt rendu en l'affaire du *Génocide*, à propos non seulement d'individus et de groupes armés mais d'une entité dont on peut considérer qu'elle constituait une collectivité territoriale non reconnue, confirmera sans ambiguïté ce qui n'était encore qu'une impression[834].

2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

256. Les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ont également été confrontés à des cas dans lesquels des individus ou des groupes, tout en étant dépourvus de liens formels avec l'Etat, agissaient, en fait, pour son compte. Ils ont alors semblé admettre que de tels individus ou groupes puissent être assimilés dans certains cas à des organes *de facto*. Si les organes de Strasbourg n'ont que rarement raisonné de la sorte (a), ceux de San José l'ont fait plus régulièrement (b).

a. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme

257. En dehors des cas de collectivités territoriales non reconnues dans l'ordre international[835], les organes européens de protection des droits de l'homme ne semblent pas avoir considéré qu'un individu ou un groupe armé puisse être assimilé à un organe de l'Etat en raison de son intégration au sein de sa structure réelle. Certains estiment pourtant que la Commission l'a envisagé en l'affaire *Stocké*. Alors qu'il se trouvait en France, le requérant fut piégé par un informateur de la police allemande qui l'avait convaincu d'embarquer dans un avion qui, alors qu'il devait le conduire au Luxembourg, avait en réalité pris la direction de l'Allemagne où il fut arrêté. La Commission dut déterminer si ce

[834] V. *infra*, § 2.
[835] *Infra*, § 2.

piège était imputable à l'Allemagne. Estimant alors qu'« en cas de collusion entre autorités étatiques (…) et une personne privée (…) la Haute partie contractante en cause encourt une responsabilité pour les actes du particulier qui agit *de facto* pour son compte »[836], la Commission raisonna en deux temps. Elle estima d'abord que les preuves ne permettaient pas d'établir que les autorités allemandes avaient consenti au plan de l'informateur visant à ramener le requérant en Allemagne[837]. Mais elle ne s'arrêta pas là. Remarquant qu'une collaboration plus générale existait entre l'indicateur et les autorités allemandes, elle vérifia ensuite si cela devait la conduire à considérer que le piège tendu au requérant par le premier devait être attribué aux secondes bien qu'elles n'en aient pas eu connaissance. Même si la Commission estima que tel n'était pas le cas en l'espèce[838], le T.P.I.Y. en déduisit qu'elle avait ainsi admis qu'un comportement puisse être rapporté à l'Etat non parce qu'il a été accompli, dans un cas particulier, pour son compte mais en raison de « l'assimilation d'individus à des organes de l'Etat en conséquence de leur comportement dans les faits au sein de la structure dudit Etat »[839]. Cette interprétation semble toutefois excessive. La Commission n'a en effet pas recherché si les liens généraux entre les forces de police allemandes et leur informateur étaient tels qu'il pouvait être considéré comme en faisant partie. Elle s'est simplement demandée si le fait que les premières aient collaboré avec le second afin d'obtenir le retour du requérant en Allemagne suffisait pour considérer que tous les comportements tendant à atteindre cet objectif devaient être considérés comme des faits étatiques. Elle a donc raisonné par rapport à la mission en cause et non par rapport à la personne qui agissait[840].

---

[836] *Stocké c. Allemagne*, req. n° 11755/85, décision du 12 octobre 1989, § 168.
[837] *Ibid.*, § 192.
[838] *Ibid.*, § 193-202.
[839] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 141 pour la formulation de cette règle et n. 175 pour la référence à cette affaire comme l'illustrant. Pour affirmer une telle règle, le Tribunal s'appuie également sur des exemples tirés de la pratique de juridictions internes que l'ont peut juger plus convaincants. Dans la première, des individus détenus dans les camps de concentration avaient été « promus par les administrateurs des camps à des postes leur conférant du pouvoir sur les autres prisonniers », de sorte qu'ils pouvaient être considérés comme responsables de crimes de guerre car « ils s'étaient approchés du statut de membres des forces armées de l'Allemagne » (Royaume-Uni, *British military Court*, *Joseph Kramer and 44 others (Belsen)*, 17 septembre-17 novembre 1945, *in* Commission des crimes de guerre des Nations unies, *Law reports of trials of war criminals*, Londres, His majesty's stationery office, 1947, vol. 2, p. 1, traduction du T.P.I.Y.). Dans la seconde, un ressortissant néerlandais rendait à l'Allemagne « des services accessoires dans le cadre de relations d'une nature telle qu'il pouvait être considéré comme un fonctionnaire de l'ennemi », de sorte qu'il était susceptible d'être tenu responsable de crimes contre l'humanité (Pays-Bas, *Hoge Raad* (Cour suprême), *Procureur c. Menten*, 29 mai 1978, *ILR*, 1987, p. 331 s., traduction du T.P.I.Y). Interprétant la décision rendue en l'affaire *Stocké* dans un sens proche, v. H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, p. 73-75.
[840] L'examen de cette décision sera donc repris *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

b. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme

258. A la différence de la C.E.D.H., les organes interaméricains de protection des droits de l'homme ont été régulièrement confrontés à des situations comparables à celles dont a eu à connaître la C.I.J. Ils ont ainsi dû déterminer les cas dans lesquels la responsabilité d'un Etat pouvait être engagée pour le comportement de groupes paramilitaires. Leur pratique est alors délicate à saisir. D'abord parce qu'ils n'identifient pas toujours clairement le fondement de la responsabilité de l'Etat dans ces cas, combinant alors considérations relatives à l'imputation et invocation des obligations positives de l'Etat[841]. Ensuite parce que, même lorsqu'ils raisonnent en termes d'imputation, il n'est pas toujours évident de déterminer s'ils rapportent à l'Etat le comportement de groupes paramilitaires parce qu'ils les assimilent à des organes de l'Etat ou parce qu'ils considèrent qu'ils ont agi, dans un cas particulier, pour son compte. Cette incertitude peut s'expliquer en partie par les différences factuelles entre les situations auxquelles ces organes ont été confrontés.

259. Créés ou reconnus par les autorités étatiques, notamment colombiennes et guatémaltèques, pour lutter contre la guérilla, ces groupes bénéficiaient initialement d'un statut en droit interne ainsi que d'un appui logistique et matériel de l'Etat pour mener des activités en soutien de celles de l'armée et sous sa supervision[842]. Mais ils ont par la suite évolué, notamment en Colombie à partir des années 1980, pour mener des activités criminelles. Bien que cette évolution fût devenue évidente, les Etats tardèrent à réagir et à se dissocier de l'activité de ces groupes, la tolérant un temps avant de prendre certaines mesures pour l'empêcher et la réprimer mais sans les mettre en œuvre de manière satisfaisante, tandis que des liens demeuraient vivaces entre des membres de l'armée et ces groupes[843]. A situations différentes, raisonnements différents. La C.I.A.D.H. a ainsi jugé que les agissements de tels groupes étaient attribuables à l'Etat dans la première période en raisonnant par rapport aux liens généraux – institutionnels, relationnels ou fonctionnels – qui les unissaient à l'Etat et non par rapport aux crimes spécifiquement en cause[844]. Son

[841] Opérant le même constat, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 121.
[842] Pour une description des faits concernant la situation au Guatemala, v. *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 75-78 ; concernant la situation en Colombie, v. *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, arrêt du 15 septembre 2005, § 96.1-96.2.
[843] Pour une description de cette évolution, v. *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, arrêt du 15 septembre 2005, § 96.3-96.20.
[844] *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 75-78, imputant au Guatemala les crimes commis en 1985 par les membres de la Patrouille civile d'autodéfense d'*El Llano*, au motif que de tels patrouilles agissaient comme agents de l'Etat durant la période considérée sans que la Cour mette en

raisonnement paraît toutefois différent dans la seconde période et se déroule alors en deux temps. La Cour commence en effet par examiner les liens généraux existant entre l'Etat et les groupes en cause, avant de se pencher sur l'implication de l'Etat dans le comportement à l'origine du litige, pour le lui attribuer lorsque des organes étatiques ont été activement impliqués dans ce comportement, au point qu'ils peuvent être considérés comme ayant agi de concert avec le groupe paramilitaire[845] ou considérer qu'il n'a manqué qu'à son obligation de prévention ou de répression lorsqu'une telle implication n'a pu être démontrée[846].

260. Alors que dans la deuxième période, c'est l'implication de l'Etat dans le comportement d'une entité distincte de lui qui a fondé sa responsabilité, dans la première les groupes paramilitaires ont bien été assimilés à des organes. Le fait que les groupes en cause aient été créés sur la base d'une loi interne pourrait certes conduire à considérer qu'il ne s'agit pas d'organes *de facto* mais *de jure*[847]. La loi se contentant d'autoriser la création de ces groupes, elle n'a toutefois été utilisée dans ces cas que comme l'un des éléments permettant d'établir la réalité des rapports factuels qu'ils entretenaient avec l'armée. Il semble dès lors possible de considérer que la Cour a admis que des groupes paramilitaires soient considérés comme des organes *de facto* de l'Etat[848].

évidence, au stade de l'imputation, l'implication, pourtant établie, d'officiers de l'armée dans l'arrestation et le meurtre de N. Blake et G. Davis, comportements spécifiquement en cause. Egalement en ce sens, v. Com. IADH, *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 février 1999, chapitre IV, § 316-339, assimilant à des organes de l'Etat les groupes d'autodéfense colombiens appelés *CONVIVIR*, dont la création est autorisée et dont les pouvoirs sont encadrés par décret et qui agissent en étroite collaboration avec les forces armées colombiennes. Comp. *19 Merchants v. Colombia*, Série C, n° 109, arrêt du 5 juillet 2004, § 115-156, retenant la responsabilité de la Colombie pour des meurtres commis en 1987 par un groupe d'autodéfense mais sans préciser si ce groupe pouvait être assimilé à l'époque pertinente (alors qu'il était évident qu'il était devenu criminel depuis deux ans sans que l'Etat ait pris la moindre mesure) à un organe de l'Etat, la Cour tenant compte à la fois des liens généraux entre l'Etat et ce groupe (§ 120-124) et de l'implication de membres des forces armées colombiennes dans les crimes en cause (§ 125-136) avant de mêler imputation et obligations positives (§ 139-141).

[845] *Caballero-Delgado et Santana v. Colombia*, série C, n° 22, arrêt du 8 décembre 1995, § 54 ; Com. I.A.D.H., *Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia (Rio Frio Massacre)*, aff. n°11.654, rapport 62/01 du 6 avril 2001, § 51 ; *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, arrêt du 15 septembre 2005, § 123. Ces affaires seront réexaminées *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2.

[846] *Pueblo Bello massacre v. Colombia*, série C, n° 140, arrêt du 31 mars 2006, § 140, retenant la responsabilité de l'Etat pour manquement à ses obligations positives, faute d'avoir pu prouver en l'espèce l'implication d'agents étatiques dans le comportement des groupes paramilitaires ; *Valle Jaramillo et al. v. Colombia*, série C, n° 192, arrêt du 27 novembre 2008, § 78-80, retenant la responsabilité de l'Etat pour manquement à une obligation de vigilance alourdie du fait de son implication dans la création des groupes paramilitaires.

[847] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 223-228.

[848] La Cour estime d'ailleurs que « *the civil patrols* in fact *acted as agents of the State during the period in wich the acts pertaining to the instant case occured* » (*Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 75, nous soulignons).

261. La pratique judiciaire montre donc qu'il est des cas dans lesquels des individus ou des groupes armés sont assimilés à des organes de l'Etat au sens du droit de la responsabilité internationale en raison des liens factuels qui les unissent à l'appareil étatique[849]. Lorsque tel est le cas, l'ensemble des comportements de ces groupes doivent être rapportés à l'Etat, sans qu'il soit nécessaire de démontrer son implication dans les agissements spécifiquement en cause. Si la C.D.I. n'a pas paru envisager pareille solution, pourtant retenue en pratique, elle s'est en revanche attardée sur la possibilité de considérer des collectivités non reconnues dans l'ordre international comme des organes de l'Etat sur la base d'éléments factuels.

[849] Certains rapports émanant d'organes des Nations unies sont parfois cités au soutien de cette solution (P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 125-130). Ces rapports, qui n'isolent pas toujours clairement le fondement de la responsabilité de l'Etat, nous semblent plutôt illustrer l'hypothèse dans laquelle des entités qui ne sont pas des organes de l'Etat sont néanmoins considérées comme agissant pour son compte. Le rapport sur la situation des droits de l'homme au Timor oriental soumis au Secrétaire général des Nations Unies est certes ambigu, d'autant qu'il n'examine la question que *prima facie*. Après avoir exposé les relations entre les forces indonésiennes et les milices responsables des principales exactions constatées, le rapport indique que « même si l'on applique les normes strictes de la Cour internationale de Justice afin d'établir la responsabilité de l'État pour les actes de groupes armés dans un contexte d'intervention extérieure (dépendance du groupe vis-à-vis de l'État) et l'exercice par l'État d'un contrôle effectif sur le groupe – une norme qui ne peut pas être raisonnablement appliquée aux actes et omissions de l'État lui-même dans l'exercice de son autorité sur ses propres citoyens, il y a déjà des éléments de preuve qui montrent que les [forces indonésiennes] étaient suffisamment impliquées dans les activités opérationnelles des milices, qui ont été le plus souvent les auteurs directs des crimes, pour engager la responsabilité du Gouvernement indonésien » (*Situation des droits de l'homme au Timor oriental*, A/54/660, 10 décembre 1999, § 72). Le rapport envisage ainsi la remise en cause du critère du contrôle effectif lorsque les comportements en cause se sont déroulés sur le territoire de l'Etat mais n'y procède pas, les faits permettant quoi qu'il en soit de considérer que des organes indonésiens étaient impliqués dans les opérations en cause. La Commission d'enquête sur le Darfour nommée par le Secrétaire général des Nations Unies a quant à elle semblé considérer que les comportements des milices *Janjaouid* n'étaient imputables au Soudan que si ses organes avaient été impliqués dans les opérations en cause. Son rapport indique ainsi que les attaques menées par ces groupes sont imputables au Soudan « lorsque les miliciens attaquent conjointement avec les forces armées » car « on peut [alors] dire qu'ils agissent sous le contrôle effectif du Gouvernement, au sens de la théorie du contrôle définie en 1999 dans l'arrêt *Tadić* » (*sic.*), qu'« ils agissent ainsi de fait comme représentants de l'État soudanais ». A l'inverse, lorsque « les milices se soustra[ient] au contrôle direct du Gouvernement soudanais (…), seuls les auteurs des crimes encourent une responsabilité de ce chef ». Le rapport admet toutefois que des miliciens « acquièrent le statut d'organe de l'Etat soudanais au regard du droit international » « lorsqu'ils sont incorporés dans les Forces de défense populaires et portent des uniformes » (*Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général*, S/2005/60, 1er février 2005, § 123-125). L'exigence d'une implication des organes soudanais dans les opérations spécifiquement en cause peut s'expliquer par le fait que la Commission d'enquête cherchait à déterminer si ces organes étaient susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée, en tant que supérieurs hiérarchiques, pour les crimes commis par les *Janjaouid*. Un rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire a en revanche semblé assimiler à un organe d'Israël l'Armée du Liban Sud (sur ce point, v. *infra*, § 2, *in fine*).

§ 2. Les collectivités non reconnues dans l'ordre international

262. Il se peut qu'une entité exerce une autorité effective sur un territoire déterminé sans pour autant être reconnue comme Etat au sens du droit international. Mouvements insurrectionnels, quasi-Etats, Etats fantoches, les qualifications plus ou moins juridiques ne manquent pas pour désigner ces entités. Les précédents ne sont pas rares, que l'on songe au Royaume de Hollande créé par Napoléon, au Mandchoukouo créé par le Japon en Mandchourie, aux diverses entités créées par l'Allemagne nazie durant la seconde guerre mondiale en Yougoslavie (Croatie), Tchécoslovaquie (Slovaquie) ou Italie (République sociale italienne), ou encore aux Bantoustans mis en place par l'Afrique du Sud[850]. Le phénomène n'a pas disparu, les entités n'accédant pas à la qualité d'Etat au sens du droit international bien qu'elles administrent un territoire déterminé ayant au contraire tendance à se multiplier dans des contextes sécessionnistes. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples marquants, de la République turque de Chypre du Nord, des entités créées par les communautés serbe et croate lors de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie – telles que la République de Krajina, la *Republika Srpska* et la République d'Herceg-Bosna, ou encore des entités créées dans le contexte du démembrement de l'URSS – telles que l'Ossétie du Sud et l'Abkhazie, la Transnistrie ou encore le Haut-Karabagh[851]. Ces entités sont créées dans des contextes et à des fins variées. Elles ont toutefois en commun que d'importants problèmes de responsabilité quant à leurs comportements sont susceptibles de se présenter, dès lors qu'elles administrent une partie du territoire d'un Etat tout en échappant à son contrôle sans pour autant être reconnues dans l'ordre international et en étant soumises à l'influence ou, à tout le moins en bénéficiant du soutien, d'un Etat tiers. Les travaux de la C.D.I. (A) comme la pratique judiciaire internationale (B) montrent qu'il est des cas dans lesquels de telles entités sont assimilées aux organes d'un Etat au sens du droit international de la responsabilité.

[850] Pour une description générale du phénomène, v. J. Crawford, *The creation of States in international law*, Oxford, O.U.P., 2e édition, 2006, p. 78-83 ; pour une explication plus particulière de la situation des Bantoustans, v. *ibid.*, p. 338-348.

[851] Voir, de manière générale, S. Talmon, « The responsibility of outside powers for acts of secessionist entities », *ICLQ*, 2009, vol. 58, n° 3, p. 493-517.

A. Les travaux de la Commission du droit international

263. Même si elle ne leur a pas consacré de disposition spécifique, la Commission du droit international n'a pas ignoré le fait que des entités puissent exercer une autorité effective sur un territoire déterminé sans pour autant être reconnues comme Etats au sens du droit international. La détermination du sujet qui doit répondre du comportement de telles entités peut en effet être délicate. Ce phénomène a donc été appréhendé sous plusieurs angles par la C.D.I. En faisant dépendre les règles d'attribution applicables de la qualification de l'entité en cause dans l'ordre international, elle a admis qu'il était des cas dans lesquels une telle entité pouvait être assimilée à l'organe d'un Etat.

1. Première lecture

264. En première lecture, la Commission s'est penchée sur la responsabilité d'un Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou pour le comportement d'un autre Etat, renvoyant les cas où une entité ne peut être ainsi qualifiée aux dispositions relatives à l'attribution.

265. A l'initiative de R. Ago, la Commission a d'abord considéré que l'Etat territorial ne pouvait être tenu responsable du comportement d'un mouvement insurrectionnel agissant sur son territoire mais contre son gouvernement. Elle a précisé à cette occasion qu'un tel mouvement devait être tenu responsable de ses propres comportements, tout en admettant que cette responsabilité ne serait engagée que dans des cas exceptionnels. Elle ne s'est en revanche pas attardée sur la possibilité d'engager la responsabilité d'un Etat tiers pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel[852]. Toujours à l'initiative du rapporteur spécial, la Commission a ensuite considéré qu'un Etat pouvait être tenu responsable du comportement d'un autre Etat. Elle a, à cette occasion, abordé la situation des Etats fantoches, entendus comme « des Etats ou des gouvernements créés normalement sur un territoire déterminé à l'initiative d'un Etat occupant et qui, tout en se prétendant libres, sont en fait dépendants, et souvent très étroitement, de l'Etat qui est à l'origine de leur existence »[853]. Elle a alors considéré que, dès lors qu'ils peuvent être considérés comme sujets distincts de droit international, de tels Etats engagent en principe

[852] Sur ce point, v. *infra*, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[853] R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 36, p. 23.

leur propre responsabilité. Leur soumission, dans des secteurs essentiels de leur activité, au contrôle de l'Etat à l'origine de leur création peut certes faire naître la responsabilité de ce dernier pour les comportements accomplis dans l'un de ces secteurs d'activité, mais il s'agirait alors d'une responsabilité indirecte[854]. La Commission semble donc s'être refusé à envisager l'attribution de l'ensemble des comportements d'un mouvement insurrectionnel ou d'un Etat fantoche à un autre Etat

266. Mais ces solutions ne valent que pour autant que les entités en question sont bien sujets de droit international. R. Ago avait en effet souligné que la responsabilité indirecte ne jouait que lorsque « la création de l'Etat ou du gouvernement fantoche est provoquée par un Etat sur le territoire d'un autre Etat *en tant qu'entité dotée d'une personnalité internationale distincte* »[855]. Symétriquement, lorsque « l'entité que l'on voudrait présenter comme un Etat ou un gouvernement à part est en fait une entité entièrement soumise dans son action à l'Etat l'ayant créée », ses agissements « sont alors directement attribuables à ce dernier Etat, au même titre que ceux de ses propres organes ou, à la rigueur, que ceux d'une collectivité territoriale, d'une région, d'un territoire soumis à dépendance coloniale »[856]. Ainsi, même si elle n'a pas envisagé cette possibilité dans les dispositions consacrées aux organes de l'Etat ou à ceux des collectivités territoriales, la Commission ne semble pas avoir exclu que l'ensemble des comportements d'une entité exerçant une autorité effective sur un territoire déterminé soit rapporté à un Etat. Lorsque tel est le cas, c'est parce que ladite entité ne dispose pas d'une indépendance telle qu'elle puisse prétendre à la qualité de sujet de droit international. En même temps qu'elle conduit à lui dénier la subjectivité internationale, la dépendance de l'entité considérée vis-à-vis d'un Etat permet de l'assimiler à une collectivité territoriale de cet Etat au sens du droit international de la responsabilité[857].

---

[854] Voir R. Ago, « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 53, n. 105 ; « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 38, p. 23-24.

[855] « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 38, p. 24.

[856] « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 53, n. 105. Certaines interventions allaient également en ce sens lors des débats. V. P. Reuter qui, considérant que la reconnaissance est décisive aux fins de qualification d'un Etat fantoche comme Etat au sens du droit international, estime qu'un tel Etat « existe pour tout Etat qui en reconnait l'existence, tandis que, pour les autres Etats, c'est l'Etat originel qui est responsable de ses agissements sur le plan international » (1532e séance, § 36, *ACDI*), ou M. Njenga qui estime que certains protectorats n'étaient en réalité que des colonies, de sorte que l'ensemble de leurs comportements devaient être attribués à l'Etat colonial, tandis que d'autres « avaient conservé, dans une certaine mesure, un statut international et ne pouvaient donc être considérés comme placés dans une situation qui éliminait leur responsabilité en cas de fait internationalement illicite » (1536e séance, § 27).

[857] Commentaire de l'article 28 adopté en première lecture, § 21, n. 519 : « La Commission a distingué le cas où l'État fantoche serait en réalité dépourvu de personnalité internationale et n'apparaîtrait alors que comme une sorte de 'collectivité publique territoriale' de l'État occupant, au sens de l'article 7, § 1, du présent projet, du cas où, par contre, il aurait une personnalité internationale propre. Dans le premier cas, l'État occupant répondrait des agissements internationalement illicites commis par l'État ou gouvernement fantoche en tant que 'faits propres', attribuables à lui-même. Dans le second cas, il en répondrait en tant que 'faits d'autrui', pour autant que ces agissements se produisent dans un domaine d'activité soumis à sa direction ou à son contrôle » (*ACDI*, 1979, vol. 2, p. 2, p. 111-112).

267. La distinction n'a toutefois guère été approfondie en première lecture, d'autant qu'elle restait alors essentiellement théorique. Dès lors que la Commission estimait qu'il n'existait pas de différence entre la responsabilité directe et la responsabilité indirecte et qu'elle considérait que la responsabilité indirecte de l'Etat dominant était engagée pour tous les comportements accomplis dans un secteur d'activité relativement auquel il exerce un contrôle sur l'Etat dominé, peu importait en pratique qu'une entité soit considérée comme un organe ou comme un sujet distinct de droit international. Dans un cas comme dans l'autre, son comportement devait être rapporté à l'Etat dominant[858].

2. Seconde lecture

268. Tel n'était plus le cas en seconde lecture. Le rapporteur spécial J. Crawford a en effet conduit la Commission à limiter la responsabilité de l'Etat dominant pour les comportements d'un Etat dominé aux comportements accomplis sous le contrôle effectif du premier. La distinction des entités selon qu'elles peuvent être assimilées à des organes ou qu'elles sont dotées d'une personnalité juridique internationale devenait donc déterminante non seulement sur le plan théorique mais aussi sur le plan pratique. Dans le premier cas, l'ensemble des comportements de l'entité peut être rapporté à l'Etat dominant, dans le second, seuls les comportements qu'elle accomplit sur ses directives peuvent être mis à sa charge. La Commission n'en a pas moins maintenu la distinction. Elle a en effet exclu, à l'initiative de J. Crawford[859], les relations de dépendance entre un territoire et un autre du champ d'application de l'article 17 en considérant que dans ces cas, le territoire dépendant, même s'il possède un semblant de personnalité internationale, n'est pas un Etat. Elle a alors considéré que ce type de relations devait être appréhendé en appliquant les règles d'attribution codifiées aux articles 4 à 9 du texte de codification définitif[860].

269. Parmi ces articles, deux semblent pouvoir régir ce type de situations. L'article 4 d'abord, consacré aux organes de l'Etat, l'article 8 ensuite, consacré aux entités agissant pour le compte de l'Etat. Le commentaire de l'article 8 envisage que le comportement d'une entité du type de celles dont il est ici question soit rapporté à un Etat lorsqu'elle a agi sur ses instructions, ses directives ou sous son contrôle. Ce régime apparaît alors analogue à celui applicable aux entités qui ont accédé à la subjectivité internationale : dans un cas comme dans l'autre, il faut démontrer l'existence d'un lien entre l'Etat et le comportement

[858] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 81.
[859] J. Crawford, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », doc. A/CN.4/498/Add. 1 (1999), § 195, p. 16-17.
[860] Commentaire de l'article 17 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 174.

spécifique de l'entité. Mais la Commission n'a pas pour autant exclu qu'une telle entité puisse être assimilée à un organe de l'Etat au sens de l'article 4. En effet, cette possibilité, affirmée en première lecture, n'a pas été remise en cause en seconde, la notion d'organe ayant été, comme on l'a vu, élargie. En outre, les débats montrent que c'est ainsi que le rapporteur spécial a perçu la situation de certaines des entités en cause. En effet, à ceux qui s'inquiétaient du fait que la mise en œuvre des articles 8 et 17 nécessite de démontrer l'existence d'un contrôle de l'Etat sur le comportement spécifiquement en cause, ce qui pouvait être délicat à établir s'agissant de certains Etats fantoches tels que les Bantoustans, le rapporteur spécial répondit que lorsqu'un Etat créée une collectivité territoriale qui n'accède pas à l'indépendance il demeure responsable des comportements de cette collectivité[861].

270. La Commission a donc distingué la situation des entités exerçant une autorité sur un territoire déterminé selon qu'elles peuvent être considérées comme sujets de droit international ou non. Si elles peuvent l'être, elles sont alors responsables de leurs propres comportements. La responsabilité d'un Etat tiers, résultant du contrôle qu'il exerce sur le comportement spécifiquement en cause, ne serait en ce cas qu'indirecte. Si en revanche elles ne peuvent l'être, il est alors envisageable qu'elles soient assimilées à des organes d'un Etat de sorte que l'ensemble de leurs comportements devraient lui être rapportés.

B. La pratique judiciaire

271. Si les travaux que la C.D.I. a consacrés aux collectivités non reconnues dans l'ordre international sont à la fois peu nombreux et parfois peu clairs, cela reflète la pratique dont elle disposait à l'heure de procéder à la codification. Les décisions statuant sur la responsabilité d'un Etat pour le comportement de telles entités étaient en effet rares et ne permettaient pas d'affirmer nettement qu'il était possible de les assimiler à des organes au sens du droit international de la responsabilité. Le *Board of Commissioners* Etats-Unis/France avait certes engagé la responsabilité de la France pour la confiscation et la vente à son profit de marchandises américaines par les autorités hollandaises au motif que le Royaume de Hollande se trouvait sous son entier contrôle[862]. Mais les Commissions

[861] V. la réponse de J. Crawford à une intervention de J. Dugard (2554e séance, § 50-51, p. 254) ; également en ce sens, C. Economides, assimilant les *Bantoustans* et la R.T.C.N. à des organes de l'Afrique du Sud et de la Turquie (2555e séance, § 1, p. 257).

[862] J.B. Moore, *A digest of international law*, Washington, 1906, vol. 1, p. 252 s. R. Ago semble hésiter sur le sens à donner à ce précédent. Après avoir affirmé que lorsque « l'entité que l'on voudrait présenter comme

de conciliation Etats-Unis/Italie et France/Italie avaient refusé d'assimiler la République sociale italienne à un organe de l'Allemagne[863]. Et si des organes arbitraux internes qualifièrent le Royaume de Croatie de gouvernement *de facto*, de sorte que la Yougoslavie ne pouvait être tenue responsable de ses agissements, même en temps que successeur, ils ne statuèrent pas sur la responsabilité éventuelle de l'Allemagne et/ou de l'Italie pour lesdits comportements, si bien que, quand bien même elle aurait pu être engagée, il est délicat de déterminer sur quel fondement[864]. D'autres prises de position et décisions semblaient certes aller dans le sens de l'assimilation de telles entités à des organes, telles que des décisions de juridictions britanniques ayant assimilé des *Bantoustans* à des organes de l'Afrique du Sud[865], ou encore, de manière plus surprenante, la République démocratique allemande à un organe de l'URSS[866]. Mais elles ne portaient pas sur la

---

un Etat ou un gouvernement à part est en fait une entité entièrement soumise dans son action à l'Etat l'ayant créée, comme l'était le Royaume de Hollande à l'empire français (…) les agissements des organes de l'entité en question sont (…) *directement* attribuables à ce dernier Etat » (« Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 53, n. 105, nous soulignons), il vit dans cet exemple un cas de « responsabilité internationale d'un Etat pour le fait d'un autre Etat » (« Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 37, p. 23).

[863] Commission de conciliation France/Italie, *Dame Mossé*, 17 janvier et 6 octobre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 486-500, sp. p. 495 s. et Commission de conciliation Etats-Unis/Italie, affaires *Treves*, *Levi*, *Baer*, *Falco* et *Fubini*, *RSA*, vol. XIV, respectivement p. 263 s., p. 272 s., p. 402 s., p. 408 s. et p. 420 s. : l'Italie ayant accepté par l'article 78 du Traité de paix la responsabilité de tous les faits commis par les gouvernements de droit ou de fait ayant exercé le pouvoir sur son territoire pendant la guerre, la Commission devait déterminer si la République sociale italienne pouvait être qualifiée comme telle ou si elle devait, comme le soutenait l'Italie et l'admit le commissaire italien, être considérée comme « une *longa manus*, c'est-à-dire un organe de l'occupant [auquel cas] il ne s'agissait pas d'imputer à un Etat des actes accomplis par un gouvernement ayant exercé en fait le pouvoir sur tout ou partie de son territoire, mais de lui imputer les actes accomplis par un autre Etat, l'Etat occupant » (*Dame Mossé*, *op. cit.*, p. 495). Tout en reconnaissant le rôle de l'Allemagne dans la création de cette entité ainsi que le contrôle qu'elle exerçait sur elle, les Commissions refusèrent de l'assimiler à un organe de l'Etat allemand, de sorte qu'elles la considérèrent comme un gouvernement de fait dont les comportements engageaient la responsabilité de l'Italie au sens de l'article 78 du Traité. Il semble donc que si la responsabilité de l'Allemagne avait pu être engagée pour le comportement de la République sociale italienne, c'eut été du fait d'autrui (en ce sens, R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 38, p. 23-24).

[864] Etats-Unis, *US international claims commission*, *Socony vacuum oil company claim*, 1954, *ILR*, vol. 21, 1957, p. 55 s., remarquant tout de même pour aboutir à cette conclusion que « *Croatia was (…) during its entire four-year life (…) subject to the will of Germany or Italy or both, in varying degrees, except as to civil administration matters* ».

[865] Royaume-Uni, *Court of appeal*, *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa Ltd*, 22 juillet 1986, [1987] QB 599 : « *Her Majesty's government regards the Republic of South Africa as continuing to exercise sovereign authority over the territory [of the Ciskei]* » de sorte que le gouvernement de ce *Bantoustan* pouvait être perçu comme « *a subordinate body set up by the Republic of South Africa to act on its behalf* ». Bien qu'il ne soit pas reconnu en tant qu'Etat par le Royaume-Uni, le Ciskei pouvait donc être partie à une action en justice devant les juridictions britanniques en tant qu'organe de l'Afrique du Sud.

[866] Royaume-Uni, *House of Lords*, *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd . (n° 2)*, 18 mai 1966, [1967] 1 A.C. 853: « *although the German Democratic Republic is not recognised by Her Majesty's Government, its acts should be recognised by the English courts as lawful, not as the acts of a sovereign state, but as acts done by a subordinate body which the U.S.S.R. set up to act on its behalf, since a* de jure *governing body cannot disclaim responsibility for the acts of subordinate bodies set up by it* ». La personnalité juridique de la société *Carl Zeiss Stiftung*, créée selon le droit de la R.D.A., était donc opposable dans l'ordre juridique britannique, de sorte qu'elle pouvait intenter une action devant les juridictions britanniques. Sur ce point, v. M. Cosnard, qui qualifie ce raisonnement de « surréaliste » (*La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, *op. cit.*, p. 87).

responsabilité internationale. Quoique la Commission du droit international ait estimé, ou espéré, que ce type de situations soit en voie de disparition, plusieurs organes internationaux ont eu à en connaître depuis lors. Même s'ils n'ont pas toujours conclu que tel était le cas en l'espèce qui leur était soumise, ces organes ont envisagé que des entités sécessionnistes puissent être assimilés à des organes d'un Etat qui les soutient. Tel fut le cas s'agissant de la République turque de Chypre du Nord (1), mais aussi des entités créées lors de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (2) ou de l'URSS (3). Les organes de règlement des différends s'étant prononcés dans des contextes et à des fins variées, on précisera dans chaque cas si et dans quelle mesure leur raisonnement est pertinent aux fins d'identification des organes de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité.

1. La République turque de Chypre du Nord

272. Les organes européens de protection des droits de l'homme ont été confrontés à une situation dans laquelle une entité non reconnue dans l'ordre international – la République turque de Chypre du Nord – administre une partie du territoire d'un Etat partie en échappant à son contrôle – la partie nord de Chypre – tout en étant soumise à l'influence ou, à tout le moins, en bénéficiant du soutien d'un autre Etat partie – la Turquie. Incompétente pour connaître de réclamations dirigées contre la première et considérant que ses comportements ne pouvaient être imputés à la deuxième, la C.E.D.H. n'hésita pas à engager la responsabilité de la troisième afin d'éviter la constitution de « zones grises » au sein du territoire européen des droits de l'homme. La Cour commença par rechercher si la Turquie exerçait sa juridiction au sens de l'article 1er de la Convention sur le territoire administré par la R.T.C.N. Elle estima alors que tel était bien le cas, une Partie exerçant sa juridiction « lorsque, par suite d'une action militaire - légale ou non -, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national »[867]. La Cour précisa alors que « l'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis (…) découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée »[868]. Mais cela ne signifiait pas nécessairement que l'ensemble des comportements de celle-ci devait être imputé à celui-là aux fins de la responsabilité. C'est pourtant la conclusion que la Cour tira au stade du fond. Elle déduisit ainsi des conclusions

[867] *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), § 62.
[868] *Ibid*.

auxquelles elle était parvenue au stade de la recevabilité que la Turquie devait répondre des comportements de la R.T.C.N. C'est ainsi parce que « le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île », que la responsabilité de la Turquie est, « d'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause », engagée à raison « de la politique et des actions de la R.T.C.N. »[869]. La Cour confirma par la suite cette solution en affirmant que ce constat « revêt la forme d'une déclaration de principe quant à la responsabilité de manière générale de la Turquie au regard de la Convention à raison des mesures et actes de la 'R.T.C.N.' »[870]. Cette jurisprudence a été diversement perçue en raison tant des éclipses dans le raisonnement de la Cour que de la complexité de la situation à laquelle elle était confrontée.

273. Certains estiment que, par ces décisions, la Cour s'est moins prononcée sur la responsabilité de la Turquie que sur l'exercice par cet Etat de sa juridiction sur la partie nord de Chypre[871]. Celle-ci détermine, d'après la jurisprudence des organes européens, le champ d'application *ratione loci* de la Convention[872]. Ils considèrent ainsi que les Etats parties exercent leur juridiction sur leur territoire mais aussi sur les zones qu'ils contrôlent en dehors de ce territoire. L'identification de l'exercice par l'Etat d'un tel contrôle peut poser deux types de difficultés, les premières tenant à l'intensité, voire à la nature, du contrôle exercé, les secondes à la détermination des entités qui l'exercent et de leurs liens avec l'Etat. Sur le premier point, le débat se concentre autour d'une distinction contrôle global – contrôle effectif[873], empruntée au droit international humanitaire davantage qu'au droit de la responsabilité dans la mesure où le contrôle ne porte pas ici sur une entité mais sur un territoire[874]. Sur le second point, la Cour a jugé que le contrôle peut « s'exercer

---

[869] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 56 ; *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 77.

[870] *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 77.

[871] En ce sens, M. Milanovic, « State responsibility for Genocide », *op. cit*., p. 585-587 ; « From compromise to principle : clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties », *Human rights law review*, 2008, p. 411-448, sp. p. 436 s. ; ainsi que, si on le suit bien, O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit*., p. 269.

[872] Sur ce point, v. E. Lagrange, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, p. 521-565.

[873] On notera que la Cour utilise alternativement voire cumulativement, sans que l'on puisse savoir si cela implique une variation de sens, les termes de contrôle global et de contrôle effectif, d'*effective control*, d'*overall control* ou d'*effective overall control*.

[874] Certaines dispositions du droit international humanitaire ne sont applicables qu'aux territoires occupés. Or, aux termes de l'article 42 du règlement de La Haye, « un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ». Pour qualifier une zone de territoire occupé, il faut donc examiner si l'autorité d'un Etat autre que l'Etat territorial « se trouv[e] *effectivement* établie et exercée dans les zones en question » (C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (RD Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 172-176, nous soulignons). Par ailleurs, certaines formulations de la Cour insistent sur le fait que les forces de l'Etat partie exercent des prérogatives de puissance publique de l'Etat occupé (*Bankovic et al. c. 17 Etats membres de l'OTAN*, req. n° 52207/99, recevabilité, 12 décembre 2001, § 71 ;

directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné, ou par le biais d'une administration locale subordonnée »[875]. Appliquant ces principes dans les affaires chypriotes, la Cour a considéré que la Turquie exerçait sa juridiction sur la partie nord de Chypre car elle y exerçait un contrôle suffisant. Cela n'impliquait pas nécessairement de considérer que la Turquie était responsable des comportements de la R.T.C.N[876]. D'une part, la seule présence de forces turques sur le territoire aurait pu suffire à considérer que la Turquie y exerçait sa juridiction[877]. D'autre part, la Cour aurait pu considérer la R.T.C.N. comme une administration locale subordonnée de la Turquie aux fins d'établissement de la juridiction, sans pour autant en déduire que l'ensemble des comportements de la première étaient imputables à la seconde aux fins de la responsabilité[878]. Si la Cour avait raisonné ainsi, la Turquie aurait pu être tenue responsable des violations de la Convention résultant des agissements ou des omissions de ses propres organes[879]. Mais la Cour ne s'est pas arrêtée à constater que la Turquie exerçait sa juridiction sur la partie nord de Chypre. Elle a

---

Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, req. n° 71412/01 et 78166/01, recevabilité, 31 mai 2007, § 70). Certains en ont déduit, à tort, que pour qu'un Etat exerce sa juridiction sur un territoire au sens de l'article 1er C.E.D.H., il faut non seulement qu'il exerce un contrôle effectif sur ce territoire mais encore qu'il y mette en œuvre des pouvoirs de nature civile (sur ce point, v. Royaume-Uni, Cour d'appel, *R. (Al Skeini and others) v. Secretary of State for defence*, 21 décembre 2005, [2005] EWCA Civ 1609, sp. la controverse qui a opposé L.J. Brooke – qui estime que le Royaume-Uni n'exerçait pas sa juridiction en Irak car, quand bien même les troupes britanniques occupaient la zone en cause au sens du droit international humanitaire, elles n'y exerçaient pas de pouvoirs d'administration civile (§ 119-124) – à L.J. Sedley – pour qui il n'est pas nécessaire que le contrôle effectif sur un territoire se double de son administration civile pour qu'un Etat y exerce sa juridiction (§ 195)).

[875] *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), § 62 ; v. aussi *Issa et autres c. Turquie*, req. n° 31821/96, recevabilité, 16 novembre 2004, § 69 ; *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004, § 314.

[876] *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), § 61 : la Cour « n'est pas appelée au stade des exceptions préliminaires à rechercher si la Turquie est effectivement responsable au regard de la Convention des actes à l'origine des griefs de l'intéressée [ni] à établir les principes régissant la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la Convention dans une situation comme celle régnant dans la partie septentrionale de Chypre. Ces questions ressortissent plutôt à la procédure au principal. La Cour doit se borner à déterminer si les faits dénoncés par Mme Loizidou sont susceptibles de relever de la 'juridiction' de la Turquie bien qu'ils se produisent en dehors de son territoire national ».

[877] C'était la position adoptée par la Commission E.D.H. avant comme après la proclamation de la R.T.C.N. (*Chypre c. Turquie*, req. n° 6780/74 et 6950/75, recevabilité, 26 mai 1975, § 7-10 ; *Chypre c. Turquie*, req. n° 8007/77, recevabilité, 10 juillet 1978, § 18-26 ; *Metropolite Chrysostomos et Archimendure Papachrystomou c. Turquie*, req n° 15299/89 et 15300/89, recevabilité, 4 mars 1991, § 30-34).

[878] En ce sens, M. Milanovic, « From compromise to principle : clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties », *op. cit.*, p. 441 s.

[879] C'était la position adoptée par la Commission E.D.H. dans ces affaires, qui distinguait les comportements des forces turques de ceux des organes de la R.T.C.N. (*Metropolite Chrysostomos et Archimendure Papachrystomou c. Turquie*, req n° 15299/89 et 15300/89, rapport du 8 juillet 1993, imputant à la Turquie l'arrestation des requérants en présumant l'implication de ses forces dans cette arrestation en raison de leur présence importante et de leur contrôle de la zone (§ 90-102), mais refusant de lui imputer leur détention subséquente par les autorités de la R.T.C.N. et les procédures engagées contre eux par ces autorités en raison de l'absence d'indice d'une implication directe des autorités turques dans ces agissements (§ 161-170) ; v. aussi *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, rapport du 8 juillet 1993, § 48-51, imputant à la Turquie l'arrestation et la détention de la requérante en raison de l'implication des troupes turques dans ces agissements.

également considéré qu'elle était responsable des comportements de la R.T.C.N[880]. Les glissements opérés par la Cour dans le choix des critères permettant d'affirmer qu'un Etat exerce sa juridiction sur un territoire ou qu'il doit être tenu responsable des agissements de l'entité qui l'administre peuvent certes étonner[881]. Il n'en reste pas moins qu'elle a non seulement considéré que la Turquie exerçait sa juridiction sur la partie nord de Chypre mais encore qu'elle était responsable des agissements de la R.T.C.N.

274. D'autres, parfois les mêmes[882], ont considéré que, si la Turquie a bien été jugée responsable des comportements de la R.T.C.N., cela ne signifie pas nécessairement qu'ils lui aient été attribués. C'est ainsi que J. Crawford a estimé que ce cas « se situe dans la zone grise qui sépare les problèmes d'attribution et de causalité »[883]. La Turquie ne serait ainsi pas tenue responsable des comportements de la R.T.C.N. mais des conséquences de son propre comportement. L'argument doit être divisé en deux branches. Il ne saurait signifier que la Turquie n'a été tenue responsable que de son implication ou de ses omissions dans chaque cas particuliers. En effet, s'il est vrai que la Cour a parfois insisté sur le rôle joué par les organes *de jure* de la Turquie dans la naissance de la situation à l'origine des violations alléguées, en particulier dans les affaires de perte d'accès aux biens[884], elle ne s'est pas contentée de ce constat. Tenant compte de la diversité des violations alléguées, elle a jugé que la responsabilité de la Turquie ne résultait pas seulement du comportement de ses organes *de jure* mais aussi de l'ensemble des actes de la R.T.C.N.[885]. Ceux-ci sont bien imputés à la Turquie, qui n'est pas tenue responsable de tout ce qui se passe dans la partie nord de Chypre mais seulement de ses actions – incluant celles de ses organes *de jure* et celles des autorités de la R.T.C.N. – ainsi que de ses

[880] Le doute était encore permis après la première décision rendue sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Loizidou*, l'accent étant mis par la Cour sur le fait que les troupes turques empêchaient la requérante d'accéder à sa propriété (*Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), § 63). Il ne l'était plus après l'arrêt au fond (*Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 56). Il est remarquable que la Commission E.D.H. en ait spontanément déduit qu'elle devait renverser sa position et considérer l'ensemble des actes de la R.T.C.N. imputables à la Turquie (*Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, rapport du 4 juin 1999, § 96-102).

[881] Le fait qu'un Etat exerce un contrôle global sur un territoire ne signifiant pas nécessairement qu'il exerce un contrôle analogue sur l'autorité locale qui l'administre. Sur ce point, v. *infra*, section 2.

[882] M. Milanovic, « From compromise to principle : clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties », *op. cit.*, p. 441 s., où l'auteur considère que les comportements de la R.T.C.N. n'ont pas été attribués à la Turquie en l'affaire *Loizidou* mais qu'elle a été tenue responsable de manquements à ses obligations positives.

[883] En ce sens, J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 208, p. 45.

[884] Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour souligne ainsi que l'impossibilité pour la requérante d'accéder à ses biens résulte de l'occupation de la zone par les forces turques en 1974 avant de remarquer que les troupes turques ont, depuis lors, empêché à plusieurs reprises la requérante d'accéder à ses biens (*Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 54).

[885] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 56 ; *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 77 ; *Adali c. Turquie*, req. n° 38187/97, arrêt du 31 mars 2005, retenant la responsabilité de la Turquie pour insuffisance de l'enquête menée par les autorités de la R.T.C.N. sur la mort du mari de la requérante.

omissions – lorsque l'auteur principal de la violation est un particulier[886]. L'interprétation de la jurisprudence *Loizidou* en termes de causalité pourrait en revanche signifier que la Turquie a été tenue responsable de l'ensemble des comportements de la R.T.C.N. en raison du rôle qu'elle a joué dans sa naissance[887]. Toutefois, les limites à la compétence *ratione temporis* de la Cour comme les exigences du lien de causalité empêchent de considérer que ce rôle a été pris en compte autrement que pour attribuer à la Turquie les comportements de la R.T.C.N.

275. D'autres encore ont estimé que la Turquie n'a été retenue responsable du comportement de la R.T.C.N que parce que celle-ci agissait pour le compte de celle-là. Cette jurisprudence a ainsi été abordée tantôt sous l'angle de la responsabilité de l'Etat pour le fait d'un autre Etat[888], tantôt sous celui de la responsabilité de l'Etat pour le fait d'une entité qui, bien qu'étrangère à son organisation, agit dans un cas particulier pour son compte[889]. Ces deux interprétations doivent également être écartées. La première parce que la Cour a insisté sur le fait que la R.T.C.N. ne pouvait être qualifiée d'Etat au sens du droit international, faute d'avoir été reconnue comme tel[890]. Les deux parce qu'elles impliqueraient que la Cour ait recherché si la Turquie exerçait une direction ou un contrôle sur les comportements spécifiquement en cause. Or, elle a jugé qu'« il ne s'impose pas de déterminer si (…) la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la 'R.T.C.N.' »[891] pour attribuer à la première l'ensemble des comportements de la seconde en raison des rapports qu'elles entretiennent[892].

276. Ainsi, même si son raisonnement fut parfois elliptique[893], il n'en reste pas moins que la C.E.D.H. a assimilé la R.T.C.N. à un organe de la Turquie aux fins d'établissement de sa responsabilité en s'appuyant sur des éléments factuels[894].

---

[886] *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 80-81.

[887] Il semble que ce soit en ce sens que J. Crawford l'ait entendu (« Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 208, p. 45). V. également l'opinion dissidente du juge Bernhardt à laquelle le juge Lopes Rocha s'est rallié : « La présence de troupes turques et le soutien apporté par la Turquie à la 'R.T.C.N.' constituent des facteurs importants dans la situation actuelle, mais je me sens incapable de fonder une décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme exclusivement sur l'idée que la présence turque dans le nord de Chypre est illégale et que, par conséquent, la Turquie est responsable de pratiquement tout ce qui s'y passe » (sous *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable)).

[888] Envisageant la jurisprudence *Loizidou* en ce sens, C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 108-109. La Chambre d'appel du TPIY qui s'est prononcée en l'affaire *Tadic* remarque aussi que « cette affaire touche au contrôle potentiel d'un Etat souverain sur une entité étatique, plutôt que sur des forces armées opérant sur le territoire d'un autre Etat » (*Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 128).

[889] La C.D.I. la mentionne ainsi dans le commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 5, *op. cit.*, p. 50, n. 107.

[890] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 56.

[891] *Ibid*.

[892] *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 77.

[893] Sur ce point, v. *infra*, Section 2, § 2.

2. Les entités créées lors de la dissolution de la R.S.F.Y.

277. Plusieurs entités ont émergé dans le contexte de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie. Ainsi de la République des Serbes de Bosnie (*Republika srpska*) ou de la République d'Herceg-Bosna. Ces entités n'ont jamais été reconnues en tant qu'Etats, notamment car la communauté internationale a estimé que les populations serbes et croates de Bosnie-Herzégovine ne disposaient pas d'un droit à la sécession[895]. Cela ne les a pourtant pas empêchées d'exercer un temps une autorité effective sur une partie du territoire de la Bosnie-Herzégovine nouvellement créée. Deux juridictions internationales ont été confrontées à la possibilité de rapporter le comportement de ces entités à la R.F.Y. ou à la Croatie dans des contextes différents : le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie d'une part (a), la Cour internationale de Justice de l'autre (b). Elles ont toutes deux admis que de telles entités étaient susceptibles d'être considérées comme des organes de fait mais se sont nettement séparées sur les circonstances dans lesquelles cela était envisageable.

a. La pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

278. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé devoir établir si les armées de la République des Serbes de Bosnie et de la République d'Herceg-Bosna agissaient pour le compte, respectivement, de la République fédérative de Yougoslavie et de la République de Croatie (i). Il s'est alors référé au droit international de la responsabilité pour établir que tel était bien le cas (ii). Ce faisant, il a admis que des collectivités territoriales non reconnues puissent être assimilées à des organes *de facto* de l'Etat (iii).

---

[894] En ce sens, A. de Hoogh, « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on State responsibility, the Tadic case and attribution of acts of Bosnian serb authorities to the FRY », *op. cit.*, p. 273-274 et, moins nettement, J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, n. 265, p. 45, constatant tout de même que « la R.T.C.N. fut (…) traitée comme un organe subordonné à la Turquie ».

[895] V. en particulier Commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 2, 11 janvier 1992, reproduit *in RGDIP*, 1992, p. 266. Sur ce point, v. J. Crawford, *The creation of States in international law*, *op. cit.*, p. 406-407.

279. i. Interprétant son Statut comme lui permettant de connaître aussi bien des conflits internes que des conflits internationaux, estimant que les infractions susceptibles d'être commises lors de chacun de ces types de conflits devaient être distinguées et refusant d'adopter une approche globale du conflit[896], le Tribunal s'est engagé dans « une logique de décomposition du conflit yougoslave en conflits multiples, à charge pour la chambre saisie au fond de déterminer la nature du conflit dans chaque affaire »[897]. L'applicabilité de l'article 2 de son Statut dépend en effet de la réunion de deux conditions tenant, l'une à la nature du conflit (interne ou international), l'autre au statut des victimes (personnes protégées, c'est-à-dire personnes au pouvoir d'une Partie au conflit dont elles ne sont pas ressortissantes). Initialement distinguées[898], ces deux questions ont fini par se résoudre en une seule : celle de savoir si l'une des Parties au conflit armé interne pouvait être considérée comme agissant, en fait, au nom d'une puissance étrangère. En effet, de la réponse à cette question dépend tant la qualification du conflit armé que le statut des victimes[899]. Observant alors qu'il ressort tant de certaines règles du droit international humanitaire – notamment celles définissant la notion de prisonnier de guerre[900] – que de l'esprit de cette branche du droit – un corps de règles réaliste et fondé

[896] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'expression préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 71 s.

[897] H. Ascensio, « Les Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », *in* H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 715-734, sp. p. 725.

[898] Pour un exemple, v. *Rajic*, IT-95-12-R61, Chambre de première instance, Jugement relatif à l'examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 13 septembre 1996, § 7 et 35 où la Chambre examine si le contrôle exercé par la Croatie sur les forces croates de Bosnie (*H.V.O.*), suffisant pour que celles-ci soient considérées comme des agents de celle-là aux fins de la qualification du conflit comme international, est également suffisant pour faire des individus qui sont en son pouvoir des personnes au pouvoir d'une Partie au conflit dont elles ne sont pas ressortissantes.

[899] Dès lors que l'un des groupes armés impliqué dans le conflit interne est considéré comme un organe de fait d'un Etat étranger, cela implique à la fois que le conflit armé en cause est international *et* que les personnes au pouvoir de ce groupe armé sont au pouvoir d'une Partie dont elles ne sont pas ressortissantes. Ainsi, même s'il est envisageable que le critère permettant d'établir qu'un groupe armé agit comme agent d'un Etat étranger puisse varier selon qu'il s'agit de qualifier le conflit d'international ou les victimes de personnes protégées (*Rajic*, IT-95-12-R61, Chambre de première instance, Jugement relatif à l'examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 13 septembre 1996, § 35), le Tribunal a toujours considéré que le même critère pouvait être appliqué dans les deux cas (v., de manière explicite, affaire *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, Chambre d'appel, arrêt du 29 juillet 2004, § 175 : « Etant donné que le *H.V.O.* était un groupe armé agissant *de facto* pour la Croatie, les victimes musulmanes de Bosnie se sont trouvées au pouvoir d'une partie au conflit dont elles n'étaient pas ressortissantes »).

[900] Peuvent bénéficier de ce statut non seulement les membres des forces armées mais encore les « membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit » (article 4 A (2) de la troisième convention de Genève de 1949). La Chambre mentionne également les passages du Commentaire de la quatrième convention de Genève concernant la responsabilité de l'Etat occupant vis-à-vis des personnes protégées selon lesquels « il est nécessaire de faire abstraction de tout critère formel. Ce qui importe, ce n'est pas le fait que l'individu coupable d'un traitement contraire à la Convention soit un agent de la Puissance occupante ou un organe de l'Etat occupé, mais de savoir où la décision ayant produit l'acte illicite a été prise, où la volonté a été formée et l'ordre donné » (Jean Pictet (dir.), *Commentaire. La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Convention IV*, CICR, Genève, 1958, p. 228).

sur l'efficacité – que le droit international humanitaire ne se limite pas à une approche formelle, le Tribunal a considéré que l'identification des personnes agissant *de facto* pour le compte d'une Partie au conflit devait être guidée par une approche réaliste et donc se faire en s'appuyant sur un critère de contrôle[901]. Toutefois, le droit international humanitaire ne précisant pas le degré d'autorité ou de contrôle exercé par un Etat étranger sur des forces armées agissant en son nom qui permettrait de qualifier d'international un conflit d'apparence interne[902], il a estimé devoir se référer au droit international général, et en particulier au droit de la responsabilité, pour déterminer quand un individu peut être considéré comme agissant en tant qu'organe *de facto* d'un Etat[903].

280. ii. Le T.P.I.Y. s'est alors référé pour l'essentiel aux solutions dégagées par la C.I.J. dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. La chambre de première instance en avait déduit que pour que les comportements de la *V.R.S.* ou de la *R.S.* soient rapportés à la R.F.Y., deux éléments devaient être réunis : les premières devaient s'être trouvées sous la dépendance de la seconde, qui devait avoir exercé sur elles le potentiel de contrôle inhérent à cette relation[904]. Appliquant ces principes, elle constata que la *V.R.S.* comme la *R.S.* étaient bien dépendantes de la R.F.Y.[905], mais elle estima qu'il ne pouvait être établi que celle-ci avait exercé un « contrôle effectif »[906] sur celles-là, ni dans le cas d'espèce[907] ni de manière générale[908]. Confirmant que la C.I.J. n'avait retenu qu'un critère de contrôle effectif s'agissant d'attribuer à un Etat le comportement d'une entité agissant en fait pour son compte[909], la chambre d'appel contesta en revanche cette solution. Elle estima, d'abord, que ce critère ne répondait pas à la logique du droit international de la responsabilité qui repose sur une approche plus réaliste que formelle de l'Etat[910]. Cette logique impliquerait de tenir compte des spécificités de chaque situation et notamment du fait que « les membres [d'un] groupe n'agissent pas de manière indépendante mais se conforment aux règles en vigueur dans le groupe et sont soumis à l'autorité du chef » si bien qu'il suffirait « pour imputer à l'Etat les actes d'un groupe que ce dernier soit, dans son ensemble, sous le contrôle global de l'Etat »[911]. Elle considéra,

[901] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 91-96.
[902] *Ibid.*, § 97.
[903] *Ibid.*, § 98 et 105.
[904] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance, arrêt du 7 mai 1997, § 588.
[905] *Ibid.*, § 589-595.
[906] *Ibid.*, § 595, plus tôt la chambre souligne qu'en l'affaire *Nicaragua* « la Cour a fixé un seuil particulièrement élevé comme critère pour décider du degré requis de contrôle » (*ibid.*, § 585).
[907] *Ibid.*, § 601.
[908] *Ibid.*, § 603-606.
[909] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 100.
[910] *Ibid*.
[911] *Ibid.*, § 120.

ensuite, que ce critère ne reflétait pas la pratique judiciaire en la matière[912]. Celle-ci permettrait de dégager non un mais trois critères applicables en fonction des situations. Selon le premier, l'ensemble des comportements des membres d'un groupe armé devrait être rapporté à l'Etat dès lors qu'il exerce un contrôle global sur ce groupe. Suivant le deuxième, les comportements d'individus isolés ou de groupes qui ne sont pas organisés en structure militaire pourraient également être attribués à l'Etat lorsqu'ils ont été accomplis sur ses instructions particulières ou qu'ils ont reçu son approbation publique *a posteriori*. D'après le troisième, les comportements d'individus intégrés dans les faits à la structure de l'Etat devraient également lui être rapportés[913]. Considérant que la *V.R.S.* comme le *H.V.O.* constituaient des groupes militairement organisés, le Tribunal précisa alors ce qu'il entendait par contrôle global. Il indiqua ainsi que, « moins strict » que celui du contrôle effectif, le critère du contrôle global ne nécessite pas de démontrer l'existence d'instructions spécifiques mais implique une approche holiste tenant compte de « tous éléments du contrôle pris dans leur ensemble »[914].

281. iii. Les arguments tendant à exclure le raisonnement suivi par le tribunal de l'examen des cas dans lesquels des collectivités territoriales non reconnues dans l'ordre international ont néanmoins été assimilées à des organes de l'Etat sont forts. Ils ne semblent toutefois pas déterminants.

En raisonnant de la sorte, le T.P.I.Y. n'a pas affirmé que des collectivités non reconnues dans l'ordre international pouvaient être assimilées à des organes de l'Etat. Il a au contraire considéré que seuls les entités dotées de ce statut en droit interne pouvaient être considérées comme tels[915] et a dès lors cherché à identifier les cas dans lesquels les agissements d'entités étrangères à l'appareil étatique pourraient néanmoins être rapportés à l'Etat parce qu'elles ont agi, en fait, pour son compte[916]. Cette jurisprudence est donc le plus souvent examinée au titre de l'article 8 du texte de la C.D.I., afin de déterminer quel est le degré de contrôle, global ou effectif, nécessaire pour attribuer le comportement d'une entité qui n'est pas un organe à l'Etat[917]. Plusieurs éléments permettent toutefois de

[912] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 124-145.
[913] *Ibid.*, § 137 et 141.
[914] *Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, § 145.
[915] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 112-114, où, interprétant l'arrêt *Nicaragua*, la chambre d'appel juge que la Cour a appliqué deux critères : 1. celui de la qualité d'agent (pour nous, d'organe), « correctement interprété comme visant à déterminer si un individu bénéficie ou non formellement de [cette] qualité », 2. celui du contrôle effectif.
[916] Soulignant la différence de perspective, v. les plaidoiries de L. Condorelli pour le compte de la Bosnie-Herzégovine en l'affaire du *Génocide* (CR/2006/10, 6 mars 2006, § 42, p. 29).
[917] C'est ainsi que la C.I.J. l'a appréhendée (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 402-407), suivant en cela l'approche de la C.D.I. (commentaire de l'article 8 du texte de codification

l'interpréter comme assimilant une entité à un organe de l'Etat dans l'ordre international sur la base d'éléments factuels. Le tribunal a, tout d'abord, raisonné pour l'essentiel par rapport à un ensemble de liens unissant de manière générale la R.F.Y. à la *V.R.S.* ou la Croatie au *H.V.O.* et non par rapport aux liens qui unissaient ces Etats aux comportements spécifiquement en cause[918]. Il en a, ensuite, déduit que l'ensemble des comportements des seconds pouvait être attribué aux premières. En effet, si un groupe se trouve « sous le contrôle global de l'État, celui-ci est forcément responsable de ses actes, *qu'il ait ou non imposé, demandé ou ordonné chacun d'eux* »[919]. La chambre d'appel a d'ailleurs admis, sans craindre la contradiction, que « ce type de contrôle exercé par un État sur un groupe militaire et le fait que l'État soit réputé responsable des actes commis par ce groupe même en l'absence d'instructions, voire en violation des instructions données, conduit dans une certaine mesure à assimiler le groupe à un véritable organe de l'État »[920]. La seule différence entre la situation visée et celle dans laquelle l'Etat est tenu responsable du comportement de ses organes *de jure* tient à la nature du lien – ici factuelle, là formelle – qui unit l'entité en cause à l'organisation étatique[921]. Dès lors, si le tribunal s'est clairement démarqué de la solution retenue par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Nicaragua*, il semble qu'il n'y ait pas seulement une différence de degré mais une différence de nature dans le raisonnement suivi par les deux juridictions. L'opposition entre la Cour et le Tribunal ne portait pas en réalité sur le degré de contrôle – effectif ou global – nécessaire pour affirmer qu'un individu ou un groupe agit ponctuellement pour le compte de l'Etat mais sur la possibilité qu'un groupe puisse être considéré, en fait, comme un organe de l'Etat, voire sur les conditions dans lesquelles cela peut se produire[922].

Ceci étant, le Tribunal ne s'est pas prononcé sur la responsabilité de la R.F.Y. ou de la Croatie pour les comportements de la *V.R.S.* et du *H.V.O*. Il a seulement recherché si les liens entre ces entités étaient tels que les conditions d'application de l'article 2 de son Statut étaient réunies. Les deux questions peuvent être distinguées, au point que la Cour

---

définitif, § 5, *op. cit.*, p. 50) ; J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 201-204, p. 44). Percevant également la jurisprudence du T.P.I.Y. en ce sens, v. C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 93-143, *passim* ; B. Stern, « The elements of an internationally wrongful act », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 193-220, sp. p. 206-209.

[918] Sur les éléments pris en compte, v. *infra*, section 2.

[919] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 122. Italiques dans l'original.

[920] *Ibid.*, § 121.

[921] *Ibid.*, § 123.

[922] Egalement en ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 163-171 ; O. Corten, « L'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire du *Crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)* : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un Etat pour génocide », *AFDI*, 2007, p. 249-279, sp. p. 267 ; M. Milanovic, « State responsibility for acts of non-State actors : a comment on Griebl and Plücken », *op. cit.*, p. 316.

internationale de Justice a jugé que le Tribunal « s'est (…) intéressé à une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction »[923]. Non seulement le Tribunal aurait pu s'abstenir de rechercher dans chaque cas d'espèce si les conflits au cours desquels les crimes en cause ont été commis pouvaient être qualifiés d'internationaux, soit en retenant une approche holiste des conflits qui se sont déroulés en Bosnie-Herzégovine[924], soit en s'affranchissant de la condition d'internationalité du conflit[925]. Mais il aurait également pu éviter de raisonner en termes d'imputation[926]. Toujours est-il que le Tribunal a estimé devoir établir si les comportements de la *V.R.S.* et du *H.V.O.* étaient imputables à la R.F.Y. et à la Croatie. Il a donc procédé à une opération de même nature que celle conduisant à établir la responsabilité de l'Etat[927]. Toutefois, si l'opération

[923] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 403.

[924] Certains considèrent ainsi que les éléments d'internationalité qui caractérisaient ces conflits suffisaient à emporter l'application des règles relatives aux conflits armés internationaux à l'ensemble des zones touchées (en ce sens, v. l'opinion séparée du juge Li, *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'expression préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, O.S. Li, § 14-20 ; v. aussi Th. Meron, « Classification of armed conflict in former Yugoslavia : Nicaragua's fallout », *AJIL*, 1998, vol. 92, p. 236-242, sp. p. 238 et 241).

[925] Cette piste peut elle-même se scinder en deux branches. La première consiste à lire l'article 2 du statut du Tribunal de manière autonome pour considérer que la référence aux Conventions de Genève n'impliquait pas l'application de l'ensemble des dispositions de ces Conventions mais visait seulement à identifier des infractions reconnues en droit international coutumier (en ce sens, *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance I, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, 10 août 1995, § 48-56, sp. § 51 ; le juge Rodrigues a poussé ce raisonnement dans l'affaire *Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Chambre de première instance I, 25 juin 1999, § 37-49). La seconde consiste à considérer que, bien que l'article 2 ne soit applicable qu'en situation de conflit armé international, les actes susceptibles d'être qualifiés d'infractions graves aux Conventions de Genève constituent également des violations graves de règles coutumières du droit international humanitaire pouvant engager une responsabilité pénale individuelle qu'ils aient été commis dans le cadre d'un conflit interne ou d'un conflit international (en ce sens, Th. Meron, « Classification of armed conflict in former Yugoslavia : Nicaragua's fallout », *op. cit.*, p. 238).

[926] Comme l'a reconnu le Tribunal, l'internationalisation d'un conflit d'apparence interne peut résulter non seulement de l'imputation des comportements de l'une des parties à ce conflit à un Etat mais aussi de l'intervention de celui-ci aux côtés de celle-là (*Tadic*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 84 ; *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 84 et 87 ; *Naletilic et al.*, IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement du 31 mars 2003, § 194-197). Certains ont estimé que le Tribunal aurait pu s'en tenir à une analyse en termes d'intervention extérieure, la question de savoir si un Etat a usé de la force contre un autre en intervenant aux côtés d'une des parties à un conflit interne, emportant alors la qualification de conflit armé international, pouvant être distinguée de celle de savoir si cet Etat a commis des violations du droit international humanitaire par l'intermédiaire de cette entité (en ce sens, v. l'opinion séparée du juge Shahabuddeen, *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 6-7 et 26 ; v. aussi Th. Meron, « Classification of armed conflict in former Yugoslavia : Nicaragua's fallout », *op. cit.*, p. 241). On peut certes objecter que si le Tribunal avait raisonné ainsi, les questions du degré d'internationalisation du conflit et de la qualification de personne protégée au sens de la IV[e] CG seraient demeurées entières (en ce sens, v. la position de l'appelant dans l'affaire *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, chambre d'appel, arrêt du 29 juillet 2004, § 167). Mais il n'est exclu ni qu'un conflit soit globalement internationalisé par une intervention extérieure (en ce sens M. Spinedi, « On the non-attribution of the Bosnian Serbs' conduct to Serbia », *JICJ*, 2007, n° 5, p. 829-838, sp. p. 835-837 ; sur ce point v. E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 4[e] édition, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 160) ni que la notion de personnes aux mains d'une Partie au conflit dont elles n'ont pas la nationalité vise dans ce type de conflits toute personne au pouvoir d'un adversaire (en ce sens Th. Meron, « Classification of armed conflict in former Yugoslavia : Nicaragua's fallout », *op. cit.*, p. 239 et 242).

[927] En ce sens, M. Spinedi, « On the non-attribution of the Bosnian Serbs' conduct to Serbia », *op. cit.*, p. 832-833.

est de même nature, il reste envisageable qu'elle soit résolue en des termes différents. Certains, au sein même du Tribunal, ont d'ailleurs souligné que les critères employés pouvaient fort bien ne pas être les mêmes dans les deux cas[928]. Ce n'est d'ailleurs que parce que, d'une part, le droit international humanitaire n'avait pas prévu de critère d'imputabilité qui lui soit propre et que, d'autre part, les logiques qui animent le droit des conflits armés et le droit de la responsabilité ont été considérées comme analogues que la Chambre d'appel s'est référée aux critères développés en droit de la responsabilité[929]. La position du Tribunal n'est donc pas radicalement opposée à celle de la Cour internationale de Justice lorsqu'elle affirme qu'« aucune nécessité logique ne conduit à adopter forcément le même critère pour résoudre les deux questions (…), qui sont d'une nature très différente : le degré et la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat, exigé pour que ledit conflit soit qualifié d'international, pourraient fort bien, sans contradiction logique, être différents de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause »[930]. Ainsi, l'imputation des agissements d'une entité à l'Etat aux fins d'établissement de sa responsabilité ou de détermination de l'internationalité d'un conflit armé sont deux opérations qui, si elles présentent des traits communs, poursuivent des objectifs distincts qui pourraient justifier des solutions différentes[931]. Il est ainsi possible de considérer que « comme Christophe Colomb qui croyait être arrivé en Inde alors qu'il avait découvert l'Amérique »[932], le Tribunal a cru dégager des critères d'imputation applicables en tout domaine alors qu'il ne faisait qu'en

[928] En ce sens, v. l'opinion dissidente du juge McDonald sur *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 7 mai 1997, § 27-28. Faisant pour la première fois référence aux critères d'imputation dégagés en droit de la responsabilité, la chambre de première instance les avait d'ailleurs écartés dans l'affaire *Rajic*. Elle avait alors jugé que, tandis qu'un contrôle opérationnel spécifique pouvait à juste titre être recherché s'agissant de déterminer la responsabilité de l'Etat pour violation du droit international humanitaire, un tel contrôle n'est pas crucial aux fins d'application de l'article 2 du Statut, le contrôle politique et militaire général suffisant pour établir la qualité d'agent à cette fin (*Rajic*, IT-95-12-R61, Chambre de première instance, jugement relatif à l'examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 13 septembre 1996, § 25).

[929] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 104-105. La chambre a certes considéré que, s'agissant de « définir les critères permettant d'imputer juridiquement à un Etat des actes commis par des individus n'ayant pas la qualité d'agents de cet Etat », « logiquement, les conditions doivent être les mêmes, que le tribunal ait pour tâche de déterminer i) si l'acte accompli par un particulier est imputable à un Etat, engageant ainsi la responsabilité internationale de ce dernier ou ii) si des individus agissent en qualité d'agents de fait d'un État, conférant ainsi au conflit le caractère international et satisfaisant ». Elle n'en a pas moins estimé devoir se référer aux critères prévus par les règles générales de la responsabilité des Etats que parce que « le droit international humanitaire ne prévoit pas de critères juridiques d'imputabilité qui lui soient propres ».

[930] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 405.

[931] Sur ce point, v. H. Ascensio, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007, p. 285-304, sp. p. 295-296, qui voit dans cette différenciation une « source de complexité inédite ».

[932] E. David, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 167.

identifier aux fins d'application de son Statut. Il n'en reste pas moins que le T.P.I.Y. a prétendu se prononcer sur les critères d'imputation applicables aussi bien à la détermination du caractère international d'un conflit armé qu'à l'identification d'un fait internationalement illicite[933].

b. La pratique de la Cour internationale de Justice

282. La Cour internationale de Justice a à son tour été amenée à connaître de la situation de la *Republika srpska* vis-à-vis de la République fédérative de Yougoslavie en l'affaire du *Génocide*. Ayant établi que certains actes commis, d'une part, par les membres de groupes paramilitaires dont les Scorpions et, d'autre part, par les membres de l'armée de la *Republika Srpska* lors du siège de Srebrenica pouvaient être qualifiés de génocidaires, la Cour chercha à déterminer s'ils étaient susceptibles d'être imputés à la R.F.Y. et, partant, à son continuateur, la Serbie. La Cour était ainsi confrontée aux comportements non seulement de groupes militaires ou paramilitaires mais encore à ceux d'une entité dont elle a estimé que même si elle « ne fut pas reconnue et n'a pas été reconnue sur le plan international en tant qu'Etat ; elle a toutefois joui d'une certaine indépendance de fait »[934]. Toutefois, tandis que les parties insistèrent sur cette situation particulière de la *Republika srpska*, l'une pour en déduire que ses comportements ne pouvaient être attribués à la R.F.Y. car elle constituait un Etat indépendant, l'autre pour affirmer au contraire qu'elle n'était qu'un entité fantoche susceptible d'être assimilée à une collectivité territoriale de la R.F.Y.[935], la Cour n'en tint guère compte. Elle prétendit en effet se prononcer dans le droit fil de sa jurisprudence *Nicaragua*, en dégageant très nettement deux règles d'imputation distinctes, selon que les personnes et entités qui avaient commis le crime en cause pouvaient être qualifiées d'organes de l'Etat ou non. Dans le premier cas, l'ensemble des comportements qu'elles ont accomplis en cette qualité serait attribuable à l'Etat, tandis que dans le second seuls les actes qu'elles ont commis sur ses instructions ou sous son contrôle

[933] Sur ce point, v. A. Cassese, « The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *EJIL*, 2007, n° 18, p. 649-668, sp. p. 651 et 662, qui considère que la C.I.J. aurait dû démontrer que les critères retenus non seulement étaient susceptibles d'être différents mais l'étaient effectivement ; M. Spinedi, « On the non-attribution of the Bosnian Serbs' conduct to Serbia », *op. cit.*, p. 832 s., qui estime que, même si une différence est théoriquement envisageable, les critères sont les mêmes dans les deux cas ; O. de Frouville, « « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 270, qui souligne que la question traitée par le Tribunal est nettement distincte de celle qui se pose en droit de la responsabilité mais n'en considère pas moins que son raisonnement constitue une approche utile lorsqu'on se penche sur le droit de la responsabilité.

[934] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 233.

[935] V. plaidoirie de L. Condorelli, CR 2006/10, 6 mars 2006, § 6 s. sp § 27.

pourraient lui être rapportés. La Cour considéra alors que la notion d'organe au sens de l'article 4 C.D.I. visait toutes les personnes et entités qui sont « les instruments mêmes » de l'action de l'Etat, incluant aussi bien les organes *de jure*, entendus comme ceux qui bénéficient de ce statut en droit interne, que les organes *de facto*, compris comme ceux qui sont à ce point contrôlés par l'Etat qu'ils agissent en fait sous sa « totale dépendance »[936]. Elle jugea toutefois que ni la *Republika sprska*, ni les groupes paramilitaires en cause ne s'étaient trouvés dans une telle situation vis-à-vis de la R.F.Y.

283. La Cour a ainsi affirmé sans aucune ambiguïté la possibilité qu'une entité soit considérée comme un organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité sur la base d'éléments factuels. Pour ce faire, elle a considéré pouvoir s'appuyer sur son arrêt *Nicaragua* et s'inscrire dans le cadre de l'article 4 du texte codifié par la C.D.I. mais n'a en revanche fait aucune référence à la pratique des autres juridictions internationales, analysant notamment la jurisprudence du T.P.I.Y. sous l'angle de l'action pour le compte de l'Etat. Si ces différents précédents avaient paru admettre la possibilité qu'existent des organes de fait, aucun ne l'avait toutefois affirmée aussi nettement que la Cour[937]. La clarification qu'elle a ainsi opérée n'a guère été contestée[938].

3. Les entités créées lors de la dissolution de l'URSS

284. Plusieurs entités non reconnues se sont créées au début des années 1990 au sein des Etats nés du démantèlement de l'URSS. L'extension du principe d'*uti possidetis juris* ayant mué les délimitations administratives internes à l'URSS en frontières, celles-ci ont été contestées par des minorités qui ne s'identifiaient pas aux Etats nouvellement indépendants, notamment dans le Caucase et en particulier en Géorgie (conflits concernant l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud), en Moldavie (Transnistrie) et en Azerbaïdjan (Haut-Karabagh). Des affrontements armés ont, à chaque fois, opposés le pouvoir central de ces Etats à des mouvements séparatistes représentant des minorités qui revendiquaient elles aussi leur indépendance. Ces conflits ont fait l'objet de cessez-le-feu toujours en vigueur bien que les processus de négociation n'aient pu aboutir. Il s'ensuit des situations où des collectivités territoriales ont, avec le soutien d'Etats tiers, échappé à l'autorité du

[936] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 391, 392 et 393.
[937] Soulignant ce point, v. L. Condorelli et C. Kress, « The rules of attribution : general considerations », *op. cit.*, p. 230.
[938] V. toutefois O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 269, qui déplore que la Cour ait mêlé deux cas d'attribution distinct, l'un basé sur un lien légal (*i. e.* l'organe), l'autre sur un lien factuel.

gouvernement central sans pour autant être reconnues comme des Etats indépendants. Plusieurs organes internationaux ont alors été confrontés à la possibilité d'attribuer les comportements de ces entités, qu'il s'agisse de la République moldave de Transnistrie d'un côté, de l'Abkhazie ou de l'Ossétie-du-Sud de l'autre, à la Russie[939].

a. La République moldave de Transnistrie

285. La situation de la République moldave de Transnistrie a été traitée par la Cour européenne des droits de l'homme de manière analogue à celle de la République turque de Chypre du Nord. Comme dans les affaires chypriotes, la Cour a ainsi engagé la responsabilité d'un Etat partie – ici la Russie, là la Turquie – pour le comportement d'une entité – ici la R.M.T., là la R.T.C.N. – qui administre une partie du territoire d'un Etat partie en échappant à son contrôle – ici la Moldavie, là la Turquie – sans pour autant être reconnue dans l'ordre international. Confirmant les glissements dans son raisonnement de l'établissement de la juridiction vers l'imputation, la Cour a alors estimé que la jurisprudence *Loizidou* signifiait que « dès lors qu'un Etat contractant exerce un contrôle global sur une zone située en dehors de son territoire national, sa responsabilité ne se limite pas aux seuls actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone, mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre »[940]. Appliquant ce principe, la Cour jugea alors que la R.M.T. « continue de se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie »[941]. Elle en conclut, non seulement que la Russie exerçait sa juridiction sur le territoire de la R.M.T, mais encore que sa responsabilité était engagée pour les comportements de cette entité[942].

286. Toutefois, plus encore que dans les affaires chypriotes, son raisonnement semble avoir été essentiellement causal. La Cour a en effet insisté sur le rôle joué par les organes russes dans la naissance de la situation à l'origine des violations alléguées. Alors même que ces événements échappaient à sa compétence *ratione temporis*, elle s'est longuement arrêtée sur le rôle joué par l'URSS, dont la Russie est la continuatrice, non seulement dans la création du régime séparatiste transnistrien mais encore dans

[939] La situation du Haut-Karabagh n'a pas encore été examinée par un organe international de règlement des différends, mais cela ne saurait tarder, plusieurs requêtes en ce sens ayant été adressées à la C.E.D.H. (*Tchiragov et autres c. Arménie*, req. n° 13216/05 et *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06)
[940] *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 316.
[941] *Ibid.*, § 392.
[942] *Ibid.*, § 394.

l'arrestation initiale des requérants et leur transfert aux autorités de la R.M.T., concluant que « l'ensemble des actes commis par les militaires russes à l'égard des requérants, y compris leur transfert aux mains du régime séparatiste, dans le contexte d'une collaboration des autorités russes avec ce régime illégal, sont de nature à engendrer une responsabilité quant aux conséquences pas trop lointaines des actes de ce régime »[943]. Ce n'est que dans un second temps qu'elle a constaté que la R.M.T. « continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie », pour conclure qu'il « existe un lien continu et ininterrompu de responsabilité de la part de la Fédération de Russie quant au sort des requérants » notamment car elle « n'a rien tenté pour mettre fin à la situation des requérants engendrée par ses agents, et n'a pas agi pour empêcher les violations prétendument commises après le 5 mai 1998 »[944]. La Cour semble donc avoir considéré que la responsabilité de la Russie n'était pas tant engagée pour le comportement des autorités de la R.M.T. que pour son propre comportement ayant consisté à ne rien faire pour remédier à une violation continue que ses propres organes avaient contribué à créer avant l'entrée en vigueur de la Convention[945]. Il n'est dès lors pas certain que la R.M.T. ait été assimilée en l'espèce à un organe de la Russie par la C.E.D.H. Mais il n'en reste pas moins qu'exposant les principes applicables, la Cour a affirmé sans ambiguïté que « dès lors qu'un Etat contractant exerce un contrôle global sur une zone située en dehors de son territoire national, sa responsabilité s'étend (…) aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre »[946].

b. L'Abkhazie et l'Ossétie-du-Sud

287. Le conflit armé qui a opposé la Géorgie à la Russie à l'été 2008 relativement à la situation de l'Abkhazie et de l'Ossétie-du-Sud a remis en lumière les difficultés posées par la situation de ces deux entités dans l'ordre international[947]. Pendante devant la Cour

[943] *Ibid.*, § 379-385.
[944] *Ibid.*, § 386-393.
[945] On remarquera à cet égard que la Cour a utilisé le même raisonnement dans un contexte différent, où ni l'imputabilité à l'Etat des comportements initiaux ni l'exercice par cet Etat de sa juridiction sur les requérants ne faisaient débat. Elle a ainsi considéré que la Roumanie était responsable des conditions de vie déplorables des requérants en remarquant que cet Etat n'avait rien fait pour remédier à la destruction de leur domicile perpétrée avec l'aide de ses organes avant l'entrée en vigueur de la Convention (*Moldovan et autres c. Roumanie*, req. n° 41138/98 et 64320/01, arrêt du 12 juillet 2005, § 103-109).
[946] *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 316.
[947] Sur ce conflit, v. S. Robert-Cuendet, « Aspects historiques et juridiques de la crise géorgienne d'août 2008 : des conflits interethniques à la guerre ouverte avec la Russie », *AFDI*, 2008, p. 173-196.

internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme, la question de la responsabilité de la Russie pour le comportement de ces entités a été abordée par la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie mise en place par le Conseil de l'Union européenne. Chargée d'établir les faits relatifs aux origines et au déroulement du conflit et les accusations portées dans ce contexte, y compris au regard du droit international, du droit humanitaire et des droits de l'homme[948], la Mission ne peut être assimilée à une juridiction non plus qu'elle a pu établir les faits de manière définitive. Elle a toutefois développé un raisonnement juridique abondamment motivé sur la situation de l'Ossétie-du-Sud et de l'Abkhazie vis-à-vis de la Russie[949]. D'abord pour déterminer leur statut au regard du droit international (i), ensuite pour en tirer les conséquences sur le droit applicable ainsi que sur l'imputabilité de leurs comportements (ii).

288. i. La Mission d'enquête commença par déterminer le statut de ces entités au regard du droit international. Elle estima alors que la combinaison de critères objectifs – exercice par l'entité d'une autorité effective et indépendante sur un territoire et une population déterminés – et d'appréciations subjectives – reconnaissances conditionnées par l'appréciation subjective des critères objectifs susmentionnés, mais aussi par la légitimité aussi bien des fins poursuivies que des moyens employés par l'entité en cause – conduisait à distinguer trois types d'entités : 1. les Etats, qui remplissent les critères objectifs et sont largement reconnus ; 2. les entités quasi-étatiques, qui remplissent les critères objectifs mais sont peu reconnues ; 3. les entités à court (ou en manque) d'étaticité, qui ne remplissent que certains des critères objectifs ou qui ne les remplissent que partiellement, quand bien même elles seraient parfois reconnues en tant qu'Etats[950]. Appliquant cette grille de lecture, elle considéra que, quand bien même l'Ossétie-du-Sud et l'Abkhazie étaient dotées d'une organisation politique exerçant une autorité effective sur un territoire et une population déterminés, aucune de ces entités ne pouvait être qualifiée d'Etat. La première parce qu'elle demeurait sous le contrôle de la Russie. Ce manque d'indépendance conduisit la Mission à considérer que l'Ossétie-du-Sud ne réunissait pas l'ensemble des critères objectifs nécessaires à l'accession à la qualité d'Etat, de sorte qu'elle la qualifia d'entité à court d'étaticité[951]. La seconde parce que, bien qu'elle remplisse les critères

[948] Décision du Conseil de l'UE, 2008/901/CFSP, 2 décembre 2008.
[949] En ce sens O. Corten, « Le rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie : quel apport au *jus contra bellum* ? », *RGDIP*, 2010, p. 35-61, sp. p. 36.
[950] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, vol. 2, ch. 3, p. 127-129 (accessible sur le site de la Mission http://www.ceiig.ch).
[951] *Ibid.*, p. 133-134 : « *Russia's influence on and control of the decision-making process in South Ossetia concerned a wide range of matters with regard to the internal and external relations of the entity. The influence was systematic, and exercised on a permanent basis. Therefore the* de facto *Government of South Ossetia was not 'effective on its own* ».

objectifs nécessaires à l'accession à la qualité d'Etat, notamment car l'influence de la Russie sur son fonctionnement quotidien était moins forte et car elle aspirait plus nettement à l'indépendance, cette aspiration n'était pas soutenue par le droit international et les moyens qu'elle employait pour y parvenir était condamnés. La Mission constata alors que, l'Abkhazie n'avait pas été et ne devait pas être reconnue comme un Etat, de sorte qu'elle pouvait être qualifiée d'entité quasi-étatique[952].

289. ii. L'absence de caractère étatique de ces entités rendait délicate aussi bien la détermination du droit applicable que l'imputation de leurs comportements. Dans les deux cas, la Mission a oscillé entre la détermination de la situation juridique de ces entités elles-mêmes et celle résultant de l'influence que la Russie exerçait sur elles.

Elle l'a d'abord fait s'agissant de déterminer le droit applicable. La Mission a ainsi identifié, dans un premier temps, le droit opposable à l'Ossétie-du-Sud et à l'Abkhazie en tant que telles. Bien qu'elle ne les ait pas considérées comme des Etats, elle a estimé que ces entités étaient liées par une partie du droit international humanitaire[953] mais aussi, et de manière plus surprenante, par une partie du droit international des droits de l'homme[954] ainsi que par le *jus ad bellum*[955]. Mais la Mission n'en est pas restée là. Elle s'est, dans un second temps, interrogée sur les incidences que l'influence de la Russie sur ces deux entités pouvait avoir sur le droit applicable. D'abord pour rechercher, en se référant à la jurisprudence du T.P.I.Y., si cette influence pouvait s'analyser en un contrôle global sur un groupe organisé qui aurait eu pour effet d'internationaliser les conflits qui ont opposé l'Abkhazie et l'Ossétie-du-Sud à la Géorgie. Elle ne conclut toutefois pas sur ce point[956]. Ensuite pour déterminer, en se référant en particulier à la jurisprudence de la C.E.D.H, si cette influence n'avait pas eu pour effet de rendre les conventions relatives aux droits de l'homme auxquelles la Russie est partie applicables aux territoires sud-ossètes et abkhazes parce que la première aurait exercé, directement ou par l'intermédiaire des administrations

[952] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, *op. cit.*, p. 133-134.
[953] *Ibid.*, p. 300-301.
[954] *Ibid.*, p. 313.
[955] *Ibid.*, p. 239-242. Sur ce point, v. O. Corten, « Le rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie : quel apport au *jus contra bellum* ? », *op. cit.*, p. 55 s.
[956] *Ibid.*, p. 301-304. Tout en considérant que les forces armées de ces entités constituaient des groupes organisés au sens de la jurisprudence du T.P.I.Y., la Mission ne conclut pas sur le point de savoir si la Russie exerçait un contrôle global sur ces groupes. Elle parut en effet considérer que la protection offerte aux personnes affectées par le conflit par le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux est analogue à celle applicable aux conflits armés internationaux. Il semble toutefois qu'elle ait estimé que l'influence exercée par la Russie respectivement sur l'Ossétie-du-Sud et l'Abkhazie était suffisante pour internationaliser le conflit qui a opposé la première à la Géorgie, mais insuffisante pour produire cet effet sur celui qui a mis au prise la seconde à cet Etat.

locales subordonnées, sa juridiction sur les seconds. Toutefois, là non plus, la Mission ne conclut pas de manière définitive[957].

Mais le raisonnement de la Mission ne s'arrêta pas là. La Géorgie ayant mené des attaques armées contre des soldats russes stationnés sur le territoire sud-ossète, elle rechercha si la Russie avait au préalable agressé la Géorgie de sorte que ces attaques auraient pu être justifiées au titre de la légitime défense. Estimant que les comportements des troupes russes n'équivalaient pas à une agression, elle rechercha encore si les attaques menées par les troupes sud-ossètes pouvaient être attribuées à la Russie. Après avoir fait référence à la définition de l'agression indirecte figurant à l'article 3 g) de la résolution 3314 de l'AGNU[958], la Mission considéra qu'une attaque armée pouvait être imputée à l'Etat aux fins d'application du *jus ad bellum* si elle pouvait lui être imputée aux fins de la responsabilité. Elle estima alors que les comportements de l'Ossétie-du-Sud pouvaient être rapportés à la Russie dans deux hypothèses : « *First, the other actors might have been de facto organs of Russia in the sense of Art. 4 ILC Articles. (…) Second, South Ossetian or other acts are attributable to Russia if they have been 'in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that state' (Art. 8 ILC Articles)* »[959]. Même si elle parut considérer que tel n'était pas le cas en l'espèce, la Mission d'enquête confirma ainsi qu'une entité pouvait être assimilée à un organe de l'Etat en raison des liens factuels qu'elle entretient avec son appareil. Ce n'est qu'à défaut qu'il faudrait rechercher si elle a agi dans un cas particulier sur les instructions, les directives ou le contrôle de cet Etat. La Mission s'est certes prononcée aux fins d'identification d'une attaque armée au sens du *jus ad bellum*. Or, il se peut que les critères retenus diffèrent de ceux applicables en droit international de la responsabilité[960]. Pour autant, et alors même qu'elle s'est attachée à distinguer l'imputation aux fins d'identification d'un conflit armé international de l'imputation aux fins d'identification de l'exercice par un Etat de sa juridiction, la Mission d'enquête a nettement considéré que les critères étaient les mêmes qu'il s'agisse de déterminer si une attaque armée est imputable à l'Etat aux fins d'engager sa responsabilité ou aux fins d'agir en légitime défense contre lui.

---

[957] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, *op. cit.*, p. 314-316. Considérant que « *reaching a definite conclusion on this question would be a delicate matter* », la Mission se contente d'indiquer que la Russie a tenté de justifier sa position quant aux violations des droits de l'homme qui lui étaient reprochées, reconnaissant ainsi l'applicabilité de ces droits.

[958] « L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armées contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action » réunit les conditions d'un acte d'agression. Sur ce point, v. *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2.

[959] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, vol. 2, ch. 3, p. 260.

[960] En ce sens, O. Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, p. 678-685.

290. La pratique confirme ainsi que certaines entités non reconnues dans l'ordre international peuvent être assimilées à des organes en raison des liens factuels qu'elles entretiennent avec l'appareil étatique[961]. Cette pratique s'est toutefois développée dans des contextes différents. La plupart des décisions ici prises en compte a considéré que les entités en cause étaient susceptibles d'être assimilées à des organes de l'Etat au sens du droit de la responsabilité internationale. Elles suffisent à établir que cela est envisageable. D'autres l'ont toutefois fait à d'autres fins, qu'il se soit agi de qualifier un conflit armé d'international, une attaque d'agression au sens du *jus ad bellum* ou de déterminer si un Etat exerçait sa juridiction sur une zone située hors de son territoire national. Certaines d'entre elles se sont alors explicitement référées au droit international de la responsabilité. Il semble donc que l'assimilation d'entités *de facto* à des organes de l'Etat soit envisageable dans toutes les branches du droit international. Il n'est toutefois pas certain qu'elle doive se faire à chaque fois en appliquant les mêmes critères ou en les appréciant de manière identique.

Section 2. L'identification des entités *de facto* assimilables à des organes de l'Etat en période de stabilité

291. Les travaux de la Commission du droit international comme la pratique montrent qu'il est envisageable qu'un individu ou un groupe dépourvu de tout lien formel avec l'Etat soit néanmoins assimilé à l'un de ses organes car il s'intègre en fait à son appareil. Reste à déterminer dans quels cas cela est envisageable. R. Ago avait effleuré la difficulté en considérant qu'une « entité que l'on voudrait présenter comme un Etat ou un

[961] On ajoutera à cette pratique le rapport du groupe de travail de la Commission des droits de l'homme sur la détention arbitraire concernant la prison d'Al-Khiam administrée par l'Armée du Liban Sud. Le groupe s'est demandé si les détentions arbitraires qui y étaient pratiquées devaient être attribuées au Liban, à Israël ou à l'Armée du Liban Sud (A.L.S.). Considérant que la dernière n'était pas un interlocuteur valable car elle n'exerçait pas de prérogatives étatiques de manière autonome et que le premier avait perdu le contrôle sur cette zone, le groupe considéra qu'Israël devait être tenu responsable de ces détentions. Cherchant d'abord à établir le critère pertinent, il mêla les questions d'occupation et d'imputation, avant de conclure que le critère pertinent était celui du contrôle global, l'arrêt *Tadic* constituant la dernière étape d'une « évolution amorcée depuis 1907 » et tendant à « assoupli[r] le critère qui exigeait qu'aient été données des instructions spécifiques ». Appliquant ce critère à l'espèce, le groupe estima que, bien que les forces d'Israël n'exercent pas directement de contrôle effectif sur la zone, l'A.L.S. agissait pour son compte, d'une part car elle bénéficiait de son aide financière et logistique, d'autre part car les deux entités coopéraient et coordonnaient leurs actions (Groupe de travail sur la détention arbitraire, rapport du 28 décembre 1999, doc. E/CN.4/200/4, § 11-18). Là non plus, le groupe de travail n'a pas recherché l'implication d'Israël dans les détentions spécifiquement en cause. Il s'est appuyé sur les liens généraux qui unissaient cet Etat à l'A.L.S. pour attribuer l'ensemble des comportements de la seconde au premier, l'assimilant ainsi à un organe.

gouvernement à part » doit être considérée comme un organe lorsqu'elle « est en fait (…) *entièrement soumise* dans son action à l'Etat l'ayant créée »[962]. Mais la Commission du droit international n'ayant pas consacré de disposition spécifique à la situation des organes *de facto*, elle n'a pas été plus loin dans l'identification de telles entités. Il faut alors s'en remettre à la pratique internationale pour tenter de mettre en lumière les éléments pertinents. Celle-ci apparaît toutefois divisée. Tandis que la Cour internationale de Justice s'appuie explicitement et uniquement sur le critère de la totale dépendance (§ 1), d'autres organes semblent pencher pour la technique du faisceau d'indices (§ 2).

§ 1. Le critère de la totale dépendance

292. N'opérant aucune distinction entre les différentes entités ou groupes susceptibles d'être assimilés à des organes de l'Etat, la Cour internationale de Justice n'a retenu comme unique critère d'identification que la « totale dépendance ». Affirmé avec force et interprété strictement en l'affaire du *Génocide* (A), ce critère est pourtant contesté (B).

A. Un critère strict

293. En même temps qu'elle a affirmé de manière explicite la possibilité de considérer une entité comme un organe de l'Etat sur la base des seuls liens factuels qu'elle entretient avec son appareil, la Cour a strictement contenu cette possibilité. Elle a en effet considéré que cela n'était envisageable que si l'entité se trouve sous la « totale dépendance » de l'Etat (1), critère qu'elle a appliqué de manière restrictive (2).

1. Affirmation du critère

294. Après avoir admis que des entités puissent être considérées comme des organes de fait lorsque les Etats agissent « par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction », la Cour a précisé que cette assimilation « ne [pouvait] que rester exceptionnelle » et qu'elle supposait donc « que soit établi un

[962] « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 53, n. 105.

degré particulièrement élevé de contrôle de l'Etat sur les personnes ou entités en cause, que l'arrêt [rendu par la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*] a caractérisé précisément comme une 'totale dépendance' »[963]. Le même critère a par la suite été repris par la Mission d'enquête sur le conflit en Géorgie afin de déterminer si la Russie pouvait être considérée comme ayant entrepris une agression armée contre la Géorgie par l'intermédiaire de l'Ossétie-du-Sud. Là encore, la Mission a estimé que l'Ossétie-du-Sud ou les volontaires qui combattaient sur son territoire ne pourraient être considérés comme des organes *de facto* que s'ils agissaient « '*in complete dependence' of Russia of which they were ultimately merely the instrument* »[964]. Le critère ainsi formulé n'est toutefois guère précis. Il l'est si peu que la Cour comme les avocats de la Bosnie-Herzégovine avaient pu s'accorder sur le fait qu'il avait déjà été utilisé dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et qu'il était le critère pertinent, tout en se séparant nettement sur les conclusions à en tirer en l'espèce[965]. Ce n'est en effet pas tant dans l'affirmation du critère que dans son application que la Cour s'est montrée particulièrement restrictive en l'affaire du *Génocide*.

2. Application du critère

295. Affirmer qu'une entité ne peut être assimilée à un organe de l'Etat au sens du droit international que si elle se trouve sous sa « totale dépendance » ne signifie pas grand-chose en soi. Un détour par la langue véhiculaire suffit à s'en convaincre. La dépendance, qu'elle soit totale ou non, peut en effet être perçue aussi bien comme une relation de subordination que comme une relation de solidarité[966]. Selon le sens que l'on en retient, la « totale dépendance » conduirait donc à assimiler à des organes de l'Etat les entités qui lui sont totalement subordonnées ou celles qui ne survivent que grâce à lui. Il existe certes des liens entre ces relations. La relation de subordination peut ainsi découler de la relation de solidarité (parce qu'une entité ne survit que grâce à l'Etat, elle se trouve de fait sous son autorité). Mais il n'en reste pas moins que l'identification des entités *de facto* assimilables à des organes de l'Etat varie selon que l'on insiste sur l'une ou l'autre. Or, la Cour internationale de Justice a assimilé la « totale dépendance » à une « totale subordination ».

---

[963] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 392-393.
[964] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, vol. 2, ch. 3, p. 260.
[965] V. les plaidoiries de L. Condorelli, CR/2006/9, 6 mars 2006, § 12, p. 55 ; CR/2006/10, 6 mars 2006, § 25-45, p. 20-31, concluant qu'« au vu de leur situation de 'totale dépendance' de la R.F.Y., il est assurément fondé d'assimiler tant la *R.S.* que la *V.R.S.* à des organes du gouvernement de la R.F.Y. ».
[966] *Trésor de la langue française*, accessible depuis http://atilf.atilf.fr.

Appliquant le critère qu'elle venait tout juste de dégager, elle considéra ainsi que ni la *Republika srpska* ni son armée, la *V.R.S.*, ne pouvaient être considérées comme « de simples instruments d'action de la R.F.Y., dépourvus de réelle autonomie »[967]. En effet, tout en remarquant que « les liens politiques, militaires et logistiques » entre l'armée yougoslave et celle des Serbes de Bosnie avaient été et demeuraient forts et que la *Republika srpska* n'aurait pu mener ses activités militaires les plus cruciales et les plus significatives sans le très important appui que lui accordait la R.F.Y., la Cour estima que la première conservait « une relative, mais réelle, marge d'autonomie »[968]. Pour s'en convaincre, la Cour fit état de l'existence de divergences quant aux choix stratégiques entre les dirigeants de la R.F.Y. et ceux de la *Republika srpska*[969]. On comprend alors qu'en l'absence de lien formel, la Cour exige la soumission totale d'une entité à l'Etat pour la considérer comme l'un de ses organes. Le seul fait qu'elle dispose d'une relative marge d'autonomie, qu'elle ait en certaines occasions exprimée une volonté propre, suffit ainsi à exclure la *Republika srpska* de la qualification d'organe *de facto* à l'époque pertinente. En insistant sur le fait qu'elle examine la situation de la *R.S.* et de la *V.R.S.* en juillet 1995, période au cours de laquelle fut commis le génocide de Srebrenica, la Cour ménage la position du T.P.I.Y. Elle n'exclut ainsi pas qu'à d'autres périodes, et notamment dans les mois qui suivirent la création de ces entités au début de l'année 1992 – période pertinente pour les analyses du Tribunal en l'affaire *Tadic* – ces entités se soient trouvées dans la totale dépendance de la R.F.Y.[970]. Il n'en reste pas moins que l'interprétation de la « totale dépendance » qu'elle retient la conduit à retenir un critère bien plus restrictif que celui du contrôle global adopté par le Tribunal.

296. Ce critère n'a pas été interprété moins restrictivement par la Mission d'enquête sur le conflit en Géorgie lorsqu'elle en fit usage afin de déterminer si les attaques menées contre la Géorgie par les troupes sud-ossètes ainsi que par les volontaires présents sur le territoire de l'Ossétie-du-Sud étaient attribuables à la Russie aux fins d'application du *jus ad bellum*. Il semble en effet que, sans s'expliquer clairement sur les raisons de sa position, la Mission ait considéré qu'aucune de ces entités ne pouvait être assimilée à un organe russe[971]. Elle avait pourtant conclu précédemment que l'Ossétie-du-Sud ne pouvait être qualifiée d'Etat car la Russie exerçait un important contrôle sur ses institutions, relevant

---

[967] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 394.
[968] *Ibid.*
[969] *Ibid.*
[970] Soulignant ce point, M. Milanovic, « State responsibility for acts of non-State actors : a comment on Griebl and Plücken », *op. cit.*, p. 317-318.
[971] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, vol. 2, ch. 3, p. 258-262. La Mission se contente d'indiquer que les organes russes présents au sein de l'administration sud-ossète étaient formellement subordonnés au président *de facto* de cette entité (p. 261).

alors que « *Russia's influence on and control of the decision-making process in South Ossetia concerned a wide range of matters with regard to the internal and external relations of the entity. The influence was systematic, and exercised on a permanent basis* »[972]. Ce constat l'avait d'ailleurs conduite à envisager, sans conclure définitivement sur ces points, d'une part que le conflit opposant les forces sud-ossètes aux forces géorgiennes puisse être qualifié d'international[973], d'autre part que la Russie puisse être considérée comme exerçant sa juridiction sur le territoire sud-ossète, directement ou par l'intermédiaire de l'administration locale[974]. La Mission d'enquête a ainsi estimé que le critère permettant d'assimiler une entité à un organe devait être interprété de manière rigoureuse lorsqu'il s'agit d'imputer à l'Etat une attaque armée aux fins d'application du *jus ad bellum*, comme lorsqu'il s'agit de lui rapporter un comportement aux fins de la responsabilité. Elle a en revanche envisagé de l'appliquer de manière plus souple aux fins de déterminer l'applicabilité du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme.

297. « Extrêmement strict »[975], voire « absurde »[976], ce critère de la « totale dépendance », interprétée comme une totale subordination, ne pourra que très rarement être satisfait, dès lors que la seule existence d'une divergence de vues ponctuelle semble suffire à l'écarter. Ainsi interprété, ce critère rend l'élargissement de la notion d'organe que la Cour a admis quasiment inopérant. Il n'est toutefois pas certain qu'il soit le seul applicable.

B. Un critère discuté

298. Bien que la Cour internationale de Justice ait jugé que seul le critère de la « totale dépendance », entendue comme une « totale subordination », reflétait la pratique suivie s'agissant d'identifier les organes de fait de l'Etat au sens du droit de la responsabilité, il n'est pas certain que tel fut le cas. En effet, la Cour elle-même ne s'y était pas référée exclusivement auparavant (1), tandis que d'autres juridictions ont adopté des critères nettement plus diffus (2).

[972] Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, *op. cit.*, p. 132-133.
[973] *Ibid.*, p. 301-304.
[974] *Ibid.*, p. 312-316.
[975] O. Corten, « Le rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie : quel apport au *jus contra bellum* ? », *RGDIP*, 2010, n° 1, p. 35-61, sp. p. 48.
[976] H. Ascensio, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 285-304, sp. p. 290.

1. La pratique antérieure de la Cour internationale de Justice

299. La Cour a considéré en l'affaire du *Génocide* qu'elle devait appliquer le critère de la « totale dépendance » forgé en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. Il n'est pourtant pas évident que ce critère ait été mis en œuvre dans cette affaire[977]. En effet, même si l'on estime que la Cour a alors admis qu'une entité puisse être assimilée à un organe étatique sur la base d'un lien factuel, les critères permettant d'identifier les cas dans lesquels cela est envisageable étaient rien moins que clairs. Aux éléments indiquant qu'elle s'est appuyée pour l'essentiel sur la subordination de la *contra* aux Etats-Unis[978] répondaient des incises montrant qu'elle avait tenu compte d'un ensemble d'indices. La Cour s'est ainsi demandée si « les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement »[979]. Pour vérifier si tel était le cas, la Cour examina un ensemble d'éléments. Elle remarqua d'abord, au stade de l'établissement des faits, que, si les Etats-Unis avaient tiré partie de l'existence des *contras* en contribuant par leur aide à les développer et à les organiser, ils ne les avaient pas créés[980]. Elle s'attarda ensuite sur les diverses formes d'assistance que les Etats-Unis leur apportaient pour remarquer que, si elles « ont été essentielles pour permettre à ceux-ci de poursuivre leur activité, [elles] ne suffisent pas à démontrer leur totale dépendance », si ce n'est dans les premières années de cette assistance. Les *contras* avaient en effet pu poursuivre leurs activités malgré l'affaiblissement de l'aide américaine[981]. Elle releva enfin que « la question de savoir si, à un moment quelconque, le gouvernement des Etats-Unis a mis au point la stratégie et dirigé les tactiques des *contras* est fonction de la mesure dans laquelle les Etats-Unis ont usé des possibilités de contrôle qu'implique cette dépendance »[982]. Or, elle ne put établir que tel avait été le cas[983].

---

[977] H. Ascensio, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *op. cit.*, p. 290.
[978] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 109, la Cour soulignant qu'« il n'est pas clairement établi que [les Etats-Unis] exercent en fait sur les *contras* dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on puisse considérer les *contras* comme agissant en leur nom ».
[979] *Ibid*.
[980] *Ibid.*, § 94 et 108.
[981] *Ibid.*, § 110.
[982] *Ibid.*
[983] *Ibid.*

Inséré dans un raisonnement global, la « totale dépendance » ne renvoyait alors pas à une relation de subordination mais plutôt à une relation de solidarité. Elle n'apparaissait pas plus nécessaire que suffisante pour qualifier les *contras* d'organes des Etats-Unis. Elle n'était pas nécessaire, car la Cour ne se contenta pas de constater que les *contras* ne se trouvaient pas sous la « totale dépendance » des Etats-Unis. Elle vérifia encore si le degré de dépendance qu'elle avait constaté avait permis aux Etats-Unis d'exercer un contrôle sur les *contras*. Elle n'était pas suffisante, car quand bien même les *contras* se seraient trouvés sous la « totale dépendance » des Etats-Unis, comme il semble que ce fut le cas dans les premières années de leur existence[984], il aurait encore fallu démontrer que ceux-ci avaient usé du potentiel de contrôle qu'elle impliquait[985]. La dépendance, même totale, ne semble donc avoir constitué en l'affaire *Nicaragua* qu'un indice, à côté de l'origine de cette entité et de sa subordination aux organes des Etats-Unis, dans l'enquête visant à déterminer si la *contra* pouvait être assimilée à un organe des Etats-Unis. La position de la Cour demeurait toutefois obscure. Mais l'idée selon laquelle plusieurs éléments doivent être pris en compte pour déterminer si une entité peut être assimilée à un organe de l'Etat fut encore confirmée par l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo*. En effet, si la Cour a alors jugé que le M.L.C. ne pouvait être considéré comme un organe de l'Ouganda aux fins de la responsabilité, c'est après avoir relevé que, si cet Etat avait dispensé un entraînement et accordé un soutien à ce groupe, il n'avait en revanche pu être établi ni qu'il l'avait créé ni qu'il contrôlait ou pouvait contrôler la manière dont l'aide qu'il lui accordait était utilisée[986]. La C.I.J. semblait alors confirmer que, pour déterminer le caractère étatique d'une entité de fait, il fallait tenir compte non seulement de sa dépendance vis-à-vis de l'Etat mais encore de son origine et du contrôle que les organes de l'Etat exercent sur elle.

300. Ainsi, s'il ne fait désormais guère de doute que la Cour retient le critère de la totale dépendance pour déterminer si une entité peut être considérée comme un organe de fait, il n'en fait pas davantage qu'il s'agit là d'une innovation issue de l'arrêt rendu en l'affaire du *Génocide*. Cette innovation est d'autant plus remarquable qu'elle s'écarte des solutions retenues par d'autres juridictions.

---

[984] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 110. Après avoir indiqué que les éléments dont elle dispose « indiqueraient que dans les premières années de l'assistance des Etats-Unis une telle [totale] dépendance existait » (§ 109), la Cour souligne encore que « la force *contra* a, au moins à une certaine période, été tributaire des Etats-Unis au point de ne pouvoir mener ses activités militaires et paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives sans l'appui multiforme de ces derniers. Cette conclusion est fondamentale en l'espèce » (§ 111).

[985] *Ibid.*, § 110.

[986] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.

2. La pratique des autres organes internationaux de règlement des différends

301. Les autres organes étudiés, qui s'étaient prononcés avant l'arrêt rendu par la C.I.J. en l'affaire du *Génocide*, s'étaient alors montrés plus souples dans l'appréciation des cas dans lesquels une entité peut être considérée comme un organe de fait. Ils l'avaient fait aussi bien pour engager la responsabilité de l'Etat que dans d'autres contextes.

302. *La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme*. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est peu lisible s'agissant d'établir les circonstances dans lesquelles elle considère qu'une entité peut être assimilée à un organe de fait de l'Etat aux fins de la responsabilité. La Cour s'est en effet montrée peu prolixe sur les éléments lui ayant permis d'assimiler la R.T.C.N. à un organe de la Turquie. On l'a vu, elle est parvenue à cette conclusion au terme d'un raisonnement à éclipses, s'appuyant sur les conclusions auxquelles elle était parvenue s'agissant de déterminer, au stade de la recevabilité, si la Turquie exerçait sa juridiction sur la partie nord de Chypre pour assimiler la R.T.C.N. à un organe de la Turquie aux fins de la responsabilité. C'est ainsi parce que « le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île », que la responsabilité de la Turquie est, « d'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause », engagée à raison de la politique et des actions de la R.T.C.N.[987]. La Cour a ainsi déduit du contrôle exercé par un Etat sur un *territoire* sa responsabilité pour les comportements de l'*entité* qui l'administre[988]. Elle ne s'est pas attardée alors sur les liens qui existaient entre la Turquie et la R.T.C.N., même si elle a précisé au fil de son raisonnement qu'elle accordait une grande importance, d'une part au fait que la seconde ait été créée par la première[989], d'autre part au fait qu'elle demeure une administration locale subordonnée[990]. La Cour s'est certes montrée plus prolixe à l'heure d'examiner les liens entre la Russie et la République moldave de Transnistrie en l'affaire *Ilaşcu*. Estimant qu'un Etat devait être tenu responsable des « actes d'[une] administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre »[991], la Cour jugea que « la 'R.M.T.',

[987] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 56 ; *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 77.
[988] En ce sens, M. Milanovic, « From compromise to principle : clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties », *op. cit.*, p. 441 s. ; S. Talmon, « The responsibility of outside powers for acts of secessionist entities », *op. cit.*, p. 511.
[989] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 54.
[990] *Ibid.*, § 52.
[991] *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 316.

établie en 1991-1992 avec le soutien de la Fédération de Russie et dotée d'organes de pouvoir et d'une administration propres, continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie »[992]. La Cour parut alors abandonner le critère de la dépendance/subordination au profit d'un critère de dépendance/solidarité. Même s'il n'est pas certain que la Cour ait véritablement assimilé dans ce dernier cas la R.M.T. à un organe de la Russie et même si son raisonnement est parfois confus, il n'en reste pas moins qu'il ressort de l'ensemble de sa jurisprudence qu'une entité peut être considérée comme un organe de fait de l'Etat au sens du droit de la responsabilité alors même qu'elle ne se trouverait pas sous sa totale subordination au sens retenu par la C.I.J. La pratique de son homologue interaméricaine est également en ce sens. En effet, lorsque les organes interaméricains de protection des droits de l'homme ont assimilé à des organes des groupes paramilitaires, ce n'est pas parce que ces groupes se trouvaient sous la « totale dépendance » de l'Etat. En effet, les organes interaméricains ont plutôt tenu compte d'un ensemble d'éléments – institutionnels, relationnels et fonctionnels – pour assimiler les groupes en cause à des organes de l'Etat[993].

303. *La pratique du T.P.I.Y.* Pas plus que les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ne s'est appuyé exclusivement sur la subordination d'une entité à l'Etat pour l'assimiler à un organe. Il a certes considéré qu'un groupe organisé pouvait être assimilé à un organe de l'Etat lorsqu'il se trouve sous son contrôle global, semblant bien raisonner en termes de subordination. Mais il a estimé que ce critère impliquait de privilégier une approche holiste tenant compte de « tous éléments du contrôle pris dans leur ensemble »[994]. Ainsi, même si la Chambre d'appel a précisé les deux types d'indices qui devaient principalement être pris en compte en considérant qu'un tel contrôle pouvait être établi dès lors qu'un Etat « joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe militaire, *en plus de* le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel »[995], il semble que les différentes chambres du Tribunal se soient appuyées sur un ensemble

[992] *Ibid.*, § 392.
[993] *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 75-78.
[994] *Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, § 145.
[995] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 137. Nous soulignons.

d'indices, pouvant varier en fonction des circonstances, pour prouver l'existence d'un contrôle global[996].

304. Il semble finalement que, comme pour ce qui est d'identifier un démembrement fonctionnel de l'Etat, le juge puisse se référer à un faisceau d'indices pour qualifier une entité d'organe de fait.

§ 2. La technique du faisceau d'indices

305. Hormis la C.I.J., les juridictions étudiées ne réservent pas la qualification d'organe de fait aux entités totalement subordonnées à l'Etat. Les éléments qui les conduisent à retenir une telle qualification ne sont certes pas toujours clairs. Leur raisonnement tend toutefois à se rapprocher de celui qu'ils suivent s'agissant d'identifier les démembrements fonctionnels de l'Etat. Les juges procèdent en effet à cet examen sur la base d'indices structurels (A) et fonctionnels (B), qu'ils combinent en tenant compte tant du contexte général de l'affaire qui leur est soumise que du but de la qualification qui leur est demandée[997].

A. Les indices structurels

306. Comme pour ce qui est d'identifier les démembrements fonctionnels de l'Etat, plusieurs indices structurels peuvent être pris en compte afin d'identifier ses organes *de facto*. Ceux-ci tiennent à l'origine de l'entité d'une part (1), aux liens qu'elle entretient avec la structure étatique de l'autre (2).

[996] En ce sens *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, § 101.
[997] Egalement en ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 202-206.

1. L'origine de l'entité

307. L'origine de l'entité joue un rôle central dans la détermination de son caractère étatique. Il s'agit d'un indice que l'on peut qualifier de structurel en ce qu'il a trait à l'implication de l'Etat dans la création de l'entité elle-même. Toutefois, si cette origine est importante, c'est essentiellement en ce qu'elle renseigne sur l'objectif poursuivi par l'entité créée. Hormis l'arrêt rendu par la C.I.J. en l'affaire du *Génocide,* toutes les décisions qui ont admis qu'une entité puisse être assimilée à un organe de l'Etat sur la base d'éléments factuels en ont tenu compte. La Cour elle-même avait refusé d'assimiler la *contra* à un organe des Etats-Unis ou le M.L.C. à un organe de l'Ouganda car elle n'avait pu établir que ces groupes paramilitaires avaient été créés par ces Etats[998]. Cherchant à déterminer si les comportements de la *V.R.S.* pouvaient être rapportés à la R.F.Y., la chambre de première instance du T.P.I.Y. avait d'ailleurs insisté sur le fait que cette force avait été créée à partir de l'armée de cet Etat en soulignant qu'« à la différence de l'affaire *Nicaragua,* dans laquelle la Cour s'est demandée si les forces *contras* avaient fini par se trouver dans un état de dépendance et de contrôle suffisant vis-à-vis des États-Unis pour que les actes des uns soient imputés aux autres, la question (…) est de savoir si, après le 19 mai 1992, la [R.F.Y.] s'était suffisamment distancée de [la *V.R.S.*] pour que ces forces ne puissent pas être considérées comme des organes ou des agents *de facto* de la V.J. et, par conséquent, de la R.F.Y. »[999]. Quant aux organes interaméricains de protection des droits de l'homme, ils soulignent également que les groupes d'autodéfense ont été créés à l'initiative des autorités guatémaltèques ou colombiennes pour assimiler les premiers aux secondes[1000]. La C.E.D.H. a, enfin, insisté à plusieurs reprises sur le rôle qu'a joué la Turquie dans sa création pour assimiler la R.T.C.N. à l'un de ses organes[1001]. Il ne suffit toutefois pas d'établir qu'une entité a été créée par un Etat pour en faire un organe de fait. Aucune des juridictions étudiées n'en a fait un critère décisif. Ainsi, si le T.P.I.Y. a considéré comme un élément important de son analyse le fait que les forces serbes de Bosnie aient été créées à partir de l'armée de la R.F.Y., il n'a pas exclu qu'elles s'en soient

---

[998] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 95 et 108, constatant que la *contra* s'est constituée à partir de bandes d'opposants au régime sandiniste qui ont mené quelques attaques dès 1979 et que les Etats-Unis n'ont fait que tirer partie de leur existence en contribuant à leur développement et à leur organisation ; *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.

[999] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre de première instance, arrêt du 7 mai 1997, § 586.

[1000] *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 76 ; Com. I.A.D.H., *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 février 1999, § 316-339.

[1001] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 54.

à ce point distanciées qu'elles aient cessé d'être des organes de cet Etat[1002]. Quant aux organes interaméricains, ils ont pris acte de l'émancipation progressive des groupes d'autodéfense pour ne plus rapporter aux Etats que les comportements qu'ils ont accomplis pour leur compte[1003]. Réciproquement, la C.I.J. poursuivit l'examen de la qualité d'organe de la *contra* après avoir constaté qu'elle n'avait pas été créée par les Etats-Unis[1004], semblant ainsi indiquer que même sans être né organe, on peut le devenir.

308. Il n'est ainsi ni nécessaire ni suffisant de constater qu'une entité a été créée par un Etat pour la considérer comme l'un de ses organes. Il s'agit toutefois là d'un indice important, tant de sa dépendance vis-à-vis de l'Etat que du caractère étatique des buts qu'elle poursuit.

2. Les liens de l'entité avec la structure étatique

309. Outre l'origine de l'entité, les juridictions étudiées tiennent compte des liens factuels qu'elle conserve, quelles que soient les apparences, avec le reste de l'appareil étatique pour déterminer si elle peut être considérée comme en faisant partie. Bien que la C.I.J. ait uniquement tenu compte en l'affaire du *Génocide* de la subordination de la *R.S.* et de la *V.R.S.* à la R.F.Y., ces liens peuvent se distinguer en relations d'assistance (a), de coordination (b) et de subordination (c).

a. L'assistance

310. Les juridictions étudiées se sont toutes attardées sur les différentes formes de soutien apportées par les Etats aux entités en cause pour déterminer si elles pouvaient être assimilées à des organes. Cette aide montre non seulement l'intérêt que l'Etat trouve à l'action de l'entité qui agit mais met également en évidence la dépendance de celle-ci vis-à-vis de celui-là. C'est en ce sens que la C.I.J. entendait le critère de la dépendance en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. Elle a ainsi examiné les

[1002] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre de première instance, arrêt du 7 mai 1997, § 586.
[1003] *Caballero-Delgado et Santana v. Colombia*, série C, n° 22, arrêt du 8 décembre 1995, § 54 ; Com. I.A.D.H., *Corporación Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo' v. Colombia (Rio Frio Massacre)*, aff. n° 11.654, rapp. n° 62/01, 6 avril 2001, § 51 ; *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, arrêt du 15 septembre 2005, § 123 ; *Pueblo Bello massacre v. Colombia*, série C, n° 140, arrêt du 31 mars 2006, § 140 ; *Valle Jaramillo et al. v. Colombia*, série C, n° 192, arrêt du 27 novembre 2008, § 78-80.
[1004] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 109-110.

diverses formes d'aide et d'assistance que les Etats-Unis octroyaient aux *contras*[1005], pour conclure que ceux-ci se trouvaient dans une situation de dépendance extrême[1006] mais pas totale[1007] vis-à-vis de ceux-là. C'est également en ce sens qu'elle le mit en œuvre en l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo*. Même si elle ne s'y attarda guère, car les autres éléments manquaient pour assimiler le M.L.C. à un organe de l'Ouganda, elle releva tout de même que celui-ci avait entraîné et soutenu celui-là[1008]. Suivant la même approche, le T.P.I.Y. a considéré le financement, l'entraînement, l'équipement et le soutien opérationnel apporté par un Etat à un groupe organisé comme l'un des éléments permettant d'identifier le contrôle global du premier sur le second[1009]. Quant aux organes interaméricains de protection des droits de l'homme, ils ont eux aussi constaté que des groupes paramilitaires recevaient des ressources, des armes et un entraînement de l'armée avant de les assimiler à des organes de l'Etat[1010]. La C.E.D.H. parut même faire de la dépendance un critère décisif en retenant qu'un Etat devait répondre des « actes d'[une] administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre »[1011] avant de conclure qu'« en tout état de cause, [la R.M.T.] survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie »[1012]. Cependant, outre qu'il n'est pas certain qu'elle ait en l'espèce véritablement assimilé la R.M.T. à un organe de la Russie, elle ne s'est quoi qu'il en soit pas contentée de constater cette dépendance. Elle a également souligné l'autorité effective et l'influence décisive que celle-ci exerçait sur celle-là[1013]. Ainsi, si l'assistance et la dépendance constituent sans doute des indices permettant d'assimiler une entité à un organe de fait[1014], ni la C.I.J., ni le T.P.I.Y., ni la C.I.A.D.H. n'ont considéré qu'il s'agissait là d'un élément suffisant.

[1005] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 95-99 puis, résumé, § 107, constatant l'appui financier des Etats-Unis aux *contras*, ainsi que leur contribution au financement, à l'entraînement, à l'équipement et à l'organisation de la *F.D.N.*, une des branches de la *contra*.
[1006] *Ibid.*, § 115.
[1007] *Ibid.*, § 110.
[1008] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.
[1009] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 137 pour le principe, § 150-151 et 155 pour son application, la chambre insistant à plusieurs reprises sur l'aide fournie par la R.F.Y. à la *V.R.S.*, y compris par la mise à disposition d'officiers et le paiement des soldes de tous les officiers ; *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, § 114-115 et 120, insistant sur la mise à disposition de personnels de la *H.V.* au *H.V.O.* avec possibilité de retour ainsi que sur le soutien financier et logistique de la Croatie au *H.V.O.*
[1010] *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 76.
[1011] *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 316.
[1012] *Ibid.*, § 392.
[1013] *Ibid.*
[1014] V. aussi le rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire relevant que l'Armée du Liban Sud bénéficiait de l'aide financière et logistique d'Israël avant de l'assimiler à un organe de cet Etat (rapport du 28 décembre 1999, doc. E/CN.4/200/4, § 11-18).

b. La coordination

311. Les décisions examinées révèlent que l'interprète tient également compte des relations que les entités en cause entretiennent avec les organes de l'Etat dans leurs activités opérationnelles. Tandis que certaines décisions n'ont tenu compte que de la subordination des premières aux secondes, d'autres ont également souligné les relations de coopération et/ou coordination qu'elles entretenaient. Le T.P.I.Y. s'est particulièrement intéressé à la coordination qui existait entre la R.F.Y. et la *V.R.S.*[1015] ou entre la Croatie et le *H.V.O.*[1016] avant d'assimiler ces entités à des organes de fait. Les organes interaméricains de protection des droits de l'homme ont également insisté sur les rapports de coordination qui existaient entre le Guatemala ou la Colombie et les groupes paramilitaires qui agissaient sur le territoire de ces Etats pour les assimiler à des organes[1017]. L'existence d'une coopération, voire d'une coordination, entre une entité et les organes d'un Etat constitue ainsi un indice de l'appartenance de la première à l'appareil du second. Elle est toutefois insuffisante. La C.I.J. a ainsi relevé que certaines opérations menées par les *contras* étaient décidées et planifiées en liaison étroite avec des agents des Etats-Unis sans que cela suffise à en faire des organes de cet Etat[1018]. Sans se montrer aussi restrictif, le T.P.I.Y. lui-même a jugé que la coordination était insuffisante en retenant que pour qu'un groupe militaire soit assimilé à un organe de l'Etat il fallait que ce dernier « joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe militaire, *en plus* de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel »[1019].

[1015] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, insistant non seulement sur le fait que la structure et les grades au sein de la *V.R.S.* étaient identiques à ceux existant au sein de la *V.J.* (§ 151), mais encore sur l'existence de liens et de communications régulières entre ces deux armées (§ 152).

[1016] *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, Chambre de première instance, jugement du 3 mars 2000, insistant non seulement sur l'intervention de la Croatie dans la nomination des dirigeants croates de Bosnie et des officiers du *H.V.O.* (§ 112 et 116-117), mais encore sur l'existence d'une coordination entre les dirigeants croates de Bosnie et la Croatie (§ 118-119). Egalement en ce sens, *Kordic et Cerkez (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14/2, Chambre de première instance I, jugement du 26 février 2001, § 126.

[1017] *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998, § 75-78, relevant que la Patrouille civile d'autodéfense d'*El Llano* agissait sous la supervision de l'armée ; Com. IADH, *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 février 1999, § 316-339, relevant que les groupes d'autodéfense colombiens appelés *CONVIVIR* agissaient en étroite collaboration avec les forces armées colombiennes. Egalement en ce sens, v. le rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire assimilant l'Armée du Liban Sud à un organe d'Israël en relevant qu'elle coopérait et coordonnait son action avec les forces armées israéliennes (Rapport du 28 décembre 1999, doc. E/CN.4/200/4, § 11-18).

[1018] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 106.

[1019] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 137. On remarquera que la chambre de première instance avait insisté sur le fait que cet élément, même combiné avec la dépendance résultant de l'aide, était insuffisant pour considérer que la *V.R.S.* ou la *R.S.* agissaient pour le compte de la R.F.Y. (*Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre de première instance, arrêt du 7 mai 1997, § 604-605).

c. La subordination

312. Si certaines décisions mettent en lumière les relations de coordination qui existaient entre les Etats et les entités en cause, d'autres exigent un rapport de subordination pour envisager d'assimiler les secondes à des organes des premiers. C'est en particulier le cas dans la jurisprudence de la C.I.J. Outre qu'elle a fait de la « totale subordination » l'unique critère pertinent en l'affaire du *Génocide*[1020], la Cour avait déjà insisté sur le contrôle exercé sur les activités des groupes en cause dans les affaires des *Activités militaires*. C'est ainsi que dans son arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, elle avait recherché si « les liens entre les *contras* et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du gouvernement des Etats-Unis »[1021]. Appliquant cette méthode, elle avait écarté cette solution en remarquant que, bien que les Etats-Unis aient exercé un contrôle général sur les *contras* et bien que certaines opérations menées par ces groupes aient été décidées et planifiées en liaison étroite avec des agents des Etats-Unis[1022], cela ne suffisait pas à établir « que les opérations des *contras* traduisaient toutes une stratégie et des tactiques entièrement élaborées par les Etats-Unis »[1023]. Elle avait de manière analogue relevé dans son arrêt sur les *Activités militaires sur le territoire du Congo* que, bien que l'Ouganda ait assisté le M.L.C., aucune preuve n'avait été apportée démontrant qu'il « contrôlait, ou pouvait contrôler, la manière dont [le M.L.C.] utilisait cette assistance »[1024]. La subordination semble ainsi constituer un indice fondamental de l'assimilation d'une entité à un organe de fait dans la jurisprudence de la C.I.J.

313. Si les autres juridictions étudiées s'appuient également sur cet élément, elles le perçoivent en revanche de manière plus diffuse. C'est ainsi que, tout en faisant du « contrôle global », le critère d'assimilation d'une entité à un organe, le T.P.I.Y. n'a guère relevé d'éléments mettant directement en évidence un rapport de subordination entre la R.F.Y. et la *V.R.S.*[1025]. De manière analogue, la C.E.D.H. a considéré que la R.T.C.N.

[1020] Voir *supra*, § 1.

[1021] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 109.

[1022] *Ibid.*, § 106.

[1023] *Ibid.*, § 103-106 puis, résumé, § 108.

[1024] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.

[1025] On remarquera à cet égard que la Chambre d'appel s'est appuyée sur les constatations factuelles de la Chambre de première instance, qui n'avait pu établir que la R.F.Y. contrôlait la *V.R.S.* (V. *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 7 mai 1997, § 600 et 606-607). Sur ce point, v. aussi *infra*.

constituait une « administration locale subordonnée » à la Turquie sans s'en expliquer[1026] ou que la R.M.T. restait sous « l'autorité effective » ou, au moins, « l'influence décisive » de la Russie sans apporter de preuve directe de cette subordination[1027]. Ces juridictions ont en effet inféré un rapport de subordination de l'ensemble du contexte factuel, en s'appuyant notamment sur des indices fonctionnels.

B. Les indices fonctionnels

314. A côté des indices structurels mentionnés, l'interprète peut tenir compte des buts poursuivis et des fonctions prises en charge par une entité pour l'assimiler à un organe de l'Etat. Ceux-ci peuvent en effet modifier la perception des autres indices mentionnés. Toutefois, si certaines juridictions ont accordé une place centrale aux indices fonctionnels, d'autres les ont en revanche négligés.

315. Le T.P.I.Y. a pour l'essentiel assis son raisonnement sur les indices fonctionnels, aussi bien lorsqu'il a examiné les relations entre la R.F.Y. et la *V.R.S.* que lorsqu'il s'est penché sur les liens entre la République de Croatie et le *H.V.O.* Dans le premier cas, les différentes chambres qui se sont prononcées ont remarqué que la *V.R.S.* avait été créée par la R.F.Y. pour poursuivre ses objectifs politiques et militaires en Bosnie-Herzégovine tout en donnant l'impression de satisfaire aux exigences de désengagement formulées par le Conseil de sécurité. Mais, tandis que la Chambre de première instance n'en avait tiré aucune conséquence[1028], la Chambre d'appel, à la suite du juge McDonald dans son opinion dissidente[1029], s'est essentiellement appuyée sur cet élément pour établir le contrôle global de la R.F.Y. sur la *V.R.S.*[1030]. Le contexte de la création de cette entité imprègne en effet l'ensemble de l'appréciation par la Chambre des

[1026] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable), § 52.
[1027] *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 392.
[1028] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 7 mai 1997 : tout en constatant que les objectifs militaires et politique de la *Republika srpska* et de la R.F.Y. « étaient en grande partie complémentaires » (§ 603), la Chambre de première instance recherche des éléments de preuve de la direction et du commandement ou du contrôle effectif des opérations en cause par Belgrade (§ 600 et 606-607).
[1029] O.D. McDonald sous *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 7 mai 1997 : considérant la création de la *V.R.S.* comme une fiction juridique car les moyens (§ 7 et 30) et, surtout, l'objectif politique (§ 7 et 29) demeuraient les mêmes, le juge McDonald estime que le critère du contrôle effectif devait être écarté au profit d'un critère plus général de dépendance et de contrôle (§ 33 et 34).
[1030] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999 : estimant que la création de la *V.R.S.* n'a été qu'un subterfuge visant à donner l'apparence que la R.F.Y. se conformait à ses obligations internationales, alors même que « l'établissement de la *V.R.S.* a été en fait entrepris pour assurer la continuité de la mise en œuvre des visées politiques et militaires de la R.F.Y. » (§ 151), la Chambre d'appel souligne à plusieurs reprises que la *V.R.S.* a effectivement continué de poursuivre les objectifs politiques et militaires de la R.F.Y. (§ 150, 151, 152, 153).

éléments de preuve dont elle disposait. En dehors de ce contexte, ces derniers permettent certes d'établir que la *V.R.S.* se trouvait dans une situation de dépendance vis-à-vis de la R.F.Y. et qu'il existait des liens entre ces deux entités. Mais aucune preuve directe de contrôle, même global, n'ayant été apportée, seule la prise en compte du contexte, et en particulier des objectifs de ces entités, permet à la Chambre d'appel de percevoir au travers de ces éléments une relation de subordination davantage qu'une relation de coordination et de coopération[1031]. Dans le deuxième cas, cette démarche est également explicite. Même si les Chambres qui se sont prononcées sur ce conflit ont souligné aussi bien le soutien apporté par la Croatie aux forces croates de Bosnie que les liens existants entre ces deux entités, c'est l'existence d'un objectif commun tendant au rattachement à la Croatie des parties croates de Bosnie-Herzégovine[1032] qui leur a permis d'interpréter ces liens comme traduisant un contrôle de la première sur la seconde[1033] et de conclure « à la lumière de tout ce qui précède, *et notamment des ambitions territoriales croates sur la BH* (…) que la Croatie (…) entretenait l'espoir de partager la Bosnie et exerçait un contrôle tel sur les Croates de Bosnie et notamment le *H.V.O.* qu'il est permis de parler de contrôle global »[1034].

316. Explicite dans la pratique du T.P.I.Y., la prise en compte d'indices fonctionnels l'est moins dans celle des autres juridictions étudiées. Elle ne peut totalement être écartée de l'analyse à laquelle se prêtent les organes de protection des droits de l'homme[1035]. Elle l'est en revanche de celle menée par la C.I.J., en particulier en l'affaire du *Génocide*. Toutefois, ceux qui, en son sein, proposèrent un aménagement du critère mis en œuvre le firent en s'appuyant essentiellement sur cet élément. C'est ainsi que le juge Al-Khasawneh

---

[1031] La Chambre d'appel avait d'ailleurs indiqué, au stade de l'identification du critère juridique applicable, que « lorsque l'Etat exerçant le contrôle se trouve être voisin de l'Etat où se déroule le conflit et *qu'il vise à satisfaire ses visées expansionnistes* à travers les forces armées qu'il contrôle, le degré de contrôle requis peut être plus facilement établi » (*ibid.*, § 140, nous soulignons).

[1032] *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, observant la concordance entre les buts de la Croatie tels qu'exprimés par son président F. Tudjman (§103-107) et ceux des Croates de Bosnie (§ 108-109). V. aussi *Kordic et Cerkez (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14/2, Chambre de première instance I, jugement du 26 février 2001, § 133-138.

[1033] *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000. Pour la Chambre, « ces buts partagés eurent effectivement des conséquences sur le mécanisme de décision puisque la Croatie pouvait contrôler les décisions prises soit au travers d'officiers croates détachés de la *H.V.* pour servir au sein du *H.V.O.*, soit au travers des Croates de Bosnie qui partageaient les mêmes buts que la Croatie et suivaient effectivement les instructions venant du gouvernement croate ».

[1034] *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement du 3 mars 2000, § 122. Nous soulignons. V. aussi *Kordic et Cerkez (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14/2, Chambre d'appel, arrêt du 17 décembre 2004, § 370-371 où la Chambre d'appel estime que la Chambre de première instance a pu raisonnablement conclure d'une part que la Croatie avait fourni un appui logistique au *H.V.O.*, d'autre part, « en [tenant] compte non seulement du contexte politique général dans lequel s'inscrivaient les ambitions territoriales du Président Tudjman, mais aussi de plusieurs autres éléments (…) » que la Croatie avait dirigé la planification, la coordination et l'organisation du *H.V.O.*

[1035] V. en particulier Com. IADH, *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 février 1999, chapitre IV, § 316-339, tenant compte du fait que la création des CONVIVIR avait pour but le maintien de l'ordre public.

considéra qu'il n'était pas nécessaire de démontrer que la R.F.Y. exerçait un contrôle effectif sur la *V.R.S.* car, entre ces entités, « il y avait unité d'objectifs, unité ethnique et idéologie commune »[1036].

*

317. Bien que la C.I.J. ait considéré que seule la « totale dépendance » permettait d'assimiler une entité à un organe de fait de l'Etat, la technique du faisceau d'indices semble être une alternative envisageable et envisagée par les juges internationaux. Cette technique ouvre à l'interprète une marge d'appréciation non négligeable[1037]. Il peut ainsi combiner les indices en tenant compte de l'ensemble de la situation factuelle à laquelle il est confronté mais aussi du contexte dans lequel il est appelé à se prononcer.

318. Les appréciations extensives des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ou du T.P.I.Y. peuvent ainsi s'expliquer par les conséquences attachées aux qualifications retenues. En assimilant la R.T.C.N. à un organe de la Turquie, voire la R.M.T. à un organe de la Russie, la Cour européenne des droits de l'homme évite la constitution de « zones grises » au sein du territoire européen des droits de l'homme. Elle s'assure que tous les individus qui s'y trouvent soient protégés par la Convention, par-delà les changements qui en affectent l'administration[1038]. La position qu'elle retient n'est d'ailleurs pas dépourvue d'effets. D'abord parce que les Etats mis en cause ont indemnisé les victimes[1039]. Ensuite parce qu'ils peuvent leur ouvrir une voie de recours interne afin de se conformer aux arrêts de la Cour[1040]. Le mécanisme n'est certes pas parfait, comme en témoigne le fait que certains requérants dans l'affaire *Ilaşcu* n'aient pas été libérés[1041].

[1036] O.D. Khasawneh, § 36.

[1037] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 261 s.

[1038] Nettement en ce sens, *Demopoulos* et al. *c. Turquie*, req. n° 46113/99, recevabilité, 1er mars 2010, § 96 : « Selon la Cour, ce qui est essentiel, c'est d'éviter un vide qui opère au détriment de ceux qui vivent sous l'occupation ou de ceux qui, vivant à l'extérieur, peuvent se prétendre victimes de manquements à leurs droits. En attendant une solution à la dimension internationale de la situation, la Cour juge de la première importance que les individus continuent à bénéficier de la protection de leurs droits sur place au quotidien ».

[1039] Voir Comité des ministres du Conseil de l'Europe, résolution ResDH(2003)190 relative à l'arrêt de la C.E.D.H. du 28 juillet 1998 dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, 2 décembre 2003 ; Comité des ministres du Conseil de l'Europe, résolution intérimaire ResDH(2005)42 relative à l'arrêt de la C.E.D.H. du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie*, 22 avril 2005.

[1040] *Demopoulos* et al. *c. Turquie*, req. n° 46113/99, recevabilité, 1er mars 2010, § 104-129, irrecevabilité de la requête au motif que la R.T.C.N. a mis en place, pour se conformer à un arrêt de la Cour (*Xenides-Arestis c. Turquie*, req. n° 46347/99, arrêt du 22 décembre 2005, pt. 5 du dispositif), une Commission des biens immobiliers, dont la Cour juge qu'elle constitue un recours effectif.

[1041] Comité des ministres du Conseil de l'Europe, résolution intérimaire CM/ResDH(2007)106 relative à l'arrêt de la C.E.D.H. du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie*, 12 juillet 2007, le Comité « renouvelant ses profonds regrets qu'en dépit de ces démarches, les autorités de la Fédération de Russie n'aient pas exploré activement toutes les voies effectives pour se conformer à l'arrêt de la Cour ». Les requérants en cause ont introduit une nouvelle requête devant la Cour en raison de la prolongation, après le

Mais même en ce cas, l'arrêt de la Cour permet de mettre en lumière la situation en cause et les manquements de l'Etat partie. La prise en compte des conséquences attachées à la qualification retenue apparaît également dans le raisonnement du T.P.I.Y. La Chambre d'appel l'a d'ailleurs admis en soulignant que « dans la mesure où elle permet une meilleure protection des victimes civiles des conflits armés, cette norme [celle consistant à utiliser le critère du contrôle global] différente et moins stricte [que celle du contrôle effectif employée par la C.I.J.] est totalement en harmonie avec le but fondamental de la IV[e] Convention de Genève, consistant à assurer la protection maximale possible aux civils »[1042].

319. Réciproquement, on ne saurait s'étonner que la Mission d'enquête sur le conflit en Géorgie ait retenu une approche plus restrictive. Elle s'est en effet prononcée sur l'existence d'une agression armée au sens du *jus ad bellum*, de sorte que l'assimilation des forces sud-ossètes à un organe de la Russie aurait eu pour effet de légaliser les attaques armées menées par la Géorgie[1043]. L'approche de la C.I.J. peut également s'expliquer en partie de la sorte. Alors que la Bosnie-Herzégovine considérait que les critères d'imputation devaient être appliqués de manière plus souple en raison de la nature du crime en cause[1044], il n'est ainsi pas exclu que la Cour en ait au contraire tenu compte pour se livrer à une appréciation restrictive. Elle ne l'a certes pas admis, jugeant qu'« en l'absence d'une *lex specialis* expresse, les règles relatives à l'attribution d'un comportement internationalement illicite à un Etat sont indépendantes de la nature de l'acte illicite en question »[1045]. Mais une appréciation globale de son raisonnement peut expliquer l'approche qu'elle a adoptée. Le génocide est en effet non seulement un crime complexe, mais encore un crime dont la mise en évidence nécessite l'identification d'une intention spécifique (ou *dolus specialis*). S'agissant d'un génocide d'Etat, l'intention de détruire en tout ou partie un groupe en tant que tel devrait alors être celle de l'Etat lui-même. Or, la Cour s'est abstenue de rechercher si l'intention génocidaire, et non les comportements

---

8 juillet 2004, de leur détention arbitraire (req. n° 23687/05, pendante à ce jour). Sur la question de l'exécution de l'arrêt *Ilaşcu*, v. aussi l'opinion dissidente du juge Kövler, motivée notamment par « l'impossibilité objective pour [la Russie] d'exécuter à la lettre le jugement de la Cour en passant par-dessus la tête de la Moldova souveraine, notamment pour mettre fin à la détention des requérants ».

[1042] *Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, § 145.

[1043] V. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 678-684 et 700-704, qui soutient l'existence d'une approche plus restrictive dans le domaine du recours à la force que dans celui de la responsabilité.

[1044] V. la plaidoirie d'A. Pellet, qui soulignait, pour inciter la Cour a préféré le critère du contrôle global à celui du contrôle effectif, que « nous sommes en présence d'un génocide, d'un crime global, qui ne se prête pas à une décomposition acte par acte, qui doit être considéré dans sa globalité aussi bien en ce qui concerne son élément matériel – les actes qu'ils constituent – que son élément subjectif – le *mens rea* – ou la question de son attribution » (CR 2006/8, 3 mars 2006, p. 36, § 69-70).

[1045] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 401.

constitutifs de l'élément matériel du crime de génocide, était imputable à l'Etat[1046]. Il n'est dès lors pas exclu qu'elle ait compensé cette approche objective du crime de génocide par une (re)subjectivation de son imputation.

*

* *

320. Bien que la C.D.I. n'ait pas explicitement consacré pareille solution, la pratique indique donc qu'il se peut que des entités soient assimilées à des organes en raison des liens factuels qu'elles entretiennent avec l'appareil étatique. Certains en déduisent que l'opération d'imputation est essentiellement factuelle[1047]. La conclusion est admissible si on entend par là qu'elle ne se limite pas à enregistrer les solutions résultant du droit interne, sans pour autant qu'elle s'appuie sur des règles internationales établissant de manière précise et *a priori* les entités qui doivent être considérées comme des organes étatiques au sens du droit de la responsabilité. Mais elle cesse de l'être si l'on veut ainsi signifier que le droit international se contente d'enregistrer une structure factuelle qui s'impose à lui. Le seul examen des divergences ayant opposé et continuant d'opposer les différentes juridictions étudiées quant aux critères ou indices permettant d'identifier de tels organes *de facto* suffit à se rendre compte du rôle du droit dans la représentation du réel.

321. Ce rôle apparaît également dans les périodes de crise institutionnelle.

[1046] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 401. La solution retenue par la Cour sur ce point doit être comparée avec celle adoptée par la Commission d'enquête sur le Darfour dans le rapport qu'elle a adressé au Secrétaire général des Nations unies (doc. S/2005/60, 1er février 2005, § 513-522). Tandis que certains ont salué la position de la Cour (A. B. Loewenstein et S. A. Kostas, « Divergent approaches to determining responsibility for genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's judgment in the genocide case », *JICJ*, 2007, n° 5, p. 839-857), d'autres s'en sont étonnés (P. Gaeta, « Génocide d'Etat et responsabilité individuelle », *RGDIP*, 2007-2, p. 273-284).

[1047] En ce sens, P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 254-265.

Chapitre 2. Les organes *de facto* en période de crise

322. Déjà complexe en situation ordinaire, l'identification des organes de l'Etat l'est encore davantage en période de crise institutionnelle. Les structures étatiques légales peuvent alors être concurrencées par des structures de fait, jusqu'à ce que celles-ci se substituent à celles-là. En pareille situation, l'identification des comportements étatiques devient extrêmement délicate. La situation qui prévalut au Mexique entre 1910 et 1920, rapportée par R. Ago, en constitue un exemple paroxystique : un premier mouvement insurrectionnel mené par Fransisco Madero parvint à renverser le gouvernement légal de Porfirio Diaz en 1911, avant d'être renversé à son tour par le général Victoriano Huerta en 1913, qui se heurta aux forces constitutionnalistes de Villa, Zapata et Carranza, ce dernier finissant par s'emparer du pouvoir en 1914 et par être élu président en mars 1915, fonction qu'il occupa malgré la poursuite des hostilités avec ses deux anciens compagnons jusqu'à être renversé par le mouvement du général Obregon en 1920, qui dut encore s'imposer face à l'insurrection d'Adolfo de la Huerta, qui avait constitué à Veracruz un gouvernement provisoire et qui ne fut définitivement battu qu'en avril 1924 ![1048] Si la situation n'est pas toujours aussi confuse, il n'est pas rare que l'identification des organes de l'Etat soit, temporairement ou plus durablement, délicate, que les qualifications formelles ne correspondent plus, ou pas encore, à l'effectivité du pouvoir, voire qu'elles soient contestées dans l'ordre interne comme dans l'ordre international[1049].

323. Pourtant, le fonctionnement de l'ordre juridique international continue, même dans ce type de situations, de rendre nécessaire l'identification des organes de l'Etat. Pour déterminer quelles sont les entités habilitées à le représenter sur la scène internationale[1050], à introduire une réclamation en son nom[1051] ou à se prévaloir de ses immunités[1052]. Mais

[1048] « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 164, p. 146.

[1049] V. de manière générale C. Leben, « Les révolutions en droit international : essai de classification et de problématique générale », *in* S.F.D.I., *Révolution et droit international*, Paris, Pedone, 1990, p. 3-48.

[1050] Sur ce point, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 458-465 ; v. aussi G. Burdeau, « La situation internationale de l'Etat révolutionnaire et la réaction des Etats tiers », *in* S.F.D.I., *Révolution et droit international*, *op. cit.*, p. 163-206.

[1051] Voir sur ce point, la pratique de la C.I.J., qui a considéré que M. Izetbegovic était habilité à introduire une réclamation au nom de la Bosnie-Herzégovine car, quoi qu'en pense l'Etat défendeur (la R.F.Y.), il avait été reconnu comme chef de cet Etat, notamment par l'O.N.U. (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires), § 44). V. aussi la pratique des organes européens de protection des droits de l'homme reconnaissant le *locus standi* du gouvernement chypriote grec pour introduire une requête au nom de Chypre (*Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 59-62). V. enfin l'ordonnance du 12 mai 2010 rendue par le président de la C.I.J. prenant acte du désistement de la République du Honduras de l'instance qu'elle avait introduite contre le Brésil le 28 octobre 2009 sans que la Cour se soit prononcée sur la validité de la requête introduite par le gouvernement issu du coup d'Etat du 28 juin 2009, ni d'ailleurs sur celle de son désistement (*Certaines questions en matière de relations diplomatiques (Honduras c. Brésil)*, ordonnance du 12 mai 2010).

aussi pour identifier les entités dont le comportement est susceptible d'engager sa responsabilité internationale. En effet, comme l'a affirmé le Tribunal irano-américain des réclamations, même si le fait que divers groupes luttent pour le pouvoir dans un contexte révolutionnaire rend délicat l'établissement des responsabilités, « *these circumstances cannot generally relieve [the State] from its responsibility under international law* »[1053]. Le droit international de la responsabilité tient donc compte de ces (r)évolutions en attribuant à l'Etat non seulement les comportements d'un gouvernement *de facto* mais encore ceux d'un mouvement insurrectionnel qui parviendrait à devenir le nouveau gouvernement d'un Etat ou le gouvernement d'un nouvel Etat (section 1). Il est alors nécessaire d'identifier ces entités de fait ainsi que leurs comportements (section 2).

Section 1. L'assimilation d'entités *de facto* à des organes de l'Etat en période de crise

324. En situation de crise institutionnelle, des entités *de facto* peuvent concurrencer les structures étatiques légales jusqu'à les renverser. Le droit international de la responsabilité tient compte de cette éventualité en rapportant à l'Etat les comportements d'un gouvernement *de facto* (§ 1) mais aussi en considérant comme étatiques *ab initio* les comportements d'un mouvement insurrectionnel qui parviendrait à ses fins (§ 2).

§ 1. Les gouvernements *de facto*

325. Selon la définition retenue par R. Ago au cours des travaux de la C.D.I. « un gouvernement de fait est un gouvernement qui, sans avoir été investi selon les formes constitutionnelles prévues à l'avance, a pris entièrement et définitivement le pouvoir, le gouvernement précédent ayant disparu »[1054]. Cette situation doit être distinguée des autres situations étudiées. A la différence du gouvernement d'une entité non reconnue dans l'ordre international, un gouvernement *de facto* exerce le pouvoir au sein d'un Etat reconnu

[1052] Sur ce point, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 104-105, qui souligne que le problème s'est principalement posé lors de la révolution russe de 1917 et au cours de la guerre civile espagnole de 1936.
[1053] *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. p. 101.
[1054] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, § 196, p. 281.

même s'il n'est pas lui-même reconnu comme le gouvernement de cet Etat[1055]. A la différence d'un mouvement insurrectionnel ou d'un gouvernement *de facto* local, il est parvenu à se substituer au gouvernement *de jure* pour établir son autorité sur l'ensemble ou l'essentiel du territoire étatique[1056]. A la différence d'un gouvernement *de jure*, il n'exerce pas le pouvoir au sein de l'Etat en vertu d'une règle de droit interne mais sur une base factuelle. « 'De fait' aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu une investiture régulière en vertu de son droit interne, [un gouvernement devient] 'de droit' une fois acquise cette investiture »[1057]. Ainsi entendu, un gouvernement de fait ne saurait qu'être transitoire, car « au moment où une constitution achève son existence, une autre, tel Lazare s'annonce, et le cycle se reproduit, afin de répondre au besoin de légitimation du pouvoir »[1058]. Mais la question de l'investiture formelle peut précisément se doubler de celle de la légitimité du gouvernement nouvellement investi. Elle conduit parfois à considérer comme *de facto* un gouvernement qui, bien qu'ayant reçu une investiture formelle en vertu du nouvel ordre constitutionnel à la mise en place duquel il a participé, n'est pas reconnu par les autres Etats ou est considéré, par la suite, comme nul par le gouvernement qui lui a succédé. C'est d'ailleurs sur la pratique suivie concernant ce type de gouvernements (B) que la C.D.I. s'est appuyée pour affirmer, sans que cette solution soit contestée, que l'Etat est responsable des comportements d'un gouvernement *de facto* (A).

A. Les travaux de la Commission du droit international

326. La Commission du droit international n'a pas consacré de disposition spécifique au cas des gouvernements *de facto*. Si elle ne l'a pas fait, ce n'est pas parce qu'elle estimait que les agissements de tels gouvernements n'étaient pas imputables aux Etats. Elle considérait au contraire qu'il n'était pas nécessaire de leur consacrer de disposition spécifique car ils constituent des organes de l'Etat.

327. Cette perception des gouvernements *de facto* apparaît dès la première lecture des travaux de la Commission. R. Ago lui-même, qui pensait pourtant que la qualité d'organe devait être réservée aux entités dotées de ce statut en droit interne, estimait ainsi qu'« un Etat dont le gouvernement a été créé dans la pleine observance des formes

[1055] Sur les entités non reconnues, v. *supra*, chapitre 1. Sur la distinction entre reconnaissance d'Etat et reconnaissance de gouvernement, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 464.
[1056] Sur les gouvernements *de facto* locaux, v. *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.
[1057] P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 463.
[1058] J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 22e édition, 2008, p. 191. R. Ago opérait un constat analogue, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 196, p. 281.

constitutionnellement prévues et un Etat où le gouvernement est issu d'un changement révolutionnaire se trouvent confrontés avec la responsabilité internationale exactement dans les mêmes conditions et aux mêmes titres. L'organisation de l'Etat est là dans un cas comme dans l'autre ; les personnes faisant partie de cette organisation ne sont pas moins des 'organes' et de vrais organes parce que le gouvernement a une origine *de facto* plutôt que *de jure* »[1059].

328. Nul ne contesta cette solution au cours des travaux de la Commission[1060], de sorte que le commentaire de l'article 9 du texte de codification définitif indique qu'« un gouvernement général de fait (…) constitue lui-même un appareil d'Etat qui remplace celui qui existait auparavant. Le comportement des organes d'un tel gouvernement est couvert par l'article 4 et non l'article 9 »[1061]. Cette solution n'a pas été davantage mise en évidence car les hypothèses qu'elle couvre sont peu abondantes. Elle n'en est pas moins importante dans la mesure où elle montre que la C.D.I. a estimé que, dans un contexte révolutionnaire, la qualification d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité dépendait moins de l'investiture formelle d'une entité que de l'effectivité du pouvoir qu'elle exerce.

B. La pratique judiciaire

329. Si l'attribution à l'Etat du comportement d'un gouvernement *de facto* n'a guère fait débat au sein de la C.D.I., la pratique demeure restreinte. On ne peut s'en étonner. En effet, si le gouvernement *de facto* dont le comportement est en cause se maintient au pouvoir, il devient alors *de jure* et ses agissements sont quoi qu'il en soit imputables à l'Etat dès l'origine, comme le sont ceux d'un mouvement insurrectionnel victorieux[1062]. Ce n'est donc que s'il n'a pas encore été formellement investi ou s'il disparaît avant de l'avoir été que la question de l'attribution des comportements d'un gouvernement *de facto* peut présenter une spécificité. La solution dégagée par la C.D.I. a d'ailleurs été forgée à partir de situations dans lesquelles le gouvernement *de facto* ne l'était pas parce qu'il n'avait pas fait l'objet d'une investiture formelle mais car la légitimité de cette investiture fut

[1059] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 196, p. 182.
[1060] La présentation effectuée par R. Ago se retrouve ainsi dans le commentaire de l'article 8 du texte adopté en première lecture, § 12, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 297.
[1061] Commentaire de l'article 9 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 51.
[1062] Sur ce point, v. *infra*, § 2. La distinction entre les deux situations n'est pas toujours aisée, comme le montre la pratique du Tribunal irano-américain des réclamations. Elle importe peu, dans la mesure où, dans un cas comme dans l'autre, les comportements de l'entité en cause sont imputables à l'Etat aux fins de la responsabilité.

contestée par les autres Etats – qui ne reconnaissaient pas ce gouvernement – ainsi que par le gouvernement successeur – qui déclara nulle l'investiture de son prédécesseur.

330. La Commission s'appuya ainsi pour l'essentiel sur la sentence rendue en l'affaire *Tinoco*. Le gouvernement Tinoco ayant pris le pouvoir au Costa Rica en 1917 suite à un coup d'Etat, il l'exerça jusqu'en 1919. Bien qu'il ait été confirmé par les urnes et qu'il ait établi une nouvelle constitution, il ne fut pas reconnu par plusieurs Etats dont les Etats-Unis, le Royaume-Uni ou la France. Après la chute de ce gouvernement, son successeur prétendit rétablir la légalité antérieure et déclara nuls tous les contrats passés par lui. Le Royaume-Uni forma alors une réclamation pour le compte de sociétés britanniques dont les contrats avaient ainsi été annulés. Tandis que le Costa Rica l'estimait irrecevable au motif que le gouvernement Tinoco ne pouvait être considéré comme le gouvernement du Costa Rica au sens du droit international, l'arbitre W. H. Taft estima que ce gouvernement était bien celui du Costa Rica car il y avait exercé une autorité effective et paisible avec le soutien de la population. Le fait que ce gouvernement n'ait pas été reconnu non plus que celui qu'il se soit établi en violation de l'ordre constitutionnel préexistant ne changeait, du point de vue du droit international, rien à l'affaire[1063].

331. Depuis lors, la pratique judiciaire en la matière manque. Il ne semble pourtant pas que la solution ait varié. La pratique interne française en offre, *mutadis mutandis,* un exemple intéressant. Après avoir longtemps semblé considérer que les comportements du gouvernement de Vichy ne pouvaient être rapportés à l'Etat aux fins de la responsabilité[1064], notamment car une ordonnance du 9 août 1944 avait constaté « la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant 'gouvernement de l'Etat français' », le Conseil d'Etat a estimé que « ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ses actes »[1065]. Le juge administratif a donc reconnu la responsabilité de l'Etat français pour les « dommages causés par les agissements [de l'autorité de fait se disant gouvernement de Vichy] qui, ne résultant pas d'une contrainte directe de l'occupant, ont permis ou facilité la déportation à partir de la France de personnes victimes de persécutions antisémites »[1066]. La question de l'imputabilité du comportement d'un gouvernement dont la légalité avait été contestée se doublait en effet dans ce cas de celle de la contrainte exercée sur ce gouvernement par un autre Etat. Tel n'était pas le cas dans des hypothèses plus récentes, où la solution dégagée par la C.D.I. paraît pouvoir également s'appliquer. L'Afghanistan semble ainsi devoir être

[1063] *Aguilar-Amory et Royal Bank of Canada (Royaume-Uni c. Costa Rica)*, arbitrage de W. Taft, sentence du 18 octobre 1923, *RSA*, vol. 1, p. 369-399, sp. p. 377-382.
[1064] France, Conseil d'Etat, *Epoux Giraud*, 4 janvier 1952, *Leb.*, p. 14.
[1065] France, Conseil d'Etat, *Papon*, req. n° 238689, 12 avril 2002.
[1066] France, Conseil d'Etat, *Mme Hoffman Glemane*, req. n° 315499, avis contentieux du 16 février 2009.

tenu responsable des comportements du gouvernement des Talibans, qui a exercé un pouvoir effectif dans cet Etat de 1996 à 2001 sans pour autant être reconnu par les autres Etats[1067]. De manière analogue, il semble que le Honduras doive répondre des comportements du gouvernement, d'abord provisoire puis élu sans être reconnu, mis en place après le coup d'Etat du 28 juin 2009[1068].

§ 2. Les mouvements insurrectionnels victorieux

332. Il est enfin un cas particulier dans lequel l'Etat se voit attribuer le comportement de groupes informels sur une base statutaire. Il s'agit des situations dans lesquelles un mouvement insurrectionnel parvient à s'imposer pour remplacer le gouvernement contre lequel il luttait, voire pour former le gouvernement d'un nouvel Etat. Si la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux est régulièrement affirmée (A), son fondement demeure discuté (B).

A. La responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux

333. La Commission du droit international a traduit une pratique qui s'est forgée pour l'essentiel au début du XX^{e} siècle en retenant d'une part que « le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international » et d'autre part que « le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat sur une partie d'un territoire préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international »[1069].

[1067] L'imputation à l'Afghanistan des comportements du gouvernement taliban ne semble jamais avoir été contestée. Sur ce point, v. M. Sassoli, « La 'guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYIL*, 2001, vol. 39, p. 211-252, sp. p. 218-219.
[1068] Sur ce point, v. le rapport de la Commission I.A.D.H. du 30 décembre 2009 intitulé *Honduras : human rights and the* coup d'Etat (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55).
[1069] Article 10 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 52.

1. Les travaux de la Commission du droit international

334. La Commission a consacré des développements substantiels à la situation des mouvements insurrectionnels en première lecture. Sur les propositions de R. Ago[1070], elle retint alors qu'en principe « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration »[1071] mais qu'à l'inverse les comportements d'un tel mouvement insurrectionnel peuvent être considérés comme des faits étatiques lorsque, victorieux, il devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou le gouvernement d'un nouvel Etat[1072]. Si ces dispositions ont fait l'objet « d'un important travail de condensation et d'élagages successifs »[1073] en seconde lecture, leur principe a été bien accepté et synthétisé au sein de l'article 10. Impliquant sans l'affirmer que le comportement d'un mouvement insurrectionnel en cours n'est pas attribuable à l'Etat territorial[1074], ce dernier couvre aussi bien la situation dans laquelle un mouvement insurrectionnel parvient à établir un nouvel Etat dont il constitue alors le gouvernement que celle dans laquelle il se substitue aux structures gouvernementales d'un Etat préexistant. Les deux situations ont été distinguées par la Commission car elles posent des difficultés distinctes.

335. Dans la première, une rupture se crée si bien que les comportements du gouvernement de l'Etat prédécesseur ne sont attribuables qu'à ce dernier et non à l'Etat nouveau, dont la responsabilité ne pourra être engagée pour ces comportements qu'en application des règles relatives à la succession et sera le plus souvent réglée par des accords particuliers. La difficulté peut alors être de déterminer à partir de quand un Etat peut être considéré comme nouveau. En effet, si la règle s'applique sans nul doute lorsqu'un Etat se crée à partir d'une partie du territoire d'un Etat qui subsiste – *i. e.* en cas de sécession ou de décolonisation – la question de savoir si un changement d'identité étatique survient lorsque, sans que son territoire ou sa population en soient affectés,

---

[1070] Voir les propositions d'articles 12 « comportement d'autres sujets de droit international », y compris les mouvements insurrectionnels, et 13 « comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel dont les structures sont ensuite devenues, en tout ou en partie, les structures d'un Etat » formulées par le rapporteur spécial (« Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, respectivement p. 138-156 et 156-165).

[1071] Article 14 adopté en première lecture, « Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel » (*ACDI*, 1975, vol. 2, p. 97 s.).

[1072] Article 15 adopté en première lecture, « Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat » (*ACDI*, 1975, vol. 2, p. 107 s.).

[1073] G. Cahin, « Attribution of conduct to the State : insurrectional movements », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 247-256, sp. p. 249.

[1074] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 3, *op. cit.*, p. 52. Sur ce point, v. *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.

l'organisation politique d'un Etat est totalement détruite par les bouleversements révolutionnaires est plus discutée. Le projet adopté en première lecture envisageait clairement cette possibilité tout en la considérant comme exceptionnelle[1075]. Elle n'a pas été reprise en seconde, sans pour autant être clairement rejetée. La Commission a en effet pu considérer que cette question était relative au statut de l'Etat et échappait dès lors au champ des articles qu'elle entendait codifier. Il semble toutefois que la pratique tende à considérer que l'identité d'un Etat ne peut être affectée par des mutations politiques quels qu'en soient la nature et le degré[1076].

336. Dans la seconde hypothèse, aucune rupture de ce type n'apparaît et l'Etat se voit attribuer aussi bien les comportements du mouvement insurrectionnel victorieux que ceux du gouvernement légal contre lequel il luttait[1077]. La principale difficulté tient alors à l'identification des cas dans lesquels un mouvement insurrectionnel peut être considéré comme victorieux. S'il est des cas de substitution pure et simple des structures du mouvement insurrectionnel à celles préexistantes, il en est d'autres, fréquents, où le premier est intégré dans une plus ou moins grande mesure et selon des modalités variées aux secondes. Tandis que la Commission avait initialement considéré que le comportement d'un mouvement insurrectionnel est attribué à l'Etat dès lors qu'il s'intègre à son gouvernement[1078], J. Crawford a souligné cette difficulté en seconde lecture. Le rapporteur spécial craignait qu'appliquée dans toute sa rigueur la règle freine les processus de réconciliation nationale[1079], tandis que certains au sein de la Commission se demandaient si les anciens membres d'un mouvement insurrectionnel qui accèdent au pouvoir ou y sont confirmés suivant des voies démocratiques ne changeaient pas de nature[1080]. Afin de tenir

[1075] Commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 7, *ACDI*, vol. 2, p. 108.
[1076] Sur cette question, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 600 s. ; J. Crawford, *The creation of States in international law*, Oxford, O.U.P., 2e édition, 2006, p. 678-680.
[1077] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 5, *op. cit.*, p. 120.
[1078] Se référant à un exemple issu de la pratique diplomatique consécutive à la guerre civile péruvienne qui s'est achevée en 1885 par la mise en place d'un gouvernement provisoire alliant l'ancien chef de l'Etat à celui du mouvement insurrectionnel avant qu'une élection porte ce dernier au pouvoir, le commentaire de l'article 15 adopté en première lecture retient que « le principe qu'il est légitime d'attribuer à un gouvernement issu d'une révolution victorieuse les faits préjudiciables commis auparavant par les meneurs de la révolution s'applique également (…) au cas d'un gouvernement de coalition qui se formerait à la suite d'un accord entre les autorités 'légitimes' et les chefs du mouvement insurrectionnel » (§ 17, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 111 ; sur ce point et en ce sens v. aussi R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 199, p. 158-159 ; *contra*, Tsuruoka, 1317e séance, § 25, p. 77).
[1079] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, n. 347, p. 56 : « Il n'est pas certain que la règle puisse aller jusqu'à couvrir les cas de gouvernements de réconciliation nationale. Un État ne devrait pas être rendu responsable des faits d'un mouvement d'opposition violent simplement parce que, dans l'intérêt d'un règlement pacifique, des éléments de l'opposition sont intégrés dans le gouvernement reconstruit » (v. aussi 2556e séance, § 8, *op. cit.*, p. 267).
[1080] Voir l'intervention de G. Hafner (2556e séance, § 18, *op. cit.*, p. 268), approuvée par J. Crawford qui, tout en admettant la difficulté (« quand il y a prise de pouvoir par les armes, on peut supputer qu'il y a au moins continuité des personnes mais, quand il y a élection, il y a création d'une situation nouvelle, avec rupture de causalité par rapport à la situation ancienne ») conseillait à la Commission de ne pas aller plus loin dans le texte (2556e séance, § 41, *op. cit.*, p. 270).

compte de ces difficultés, le commentaire de l'article 10 a finalement indiqué que l'attribution « ne devrait pas être poussée trop loin dans le cas de gouvernements de réconciliation nationale » et qu'il faut « une continuité réelle et substantielle entre l'ancien mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement qu'il a réussi à former »[1081].

337. La formulation retenue par la Commission conduit en revanche à écarter l'attribution dans les situations où l'action d'un mouvement insurrectionnel conduit une partie du territoire d'un Etat à fusionner avec un autre Etat. En pareille hypothèse, il n'y a ni création d'un Etat nouveau, ni, le plus souvent, continuité réelle et substantielle entre l'ancien mouvement et le gouvernement. La Commission a d'ailleurs précisé que l'article 10 ne s'appliquait pas « au cas d'un mouvement insurrectionnel dont l'action, à l'intérieur d'un Etat, en faveur de l'union avec un autre Etat aboutit »[1082].

2. La pratique judiciaire

338. Le principe de la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel parvenu à ses fins a donc été régulièrement affirmé par la C.D.I. Si elle a pu s'appuyer sur une pratique sinon abondante du moins constante pour codifier la seconde branche de cette règle, selon laquelle le comportement d'un mouvement qui parvient à former le nouveau gouvernement d'un Etat doit être attribué à cet Etat, la pratique est bien maigre s'agissant de la première branche, selon laquelle le comportement d'un mouvement qui parvient à former le gouvernement d'un nouvel Etat doit être attribué à cet Etat.

339. Pour codifier la règle selon laquelle le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui parvient à former le nouveau gouvernement d'un Etat doit être attribué à cet Etat, la Commission s'est appuyée sur une pratique développée pour l'essentiel par les commissions mixtes instituées pour connaître des différends relatifs aux dommages subis par des ressortissants étrangers au Venezuela et au Mexique lors des événements révolutionnaires qui agitèrent ces deux Etats au tournant du XX^{e} siècle. Ainsi le surarbitre Plumley affirma-t-il tôt que le Venezuela « *was liable for the acts of successful revolutionists and for the acts of the titular government as well* »[1083], avant que Verzijl confirme que la responsabilité du Mexique ne saurait être niée pour les dommages causés par les forces révolutionnaires victorieuses avant leur triomphe final[1084]. Tandis que les

[1081] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 53.
[1082] *Ibid.* § 10, p. 54.
[1083] *Puerto Cabello and Valancia Railway Company*, 1903, *RSA*, vol. IX, p. 510-533, sp. p. 513.
[1084] *Pinson*, 19 octobre 1928, *RSA*, vol. V, p. 327-466, sp. p. 353.

Etats réaffirmèrent régulièrement leur attachement à ce principe jusque dans les années 30[1085], la pratique s'amenuisa.

Elle ne disparut toutefois pas totalement. Le Tribunal irano-américain a en effet connu de ce type de situations dans un contexte particulier. Les litiges entrant dans sa compétence se déroulèrent à partir de la révolution iranienne de février 1979 et jusqu'en 1981. Or, la situation de l'Iran a évolué au cours de cette période : une première révolution, politique, conduisit à la chute du Shah en février 1979 ; une seconde révolution, économique et sociale, eut lieu en novembre 1979. Suite à la chute du Shah, les différents groupes qui s'étaient alliés pour le renverser se séparèrent afin de défendre leurs intérêts. Si l'ayatollah Khomeini concentra l'essentiel des pouvoirs, deux systèmes de gouvernement coexistèrent alors : un gouvernement *de jure* composé essentiellement de modérés avec M. Bazargan comme Premier ministre et un gouvernement révolutionnaire non officiel mené par les mollahs mais comprenant aussi des communistes et composé de Comités révolutionnaires au niveau national et provincial, de Gardiens de la révolution, et de Cours révolutionnaires. Même si ces Gardiens reçurent une première reconnaissance dans un décret de Khomeini en mai 1979, ce dédoublement des structures étatiques perdura jusqu'à la mise en place d'une nouvelle constitution, adoptée en octobre et entrée en vigueur en décembre, et la démission de M. Bazargan en novembre. On peut donc dire que l'Iran a connu « *a short period in 1979, between the overthrow of the Shah and the officially restructured Islamic Republic of Iran, when a number of groups that were not* de jure *a part of the State exercised elements of governemental authority* »[1086]. Le Tribunal dut donc déterminer si les comportements de ces groupes pouvaient être rapportés à l'Iran. Il affirma alors nettement que « *where a revolution leads to the establishment of a new government the State is held responsible for the acts of the overthrown government insofar as the latter maintained control of the situation. The successor government is also held responsible for the acts imputable to the revolutionary movement which established it, even if those acts occurred prior to its establishment* »[1087]. Encore qu'on puisse estimer que le Tribunal fut davantage confronté à deux structures gouvernementales parallèles qu'à un mouvement insurrectionnel, de sorte qu'il aurait en réalité attribué à l'Etat les

[1085] R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 167 s., p. 147 s.
[1086] D. D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *in* R. B. Lillich and D. Magraw (dir.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of state responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998, p. 109-181, sp. p. 181.
[1087] *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, sentence du 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 94-95, § 33 ; *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. p. 101 ; *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, 3 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 135 s., sp. p. 143.

comportements d'un gouvernement *de facto*[1088], il a clairement considéré l'organisation qui agissait alors en Iran parallèlement au gouvernement de M. Bazargan comme un mouvement révolutionnaire dont les comportements devaient être considérés comme étatiques dès lors qu'il est par la suite parvenu à ses fins[1089]. La jurisprudence du Tribunal confirme ainsi que, pour mince qu'elle soit, la pratique conduit constamment à attribuer à l'Etat le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui parvient à former son nouveau gouvernement.

340. On cherche en revanche en vain une pratique judiciaire internationale abordant la question de la responsabilité d'un Etat nouveau pour le comportement du mouvement ayant conduit à sa création. Cela ne suffit toutefois pas à remettre en cause cette solution. En effet, outre que l'analogie avec la situation précédente est forte, cette absence de pratique judiciaire s'explique aisément par les limites à la compétence *ratione temporis* des juridictions étudiées. Certaines juridictions internes ont d'ailleurs mis en œuvre cette solution avec certains aménagements liés aux règles qu'elles devaient appliquer[1090]. Ainsi l'*United States international claims commission* se prononça-t-elle dans le sens défendu par la C.D.I. en s'appuyant sur la pratique suivie lors de l'accession à l'indépendance des Etats-Unis en 1776 mais sans que son affirmation serve la solution du litige qui lui était soumis[1091]. Ainsi surtout, le Conseil d'Etat français répondit-il à un requérant qui cherchait

[1088] V. toutefois, *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 94-95, où le Tribunal souligne l'importance de la règle du fait que le requérant a quitté l'Iran durant la période comprise entre la chute du Shah et la proclamation de la République islamique, alors que l'ancien gouvernement avait perdu le contrôle de l'Iran sans que le mouvement insurrectionnel se soit encore substitué à lui.

[1089] Et ce alors même que le § 11 de la Déclaration d'Alger précisait qu'étaient exclues de la compétence du Tribunal les réclamations portant sur les dommages subis par les Etats-Unis ou leurs nationaux « *as a result of popular movements in the course of the Islamic Revolution in Iran which were not an act of the Government of Iran* ». Le Tribunal a en effet considéré que cette exclusion ne visait que les comportements qui n'étaient pas attribuables à l'Iran (*Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. p. 100).

[1090] Preuve de la faiblesse de la pratique, la Commission cite à l'appui de cette règle un cas dans lequel ses travaux ont été mentionnés mais dans un sens détourné. En ce cas, la responsabilité de l'Etat nouveau (la Namibie) n'a en effet pas été engagée pour le comportement du mouvement ayant conduit à son indépendance (le *SWAPO*) mais pour celui d'une milice de l'Etat qui administrait ce territoire avant son accession à l'indépendance (l'Afrique du Sud). Cette solution ne pouvait donc se fonder sur les travaux de la Commission, qui excluent l'attribution à l'Etat nouveau des comportements de son prédécesseur, mais l'interprétation de la Constitution namibienne semblait quoi qu'il en soit pouvoir y conduire (Namibie, *High Court, Minister of Defence v. Mwandinghi*, 16 octobre 1991, *ILR*, vol. 91, 1993, p. 341 s., sp. p. 361 ; sur ce point, v. J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 274, p. 57 ; le cas est cité dans le commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 14, *op. cit.*, p. 54, la Commission soulignant que la Haute Cour de Namibie est allée plus loin que la solution proposée).

[1091] Considérant que l'Etat de Croatie mis en place en Yougoslavie pendant la seconde guerre mondiale pouvait être analysé comme un mouvement sécessionniste ayant échoué, la Commission estima que s'il avait réussi, l'Etat ainsi créé aurait été responsable des comportements du mouvement, comme les Etats-Unis furent responsables des actes accomplis par les colons entre leur déclaration d'indépendance et leur accession effective à l'indépendance (Etats-Unis, *US international claims commission*, *Socony vacuum oil company claim*, 1954, *ILR*, vol. 21, 1957, p. 55 s.).

à obtenir de la France la réparation de dommages causés par des éléments insurrectionnels à l'exploitation agricole dont il était propriétaire en Algérie que, si l'engagement pris par l'Etat algérien d'assumer les obligations nées avant son accession à l'indépendance « n'a pas pour effet de mettre à la charge de l'Etat algérien les dommages causés par les mesures prises spécialement et directement par les autorités françaises en vue de faire échec aux mouvements insurrectionnels, *l'indemnisation des dommages imputables à des éléments insurrectionnels intéresse l'Etat algérien* »[1092]. Le juge français n'a certes pas été jusqu'à affirmer que le comportement du F.L.N. était imputable à l'Etat algérien. Il ne le pouvait pas. La formulation qu'il a retenue ouvre toutefois la voie à une telle interprétation[1093].

341. Bien que la pratique demeure relativement mince[1094], l'imputation à l'Etat du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux n'est guère contestée. Son fondement est plus discuté.

B. Le fondement de la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux

342. Encore qu'il soit peu fréquemment mis en œuvre, le principe de la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel dont les membres forment par la suite son gouvernement paraît solidement ancré en droit international. Cela tient en grande partie à son fondement, qui tient à la continuité entre le mouvement insurrectionnel et le gouvernement qui en résulte. Ce fondement fait de la disposition codifiée à l'article 10 du texte de codification définitif une règle d'attribution.

343. La C.D.I. a sans cesse affirmé qu'elle codifiait une règle d'attribution en rapportant le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux à l'Etat[1095]. La

[1092] France, Conseil d'Etat, *Perriquet*, req n° 119737, 15 mars 1995 (nous soulignons) ; v. aussi, Conseil d'Etat, *Hespel*, req. n° 11092, 5 décembre 1980 et Conseil d'Etat, *Grillo*, req. n° 178498, 28 juillet 1999.

[1093] En l'affaire *Grillo*, le juge français a été jusqu'à affirmer, pour écarter la responsabilité de l'Etat français pour rupture d'égalité devant les charges publiques, que le préjudice subi par le requérant – la destruction de son entreprise de menuiserie par des mouvements insurrectionnels – « trouve son origine directe dans le fait d'un Etat étranger ». En ce sens, P. Dumberry, « New State responsibility for the internationaly wrongful acts by an insurrectional movement », *EJIL*, 2006, p. 605-621, sp. p. 613-615.

[1094] Ainsi que le soulignent P. Dumberry s'agissant du comportement d'un mouvement insurrectionnel formant le gouvernement d'un nouvel Etat (*ibid.*) ou J. d'Aspremont s'agissant des deux hypothèses ici appréhendées (« Rebellion and State responsibility : wrongdoing by democratically elected insurgents », *ICLQ*, 2009, vol. 58, n° 2, p. 427-442, sp. p. 431-432).

[1095] Outre le fait que cette disposition figure dans le chapitre consacré au fait de l'Etat, v. notamment, commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 8 : « l'article à l'examen ne concerne que l'attribution de certains faits à l'Etat. Il ne cherche nullement à définir en même temps la responsabilité internationale qui pourrait éventuellement découler de cette attribution ni à fixer le montant de la réparation due » (*ACDI*, 1975, vol. 2, p. 109) ; R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*,

règle ainsi codifiée présente toutefois de fortes singularités au regard des autres règles d'attribution, de sorte que l'on peut légitimement se demander s'il ne s'agit pas d'un cas de responsabilité du fait d'autrui, et en particulier de succession[1096]. Deux éléments marquent en effet l'originalité de l'article 10 par rapport aux autres dispositions codifiées. Le premier tient au fait que les comportements du mouvement insurrectionnel ne sont rapportés à l'Etat que rétroactivement. C'est en effet une fois que la structure du mouvement devient celle d'un Etat que ses comportements sont considérés comme étatiques *ab initio*. Le second tient à l'identification des obligations primaires auxquelles les comportements du mouvement insurrectionnel peuvent être confrontés. S'agit-il de celles qui pèsent sur l'Etat ou sont-ce celles qui pèsent sur le mouvement insurrectionnel lui-même ? La Commission ne l'a pas précisé. La seconde hypothèse semble la plus probable. Mais elle suppose de considérer que le mouvement en tant que tel est lié par des obligations internationales, de sorte que l'on pourrait le considérer comme un sujet de droit international[1097]. Si son comportement devait ensuite entraîner la respons abilité de l'Etat dont il parvient à former le gouvernement, ce serait alors du fait d'autrui. La première hypothèse n'est toutefois pas totalement exclue. Elle n'est envisageable que lorsqu'un mouvement insurrectionnel devient le nouveau gouvernement d'un Etat, à l'exclusion des cas dans lesquels il forme le gouvernement d'un nouvel Etat. Certaines décisions rendues par le Tribunal irano-américain des réclamations sont en ce sens puisque les comportements du mouvement révolutionnaire ont été confrontés à un traité d'amitié conclu avant la révolution entre l'Iran et les Etats-Unis[1098].

344. Les spécificités de cette règle sont donc marquées. Il semble pourtant qu'elle puisse être considérée comme une règle d'attribution et non comme une règle de succession[1099]. Si tel est le cas c'est davantage en raison de son fondement que parce que le mouvement en cause ne peut être considéré comme un sujet du droit international[1100].

---

§ 196, p. 158 et § 211, p. 163 ; J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 276, p. 56

[1096] Plusieurs membres de la Commission se sont prononcés en ce sens en première lecture (J. Sette Camara, 1316e séance, § 15-16, *ACDI*, 1975, vol. 1, p. 70 ; E. Hambro, 1316e séance, § 35, *ibid.*, p. 72).

[1097] Sur ce point et dans le sens de l'existence de normes opposables aux mouvements insurrectionnels en tant que tels, v. L. Zegveld, *Accountability of armed opposition groups in international law*, Cambridge, C.U.P., 2002, p. 9-93.

[1098] *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, O.D. Brower, p. 86 s., sp. p. 88 ; *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, 3 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 135 s., sp. p. 142-143. En ce sens, D. D. Caron, qui estime toutefois que cette pratique n'est pas suffisante pour aboutir à une conclusion définitive sur ce point (« The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 146).

[1099] En ce sens, lors des débats menés en première lecture à la C.D.I., M. Yasseen (1316e séance, § 11, *ACDI*, 1975, vol. 1, p. 70) et M. Bilge (1317e séance, § 20, *ibid.* p. 76).

[1100] C'est toutefois l'argument retenu dans le commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, dont le § 8 précise qu'on ne peut quoi qu'il en soit parler de succession d'un sujet aux obligations d'un autre car il n'est pas même nécessaire que le mouvement ait été doté de la personnalité juridique internationale pour que son comportement puisse être rapporté à l'Etat (*ACDI*, 1975, vol. 2, p. 109).

Plusieurs raisonnements ont en effet été proposés pour fonder la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel devenu son gouvernement.

Pour certains, l'Etat devrait être tenu responsable du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux car le second a exercé à un moment donné une autorité de fait sur le territoire du premier[1101]. Mais la pratique conduit à écarter cette justification pour deux raisons : la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour le comportement du mouvement insurrectionnel avant même qu'il ait exercé une quelconque autorité sur le territoire de l'Etat ; le comportement d'un mouvement insurrectionnel ayant exercé une autorité de fait sur le territoire d'un Etat avant d'être défait n'est pas attribuable à cet Etat[1102].

Pour d'autres, l'Etat devrait être tenu responsable du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux car il exprimait dès l'origine la véritable volonté nationale[1103]. Mais cette justification doit également être rejetée pour trois raisons : l'imputation n'est, en général, pas conditionnée par l'identification de la véritable volonté nationale ni, en particulier, par la légitimité de l'insurrection[1104] ; les comportements du gouvernement dont la défaite a pourtant montré, si l'on admet ce raisonnement, qu'il n'exprimait pas la véritable volonté nationale continuent d'être considérés comme étatiques ; l'identification de la véritable volonté nationale ne peut dépendre de la voix des armes[1105].

C'est donc parce qu'« il existe une continuité entre l'organisation que le mouvement insurrectionnel s'était donnée avant de s'emparer du pouvoir et l'organisation dont, à la suite du triomphe de sa cause, il a doté le gouvernement de l'Etat préexistant ou celui de l'Etat nouveau »[1106] que le comportement du premier est attribué au second. On ne peut, ni

---

[1101] Ce fondement apparaît par exemple dans l'affaire *Dix*, la Commission mixte Etat-Unis/Venezuela attribuant au second les comportements du mouvement insurrectionnel mené par le général Castro en l'assimilant à un gouvernement *de facto* (1903-1905, *RSA*, vol. IX, p. 119-121) ainsi que sous la plume de certains auteurs (C. de Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 120).

[1102] En ce sens, R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », § 198, *op. cit.*, p. 158 ; commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 2, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 107 ; P. Dumberry, « New State responsibility for the internationaly wrongful acts by an insurrectional movement », *op. cit.*, p. 609-610.

[1103] Ce fondement apparaît de manière nette dans l'affaire de la *Bolivar Railway Company*, la Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela estimant que « *[a] nation is responsible for the obligations of a successful revolution from its beginning, because in theory, it represented ab initio a changing national will, crystallizing in the finally successful result* » (*RSA*, vol. IX, p. 445-455, sp. p. 453) ainsi que sous la plume de certains auteurs (E.M. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, New York, Banks Law Publishing, 1915, p. 241).

[1104] Sur ce point, v. *infra*, section 2.

[1105] En ce sens, R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 198, p. 158 ; commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 2, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 107 ; P. Dumberry, « New State responsibility for the internationaly wrongful acts by an insurrectional movement », *op. cit.*, p. 609-610 ; G. Cahin, « Attribution of conduct to the State : insurrectional movements », *op. cit.*, p. 249.

[1106] Commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 3, *op. cit.*, p. 107. Egalement en ce sens, v. T.I.A.R., *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 94-95, § 33 : « *The successor government is also held responsible for the acts imputable to the revolutionary movement which established it, even if those acts occurred prior to its establishment, as a*

ne doit, exclure que des considérations d'opportunité, tenant à la volonté d'assurer une réparation aux victimes[1107] ainsi qu'à l'intérêt qu'il peut y avoir à affirmer dès l'origine que le mouvement insurrectionnel devra, en cas de succès, assumer en tant que gouvernement la responsabilité de ses comportements antérieurs[1108], aient influé sur cette solution[1109]. Il n'en reste pas moins que la continuité organique ou structurelle entre le mouvement et le nouveau gouvernement d'un Etat ou le gouvernement d'un nouvel Etat a joué un rôle majeur dans son adoption. L'auteur matériel du comportement ne change pas, seule sa qualification juridique évolue[1110] et le droit de la responsabilité s'attache davantage au premier qu'à la seconde.

345. En même temps qu'elle fonde l'imputation du comportement d'un mouvement insurrectionnel à l'Etat, cette continuité la limite. Elle assoit ainsi la position de la C.D.I., qui écarte l'attribution à l'Etat du comportement d'un mouvement qui s'intègrerait à un gouvernement préexistant en vertu d'un accord de réconciliation ou qui obtiendrait le rattachement d'une partie du territoire d'un Etat à un autre Etat sans pour autant former le gouvernement de ce dernier. On peut certes objecter qu'il ne serait alors pas juste de laisser les actes de tels mouvements impunis ou, dans la seconde hypothèse, de retenir la responsabilité de l'Etat sur le territoire duquel ils agissaient[1111]. Toutefois, si l'absence de continuité entre le mouvement insurrectionnel et le gouvernement de l'Etat conduit à écarter l'attribution des comportements du premier au second, elle n'exclut pas qu'il en assume la responsabilité en application d'autres règles, et en particulier des règles de succession[1112].

---

consequence of the continuity existing between the new organization of the State and the organization of the revolutionary movement ».

[1107] Certains, dont J. d'Aspremont, estiment même qu'il s'agit du seul fondement de cette règle, « Rebellion and State responsibility : wrongdoing by democratically elected insurgents », *op. cit.*, p. 427-442

[1108] En ce sens, D.D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, p. 129-135.

[1109] Voir aussi le commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 4 à 6, *op. cit.*, p. 52-53, qui insiste également sur la nécessité de trouver un sujet de droit international auquel la responsabilité puisse être attribuée.

[1110] R. Ago affirmait ainsi de manière significative que « ce n'est pas l'attribution de certains faits à l'Etat que l'on doit considérer comme rétroactive, mais l'attribution de la qualité d'Etat au mouvement insurrectionnel. Quand les structures de ce mouvement deviennent l'appareil d'un Etat, on considère qu'en fait le mouvement insurrectionnel possède depuis le début de son existence cette qualité d'Etat qu'il luttait pour conquérir » (1317^{e} séance, § 31, p. 77 ; v. aussi « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 157-159, p. 142-143 et § 184-196, p. 157-158)

[1111] En ce sens, v., s'agissant de la première hypothèse, J. d'Aspremont, « Rebellion and State responsibility : wrongdoing by democratically elected insurgents », *op. cit.*, p. 436 s. ; s'agissant de la seconde, P. Dumberry, « New State responsibility for the internationaly wrongful acts by an insurrectional movement », *op. cit.*, p. 619-620.

[1112] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 10, *op. cit.*, p. 53-54.

Section 2. L'identification des entités *de facto* assimilables à des organes de l'Etat en période de crise

346. Les difficultés que font naître l'émergence puis la prise de pouvoir par des entités *de facto* en situation de crise institutionnelle ne s'arrêtent pas avec le constat de la possibilité de les assimiler à des organes de l'Etat. Il faut encore déterminer quelles sont ces entités *de facto* (§ 1) et quels sont leurs comportements (§ 2).

§ 1. Identification des entités

347. L'identification des entités *de facto* susceptibles d'être assimilées à des organes de l'Etat aux fins de la responsabilité pose deux difficultés. La première, qui concerne aussi bien les « gouvernements *de facto* » que les « mouvements insurrectionnels ou autres », tient à l'identification du moment à partir duquel un groupe peut être considéré comme ayant pris le pouvoir au sein de l'Etat. Elle ne nous retiendra pas longtemps, les importantes difficultés qu'elle pose étant plus factuelles que juridiques. On remarquera tout de même que le droit international de la responsabilité s'appuie davantage sur l'effectivité que sur la reconnaissance[1113], quand bien même la seconde peut être utilisée comme un indice utile de la première[1114]. Pour que l'Etat soit tenu responsable du comportement d'un groupe révolutionnaire, il faut donc que ce groupe soit parvenu à se substituer au gouvernement légal pour exercer une autorité effective sur l'ensemble ou, au moins, la majeure partie[1115], du territoire étatique[1116]. La seconde, qui ne concerne que les « mouvements insurrectionnels ou autres », tient à l'identification de ces mouvements avant qu'ils accèdent au pouvoir. En retenant finalement cette expression, la Commission

[1113] Comme on l'a vu *supra*, un Etat peut fort bien être tenu responsable du comportement d'un gouvernement non reconnu.

[1114] P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 460-465, soulignant tout à la fois que la reconnaissance de gouvernement « permet de déterminer le véritable titulaire de [la] responsabilité internationale [de l'Etat] » et que « bien que la décision de reconnaître soit justifiée par l'autorité effective du nouveau gouvernement, l'appréciation reste fort subjective dans la pratique : les conditions d'opportunité politique sont souvent décisives ». Sur ce point, v. aussi, A.C. Bundu, « Recognition of revolutionary authorities : law and practice of States », *ICLQ*, 1978, p. 18-45.

[1115] Dans le cas contraire, il s'agit tout au plus d'un gouvernement *de facto* local, dont le comportement n'est pas imputable à l'Etat (sur ce point, v. *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1).

[1116] M. Sassoli estime ainsi que le gouvernement des Talibans devait être considéré comme le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan dès lors qu'il exerçait son autorité sur 90 % du territoire afghan, tandis que le gouvernement *de jure* et les forces qui lui étaient restées loyales n'en contrôlaient plus que les 10 % restants (« La 'guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *op. cit.*, p. 218-219).

du droit international a entendu englober l'ensemble des mouvements révolutionnaires, qu'ils soient sujets de droit international ou non (A), qu'ils soient légitimes ou non (B).

A. L'indifférence de la personnalité internationale du mouvement

348. Bien que la C.D.I. se soit longtemps attardée en première lecture sur la question de la subjectivité internationale des mouvements insurrectionnels, celle-ci est indifférente aux fins d'imputation de leurs comportements à l'Etat.

349. La question de la définition des mouvements insurrectionnels fit l'objet de débats importants en première lecture. Deux raisons l'expliquent. La première tient aux controverses qui agitaient alors la doctrine quant à la possibilité de considérer un mouvement insurrectionnel comme sujet de droit international. La seconde tient au fait qu'une disposition spécifique était alors consacrée à la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel, par opposition à sa responsabilité pour le comportement de groupes n'ayant pas accédé à la subjectivité internationale. Ceci explique que R. Ago ait, en proposant un article consacré aux comportements d'organes d'autres sujets de droit international, y compris les mouvements insurrectionnels, insisté sur la personnalité internationale de tels mouvements[1117]. Les débats se sont alors concentrés sur la difficulté qu'il pouvait y avoir à déterminer dans quelles circonstances un mouvement insurrectionnel pouvait être considéré comme doté de la personnalité internationale[1118], certains considérant cette personnalité comme objective, en ce sens qu'elle découle de l'effectivité du mouvement, d'autres la percevant comme subjective, en ce sens qu'elle résulte de la reconnaissance du mouvement[1119]. Estimant toutefois qu'elle n'avait pas à trancher ces débats délicats dans le cadre d'un projet consacré à la responsabilité[1120], la Commission retint finalement une formule large selon laquelle l'article 14 adopté en première lecture s'applique dès lors que le comportement de l'organe du mouvement peut

[1117] « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 152-153, p. 140-141, § 160, p. 143 et § 180, p. 151.
[1118] Outre les membres cités *infra*, v. Ouchakov, 1313e séance, § 7, p. 52-53 ; Elias, 1313e séance, § 30, p. 55-56 ; Martinez Moreno, 1314e séance, § 18, p. 59
[1119] Dans le sens de la reconnaissance constitutive, Reuter, 1312e séance, § 31, p. 50 ; El-Erian, 1312e séance, § 36, p. 51 ; Tammes, 1314e séance, § 20, p. 59 (qui estime que la condition de la personnalité internationale du mouvement doit être écartée). Sur ce point, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 632-634.
[1120] En ce sens, R. Ago, 1314e séance, § 4, p. 57 et 1315e séance, § 37, p. 65-66 ; v. aussi Tammes, 1314e séance, § 20, p. 59 ; Kearney, 1314e séance, § 26, p. 60 ; Ouchakov, 1314e séance, § 37, p. 61 ; finalement Reuter, 1315e séance, § 22, p. 64.

lui être attribué d'après le droit international[1121]. Quoi qu'il en soit, le comportement de simples particuliers n'étant pas davantage imputable à l'Etat territorial que celui d'un mouvement insurrectionnel, il n'y avait là qu'un problème de classification[1122]. La définition du mouvement insurrectionnel revêtait à l'inverse une importance considérable dès lors que, victorieux, ses comportements pouvaient être imputés à l'Etat. Elle ne fut pourtant guère développée lors des travaux consacrés à cette hypothèse. Tout juste la Commission suggéra-t-elle que, pour qu'il en aille ainsi, il n'était pas nécessaire que ledit mouvement ait accédé à la subjectivité internationale[1123], ni même qu'il ait exercé son contrôle sur une partie du territoire étatique[1124].

350. Malgré la suppression de la règle d'attribution négative selon laquelle le comportement d'un mouvement insurrectionnel n'est en principe pas attribuable à l'Etat territorial, la Commission se pencha à nouveau en seconde lecture sur la définition d'un tel mouvement. Constatant qu'il n'était pas nécessaire qu'il ait accédé à la subjectivité internationale pour que ses comportements soient rétroactivement imputés à l'Etat, J. Crawford proposa de raisonner par analogie avec l'article 1er du deuxième protocole additionnel aux Conventions de Genève qui distingue les conflits impliquant des « forces armées dissidentes [et] groupes armés organisés, qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie [du territoire d'un Etat partie] un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent protocole » des « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues »[1125]. La Commission admit que ces dispositions pouvaient « servir de guide » aux fins d'identification des mouvements entrant dans le champ d'application de son article 10[1126]. S'il en était ainsi, alors les comportements d'insurgés parvenus au pouvoir ne pourraient être attribués rétroactivement à l'Etat qu'à la double condition qu'ils se soient dotés d'une certaine organisation et qu'ils aient exercé un contrôle sur un territoire au cours de leur lutte. D'aucuns estiment alors que seraient exclus de l'attribution, les agissements commis par les auteurs d'un coup d'Etat ayant abouti, de tels troubles « tomb[ant] bien en dessous du seuil requis par le protocole additionnel aux Conventions

[1121] Article 14, alinéa 3 adopté en première lecture et commentaire, § 2 et 31, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 97 s.
[1122] Comme l'admit le rapporteur spécial (1317e séance, § 32, p. 77).
[1123] Commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 8, *op. cit.*, p. 109 ; également en ce sens R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 158, p. 143, § 195-196, p. 157-158 et § 213, p. 165.
[1124] Commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 3, *op. cit.*, p. 107.
[1125] Article 1 du deuxième protocole additionnel aux Conventions de Genève. Proposée par J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 270, p. 57.
[1126] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 9, *op. cit.*, p. 53.

de Genève »[1127]. Il n'est toutefois pas certain qu'il en aille ainsi. L'analogie ne convainc en effet pas. Tandis que les dispositions de l'article 1er du deuxième Protocole aux Conventions de Genève visent à déterminer le seuil à partir duquel le régime protecteur que ce Protocole prévoit se déclenche, la logique de l'article 10 C.D.I. tend à remonter *a posteriori* aux origines du mouvement considéré comme l'embryon d'une structure étatique. Le critère du contrôle territorial, déjà assoupli puis écarté en droit des conflits armés[1128], ne devrait alors pas trouver à s'appliquer. Il semble dès lors que les comportements des auteurs d'un coup d'Etat ayant abouti puissent être attribués à l'Etat dont la responsabilité pourrait alors être engagée pour les violations du droit international commises au cours du processus les ayant menés au pouvoir[1129].

B. L'indifférence de la légitimité du mouvement

351. Parallèlement au problème de la personnalité internationale du mouvement, celui de sa légitimité a pu être soulevé. Certains ont d'abord perçu la légitimité d'un mouvement comme une preuve ou condition de sa subjectivité[1130]. Mais, dès lors que la seconde n'est pas considérée comme une condition d'attribution, la première ne pose plus de difficultés. D'autres y ont toutefois vu un problème spécifique, dans deux sens opposés. Pour les uns, le caractère illégitime voire illicite d'un mouvement insurrectionnel devrait conduire, quand bien même il serait victorieux, à refuser d'attribuer ses comportements à un Etat[1131]. Reposant sur la crainte que l'attribution aux fins de la responsabilité constitue une reconnaissance implicite du gouvernement formé ou de l'Etat créé par un mouvement insurrectionnel illégitime, cette position est toutefois contrebalancée par le risque « de laisser à l'abri de toute responsabilité un nouveau gouvernement ou un nouvel Etat du fait qu'il tire son origine d'un mouvement insurrectionnel qualifié d''illégitime' ou d'un mouvement insurrectionnel arrivé au pouvoir à la suite d'agissements internationalement

[1127] En ce sens, J. d'Aspremont, « La licéité des coups d'Etat en droit international », *in* S.F.D.I., *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 123-142, sp. p. 136-138.
[1128] La définition adoptée par le TPIY selon laquelle l'expression conflit armé désigne tout « recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat » (*Tadic*, IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, § 70) a été reprise à l'article 8 § 2 f du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Sur ce point, v. E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 4e édition, Bruylant, Bruxelles, 2008, sp. p. 136-141.
[1129] *Contra*, J. d'Aspremont, « La licéité des coups d'Etat en droit international », *op. cit.*, p. 136-138. Nous ne discutons pas ici l'existence d'une règle interdisant les coups d'Etat en droit international. Il s'agit simplement de réfuter l'idée selon laquelle les violations des droits de l'homme commises au cours d'un coup d'Etat ne pourraient être attribuées à l'Etat.
[1130] Après que P. Reuter y eut fait allusion (1312e séance, § 31, p. 50), M. Bedjaoui insista sur ce point (1313e séance, § 12-18, p. 53-54).
[1131] N. Ouchakov, 1316e séance, § 20, p. 71 ; 1317e séance, § 26, p. 77.

illicites »[1132]. Pour d'autres, à l'inverse, le caractère légitime d'un mouvement insurrectionnel devrait conduire à ne pas attribuer ses comportements à l'Etat dont il constitue, après sa victoire, le gouvernement[1133]. Cette position repose en réalité sur le souci de favoriser les mouvements insurrectionnels légitimes en absolvant l'Etat dont ils parviennent à former l'organisation de la responsabilité pour leurs comportements. Mais, outre que la fin poursuivie ne justifie pas nécessairement les moyens d'y parvenir, l'attribution d'un comportement à l'Etat ne préjuge pas de sa responsabilité et les règles primaires comme les circonstances excluant l'illicéité peuvent conduire à atténuer la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel légitime sans qu'il soit nécessaire de remettre en cause les règles d'imputation. On doit donc conclure avec la Commission qu'« aucune distinction ne doit être faite entre différentes catégories de mouvements sur la base d'une quelconque 'légitimité' internationale ou d'une quelconque illégalité eut égard à leur établissement en tant que gouvernement »[1134]. Tout juste peut-on regretter que l'expression retenue par la C.D.I. – celle de mouvement insurrectionnel ou autre – conduise à une qualification que l'on peut juger péjorative de mouvements pourtant considérés comme légitimes, tels que les mouvements de libération nationale[1135].

§ 2. Identification des comportements

352. Une fois admis qu'un Etat est responsable des comportements d'un mouvement insurrectionnel qui est parvenu à former son organisation, encore faut-il identifier lesdits comportements. En effet, structure de fait, le mouvement insurrectionnel n'en est pas moins une entité collective, un être corporatif[1136], dont il est dès lors nécessaire d'identifier les comportements[1137].

[1132] Commentaire de l'article 15 adopté en première lecture, § 20, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 113 ; commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 11, *op. cit.*, p. 122.
[1133] En ce sens H. Atlam, « International liberation movements and international responsibility », *in* M. Spinedi and B. Simma (dir.), *United Nations codification of State responsibility*, New-York, Oceana, 1987, p. 35-56.
[1134] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 11, *op. cit.*, p. 122.
[1135] Soulignant ce problème, A. Pellet, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite – et fin ? », *AFDI*, 2002, p. 1-23, sp. p. 5.
[1136] G. Cahin, « Attribution of conduct to the State : insurrectional movements », *op. cit.*, p. 255.
[1137] L. Zegveld, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op. cit.*, p. 152.

A. Les travaux de la Commission du droit international

353. La C.D.I. ne s'est guère attardée sur ce problème. Elle mentionnait certes en première lecture, à la suite de R. Ago[1138], « l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire en vertu du droit international »[1139]. Elle semblait ainsi considérer que l'identification des comportements d'un mouvement insurrectionnel devait se faire en application de règles internationales d'attribution et qu'un tel mouvement disposait d'organes. Mais, outre que cette formule a disparu du texte adopté en seconde lecture, elle ne visait que les cas dans lesquels le mouvement en cause pouvait être considéré comme un sujet de droit international. Or, si cette condition devait être satisfaite pour que les comportements d'un mouvement relèvent de l'article 14 et non de l'article 11 adoptés en première lecture, elle ne doit pas nécessairement l'être pour qu'ils soient rapportés à l'Etat en vertu de l'article 10 du texte de codification définitif. Celui-ci inclut non seulement des groupes ayant atteint un degré d'organisation tel qu'ils puissent être considérés comme des sujets de droit international mais encore des groupes dont l'organisation est plus rudimentaire[1140]. Or, le commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif précise seulement que n'est attribuable à l'Etat « que le comportement du mouvement en tant que tel, et non les faits et gestes des membres du mouvement, agissant à titre individuel »[1141]. Tout en pointant la difficulté d'identifier les comportements attribuables au mouvement, le texte de la C.D.I. ne permet donc guère de la résoudre.

B. La pratique judiciaire

354. La pratique fournit quelques renseignements sur ce point. Le Tribunal irano-américain a ainsi été confronté à la gageure d'identifier les comportements imputables au gouvernement révolutionnaire iranien dans la période troublée qui a précédé sa prise de pouvoir définitive. S'il a alors considéré que les agissements de l'Ayatollah Khomeini étaient imputables au nouveau gouvernement car il était le leader du mouvement

[1138] Celui-ci mentionne les faits « qu'on attribuait auparavant au mouvement insurrectionnel, parce que commis par ses organes » (« Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 157, p. 143).
[1139] Article 14 adopté en première lecture, « Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel », *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 97.
[1140] Soulignant cet élément, G. Cahin, « Attribution of conduct to the State : insurrectional movements », *op. cit.*, p. 255.
[1141] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 120.

révolutionnaire ayant conduit à sa formation[1142], il a éprouvé davantage de difficultés s'agissant d'identifier précisément les structures de ce mouvement[1143]. Pour y parvenir, le Tribunal, établissant une analogie entre les structures d'un mouvement insurrectionnel et celles d'un Etat, a appliqué les règles dégagées par la C.D.I.[1144]. C'est ainsi qu'il a transposé les règles applicables aux Etats pour affirmer que « *the acts of supporters of a revolution cannot be attributed to the government following the success of the revolution just as the acts of supporters of an existing government are not attributable to the government* »[1145]. De même, c'est après avoir fait référence aux articles 5 et 8 adoptés par la C.D.I. en première lecture qu'il a considéré que, si les Gardiens de la Révolution ne pouvaient être qualifiés d'organes, leur origine, leurs fonctions et la tolérance de Khomeini vis-à-vis de leurs activités rendait leurs comportements attribuables à l'Iran à moins que celui-ci démontre qu'il ne pouvait les contrôler[1146]. L'analogie entre les structures du mouvement insurrectionnel et celles d'un Etat est telle dans la jurisprudence du Tribunal que son apport à l'identification des comportements attribuables à l'Etat a été abondamment discuté, que ce soit pour démontrer que le comportement d'un groupe non étatique peut être attribué à l'Etat parce qu'il a agi sous son contrôle, éventuellement global[1147], ou plutôt dans l'exercice de ses fonctions[1148] ou encore parce qu'il a été assimilé à un organe de fait sur la base d'une combinaison d'indices factuels mêlant exercice de

---

[1142] *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, sp. p. 102 : 2 : « *The Tribunal is convinced that statements and acts of Ayatollah Khomeini are attributable to the new government, as it is beyond doubt that he was the leading organ of the revolutionary movement wich became the new government* ».

[1143] Le Tribunal en fait l'aveu en l'affaire *Rankin* en signalant d'abord que « *several problems remain even though it is an accepted principle of international law that acts of an insurrectional or revolutionary movement wich becomes the new government of a State are attributable to the State* » avant de ranger au rang de ces problèmes la question de savoir si les actes « *are acts of the revolutionary movment itself, rather than acts of unorganized mobs or of individuales that are not attributable to the movement* » (*Rankin v. Islamic Republic of Iran*, 3 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 135 s., sp. p. 143-144).

[1144] En ce sens, D. Caron, *op. cit.*, p. 147 ; P. Daillier *et al.*, « Tribunal irano-américain des réclamations. Chronique n° 4 : la jurisprudence du Tribunal et la question de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat », *AFDI*, 2002, p. 407-454, sp. p. 446-447 ; D. Müller, « Other specific regimes of responsibility : the Iran-US claims Tribunal », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 843-848, sp. p. 847.

[1145] *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 85.

[1146] *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 104.

[1147] Cette affaire est ainsi citée par la C.D.I. dans le commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif afin de déterminer le degré de contrôle nécessaire pour attribuer le comportement d'une entité non étatique à l'Etat (§ 5, *op. cit.*, p. 50). C'est également sous cet angle que le T.P.I.Y. l'avait appréhendée (*Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, § 127). Cette interprétation est également retenue par A. Cassese, pour qui le Tribunal a essentiellement tenu compte du contrôle que l'Iran exerçait sur ces Gardiens (« The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *EJIL*, 2007, n° 18, p. 649 s., sp. n. 17).

[1148] Cette affaire est ainsi citée par la C.D.I. à l'appui de la règle codifiée à l'article 9 du texte de codification définitif selon laquelle le comportement d'une entité non étatique doit être attribué à l'Etat si elle exerce des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (§ 2, *op. cit.*, p. 51).

fonctions étatiques et acquiescement[1149]. Il ne faut toutefois pas perdre de vue le contexte de transition révolutionnaire dans lequel cette décision s'inscrit[1150]. Celui-ci peut expliquer que le Tribunal ait dû se référer à plusieurs dispositions nettement distinctes du texte adopté en première lecture par la C.D.I. pour considérer que les comportements des Gardiens de la Révolution devaient être présumés attribuables à l'Iran. Il conduit à considérer que les indices relevés par le Tribunal l'ont amené à considérer les Gardiens de la Révolution d'abord comme des organes du mouvement insurrectionnel qui allait prendre le pouvoir en Iran, ensuite comme des organes du gouvernement *de facto* qui s'y était constitué.

355. Ce contexte révolutionnaire aurait d'ailleurs pu faire l'objet d'une prise en compte accrue par le Tribunal. Certains ont ainsi souligné les limites de l'assimilation d'un mouvement insurrectionnel à un Etat. Filant une métaphore sportive, le juge Brower a ainsi estimé que le Tribunal se trouvait dans la situation d'un joueur de criquet à qui l'on demanderait de s'entraîner sur un terrain de baseball : « *the territory, while vaguely familiar, somehow does not fit* »[1151]. Plusieurs éléments distinguent en effet la situation du mouvement insurrectionnel de celle de l'Etat. Outre qu'il n'a pas nécessairement atteint un degré d'organisation analogue à celui d'un Etat, l'attribution d'un comportement à un mouvement insurrectionnel peut causer d'importantes difficultés probatoires. Nombreux sont ainsi les requérants qui n'ont pu obtenir réparation devant le Tribunal faute d'avoir pu établir avec une certitude suffisante qu'ils avaient été expulsés d'Iran par des membres du mouvement révolutionnaire[1152]. Le juge Brower comme ceux qui l'ont suivi dans cette direction[1153] n'ont toutefois pas proposé de développer des règles d'imputation particulières adaptées aux mouvements insurrectionnels ou aux situations révolutionnaires. Ils ont plutôt suggéré de substituer un raisonnement causal à un raisonnement centré sur l'imputation. Il s'agirait alors d'engager la responsabilité de l'Iran pour tous les comportements qui trouvent leur origine dans les faits dont il est certain qu'ils sont imputables au mouvement insurrectionnel[1154].

[1149] A. de Hoogh, « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on State responsibility, the Tadic case and attribution of acts of Bosnian serb authorities to the FRY », *op. cit.*, p. 271 ; P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, *op. cit.*, p. 114-117.

[1150] En ce sens, D. Caron, (« The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *in* R. B. Lillich and D. Magraw (dir.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of state responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998, p. 109-181, sp. n. 93, p. 140-141.

[1151] O.D. Brower sur *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 86.

[1152] *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, sp. p. 85 ; *Arthur Young and Co v. Islamic Republic of Iran*, 1er décembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 245 s., sp. p. 257.

[1153] En particulier D. Caron, « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *op. cit.*, sp. p. 154.

[1154] Pour le juge Brower, « *there was a cause and effect relationship* » entre la politique du régime de Khomeini et les événements qui avaient conduit au départ des requérants si bien que « *the total failure [of the Ayatollah] to act in any way to quell the expulsive fervor of his adherents as it rose and peaked over a period of months should permit attribution to him of responsibility to the consequences. The fire brigade*

*

* *

356. Les solutions retenues en période de crise institutionnelle ne trouvent que rarement à s'appliquer. Elles sont d'un maniement délicat dans un contexte factuel troublé. Mais elles sont néanmoins clairement établies. Or, elles confirment que le droit international de la responsabilité se concentre sur l'organisation effective dont l'Etat est doté davantage que sur l'organisation qui résulte du droit interne[1155]. Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que l'imputation soit une opération factuelle. D'abord car il se peut fort bien qu'une règle internationale d'imputation renvoie au fait dans ce cas particulier sans nécessairement qu'il en aille ainsi en toute hypothèse. Ensuite, parce que, même dans ce cas, l'interprète peut être tenté de modeler l'opération d'imputation en fonction de ses propres fins, que ce soit pour affranchir l'Etat né d'un mouvement de libération nationale de toute responsabilité pour les agissements de ce mouvement en raison de sa légitimé ou pour éviter de « fragiliser un processus de paix incertain [et] compromettre les efforts d'un Etat engagé vaille que vaille sur la voie de la reconstruction »[1156] en considérant, au stade de la qualification juridique des faits, qu'il n'y a pas de « continuité réelle et substantielle » entre un mouvement insurrectionnel et un gouvernement de réconciliation nationale[1157].

---

commander who studiously looks the other way while the arsonist is at work in his midst is no less guilty of the wrong » (O.D. Brower, *ibid.*, p. 86 s., sp. p. 93-95).

[1155] En ce sens, G. Morelli, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1956, vol. 89, p. 437-604, sp. p. 551-552.

[1156] G. Cahin, « L'Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion ? » *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 177-209, sp. p. 205. Egalement en ce sens, R. Geiss, « Failed States : legal aspects and security implications », *GYIL*, 2004, vol. 47, p. 457-501, sp. p. 485.

[1157] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 53.

Conclusion de la partie :

357. Organe de l'Etat au sens du droit interne et organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité sont donc deux notions qui ne se recouvrent pas. La seconde est nettement plus large que la première. Elle inclut, outre les organes de l'Etat au sens du droit interne, les démembrements territoriaux, les démembrements fonctionnels dans la mesure où ils demeurent structurellement et fonctionnellement étroitement liés à l'Etat, mais aussi des entités de fait, qu'il s'agisse d'entités placées sous sa totale dépendance, voire qui sont en fait étroitement liées à lui sur les plans structurel et fonctionnel, ou de gouvernements *de facto*. Même les comportements d'un mouvement insurrectionnel qui parviendrait à prendre le pouvoir au sein de l'Etat lui sont, rétroactivement, attribués car ce mouvement est considéré comme un embryon d'appareil étatique. Le comportement de ces entités est présumé imputable à l'Etat car elles sont considérées comme formant l'appareil étatique.

358. Certains en déduiront que le droit international redéfinit ainsi les contours de l'Etat, les modèle pour ses propres fins. D'autres estimeront à l'inverse qu'il se borne à entériner une situation factuelle, à enregistrer une structure étatique qui s'impose à lui. Il reste délicat de trancher entre ces solutions opposées. Quelques éléments peuvent toutefois peser. Si elle révèle avant tout l'unité profonde des solutions retenues en la matière, l'étude des cas dans lesquels une entité est considérée comme un organe de l'Etat aux fins du droit de la responsabilité internationale a permis de mettre en lumière certaines controverses mais aussi certaines déviations, actuelles ou potentielles. Au rang des controverses, figurent à titre principal les discussions sur la possibilité de considérer une entité factuelle comme un organe de l'Etat et sur les circonstances dans lesquelles cela est envisageable. Au rang des déviations actuelles, se rangent les solutions retenues en droit international économique tendant soit à étendre la catégorie des organes de l'Etat soit au contraire à la restreindre en y incluant ou en en excluant les monopoles et entreprises d'Etat. Au rang des déviations potentielles, se place la possibilité d'exclure les démembrements territoriaux du champ d'application des obligations internationales pesant sur l'Etat. Ajoutés aux divergences qui ont pu être identifiées ici ou là entre les solutions retenues en droit de la responsabilité et celles adoptées dans d'autres branches du droit international, ces éléments tendent à montrer que le fait de l'Etat est bien une construction du droit international de la responsabilité. Cette construction tend toutefois pour l'essentiel à renvoyer à une organisation effective. Bien qu'elle renvoie au fait, la règle n'est pas purement tautologique. Non qu'elle puisse être violée. Mais les Etats pourraient s'accorder pour qu'elle diffère.

359. La seconde étape du processus conduisant à considérer un fait comme étatique, qui se concentre cette fois sur le comportement accompli, confirme ces rapports entre fait et droit dans l'opération d'imputation d'un fait à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale.

Partie 2. L'imputation *ratione materiae*

360. La règle selon laquelle sont imputables à l'Etat les comportements de ses organes constituant « l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale »[1158], l'identification des organes étatiques constitue une avancée importante dans l'enquête visant à identifier les faits de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité. Elle n'est toutefois qu'« un point de départ »[1159]. R. Ago considérait ainsi qu'il « n'est nullement dit *a priori* que les actions ou omissions de [tous les organes] doivent être considérées, sans plus, comme faits de l'Etat sur le plan international (…). Il n'est pas dit, surtout, que, en reconnaissant qu'on attribue à l'Etat sujet de droit international les comportements émanant de ses propres organes (…), on ait achevé l'inventaire des comportements qui peuvent entrer en considération comme 'faits de l'Etat' aux fins du rattachement à ces faits d'une responsabilité internationale »[1160]. Même s'il limitait la notion d'organe aux entités dotées de ce statut dans l'ordre interne[1161], ses observations n'en restent pas moins pertinentes lorsqu'on retient une conception élargie de la notion d'organe au sens du droit international de la responsabilité. Ni l'attribution à l'Etat des comportements de ses organes subalternes, ni celle de ses organes législatifs ou judiciaires ne font plus débat[1162]. Mais deux phénomènes symétriques se conjuguent pour rendre nécessaire une approche matérielle du fait étatique. Le premier tient à la diversification des fonctions prises en charge et des moyens d'action employés par les organes de l'Etat. Le second à la diversification des modalités de prise en charge des fonctions et d'exercice des pouvoirs étatiques qui ne sont plus l'apanage exclusif des organes de l'Etat.

361. Ces phénomènes ont pu conduire au développement d'approches matérielles du phénomène étatique dans plusieurs branches du droit international. Certaines d'entre elles ont ainsi pu préférer le critère matériel au critère organique pour préciser le champ d'application des obligations, primaires, qu'elles font peser sur l'Etat. C'est ainsi que certaines obligations ne pèsent sur l'Etat que dans la mesure où il agit dans l'exercice de la puissance publique[1163] ou, tout au contraire, que seules les activités de puissance publique

[1158] C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 385.
[1159] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 41.
[1160] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, § 122, p. 251.
[1161] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Introduction.
[1162] *Ibid*.
[1163] V. *infra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

échappent à l'emprise d'autres obligations[1164]. Face à ces évolutions, le droit des immunités a également développé une approche matérielle de l'Etat. D'abord pour identifier les bénéficiaires de l'immunité de l'Etat, catégorie dont font partie les entités habilitées à accomplir « des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat »[1165]. Ensuite pour restreindre le bénéfice de ces immunités aux activités qui relèvent de cette autorité souveraine, qu'elles soient accomplies par des organes de l'Etat ou d'autres entités[1166].

362. En droit de la responsabilité, l'approche matérielle du phénomène étatique ne s'est pas substituée à l'approche organique. Elle l'a complétée. Une substitution supposerait de ne plus tenir compte de la personne qui agit pour considérer qu'un fait n'est imputable à l'Etat que s'il a été accompli dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir, voire dans un but, étatique[1167]. Mais telle n'est pas la solution qui se dégage de la pratique suivie en droit international de la responsabilité. En effet, même si une approche matérielle du fait étatique est nécessaire, elle ne remplace pas l'approche organique car, tandis que l'imputation à l'Etat du fait de ses organes est la règle (Titre 1), celle du fait d'entités non-étatiques constitue l'exception (Titre 2).

[1164] Ainsi le droit communautaire contient-il des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs ainsi qu'à la liberté d'établissement et de prestations de services qui ne s'appliquent toutefois pas respectivement aux « emplois dans l'administration publique » (article 39 TCE), que la C.J.C.E. a interprétés en les limitant aux emplois « qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » (*Commission c. Belgique*, aff. 149/79, 17 décembre 1980, § 10), et aux « activités participant à l'exercice de l'autorité publique » (Articles 45 et 55 TCE), de même que des dispositions relatives à la libre concurrence à l'application desquelles échappent les activités de puissance publique. Sur ces points, v. A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002 ; C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004.

[1165] Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, article 2, al. 1, b) iii. Le projet établi par la C.D.I. parlait d'entités « habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat » (*ACDI*, 1991, vol. 2, partie 2, p. 13). Sur ce point, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 116-142.

[1166] Sur ce point, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, *op. cit.*, p. 376-389.

[1167] G. Timsit, *Le rôle de la notion de fonctions administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1963, p. 223 s., qui parle alors d'« imputation fonctionnelle ».

Titre 1. Les faits des organes

363. « Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international »[1168]. L'affirmation a la force de l'évidence. Elle doit tout de même être précisée. Elle ne vaut que pour les comportements accomplis par les organes en cette qualité (chapitre 2). Mais elle vaut pour tous les comportements accomplis par les organes en cette qualité (chapitre 1).

[1168] Article 4 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 41.

Chapitre 1. Les faits accomplis en qualité d'organe

364. Les comportements accomplis par les organes de l'Etat agissant en cette qualité lui sont attribués aux fins de la responsabilité internationale. Pour être exacte, l'assertion est faussement simple. Approches théoriques et pratiques suivies dans d'autres domaines conduisent en effet à s'interroger sur le caractère étatique de certains comportements accomplis par les organes de l'Etat agissant en cette qualité. Deux difficultés particulières se posent.

365. La première tient à la nature du comportement accompli. Avec le développement des interventions de l'Etat en dehors de ses domaines d'activité traditionnels, la question du caractère étatique de comportements accomplis par les organes de l'Etat à la manière d'acteurs privés a pu être discutée. Dans les ordres internes, cette diversité des domaines d'intervention et modes d'action de l'Etat a tôt conduit au développement de théories selon lesquelles l'Etat serait « une personnalité à double face : il est à certains égards une personnalité morale de droit privé accomplissant des actes de gestion sur son patrimoine, traitant avec les particuliers par des contrats, exerçant certaines industries, possédant certains biens, et soumis dans ses actes aux règles du droit privé ; il est à d'autres égards un être juridique supérieur possédant des droits éminents auxquels aucun particulier ne peut prétendre et qui ont tous leur source dans le droit de souveraineté, ou droit de commander aux particuliers et de s'en faire obéir »[1169]. Ces théories connaissent certains prolongements dans l'ordre international. C'est ainsi que le droit des immunités a progressivement évolué pour tenir compte de la diversification des modes et domaines d'intervention de l'Etat. D'absolue, la protection accordée à l'Etat dans les ordres internes de ses pairs s'est restreinte en même temps qu'il développait son action en dehors de ses champs traditionnels car « il paraîtrait choquant que les Etats (…) continuent à bénéficier d'une protection qui leur avait été accordée dans leur qualité de souverain et alors qu'ils usaient de leurs prérogatives de puissance publique (*jure imperii*), alors même qu'ils agissent selon le droit des simples particuliers (*jure gestionis*) et se dépouillent de leur qualité éminente »[1170]. La question de la distinction entre actes d'autorité, entendus

[1169] L. Michoud, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *RDP*, 1895, p. 1-31, sp. p. 2. Sur ce point, v. Ch. Leben, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'Etat », *in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Scientifica, p. 131-167, sp. p. 133-135.

[1170] J. Combacau *in* J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8e édition, 2008, p. 249. Sur l'évolution du droit des immunités, v. I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités de l'Etat en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

comme les actes accomplis par un Etat en sa qualité de personne publique, et actes de gestion, entendus comme les actes accomplis par l'Etat à la manière d'une personne privée[1171], a également gagné le droit de la responsabilité. Deux raisonnements ont pu conduire à ce glissement. D'une part, si seuls les actes d'autorité méritent une protection dans les ordres internes, c'est parce qu'ils seraient les seuls à exprimer le pouvoir souverain, à être proprement étatiques. D'autre part, si les comportements accomplis *de jure gestionis* peuvent faire l'objet de procédures dans les ordres internes, il ne serait plus nécessaire que la responsabilité de l'Etat soit engagée pour de tels comportements dans l'ordre international. Le droit international de la responsabilité ignore toutefois la distinction, rapportant à l'Etat l'ensemble des comportements de ses organes (section 1).

366. La seconde difficulté tient à la conformité du comportement accompli au droit interne. Là encore, approches théoriques et pratiques suivies dans d'autres branches du droit auraient pu conduire à distinguer selon que les organes de l'Etat ont agi conformément au droit interne ou en excédant leur pouvoir (*ultra vires*). C'est ainsi que la perception de l'Etat comme personnification d'un ordre juridique aurait pu conduire à considérer que seuls les comportements accomplis par ses organes conformément aux normes de cet ordre peuvent lui être rapportés[1172]. Nul ne le prétend plus. Mais, sans aller jusque-là, les comportements des individus-organes sont parfois confrontés au droit interne pour déterminer s'ils peuvent être imputés à l'Etat. C'est d'abord le cas dans certains systèmes nationaux, qui distinguent la faute de service de la faute personnelle, cette dernière catégorie incluant les fautes qui, bien qu'accomplies dans le cadre du service, revêtent une gravité particulière[1173]. C'est ensuite le cas dans le droit des traités, qui prévoit que les traités conclus en violation manifeste d'une règle de droit interne d'importance fondamentale sont nuls[1174]. En droit de la responsabilité, les comportements des organes sont imputés à l'Etat, quand bien même ils auraient violé le droit interne ou agi contrairement aux instructions reçues (section 2).

[1171] J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 29-30. Sur les critères de la distinction, v. aussi *infra*, Titre 2, chapitre 1.

[1172] Sur cette conception, v. H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953-III, vol. 84, p. 1-203, sp. p. 88. V. aussi, *supra*, Introduction générale.

[1173] R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 2001, 15e édition, p. 1385-1394. La qualification d'une faute comme personnelle n'exclut toutefois pas que la responsabilité de l'administration soit engagée, qu'il y ait cumul de fautes ou de responsabilités (*ibid.*). Pour une comparaison des solutions retenues en droit français de la responsabilité administrative et en droit de la responsabilité internationale, v. J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, LGDJ, 1966.

[1174] Article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sur ce point, v. « Article 46 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 1703-1719.

Section 1. L'absence de distinction quant à la nature du comportement

367. Malgré quelques incertitudes, la Commission du droit international (§ 1) semble avoir correctement traduit la pratique internationale (§ 2) en retenant que les comportements des organes de l'Etat demeuraient des faits étatiques qu'ils aient été accomplis *de jure imperii* ou *de jure gestionis*.

§ 1. Les travaux de la Commission du droit international

368. Tandis que le silence gardé par la C.D.I. sur la question de l'imputation à l'Etat des comportements accomplis *de jure gestionis* par ses organes a pu faire naître le doute sur sa position en première lecture (A), celui-ci fut levé lors de la reprise de ses travaux sous l'impulsion de J. Crawford (B).

A. L'incertitude née des premiers travaux de la Commission du droit international

369. La question des domaines dans lesquels interviennent les différentes entités dont le comportement est susceptible d'être imputé à l'Etat n'a guère été débattue lors de la première lecture des travaux de la Commission. Si elle fut abordée s'agissant des institutions dotées d'une personnalité autonome en droit interne, dont seuls les comportements accomplis dans un secteur d'activité à l'égard duquel elles sont chargées de l'exercice de prérogatives de puissance publique pouvaient être rapportés à l'Etat[1175], elle fut en revanche ignorée s'agissant des organes de l'Etat au sens du droit interne[1176].

[1175] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 18 (*ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 293). Sur cette question, voir aussi *infra*, Titre 2, Chapitre 1. Le même commentaire précisait toutefois, s'agissant cette fois du comportement des organes des collectivités publiques territoriales, que les comportements qu'ils accomplissent en violation d'obligations contractuelles demeurent attribuables à l'Etat même s'il est peu probable qu'ils engagent sa responsabilité internationale, faute d'obligation internationale pesant sur lui en ce domaine (§ 12, *ibid.*, p. 292).

[1176] L'article 6 adopté en première lecture précisait certes que le fait qu'un organe « appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre » était indifférent aux fins de l'attribution (*ACDI*, 1973, vol. 2, p. 197). Mais cela ne semblait pas devoir signifier que l'attribution devait être limitée aux comportements accomplis dans l'exercice de ces fonctions. P. Reuter se prononça toutefois en ce sens lors des débats en retenant que « tous les actes qui sont du commerce juridique, tels que les actes d'échange ou de vente, même s'ils sont le fait d'un organisme d'Etat, ne sont jamais attribuables à l'Etat » (1254e séance, *ACDI*, 1974, vol. 1, § 26, p. 16).

L'accent mis sur la participation des premières à l'exercice de prérogatives de puissance publique put toutefois être interprété comme signifiant que cette participation constituait « la clé qui, d'après la C.D.I., permet d'ouvrir les diverses portes donnant accès à l'édifice de l'imputation »[1177], au point que certains considérèrent que « pour les organes de l'Etat aussi l'imputation à cet Etat de leurs comportements dépend, d'après la C.D.I., de la fonction publique exercée »[1178]. Sans doute cette interprétation était-elle influencée par l'évolution suivie dans le domaine des immunités. Les auteurs qui percevaient ainsi les travaux de la Commission contestaient néanmoins l'application de cette solution en droit de la responsabilité en considérant, d'abord, qu'elle reposait sur une conception « surannée » de l'Etat, ensuite, que la notion de puissance publique était trop insaisissable pour offrir une clé de répartition entre les comportements des organes[1179]. Ils proposaient donc de considérer comme attribuables aux Etats tous les comportements accomplis par leurs organes en cette qualité, tout en demeurant conscients que leur responsabilité serait moins souvent engagée pour les *acta jure gestionis* car « la plupart des normes internationales s'adressent aux Etats en tant qu'entités exerçant la puissance publique »[1180].

370. Il semble toutefois que, plus que d'un choix délibéré consistant à cantonner l'attribution aux comportements accomplis par les organes au titre de la puissance publique, il se soit agi d'un oubli de la part de la Commission[1181]. Ainsi avertie par la doctrine, elle ne pouvait ignorer la difficulté en seconde lecture.

B. La levée de l'incertitude en seconde lecture

371. Reprenant les travaux consacrés à l'imputation d'un comportement à l'Etat, J. Crawford s'empara donc de cette question et suivit alors les propositions de L. Condorelli en considérant que les comportements accomplis par les organes de l'Etat *de jure gestionis* ne cessaient pas de lui être attribuables, la difficulté étant de déterminer si, au regard des obligations primaires, ils sont susceptibles de constituer des faits internationalement illicites[1182]. En effet, si ces obligations primaires visent le plus souvent à encadrer la puissance publique, il se peut également qu'elles s'adressent à l'Etat quel que soit le domaine d'activité dans lequel il intervient. Le rapporteur spécial proposa donc de

[1177] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 9-221, sp. p. 66.
[1178] *Ibid.*, p. 69.
[1179] *Ibid.*, p. 70-72.
[1180] *Ibid.*, p. 73.
[1181] En ce sens, J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 170-174, p. 39-40.
[1182] *Ibid.*

ne pas distinguer, au stade de l'attribution, selon qu'un organe agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou à la manière d'une personne privée, proposition qui fut acceptée sans difficulté tant par les membres de la Commission que par les Etats s'étant prononcés sur la question dans le cadre de la Sixième commission de l'Assemblée générale[1183]. Le commentaire de l'article 4 du texte définitif indique donc sans ambiguïté que « peu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'Etat soit qualifié de 'commercial' ou de '*acta jure gestionis*' »[1184].

372. La Commission du droit international a donc affirmé l'imputabilité à l'Etat des comportements accomplis par ses organes agissant en cette qualité, quels que soient les domaines ou les modalités de leurs interventions. Elle put d'ailleurs, pour l'affirmer en seconde lecture, s'appuyer sur la pratique naissante des organes européens de protection des droits de l'homme qui s'est confirmée depuis lors. Ainsi, même si la pratique des tribunaux arbitraux transnationaux a pu jeter un certain trouble, il semble que la solution retenue par la Commission corresponde à la pratique judiciaire internationale contemporaine.

§ 2. La pratique judiciaire

373. Les juridictions étudiées ont parfois été confrontées au problème de l'imputation à l'Etat de comportements accomplis par ses organes *de jure gestionis*. S'il a également pu apparaître dans le domaine du droit international des droits de l'homme (1), c'est essentiellement dans celui du droit international économique qu'il fut abordé (2).

A. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

374. Les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ont été confrontés à des comportements accomplis *de jure gestionis* par des organes de l'Etat. Tel fut en particulier le cas des organes européens. La Commission puis la Cour européennes des droits de l'homme, saisies de requêtes mettant en cause l'Etat pour n'avoir pas respecté la liberté d'association de ses employés, affirmèrent alors que, s'« il est vrai que la Convention garantit essentiellement [les droits de l'homme] face à l'Etat détenteur de la

[1183] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 91, n. 118.
[1184] *Ibid*.

puissance publique »[1185], elle « ne distingue nulle part expressément entre les attributions de puissance publique des États contractants et leurs responsabilités d'employeur », si bien qu'elle « s'impose (…) à l''Etat employeur', que les relations de ce dernier avec ses employés obéissent au droit public ou au droit privé »[1186]. La Cour répondait ainsi à un argument de l'Etat défendeur selon lequel « les requérants ne s'en prendraient pas aux autorités législatives, exécutives et judiciaires [mais bien] à l''État employeur' », or « la Convention ne saurait créer pour celui-ci, dans le domaine des conditions d'emploi et de travail, des obligations n'incombant pas aux employeurs du secteur privé »[1187]. Elle aurait quoi qu'il en soit pu s'appuyer sur la théorie, naissante à l'époque, des obligations positives, pour retenir que l'Etat-puissance publique devait empêcher les entraves mises à l'action syndicale par l'Etat-employeur[1188]. Toutefois, outre qu'elle lui permettait de renforcer l'idée selon laquelle les obligations résultant de la Convention sont dotées d'un effet horizontal, cette solution dispense la Cour de rechercher si l'ingérence en cause résulte de l'action de l'Etat-puissance publique ou de l'Etat-employeur. Elle est donc régulièrement réaffirmée, même si elle est parfois combinée avec la théorie des obligations positives[1189]. En outre, la Cour l'a étendue, non seulement à d'autres hypothèses dans lesquelles l'Etat apparaît en tant qu'employeur[1190], mais encore à d'autres domaines, qu'il s'agisse d'appréhender les comportements d'organes d'une collectivité territoriale dans le cadre d'une vente de biens appartenant à son domaine privé[1191], ou ceux du ministère public agissant en tant que représentant d'un particulier[1192].

[1185] Com. E.D.H., *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, req. n° 4464/70, rapport du 27 mai 1974, § 59.

[1186] *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, req. n° 5614/72, arrêt du 6 févier 1976, § 37 ; *Schmidt et Dahlström*, req. n° 5589/72, arrêt du 6 février 1976, § 33.

[1187] *Ibid.*, respectivement § 36 et 32.

[1188] Ce raisonnement apparaît sous la plume de la Commission, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, req. n° 4464/70, rapport du 27 mai 1974, § 59-71. La Cour ne se prononça pas sur ce point : ayant considéré que l'Etat-employeur était tenu de respecter la Convention, elle ne crut pas « avoir à se prononcer sur l'applicabilité directe ou indirecte de l'article 11 entre simples particuliers *stricto sensu* » (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, req. n° 5614/72, arrêt du 6 févier 1976, § 37 ; *Schmidt et Dahlström*, req. n° 5589/72, arrêt du 6 février 1976, § 33).

[1189] Pour des exemples récents *Tüm Haber Sen et Cinar c. Turquie*, req. n° 28602/95, arrêt du 21 février 2006, § 29 ; *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, arrêt du 12 novembre 2008, § 110 et 116.

[1190] *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007, § 41 : tandis que pour le gouvernement, « les membres du parquet près la Cour suprême de cassation qui ont inspecté le lieu de travail de l'intéressé ont agi en tant que représentants de son employeur et non en tant que fonctionnaires », la Cour considère qu'« il importe peu que les personnes ayant effectué la perquisition aient agi en tant que procureurs ou représentants de l'employeur du requérant – c'est-à-dire le parquet –, car de toute façon ils ont agi en leur qualité d'agents de l'Etat ».

[1191] *ERI c. Portugal*, req. n° 51411/99 et 51417/99, recevabilité, 13 juin 2002 : recevabilité *ratione personae* de la requête dirigée contre la remise en cause par une commune d'un contrat de vente de terrains appartenant à son domaine privé par l'octroi d'autorisation d'occupation dudit terrain à des tiers.

[1192] *De Andrade c. Portugal*, req. n° 41537/02, arrêt du 14 novembre 2006, § 41 : attribution à l'Etat de la transmission tardive au requérant d'une décision par le ministère public qui le représentait à la manière d'un avocat, ce qui eut pour conséquence de le priver de la possibilité de former un recours.

375. La Cour ne distingue donc pas selon que l'Etat agit en tant que détenteur de la puissance publique ou à la manière d'un simple particulier. Cette solution est d'autant plus logique que les juges de Strasbourg considèrent que la Convention peut être violée par les particuliers et que seules les limites mises à sa compétence l'empêchent de connaître de telles violations. Ces limites n'existant pas lorsque l'Etat agit à la manière d'un simple particulier, la Cour n'hésite pas à engager sa responsabilité pour ce type de comportements, dont on doit alors déduire qu'ils lui sont imputables. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique est en revanche plus hésitante.

B. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

376. Si les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ont parfois l'occasion d'imputer à l'Etat les comportements accomplis *de jure gestionis* par ses organes, le droit économique constitue le domaine d'expression privilégié de ce type de comportements. On l'a vu, l'O.R.D. impute à l'Etat de tels comportements en s'appuyant sur les dispositions des accords O.M.C. relatives aux entreprises d'Etat[1193]. La pratique des tribunaux CIRDI est moins claire. Ils n'engagent en effet bien souvent la responsabilité de l'Etat que pour les comportements qui traduisent l'exercice de la puissance publique. Cela ne semble toutefois pas signifier qu'ils n'imputent à l'Etat que ses *acta jure imperii*. La pratique des tribunaux CIRDI sur ce point peut en effet être distinguée en deux lignes jurisprudentielles, dont aucune ne mène à cette conclusion.

377. Une première tendance consiste à raisonner au regard des obligations primaires. Les tribunaux CIRDI ont progressivement étendu leur compétence en interprétant des clauses incluses dans les traités relatifs aux investissements comme constituant « une acceptation directe et suffisante de l'arbitrage CIRDI en cas de litige »[1194]. Cette extension risquant de les faire entrer en concurrence avec le juge du contrat, juge spécifique choisi par les parties au travers d'une clause compromissoire, les tribunaux arbitraux ont toutefois précisé qu'ils étaient compétents pour connaître sur cette base des violations du traité mais non des violations du contrat. Refusant néanmoins de se déclarer incompétents pour connaître d'une réclamation sous le seul prétexte qu'elle mettrait en jeu le contrat, ils ont considéré qu'ils pouvaient connaître de comportements liés au contrat si et dans la mesure

[1193] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[1194] F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *AFDI*, 2008, p. 467-528, sp. p. 470. Cette pratique s'est développée à partir de la décision *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ARB/87/3, décision finale du 27 juin 1990.

où ils mettent en cause une obligation internationale[1195]. Cette solution les a entraînés dans une distinction subtile, voire byzantine, entre réclamations purement contractuelles (*contract claims*) et réclamations qui, même si elles sont fondées sur des comportements adoptés dans le cadre contractuel, sont susceptibles de constituer également des violations d'obligations internationales (*treaty claims*). Certains arbitres ont alors considéré que « pour qu'une violation alléguée du contrat constitue une violation du traité, elle doit résulter d'une attitude allant au-delà de ce qu'un cocontractant ordinaire peut exprimer » car « seul l'Etat, en tant que puissance publique, et non en tant que cocontractant, peut violer les obligations assumées au titre du traité bilatéral »[1196]. C'est ainsi qu'un traitement injuste ou inéquitable, qu'une mesure discriminatoire ou qu'une expropriation sans indemnité ne pourraient résulter que de comportements qui, même s'ils s'inscrivent dans un cadre contractuel, traduisent l'exercice de la puissance publique[1197]. Même si cette solution a pu être critiquée, notamment car « la compétence accordée d'un côté sur le fondement des clauses larges du traité a été reprise de l'autre par l'ajout de la condition de la 'puissance publique' »[1198], elle connaît une certaine pérennité[1199].

[1195] *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 69 ; *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. République d'Argentine*, ARB/97/3, décision du comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, § 95-115 ; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume Hashemite de Jordanie*, ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, § 152 s. ; *Impregilo c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence, 22 avril 2005, § 219 et 255 s. ; *Eureko B.V. c. République de Pologne*, sentence du 19 août 2005, § 101 s., § 112 ; *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 53 s. ; *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, décision sur la compétence, 14 novembre 2005, § 149-151 et 166 ; *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, décision sur la compétence du 27 juin 2006, § 65 s.

[1196] *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003, § 51 et 65. Egalement en ce sens, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, § 253 : « *for the State to incur international responsibility it must act as such, it must use its public authority. The actions of the State have to be based on its 'superior governmental power'. It is not a matter of being disappointed in the performance of the State in the execution of a contract but rather of interference in the contract execution through governmental action* » ; *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, décision sur la compétence du 27 juin 2006, § 80-81 ; *Impregilo c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence, 22 avril 2005, § 260.

[1197] *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003, § 87 et 100-103 : les pénalités de retard infligées par la Société nationale des autoroutes du Maroc à son cocontractant ne sauraient constituer une expropriation dans la mesure où elles étaient prévues par le contrat et ne traduisent pas l'exercice de prérogatives de puissance publique (§ 87) ; ces mêmes pénalités, non plus que la mauvaise conception de l'avant-projet et du projet, le retard dans la libération des sites et la remise des plans, la mauvaise rémunération des travaux ou l'absence de compensation des surcoûts occasionnés par les défaillances de l'administration ou par les intempéries, etc., ne sauraient constituer un traitement injuste ou inéquitable dès lors que ces comportements ne traduisent pas davantage la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (§ 100-103).

[1198] Obs. E. Gaillard sous *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, *JDI*, 2006, n° 1, p. 348.

[1199] Le contentieux fleuve ayant opposé Vivendi à l'Argentine illustre bien cette difficulté. Un premier tribunal arbitral avait considéré qu'il était compétent pour connaître des violations du traité mais non des violations du contrat, dont le contentieux avait été confié par une clause contractuelle aux juridictions locales. Mais il avait ensuite estimé que les comportements en cause étaient à ce point liés à l'exécution du contrat qu'il ne pouvait se prononcer sur les violations du traité sans se prononcer sur les violations du contrat, ce qu'il ne pouvait faire tant que les juridictions locales n'avaient pas été saisies et n'avaient pas statué

La distinction entre *contract claims* et *treaty claims* devient plus ténue encore lorsque les tribunaux CIRDI sont appelés à mettre en œuvre des clauses de respect des engagements. Ces clauses pouvant avoir pour effet de transformer toute obligation contractuelle en obligation internationale, certains tribunaux ont considéré que la responsabilité de l'Etat ne devait pas être limitée, en application de telles clauses, aux comportements accomplis *de jure imperii*[1200], se substituant alors de fait au juge du contrat. C'est pour éviter cela que d'autres tribunaux se sont montrés bien plus rigoureux dans leur interprétation de ces clauses, maintenant la distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles. Pour ce faire, ils ont considéré que, puisque « c'est essentiellement de l'Etat agissant en tant que souverain que les investisseurs étrangers ont besoin d'être protégés par l'existence d'un arbitrage international », il est nécessaire « de distinguer l'Etat agissant comme commerçant, spécialement lorsqu'il agit à travers ses entités, de l'Etat agissant en tant que souverain », si bien que « l'*umbrella clause* (…) n'étend pas la protection du Traité aux violations d'un contrat commercial ordinaire conclu par l'Etat ou une entité étatique mais couvre les protections supplémentaires contractuellement acceptées par l'Etat agissant en tant que souverain – comme une clause de stabilisation – insérée dans l'accord d'investissement »[1201]. Plusieurs tribunaux CIRDI se sont ainsi placés sur le terrain des obligations primaires pour conclure que seuls les comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique, qu'ils émanent des organes de l'Etat au sens du droit interne ou de ses démembrements, sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat pour violation de ses obligations internationales.

378. Une deuxième ligne jurisprudentielle conduisant à restreindre la responsabilité de l'Etat aux comportements traduisant l'exercice de la puissance publique consiste à raisonner au regard des règles d'imputation. Certains tribunaux ont ainsi estimé que, dès lors que les comportements en cause émanent d'une entité distincte de l'Etat au sens du

---

(*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. République d'Argentine*, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, § 77-82). Un Comité *ad hoc* a retoqué cette solution, en affirmant que violations du traité et violations du contrat étaient deux questions totalement différentes, si bien qu'une clause attribuant compétence aux juridictions locales pour connaître des violations du traité ne devait pas empêcher le Tribunal CIRDI de connaître des violations du traité, quand bien même elles résulteraient de comportements liés à l'exécution du contrat (décision du comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, § 110). Un nouveau Tribunal arbitral a alors constaté que le comportement des autorités du Tucuman dans le cours de l'exécution du contrat était injuste et inéquitable (article 3 BIT) et constituait une expropriation illicite (article 5 BIT), en précisant sur ce dernier point qu'il s'agissait d'« *actos soberanos ilegítimos, llevados a cabo por la Provincia en su carácter oficial, respaldados por la fuerza del derecho y con todas las facultades del poder público* », si bien que l'Argentine ne pouvait en tout état de cause soutenir que seuls les comportements traduisant l'exercice de la puissance publique peuvent constituer des violations du traité (sentence du 20 août 2007, § 7.5.8).

[1200] *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 79 ; *Eureko B.V. c. République de Pologne*, sentence du 19 août 2005, § 260.

[1201] *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, décision sur la compétence du 27 juin 2006, *J.D.I.*, 2007, n°1, trad. (extraits) et E. Gaillard, p. 285, sp. § 80-81.

droit interne, ils ne pourraient lui être rapportés que si et dans la mesure où ils ont été accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Un Comité *ad hoc* a ainsi considéré qu'en l'affaire *R.F.C.C.* le tribunal n'avait, quoiqu'il se soit placé sur le terrain des obligations primaires pour considérer que seuls les comportements adoptés dans l'exercice de prérogatives de puissance publique pouvaient constituer des violations du droit international, fait qu'« appliqu[er] les critères retenus par la jurisprudence CIRDI aux termes de laquelle en présence d'une émanation de l'Etat, une violation de l'Accord bilatéral ne peut être imputable à l'Etat que dans la mesure où l'entité publique a commis cette violation dans le cadre de l'exercice d'une prérogative de puissance publique »[1202]. Ce raisonnement permet certes d'éluder la question des limites des obligations primaires. Toutefois, outre que l'interprétation par ces tribunaux CIRDI des règles relatives à l'attribution des comportements des entités distinctes de l'Etat est discutable[1203], il ne fait pas pour autant disparaître cette difficulté. En effet, les tribunaux qui ont restreint le champ des violations conventionnelles aux comportements traduisant l'exercice de la puissance publique n'ont pas semblé distinguer selon que les comportements en cause émanaient d'un organe de l'Etat ou de l'une de ses émanations[1204]. A l'inverse, ceux qui ont rejeté cette limitation l'ont fait alors même que le comportement litigieux était celui d'une entité qu'ils avaient considérée comme habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5 C.D.I.[1205] Ce raisonnement ne permet donc pas de résoudre la question de la limitation des obligations résultant des T.B.I. aux comportements traduisant l'exercice de la puissance publique.

379. Les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements limitent donc le plus souvent la responsabilité de l'Etat aux comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique. Leur pratique ne remet toutefois pas en cause l'imputation à l'Etat des comportements accomplis *de jure gestionis* par ses organes[1206]. En effet, s'ils ne s'intéressent qu'aux comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique, cela résulte soit de l'interprétation qu'ils retiennent des obligations

[1202] *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision du Comité *ad hoc*, 18 janvier 2006, § 267.
[1203] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 et *infra*, Titre 2, Chapitre 1.
[1204] C'est bien souvent le comportement d'une entité distincte de l'Etat qui était en cause dans les affaires précitées. Il ne semble toutefois pas que ce soit cet élément qui ait guidé l'interprétation des tribunaux saisis. On rappellera ainsi qu'en l'affaire *El Paso*, le tribunal a affirmé qu'il est nécessaire « de distinguer l'Etat agissant comme commerçant, *spécialement* lorsqu'il agit à travers ses entités, de l'Etat agissant en tant que souverain » (*El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, décision sur la compétence du 27 juin 2006, *J.D.I.*, 2007, n°1, trad. (extraits) et obs. E. Gaillard, p. 285, sp. § 80-81, nous soulignons).
[1205] *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 79.
[1206] Un tribunal a d'ailleurs récemment affirmé que si l'entité en cause est considérée comme un organe étatique au sens de l'article 4 C.D.I., l'ensemble de ses comportements pourra être rapporté à l'Etat, tandis que si elle est considérée comme habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5, seuls les comportements adoptés dans l'exercice de ces prérogatives pourront lui être attribués (*Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 155).

primaires résultant des traités qu'ils sont chargés d'appliquer, soit de la conception restrictive des organes de l'Etat qu'ils adoptent. Ainsi, si leur volonté de distinguer responsabilité internationale et responsabilité contractuelle de l'Etat a parfois influé sur leur perception des règles d'imputation, elle s'est essentiellement traduite par l'interprétation qu'ils retiennent des obligations primaires résultant des T.B.I.

*

380. L'Etat est donc tenu responsable des comportements accomplis par ses organes agissant en cette qualité quel que soit le domaine dans lequel ils interviennent. Ceci peut certes être à l'origine d'une disparité entre les Etats selon qu'ils optent pour un appareil administratif étoffé ou non. Toutefois, cette disparité ne doit pas être surestimée. D'abord parce que le droit international de la responsabilité conduit à redessiner, en les élargissant, les contours de l'appareil étatique[1207]. Ensuite, car les obligations primaires peuvent ne peser sur l'Etat que lorsqu'il agit en qualité de souverain[1208].

381. Pas plus qu'il n'impose de distinguer selon que les organes de l'Etat ont agi *de jure imperii* ou *de jure gestionis*, le droit international de la responsabilité n'implique de déterminer s'ils ont agi de manière licite ou illicite au regard du droit interne.

Section 2. L'absence de distinction quant à la licéité du comportement dans l'ordre interne

382. Une approche purement théorique de l'Etat pourrait conduire à ne considérer comme étatiques que les comportements accomplis par ses organes conformément au droit interne. Ce n'est toutefois pas la solution qui se dégage de l'étude des règles relatives à la responsabilité internationale, qui lui rapportent les comportements accomplis par ses organes hors de leur compétence ou contrairement aux instructions qu'ils ont reçues (§ 1), sans que ce principe souffre d'exceptions (§ 2).

[1207] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[1208] En ce sens, J. Crawford, « Revisiting the draft articles on State responsibility », *EJIL*, 1999, p. 435-460, sp. p. 440.

§ 1. L'imputation des comportements accomplis *ultra vires*

383. Progressivement affirmée à partir du début du XX^e^ siècle, la règle attribuant à l'Etat les comportements *ultra vires* de ses organes n'est plus guère discutée aujourd'hui (A), même si ses applications concrètes demeurent relativement rares (B).

A. L'affirmation de la règle

384. La consécration progressive de la règle selon laquelle le comportement d'un organe agissant en violation du droit interne doit néanmoins être rapporté à l'Etat ayant été mise en évidence ailleurs[1209], on ne la retracera ici qu'à grands traits pour montrer que la solution aujourd'hui retenue est le fruit d'une évolution. Au XIX^e^ siècle et jusqu'au début du XX^e^, pratique et doctrine étaient hésitantes voire divisées[1210]. Les uns rejetaient l'attribution à l'Etat des comportements accomplis par ses organes *ultra vires*, soit parce qu'ils transposaient dans l'ordre international les solutions retenues dans leurs ordres internes[1211], soit parce qu'ils cherchaient à limiter leur responsabilité internationale perçue comme la traduction d'une politique de puissance[1212]. Ils trouvaient un relais important dans une partie de la doctrine qui, considérant l'Etat comme la personnification d'un ordre juridique, estimait que seuls pouvaient lui être rapportés les comportements rendus possibles par cet ordre[1213]. D'autres admettaient au contraire que l'Etat puisse être tenu

[1209] Voir en particulier T. Meron, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *BYBIL*, 1957, p. 85-114 ; R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats. Le fait internationalement illicite, source de responsabilité internationale (suite) », *ACDI*, 1972, vol. 2, sp. p. 81-94 et C. Fischer, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, Lausanne, Tolochenaz, 1993, sp. p. 61-166.

[1210] On notera, avec les observateurs les plus attentifs de cette pratique, qu'elle ne permettait guère d'aboutir à des conclusions définitives sur ce point (R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, sp. p. 81 et C. Fischer, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, *op. cit.*, sp. p. 62).

[1211] Voir en particulier la pratique des Etats-Unis à laquelle C. Fischer fait référence (*ibid.*, p. 64-66), qui peut s'expliquer par le fait que dans les ordres internes américain ou britannique la responsabilité de l'Etat pour le comportement de ses agents ayant agi *ultra vires* ne fut consacrée que tardivement (en ce sens, T. Meron, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *op. cit.*, sp. p. 89-92).

[1212] Voir en particulier la pratique des Etats sud-américains à laquelle C. Fischer fait référence (*ibid.*, p. 66-68), qui peut s'expliquer autant par une tendance générale de ces Etats à limiter leur responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers, comme l'illustre également la clause Calvo, que par la faiblesse de leur organisation interne (en ce sens P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e^ édition, 2009, p. 863).

[1213] En ce sens, v. Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, tome 3, 4^e^ édition, 1887, p. 120 et 135. Cette perception théorique ne conduit pourtant pas nécessairement à cette conclusion, comme le montre par exemple l'approche de D. Anzilotti. Pour cet auteur, « les actes accomplis par les fonctionnaires contrairement aux lois, ou en dehors de leur compétence, ne sont pas, à proprement parler, des actes de l'Etat. Le titre qui permet de vouloir et d'agir au nom de l'Etat dérive en effet de la loi ; il n'existe plus dès lors que

responsable des comportements accomplis par ses organes *ultra vires*, en invoquant tantôt la sécurité des relations internationales[1214], tantôt la théorie des apparences[1215] ou encore celle du risque[1216]. Ces dernières solutions s'imposèrent progressivement à partir de la deuxième moitié du XIX^{e} siècle pour être consacrées dans l'entre-deux guerres, malgré quelques réminiscences de solutions antérieures[1217]. Un temps fondée sur la faute concomitante des autorités supérieures de l'Etat, la responsabilité de l'Etat pour les comportements *ultra vires* de ses organes fut ensuite considérée comme engagée de manière objective. C'est ainsi que dans l'affaire *Caire*, qui marque « le point d'arrivée de l'évolution et de l'affinement progressif »[1218] de cette règle, le Président de la Commission des réclamations France/Mexique considéra comme « parfaitement correctes [les théories qui] tendent à grever l'Etat, en matière internationale, de la responsabilité pour tous les actes commis par ses fonctionnaires ou organes et qui constituent des actes délictueux au point de vue du droit des gens, n'importe que le fonctionnaire ou l'organe en question ait

---

la sphère de compétence attribuée au fonctionnaire se trouve dépassée ; en pareil cas, la qualité d'agent de l'Etat fait défaut dans l'individu, et les actes que celui-ci accompli restent ce qu'ils sont de leur nature, c'est-à-dire des actes individuels ». Pour autant, cela n'exclut pas qu'« un principe admis par l'usage constant des nations veut que l'Etat soit internationalement responsable des actes dommageables accomplis par ses agents, même si ces actes sont contraires aux lois ou ont dépassé la compétence desdits agents » (« La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 et 285-309, sp. p. 289).

[1214] L'Etat devrait ainsi répondre des comportements illicites au sens du droit interne afin de faciliter les rapports internationaux. La sécurité des relations internationales serait en effet compromise si un Etat pouvait se soustraire à sa responsabilité internationale en soutenant que son organe a méconnu les prescriptions du droit interne (sur ce point, v. J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, *op. cit.*, p. 110-112).

[1215] L'Etat devrait ainsi répondre des comportements qui, de l'extérieur, semblent émaner de lui. On ne peut en effet attendre de la victime – qu'il s'agisse d'un Etat ou d'un individu – qu'elle soit en mesure de distinguer les comportements conformes au droit interne de ceux qui lui sont contraires (sur ce point, v. R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 101-103).

[1216] L'Etat devrait ainsi répondre des comportements accomplis dans son intérêt en couvrant les risques créés par l'activité des organes auxquels il a permis d'agir pour son compte en les dotant des moyens de le faire (sur ce point, v. J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, *op. cit.*, p. 102-108).

[1217] Le rapport Guerrero, préparatoire à la Conférence de codification qui s'est tenue en 1930 sous les auspices de la S.D.N., en constitue l'exemple le plus marquant. Selon ce rapport, « l'Etat n'a pas à répondre des dommages subis par un étranger pour des actes contraires au droit international, si ces dommages ont été infligés par un fonctionnaire en dehors de la compétence limitée par le droit national », à moins qu'il ait manqué à l'obligation de prévenir ou réprimer ledit acte (reproduit *in ACDI*, 1956, vol. II, p. 223). Ce rapport ayant suscité des réactions diverses des Etats, le Comité préparatoire conclut néanmoins que la majorité d'entre eux reconnaissait l'imputabilité à l'Etat des comportements *ultra vires* de ses organes et proposa une base de discussion n° 13 aux termes de laquelle « la responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes accomplis par ses fonctionnaires, même en dehors de leur compétence, mais en s'autorisant de leur qualité officielle (…) » (*ibid.*). Egalement controversée, cette base de discussion donna néanmoins lieu à l'adoption par le Comité de rédaction d'un article VII, § 2, a) selon lequel « la responsabilité internationale de l'Etat se trouve également engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes contraires aux obligations internationales de l'Etat accomplis par ses fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle » (*ibid.*, p. 226).

[1218] R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 93, § 39.

agi dans les limites de sa compétence ou en les excédant », avant de qualifier cette responsabilité d'« objective »[1219].

385. Discutée jusque dans les années 30, la règle imputant aux Etats les comportements *ultra vires* de leurs organes s'est donc affirmée depuis lors sous le double effet des travaux de codification entrepris dans le cadre de la S.D.N. et de la pratique de l'époque. R. Ago put donc, après G. Garcia-Amador[1220], proposer à la C.D.I. une règle en ce sens[1221] sans que son principe en soit contesté. Cette règle fut donc codifiée, avec quelques modifications mineures dans la formulation, à l'article 10 du texte adopté en première lecture[1222] avant d'être reprise à l'article 7 du texte de codification définitif aux termes duquel le comportement « d'un organe de l'Etat ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, *même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions* »[1223]. L'imputation à l'Etat des comportements *ultra vires* de ses organes ne semble donc plus discutée[1224]. D'ailleurs même si elle n'a été que rarement mise en œuvre dans la pratique juridictionnelle depuis lors, cette solution a été confirmée chaque fois qu'elle a été évoquée.

B. La confirmation de la règle

386. La règle selon laquelle les comportements des organes de l'Etat doivent lui être rapportés, quand bien même ils auraient agi en dépassement de leur compétence ou contrairement aux instructions, n'est plus guère contestée aujourd'hui. Si la C.I.J. n'a

[1219] *Caire*, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516-534, sp. p. 529-530.
[1220] Article 12, § 2 de l'avant-projet proposé par G. Garcia-Amador : « L'acte ou l'omission est également imputable à l'Etat lorsque l'organe ou le fonctionnaire a agi en dehors de sa compétence mais sous le couvert de sa qualité officielle » (*ACDI*, 1961, vol. 2, p. 49).
[1221] Projet d'article 10, § 1 : « Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une institution publique distincte qui, tout en agissant en sa qualité officielle, dépasse sa compétence selon le droit interne ou contrevient aux prescriptions de ce droit concernant son activité est néanmoins considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international » (« Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 103).
[1222] Article 10 du texte adopté en première lecture : « Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité » (*ACDI*, 1975, vol. 2, partie 1, p. 65).
[1223] Article 7 du texte de codification définitif, nous soulignons.
[1224] J. Crawford pouvait ainsi relever que l'absence d'observation gouvernementale sur l'article 10 adopté en première lecture, « paraît refléter un accord très général, sinon universel, au sujet de la règle moderne » (« Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 234, p. 50), avant de conclure les débats sur ce point en remarquant, dans le silence de ses collègues, que « le principe (…) est accepté de tous » (2555e séance, § 37, *ACDI*, 1998, vol. 1, p. 262).

toujours pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question[1225], si ce n'est en appliquant une règle spéciale applicable concernant les forces armées en campagne[1226], la quasi-totalité des juridictions étudiées par ailleurs l'a confirmée.

1. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

387. Les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme rejettent systématiquement l'argument selon lequel l'Etat ne devrait pas être tenu de répondre des comportements accomplis par ses organes en dépassement de leur compétence ou contrairement aux instructions.

a. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme

388. L'argument a été soulevé à quelques reprises devant la C.E.D.H. Ce fut une première fois le cas dans un contexte particulier. L'Irlande demandait en effet à la Cour de constater que le Royaume-Uni avait, en faisant subir entre 1971 et 1974 de mauvais traitements à des personnes suspectées de faire partie de l'IRA, développé une pratique contraire à l'article 3. Le Royaume-Uni rétorquait que si « des actes de mauvais traitements [avaient été] commis, peut-être avec la tolérance d'agents subalternes », « le gouvernement lui-même n'[avait] ni autorisé ces mauvais traitements ni fermé les yeux sur eux », de sorte qu'il ne devrait pas être considéré comme ayant violé la Convention[1227]. Comme la Commission, la Cour écarta l'argument britannique en affirmant, après avoir précisé qu'« une pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés, ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système », qu'« on n'imagine pas que les autorités supérieures d'un État ignorent, ou du moins soient en droit d'ignorer, l'existence de pareille pratique. En outre, elles assument au

[1225] Voir toutefois *Certaines dépenses des Nations unies*, avis du 10 juillet 1962, *Rec.*, p. 168 où la Cour affirme que « le droit national comme le droit international envisagent des cas où une personne morale, ou un corps politique, peut être lié envers les tiers par l'acte *ultra vires* d'un agent ». Mais il s'agissait alors pour la Cour de déterminer si une dépense autorisée par l'AGNU en dépassement de sa compétence pouvait néanmoins être considérée comme une dépense de l'Organisation.
[1226] Voir *infra*, § 2.
[1227] C.E.D.H. *Mém*, vol. 23-I.

regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés ; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter »[1228]. Elle considéra donc que le Royaume-Uni avait mis en œuvre, quand bien même ce serait par des comportements commis pour partie *ultra vires*, une pratique de traitements inhumains et dégradants incompatible avec l'article 3. Le fait que la Cour ait alors raisonné au regard d'une pratique administrative pourrait certes faire douter de la portée de son affirmation. En effet, dès lors que les manquements doivent être nombreux et liés entre eux pour pouvoir identifier une pratique, il est possible d'en inférer qu'ils ont été tolérés par l'Etat. La Cour a toutefois clairement affirmé à cette occasion que « les autorités supérieures d'un Etat (…) assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés »[1229]. Elle a ensuite confirmé cette position concernant des comportements plus isolés. Elle a ainsi complété sa formulation initiale en retenant qu'« un Etat peut (…) être tenu pour responsable même lorsque ses agents commettent des excès de pouvoir ou ne respectent pas les instructions reçues »[1230]. Ce « principe de la responsabilité des Etats pour excès de pouvoir » (*sic.*) lui permit de considérer que la participation de membres de la 14e armée au conflit ayant opposé les forces moldaves aux insurgés transnistriens était imputable à la Russie aux fins d'établissement de sa juridiction[1231], quand bien même « ces agissements auraient constitué [selon la Russie] une violation grossière de la législation russe et auraient valu aux individus responsables d'être sanctionnés »[1232].

389. Plus encore, le fait que le comportement en cause n'ait pas été prévu par la loi peut, alors même qu'il est utilisé par les Etats défendeurs pour tenter d'échapper à leur responsabilité, constituer un élément permettant d'établir l'illicéité du fait étatique en cause. C'est par exemple le cas dans les domaines du droit à la vie privée, qui inclut l'inviolabilité du domicile, ou de la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui inclut le droit de manifester ses convictions. Ces différents droits ne peuvent en effet faire l'objet d'ingérences de la part des autorités publiques que si elles sont prévues par la loi. Dès lors, en affirmant que l'un de leurs organes y a porté atteinte sans que cela soit prévu par la loi, non seulement les Etats n'échappent pas à l'imputation de ces ingérences mais reconnaissent leur contrariété avec la Convention. Ainsi, la perquisition, menée en dehors

[1228] *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, arrêt du 18 janvier 1978, § 159.
[1229] *Ibid*.
[1230] *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 319.
[1231] *Ibid*. La Russie soutenait également que la détention initiale des requérants dans les locaux de la 14e armée était illégale au regard du droit interne, non pour échapper à l'attribution de ce comportement mais en affirmant qu'il y avait été mis fin si bien que les requérants avaient perdu le statut de victime (§ 358). La Cour n'ayant pas centré son analyse sur cette détention initiale mais sur le transfert des requérants aux autorités transnistriennes, elle ne répond pas sur ce point.
[1232] *Ibid.*, § 64.

de tout pouvoir légal, par un procureur dans le bureau d'un des agents employés par la Cour de cassation est non seulement imputable à l'Etat mais constitue une ingérence illicite dans le droit à la vie privée dès lors qu'elle n'est pas prévue par la loi[1233]. De même, l'interruption d'une réunion à caractère religieux par une Commissaire régionale aux droits de l'homme qui ne disposait d'aucune autorité pour ce faire est non seulement imputable à l'Etat mais constitue une ingérence illicite dans la liberté de conscience dès lors qu'elle n'est pas prévue par la loi[1234].

b. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme

390. Les autres organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme adoptent une position analogue. C'est le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, pour qui l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes « *is independent of whether the organ or official has contravened provisions of internal law or overstepped the limits of his authority : under international law a State is responsible for the acts of its agents undertaken in their official capacity and for their omissions, even when those agents act outside the sphere of their authority or violate internal law* »[1235]. Dès lors, toute violation de la Convention commise « *by an act of public authority or by persons who use their position of authority* »[1236] est imputable à l'Etat sans quoi le système de protection établi par la Convention deviendrait, selon la Cour, illusoire[1237]. La responsabilité du Honduras devrait donc être engagée pour les enlèvements commis par des membres de ses forces de sécurité, quand bien même ils auraient été contraires au droit interne et ignorés d'une partie des autorités supérieures[1238]. Même si la Cour s'appuya également en l'espèce sur la théorie des obligations positives, faute d'avoir pu établir avec une certitude suffisante l'identité des auteurs des enlèvements en cause[1239], elle affirma ainsi fermement l'imputabilité à l'Etat des comportements *ultra vires* de ses organes. Cette solution fut confirmée par la suite. D'abord lorsque la Cour considéra, après avoir inféré d'un

[1233] *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007, § 41 s'agissant de l'imputation et 42 s'agissant du constat de la violation.
[1234] *Kusnetzov et autres c. Russie*, req. n° 184/02, arrêt du 11 janvier 2007, § 61 s'agissant de l'imputation et 74 s'agissant du constat de la violation.
[1235] *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Série C, n° 4, jugement au fond du 29 juillet 1988, § 170 ; *Godinez Cruz c. Honduras*, jugement au fond du 20 janvier 1989, § 179.
[1236] *Ibid.*, respectivement § 172 et 181.
[1237] *Ibid.*, respectivement § 171 et 180.
[1238] *Ibid.*, respectivement § 183 et 193.
[1239] *Ibid.*, respectivement § 182 et 192.

ensemble d'éléments que les enlèvements dont elle avait à connaître avaient été commis par des agents publics, que la responsabilité internationale du Guatemala était dès lors engagée, alors même qu'il n'avait pu être établi que ces agissements s'étaient intégrés dans une politique étatique ni même que les autorités supérieures en avaient eu connaissance[1240]. Ensuite lorsqu'elle estima, après avoir retenu une conception procédurale de la règle d'épuisement des voies de recours internes, que le Guatemala et le Pérou engageaient leur responsabilité pour des comportements de leurs organes, quand bien même ils auraient été réprimés ou désavoués dans l'ordre interne[1241].

c. La pratique du Comité des droits de l'homme

391. Le Comité des droits de l'homme emboita le pas de ces juridictions régionales en estimant également que, « du point de vue de la responsabilité de l'État, le fait que l'officier à qui la disparition est imputée ait agi *ultra vires* n'est pas pertinent en l'espèce, non plus que le fait que ses supérieurs aient ignoré ses agissements »[1242]. Dès lors qu'elle résultait de son enlèvement par un militaire sri-lankais, la disparition du fils de l'auteur de la communication fut donc rapportée au Sri Lanka, alors même que ce comportement était, d'après l'Etat défendeur, « illégal et interdit, comme l'attestait la récente inculpation de l'intéressé »[1243]. Faute d'avoir redressé ce comportement *ultra vires* en temps utile[1244], le Sri Lanka vit donc sa responsabilité engagée dans l'ordre international.

[1240] *« Panel Blanca » (Paniagua-Morales et al.) c. Guatemala*, Série C, n° 37, jugement du 8 mars 1998, § 95.
[1241] *Caballero-Delgado et Santana c. Colombie*, Série C, n° 22, jugement du 8 décembre 1995, § 54-59 et O.D. Nieto Navia : attribution à la Colombie d'enlèvements commis sous les ordres d'un officier dont il a ultérieurement été démontré qu'il souffrait de graves problèmes psychologiques, ce qui lui valut d'être exclu de l'armée ; *Frères Gomez-Paquiyauri c. Pérou*, Série C, n° 110, jugement du 8 juillet 2004, § 71-76 et O.I. Cançado Trindade : attribution au Pérou de l'arrestation, des actes de torture et de l'assassinat des deux victimes commis par des agents de police condamnés pour ces faits à des peines de prison.
[1242] *Sarma c. Sri Lanka*, com. n° 950/2000, 16 juillet 2003, *Sarma c. Sri Lanka*, com. n° 950/2000, 16 juillet 2003, A/58/40, vol. 2, p. 235-247, sp. § 9.2, p. 244.
[1243] *Ibid.*, § 7.9.
[1244] *Ibid.*, § 6.3 : le Comité juge la communication recevable en raison des lenteurs excessives qu'ont connue les procédures internes.

2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

392. Comme les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme, ceux intervenant dans le domaine économique ont pu affirmer que les comportements accomplis par les organes de l'Etat agissant *ultra vires* lui demeuraient imputables sans pour autant appliquer régulièrement cette règle. Même si la pratique de l'O.R.D. présente une certaine ambiguïté (c), celles du Tribunal irano-américain des réclamations (b) et, plus encore, des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements (a) en sont dépourvues.

a. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements

393. Les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements affirment régulièrement l'existence d'une règle selon laquelle les comportements accomplis par les organes agissant *ultra vires* doivent être rapportés à l'Etat. Mais ils ne l'ont pas directement mise en œuvre. Ainsi, répondant à l'argument d'une entreprise selon lequel l'Administration fédérale des autoroutes américaine lui aurait infligé un traitement injuste et inéquitable en lui appliquant une décision contraire au droit interne, un tribunal CIRDI affirma qu'« *an unauthorized or* ultra vires *act of a governmental entity of course remains, in international law, the act of the State of which the acting entity is part, if that entity acted in its official capacity* », mais qu'une telle contrariété avec le droit interne ne rendait pas nécessairement l'acte en cause contraire aux exigences de traitement juste et équitable au sens du droit international coutumier et de l'article 1105(1) ALENA[1245]. Un autre put affirmer, tout en estimant que le *State ownership found* roumain avait agi dans les limites de sa compétence, que, même si tel n'avait pas été le cas, son comportement n'aurait pas cessé d'être imputable à la Roumanie car « dans la mesure où, du point de vue de la défenderesse, le SOF et l'APAPS ont toujours agi comme si elles étaient des entités

[1245] *ADF Group Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, § 190, avec une référence à l'article 7 CDI ; v. aussi *National Grid PLC v. Argentina*, UNCITRAL, 1:09-cv-00248-RBW, sentence du 3 novembre 2008, § 92. A rapprocher de *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie*), arrêt du 20 juillet 1989, § 124 : « un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement ».

habilitées par la défenderesse à cet effet, leurs actes doivent lui être imputés même si un excès de pouvoir devait être établi »[1246]. La position des tribunaux CIRDI ne laisse donc guère place au doute : ils considèrent comme attribuables à l'Etat les comportements accomplis *ultra vires* par ses organes. Pour autant, ils n'ont jusqu'ici pas eu l'occasion de mettre en œuvre cette règle.

b. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations

394. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations concernant les comportements accomplis *ultra vires* par les organes de l'Etat est plus délicate à saisir. Certaines de ses décisions paraissent en effet remettre en cause la règle de l'imputation à l'Etat de tels comportements. Une partie du raisonnement suivi dans l'affaire *Yeager* pourrait ainsi faire naître le doute. Un agent d'*Iran air* avait exigé du requérant le paiement d'une somme additionnelle pour le transport de ses enfants alors qu'il disposait déjà d'un billet valide. Présumant qu'*Iran air* pouvait être considéré comme un organe de l'Etat, le Tribunal estima que, quand bien même l'agent en question aurait usé des moyens de sa fonction pour obtenir ce paiement, il n'avait pu être établi qu'il avait, ce faisant, recherché autre chose qu'un profit personnel. Comme il n'avait pas davantage pu être démontré qu'*Iran air* avait approuvé ce comportement ou négligé de le prévenir, le Tribunal estima qu'il n'était pas attribuable à l'Etat[1247]. Cette solution contraste avec celle retenue dans la même décision s'agissant de sommes prélevées par des Gardiens de la Révolution exerçant des fonctions douanières à l'aéroport de Téhéran. Ayant constaté que ces Gardiens agissaient alors en tant qu'organes de l'Etat ou, au moins, pour son compte[1248], le Tribunal estima que celui-ci n'aurait pu se dégager de sa responsabilité pour ces agissements qu'en démontrant qu'il n'avait pu les contrôler[1249]. Dans le premier cas, ce fut au requérant de prouver que l'organe n'avait pas agi à des fins privées, tandis que dans le second la charge de démontrer qu'il n'avait pu contrôler son organe reposa sur l'Etat. Mais dans aucun des deux cas, l'Etat ne fut tenu automatiquement responsable du comportement de ses organes. Il semble toutefois que le Tribunal n'ait pas entendu remettre en cause la règle d'attribution

[1246] *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, *JDI*, 2006, n° 1, trad. E. Gaillard, p. 334, § 81.
[1247] *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. § 65, p. 111.
[1248] *Ibid.*, § 61, p. 110 : « *The 'Revolutionary Guards' were performing the functions of customs, immigration and security officers (…). They were, thus, obviously acting in their capacity as 'organs' of the new government or, at least, on its behalf* ».
[1249] *Ibid.*

à l'Etat des comportements accomplis *ultra vires*. Il a en effet affirmé de manière très claire, dans cette décision ainsi qu'à d'autres reprises, qu'« *it is widely accepted that the conduct of an organ of a State may be attributable to the State, even if in a particular case the organ exceeded its competence under internal law or contravened instructions concerning its activity* »[1250]. Il s'agissait donc moins dans cette affaire de discuter la règle selon laquelle les comportements accomplis *ultra vires* sont imputables à l'Etat, que d'établir la distinction entre les comportements accomplis en qualité d'organe, même *ultra vires*, et ceux accomplis à titre privé[1251].

c. La pratique de l'Organe de règlement des différends

395. La pratique de l'O.R.D. concernant les comportements *ultra vires* des organes étatiques est moins nette. Un groupe spécial a ainsi semblé exclure que de tels comportements soient imputables à l'Etat en considérant que « si nous devions constater que l'Argentine viole l'article XI:1 au motif que le comportement illicite et non approuvé de ses fonctionnaires des douanes aurait un effet restrictif sur le commerce, nous donnerions une interprétation extrêmement large de l'article XI que ne justifient ni le texte de cet article, ni la jurisprudence à laquelle il a donné lieu dans le cadre du GATT et de l'O.M.C. »[1252]. Cette solution peut paraître anecdotique, d'autant qu'elle est isolée[1253]. Elle n'en est pas moins intéressante. Dans la mesure où le mécanisme de règlement des différends tend davantage vers la cessation de l'illicite que vers sa réparation, il n'est guère étonnant que l'O.R.D. hésite à considérer que des comportements *ultra vires* isolés puissent être considérés comme violant le droit de l'O.M.C.

396. En définitive, si la règle selon laquelle les comportements *ultra vires* des organes de l'Etat lui sont imputables a peiné à s'imposer, elle est aujourd'hui réaffirmée

[1250] *Ibid*., § 65, p. 111; v. aussi *Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 83, où le Tribunal affirme que la responsabilité d'un Etat pouvait être engagée du fait de l'expulsion illicite d'un ressortissant étranger exécutée par un policier ou organe sans l'ordre des autorités compétentes et O.D. Holtzmann sur *Sea-Land Service, Inc v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran*, 22 juin 1984, *IUSCTR*, vol. 6, p. 202, où le juge Holtzmann estime que selon un principe établi du droit international « *a State is responsible for acts of its officials – whether authorized, unauthorized or even contrary to specific governmental instructions* ».

[1251] Comme l'affirme le Tribunal, « *the critical question here, then, is wether the Iran air agent was acting in his official capacity as an organ of Iran air when he demanded the extra payment* » (*Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. § 65, p. 111).

[1252] *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155/R, rapport du groupe spécial du 19 décembre 2000, § 11.18.

[1253] H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 140-141.

avec une constance remarquable dans la pratique judiciaire internationale. Elle l'est même lorsque ce sont les agissements d'organes *de facto* qui sont en cause[1254]. Elle n'est toutefois qu'épisodiquement mise en œuvre. Si tel est le cas, c'est notamment parce que la règle de l'épuisement des voies de recours internes a pour effet, lorsqu'elle est applicable[1255], que les comportements *ultra vires* n'affleurent à l'ordre international qu'après que les autorités étatiques ont manqué à les redresser. Cette règle conduit alors le plus souvent à canaliser l'illicite et l'individualisation du comportement *ultra vires* n'est nécessaire qu'en de rares occasions. Cela peut être dû à la mise à l'écart de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, comme c'est le cas lorsqu'une pratique administrative est en cause[1256], à la conception particulière que les juges se font de cette règle, comme c'est le cas de la Cour interaméricaine qui en retient une conception purement procédurale[1257], ou à l'inefficacité constatée des voies de recours en question[1258]. Pourtant, si cette règle est clairement affirmée, sa portée exacte prête toujours à discussion. Outre qu'elle fait glisser la *summa divisio* du couple comportements licites/comportements illicites vers le couple comportements accomplis en qualité d'organe/comportements accomplis à titre privé[1259], l'existence d'exceptions à l'imputation des comportements accomplis en qualité d'organe a été discutée.

[1254] Alors que R. Ago estimait qu'« on ne peut même pas envisager l'hypothèse d'un dépassement de compétence ou d'une contradiction avec les prescriptions concernant l'activité de certains organes à propos d'une personne qui, en droit, n'est nullement un organe et ne se trouve amenée qu'à exercer de fait, dans certains circonstances, une fonction publique » (« Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 78, n. 4), certaines juridictions internationales ont admis que les agissements d'une entité liée en fait à l'Etat lui soient rapportés alors même qu'elle aurait agi contrairement aux instructions (clairement en ce sens, *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 121 ; également, Commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, *Stefens c. Mexique*, 15 juillet 1927, *RSA*, vol. IV, p. 265-268). Cette différence d'approche s'explique par le fait que, tandis que R. Ago excluait l'imputation à l'Etat des comportements d'entités qui ne sont pas ses organes à moins qu'ils aient agi dans un cas particulier pour son compte, les décisions citées assimilent les entités en cause à des organes de l'Etat sur la base de liens factuels (en ce sens, A. de Hoogh, « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on State responsibility, the *Tadic* case and attribution of acts of Bosnian Serb authorities to the Federal Republic of Yougoslavia », *BYIL*, 2002, vol. 72, p. 255-292, sp. p. 281 ; P. Palchetti, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milan, Giuffré, 2007, p. 175 ; *contra* C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001, vol. 1, p. 93-142, sp. p. 136).

[1255] Ce qui est le plus souvent le cas dans les domaines de la protection des étrangers et des droits de l'homme. Sur ce point, v. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 265 s.

[1256] C.E.D.H., *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, arrêt du 18 janvier 1978.

[1257] V. notamment C.I.A.D.H., *Frères Gomez-Paquiyauri c. Pérou*, Série C, n° 110, jugement du 8 juillet 2004.

[1258] V. notamment C.D.H., *Sarma c. Sri Lanka*, com. n° 950/2000, 16 juillet 2003.

[1259] Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1.

§ 2. Le rejet des exceptions à l'imputation des comportements accomplis *ultra vires*

397. Bien que la question ait été discutée au sein de la Commission du droit international (A), la règle selon laquelle sont attribués à l'Etat tous les comportements de ses organes agissant en cette qualité ne semble pas souffrir d'exception (B).

A. Les travaux de la Commission du droit international

398. Tout en affirmant le principe de l'attribution à l'Etat des comportements *ultra vires* de ses organes, R. Ago considérait qu'il devait être assorti d'une limite et d'une exception. La limite tenait à la non-attribution à l'Etat du comportement de ses organes ayant agi à titre privé, c'est-à-dire ayant adopté un comportement totalement étranger aux fonctions spécifiques de l'organe[1260]. L'exception consistait en la non-attribution à l'Etat des comportements qui, bien qu'accomplis par un organe en cette qualité, l'ont été en dépassement manifeste de sa compétence. Il proposa ainsi un deuxième alinéa de l'article 10 aux termes duquel un comportement « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat si, de par sa nature, il était totalement étranger aux fonctions spécifiques de l'organe ou si, même sous d'autres aspects, l'incompétence de l'organe était manifeste »[1261]. Selon le rapporteur spécial, le deuxième membre de cette phrase non seulement correspondait à l'état du droit mais traduisait la *ratio* même de la règle d'attribution des comportements *ultra vires* fondée sur l'apparence et la sécurité des relations internationales[1262]. En effet, dès lors qu'un comportement dépasse manifestement la compétence de l'organe qui l'a adopté, il ne serait plus possible de soutenir que cet organe a agi en apparence pour le compte de l'Etat. La formule « incompétence manifeste » lui paraissait d'autant plus à même de préciser le sens de cette exception qu'elle faisait écho à celle retenue à l'article 46 de la convention de Vienne sur le droit des traités aux termes duquel « le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

[1260] Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1.
[1261] « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 103.
[1262] *Ibid.*, p. 98-103.

399. Pourtant, tandis que le principe ne souleva guère de difficultés, l'exception proposée par R. Ago fut fermement repoussée par les membres de la Commission. Les uns considéraient que cette exception, si elle pouvait paraître pertinente dans le domaine des dommages causés aux étrangers, ne l'était pas dans d'autres domaines, et notamment s'agissant des violations les plus graves du droit international[1263]. D'autres estimaient qu'elle fournirait une échappatoire aux Etats mis en cause, affaiblissant d'autant la protection des victimes. Ainsi, tandis qu'un Etat qui s'aperçoit d'un vice dans l'expression du consentement de son cocontractant dû à l'incompétence de l'organe qui prétend l'engager peut s'abstenir de traiter avec lui, tel n'est pas le cas d'un Etat ou d'un individu qui, bien que conscient de l'incompétence de l'organe, ne pourrait se soustraire à son autorité[1264]. Le rapporteur spécial, s'avouant peu favorable à titre personnel à cette exception, en proposa alors la suppression pure et simple. Mais, considérant qu'une telle suppression s'inscrivait dans le cadre du développement progressif du droit international, il estima qu'elle ne pouvait être entérinée qu'à l'issue d'un nouveau débat[1265]. Bien que ce nouveau débat ne fut guère fructueux, R. Ago en déduisit que cette exception pouvait être écartée[1266]. Dès lors, aucune exception n'apparaissait plus dans le texte adopté en première lecture, le commentaire soulignant que la règle codifiée à l'article 10 ne connaissait aucune exception « même en cas d'incompétence manifeste, et même si d'autres organes de l'Etat ont désavoué le comportement de l'organe coupable »[1267]. La question ne fut plus évoquée par la suite et on ne trouve trace d'une quelconque exception dans le texte de l'article 7 adopté à titre définitif, dont le commentaire précise que les comportements accomplis *ultra vires* sont imputables à l'Etat « même lorsque l'organe ou l'entité en question a ouvertement commis des faits illicites sous le couvert de sa qualité officielle, ou a manifestement dépassé sa compétence [et] même si d'autres organes de l'État ont désavoué le comportement en question »[1268].

[1263] En ce sens, Ouchakov, rejoint par Tammes et Yassen (v. les débats qui se sont déroulés au cours des 1304e et 1305e séances, *ACDI*, vol. 1, respectivement p. 10, § 26 ; p. 12, § 19 ; p. 13, § 25).
[1264] En ce sens Kearney, suivi de Hambro, Quentin-Baxter, Sette-Camara (*ibid.*, respectivement p. 8, § 12 ; p. 12, § 10 ; p. 15, § 37 ; p. 16, § 47).
[1265] 1306e séance, *ACDI*, 1975, vol. 1, p. 19-20, § 15.
[1266] 1308e séance, *ibid.*, p. 24, § 42 et p. 25, § 50.
[1267] Commentaire de l'article 10 adopté en première lecture, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 65 s., p. 66.
[1268] Commentaire de l'article 7 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 47.

B. La pratique judiciaire

400. Outre qu'il permet de maintenir l'indifférence du droit international vis-à-vis des qualifications opérées en vertu du droit interne, ce rejet de toute exception paraît d'autant plus justifié qu'il semble correspondre à la pratique internationale. En effet, bien que R. Ago ait estimé qu'elle tendait à reconnaître une exception à la règle d'imputation des comportements *ultra vires*, il ne semble pas que tel ait été le cas. Si une telle exception avait bien été proposée dans les travaux de codification antérieurs[1269], rares étaient les décisions et prises de positions étatiques à l'affirmer ou la mettre en œuvre[1270]. D'ailleurs, si pareille exception avait été retenue, plusieurs comportements attribués à l'Etat dans des sentences arbitrales citées par le rapporteur spécial à l'appui de la règle d'imputation des comportements *ultra vires* ne l'auraient pas été. Ainsi de l'affaire *Youmans*, dans laquelle les arbitres considérèrent imputables au Mexique des comportements manifestement contraires aux instructions reçues, les troupes en cause ayant pris part à une émeute à laquelle elles étaient censées mettre un terme[1271]. En outre, si elle fut insérée dans les travaux de codification antérieurs, cette exception semblait alors être le fruit d'un compromis entre les tenants de l'attribution à l'Etat de ses comportements *ultra vires* et ceux qui y demeuraient fermement opposés[1272]. Enfin, la pratique contemporaine ne la mentionne pas plus qu'elle ne semble l'appliquer. On n'en trouve ainsi trace dans aucune des décisions des juridictions étudiées.

401. Il semble donc qu'il n'existe aucune exception à l'imputation à l'Etat des comportements *ultra vires* de ses organes[1273]. Si tel est le cas, c'est parce que cette solution

---

[1269] Bien que la question fut chaque fois discutée, le rapporteur spécial pouvait s'appuyer sur les travaux de codification antérieurs, tels que ceux entrepris dans le cadre de la S.D.N. au cours desquels il fut affirmé que « la responsabilité internationale de l'Etat ne sera pas engagée si l'incompétence du fonctionnaire était si manifeste que l'étranger devait s'en rendre compte et pouvait, de ce fait, éviter le dommage » (article 8 § 2 adopté en première lecture par la Troisième commission, reproduit *in ACDI*, 1956, vol. 2, p. 226), ou encore sur l'avant-projet de F. V. Garcia-Amador dont l'article 12 § 4 précisait que « l'acte ou l'omission ne peut être imputable à l'Etat si le défaut de compétence était tellement manifeste que l'étranger devait s'en rendre compte et pouvait, en conséquence, éviter le dommage » (*ACDI*, 1961, vol. 2, p. 50).

[1270] Ainsi R. Ago ne cite-t-il à l'appui de sa proposition que deux prises de positions de Secrétaires d'Etat américains faisant référence à l'apparence remontant à 1885 et 1900 (« Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 98, § 49).

[1271] *Youmans v. United Mexican States*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 23 novembre 1926, *RSA*, vol. IV, p. 110-117.

[1272] En ce sens, v. C. Fischer, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, *op. cit.*, p. 210-216.

[1273] *Contra*, O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 257-280, sp. p. 263-264.

est moins fondée sur l'apparence que sur la volonté, d'une part, d'assurer une réparation aux victimes de tels comportements, d'autre part, d'obliger l'Etat à faire en sorte qu'ils ne puissent se (re)produire. En outre, les raisons conduisant à faire peser dans les ordres internes la responsabilité sur l'agent plutôt que sur le service lorsque le premier commet une faute d'une particulière gravité – qui tiennent au souci de ne pas absoudre totalement l'individu-organe de ses fautes – ne se retrouvent pas dans l'ordre international, où la responsabilité de l'agent ne peut quoi qu'il en soit être engagée[1274].

*

* *

402. L'Etat est donc bien responsable de l'ensemble des comportements accomplis par ses organes en cette qualité, quelle qu'en soit la nature et quand bien même ils seraient illicites dans l'ordre interne.

403. Le droit de la responsabilité ne distingue pas selon que les organes de l'Etat agissent dans l'exercice de la puissance publique ou à la manière de simples particuliers. Cette solution ne contredit pas nécessairement celle retenue en droit des immunités. On peut en effet considérer que, dans l'un et l'autre cas, les faits accomplis par un organe de l'Etat demeurent étatiques qu'ils traduisent ou non l'exercice de la puissance publique. Seulement, tandis que ces faits cessent de bénéficier de l'immunité lorsqu'ils ont été accomplis à la manière d'un simple particulier, ils restent susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat si et dans la mesure où ils sont contraires à une obligation primaire pesant sur lui. On peut ainsi considérer que, dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit alors plus d'une question d'imputation mais de régime applicable à des faits également étatiques[1275]. Toutefois, comme la généralisation de la conception restreinte de l'immunité de l'Etat a progressivement déteint sur l'identification des faits étatiques en cette matière, il n'est pas exclu que la limitation des obligations primaires aux comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique conduise dans certains cas à altérer la perception du fait étatique, comme le montre la pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements.

404. Le principe de l'imputation à l'Etat des comportements accomplis par ses organes *ultra vires* est moins discuté. Contrairement aux solutions retenues en droit des traités, il ne semble souffrir aucune exception. Cette solution est toutefois le fruit d'une

[1274] Si ce n'est en cas de crime de droit international. Sur ce point, v. aussi *infra*, Chapitre 2, Section 1.
[1275] En ce sens *mutadis mutandis*, M. Forteau « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, p. 737-769, sp. p. 752-754.

évolution, confirmant que le droit international de la responsabilité (re)construit le fait de l'Etat en le modelant à ses propres fins[1276]. En objectivant ainsi le fait étatique, le droit de la responsabilité permet aux Etats ou individus victimes de violations d'en obtenir réparation quand bien même l'Etat auquel elles sont imputées, ou en tout cas ses autorités supérieures, ne les auraient pas « voulues ». Mais il incite également les Etats à s'assurer que l'ensemble des rouages qui constituent leur appareil respectent les obligations internationales, favorisant ainsi la légalité internationale.

405. Si ces éléments conduisent à rapporter à l'Etat tous les comportements accomplis par ses organes en cette qualité, ils trouvent toutefois leur limite lorsque ces organes agissent à un autre titre.

[1276] O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 263-264, qui considère que l'imputation à l'Etat des comportements *ultra vires* de ses organes « *does not exclude the wrongful act of the State : it* constitutes *it through a fiction the purpose of which is to protect the interests of the person and the State injured by the act having the appearance of an official act* ». Nous soulignons.

Chapitre 2. Les faits accomplis en une autre qualité

406. Tous les comportements accomplis par ses organes en cette qualité sont imputables à l'Etat aux fins du droit international de la responsabilité. Mais encore faut-il qu'ils aient agi en cette qualité. Là encore, deux difficultés doivent être distinguées.

407. Il se peut tout d'abord que les individus-organes agissent à titre privé. Les organes de l'Etat sont avant tout des personnes physiques ou des entités composées de personnes physiques, qui n'agissent pas toujours au titre des fonctions qu'elles exercent pour le compte de l'Etat, de sorte que « tout ce que fait l'individu qui est (…) organe de l'État, n'est pas acte étatique »[1277]. Les droits internes peuvent en tenir compte en considérant comme personnelles les fautes commises par les fonctionnaires en dehors de leur service, ce qui n'exclut pas que la responsabilité de l'Etat soit engagée lorsque ces fautes ne sont pas dépourvues de tout lien avec le service[1278]. Le droit international en tient également compte. C'est le cas du droit des immunités, les comportements accomplis par les individus-organes à titre privé ne bénéficiant d'aucune protection *ratione materiae* dans les ordres internes des Etats étrangers[1279]. C'est également le cas du droit de la responsabilité, les comportements accomplis par ses organes à titre privé n'étant en principe pas imputables à l'Etat, même si la distinction est parfois à ce point délicate qu'elle est abandonnée (section 1).

408. Il se peut ensuite que les individus-organes agissent pour le compte d'un autre sujet de droit international. Ces situations sont variées, l'organe pouvant se trouver à la disposition d'un autre Etat ou d'une organisation internationale, agir dans l'exercice de ses fonctions ou à sa demande. L'imputation des comportements accomplis en pareille situation est alors d'autant plus délicate qu'il ne s'agit plus seulement de « savoir si un certain comportement peut être attribué à un État ou à une organisation internationale, mais

---

[1277] H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926-IV, vol. 14, p. 227-331, sp. p. 240.

[1278] V. P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 5e édition, 2008, p. 524 s.

[1279] Cela concerne les cas dans lesquels les individus-organes de l'Etat ne bénéficient que d'immunités fonctionnelles, à l'exclusion de ceux dans lesquels ils bénéficient d'immunités personnelles. V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RD Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, § 61 où la Cour rappelle à titre *d'obiter dictum* qu'« un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des Affaires étrangères d'un autre Etat (…) au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant [la période au cours de laquelle il a occupé ses fonctions], l'ont été a titre privé ». Cette conception de l'immunité des anciens dirigeants doit conduire à distinguer les actes accomplis en qualité d'organe, qui sont couverts pas l'immunité *ratione materiae* car imputables à l'Etat, des actes accomplis à titre privé, qui ne sont couverts ni par l'immunité *ratione materiae* car non imputables à l'Etat ni par l'immunité *ratione personae* en raison de la sortie de fonctions de l'individu-organe. Sur ce point, v. A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle, Bruylant/LGDJ, 2003, p. 130-171

à quelle entité (…) il est attribuable »[1280]. C'est à l'examen de ces situations que sera consacrée la seconde section de ce chapitre (section 2).

Section 1. Les faits accomplis à titre privé

409. Les organes de l'Etat sont d'abord des personnes physiques qui peuvent agir tantôt en leur qualité d'organes, tantôt à titre privé ou au titre d'autres fonctions qu'ils exercent. Le droit de la responsabilité internationale tient bien sûr compte de cette difficulté en distinguant selon qu'un individu qui a la qualité d'organe a agi en cette qualité ou à titre privé (§ 1). Certaines règles spéciales ignorent toutefois cette distinction, semblant en réalité considérer qu'il est des cas où les organes de l'Etat agissent toujours dans l'exercice de leurs fonctions (§ 2).

§ 1. Les solutions retenues en application du droit international général

410. Les agissements *ultra vires* des organes de l'Etat lui demeurant attribuables, c'est la distinction comportements accomplis en qualité d'organe/comportements accomplis à titre privé qui permet de faire le départ entre les comportements des organes de l'Etat qui lui sont imputables et ceux qui ne le sont pas. Le principe est nettement affirmé (A). Pour autant, la distinction n'est pas toujours évidente en pratique. Si différents critères sont envisageables, aucun ne paraît pleinement satisfaisant et le contexte joue un rôle majeur en la matière (B).

A. L'affirmation de la distinction

411. Bien qu'ayant disparu du texte de codification définitif, la nécessité de distinguer nettement les actes accomplis par les organes en cette qualité de ceux qu'ils accomplissent à titre privé a toujours été affirmée par la Commission du droit international (1), qui a ainsi traduit une pratique constante (2).

[1280] Commentaire de l'article 6 du texte relatif à la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture, § 4, A/64/10 (2009), p. 65.

1. Les travaux de la Commission du droit international

412. La Commission du droit international a bien sûr tenu compte du fait que les organes de l'Etat n'agissent pas toujours en cette qualité mais peuvent également agir à titre privé. Si l'expression « ayant agi en cette qualité » a disparu de l'article 4 du texte définitif, elle figure toujours à l'article 7[1281] ainsi que dans les commentaires des articles 4[1282] et 7, ce dernier indiquant de manière synthétique qu'« il faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'Etat »[1283]. Tôt affirmée[1284], la nécessité de distinguer ces deux types de comportements ne fut guère contestée au cours des travaux de la Commission[1285]. Préparant la seconde lecture du texte, W. Riphagen la remit certes en cause la jugeant d'une part « difficile à établir », voire dans certains cas « artificielle », et d'autre part « sans aucune pertinence » du point de vue de la victime[1286]. Mais, outre qu'il se préoccupait en réalité davantage de la mise en œuvre de la distinction que de son principe[1287], les difficultés de la première ne devant pas remettre en cause le second[1288], le rapporteur spécial ne fut guère suivi[1289]. L'accord sur la nécessité de distinguer les comportements des organes selon qu'ils ont été commis « en cette qualité »

[1281] Aux termes duquel « le comportement d'un organe de l'État (…) est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international *si cet organe (…) agit en cette qualité*, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions ». Nous soulignons.
[1282] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, § 3 et, surtout, § 13, *op. cit.*, p. 41 et 44.
[1283] Commentaire de l'article 7 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 48.
[1284] V. commentaire de l'article 5 adopté en première lecture, § 7 et 8 : « en dernière analyse les organes de l'Etat sont composés d'êtres humains, qui gardent toujours la possibilité d'agir pour leur propre compte. A propos de chaque situation concrète, il faut donc vérifier si, en l'occurrence, ils ont agi en tant qu'organes de l'Etat, sous le couvert de cette qualité, ou bien en tant que simples particuliers » (*ACDI*, 1973, vol. 2, p. 195).
[1285] Au terme d'un examen de la pratique étatique, des sentences arbitrales et de la doctrine, celle-ci relevait d'ailleurs en première lecture que « le principe même de la distinction n'a jamais été mis en discussion » (commentaire de l'article 5 adopté en première lecture, § 10, *ACDI*, 1973, vol. 2, p. 196).
[1286] « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1986, vol. 2, partie 1, p. 11.
[1287] Il concluait ainsi que « la protection efficace des intérêts des Etats lésés en droit international exige qu'on n'impose pas à ces Etats la tâche de prouver qu'une personne qui est un organe d'un autre Etat a réellement agi en l'occurrence 'pour le compte' de cet Etat » (*ibid.*).
[1288] En ce sens, commentaire de l'article 5 adopté en première lecture, § 7 : « les difficultés d'ordre pratique que peut parfois présenter cette vérification n'enlève rien à la netteté de la distinction sur le plan des principes » (*ACDI*, 1973, vol. 2, p. 195).
[1289] Après avoir été contestée par la doctrine (L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 84, n. 134), sa position ne fut pas même discutée en seconde lecture (v. J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 235-240, p. 51-52).

ou « à titre privé » fut donc, sinon unanime, du moins général au sein de la Commission. Cette distinction se retrouve également dans la pratique internationale.

2. La pratique judiciaire

413. Si l'argument est rarement soulevé, et encore plus rarement reçu, dans le contentieux international, la distinction n'en reste pas moins affirmée. Elle l'était déjà lorsque la C.D.I. entama ses travaux[1290]. Elle l'est toujours aujourd'hui. Certes pas par la C.I.J., qui n'a été confrontée à semblable argument aux fins d'éviter l'imputation d'un fait internationalement illicite à un Etat que s'agissant d'agissements de membres des forces armées en campagne[1291]. Mais par la C.E.D.H. ainsi que par le tribunal irano-américain des réclamations.

414. La pratique de la C.E.D.H. contient quelques exemples dans lesquels les comportements en cause émanaient d'organes de l'Etat dont on aurait pu douter qu'ils aient agi à ce titre. La Cour les écarte en rappelant que « les actes des personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles sont en tout état de cause imputés à l'Etat »[1292]. Elle a ainsi pu estimer que la sanction infligée par le Prince du Liechtenstein à un fonctionnaire par le biais d'une correspondance qui pourrait *prima facie* passer pour privée constitue néanmoins un acte étatique car cet organe était compétent pour prendre une telle sanction[1293], qu'une perquisition opérée par un membre du parquet dans le bureau d'un agent près la Cour de cassation ne cessait pas d'être attribuable à l'Etat sous prétexte qu'elle n'entrait pas dans le cadre de ses fonctions ordinaires[1294], que l'interruption d'une réunion à caractère religieux par une Commissaire régionale aux droits de l'homme qui poursuivait semble-t-il des fins personnelles n'en était pas moins imputable à l'Etat[1295], ou encore que l'incitation à commettre une infraction émanant d'un policier constituait un fait de l'Etat encore que le gouvernement ait affirmé qu'il s'agissait d'une initiative privée

[1290] Voir en particulier la sentence rendue le 7 juin 1929 dans l'affaire *Caire* où la Commission des réclamations France/Mexique estima que l'Etat cesse d'être responsable de l'acte d'un organe « dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier » (*RSA*, vol. V, p. 516-534, sp. p. 531).
[1291] Les comportements de ces organes étant soumis à un régime spécial, ils seront abordés *infra*.
[1292] *Wille c. Liechtenstein*, req. n° 28396/95, arrêt du 28 octobre 1999, § 46.
[1293] *Ibid.*, § 46-51: tandis que le Liechtenstein soutenait qu'une lettre adressée par le Prince du Liechtenstein au domicile privé du président du Tribunal administratif de cet Etat afin de l'informer de sa décision de ne plus le nommer dans un emploi public à l'avenir constituait une missive privée ne pouvant passer pour un acte étatique, la Cour rejeta cet argument au motif que cette lettre exprimait la position d'un organe compétent pour nommer les fonctionnaires d'Etat.
[1294] *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007, § 41.
[1295] *Kusnetzov et autres c. Russie*, req. n° 184/02, arrêt du 11 janvier 2007, § 61 et74.

dont les autorités n'avaient pas été informées[1296]. Ainsi, bien qu'elle semble réticente à l'idée de recevoir l'argument selon lequel le comportement d'un organe ne serait pas attribuable à l'Etat car il n'a pas agi en cette qualité[1297], la Cour ne le discute pas moins, admettant dès lors la distinction.

415. Celle-ci se retrouve dans la pratique du tribunal irano-américain des réclamations, qui, après avoir considéré que les comportements accomplis *ultra vires* par les organes d'un Etat lui demeuraient attribuables, en déduisit que la question décisive aux fins d'attribution de tels comportements était dès lors de savoir s'ils ont été commis à titre officiel ou à titre privé[1298]. Cherchant à la résoudre, il considéra que tandis que le vol commis par des Gardiens de la Révolution dans l'exercice de fonctions douanières était attribuable à l'Iran, celui commis par un agent d'*Iran air* ne l'était pas, faute d'avoir démontré qu'il avait recherché autre chose qu'un profit personnel[1299]. En même temps qu'il confirme qu'une frontière doit être tracée entre les comportements accomplis par les organes de l'Etat en cette qualité et ceux qu'ils accomplissent à titre privé, cet exemple montre toute la difficulté qu'il y a à l'établir en pratique.

B. Les critères de distinction

416. Si la distinction est le plus souvent à ce point évidente que les exemples contentieux permettant de la mettre en lumière manquent, il est des cas où il est permis de s'interroger sur le caractère « officiel » du comportement d'un organe. Il s'agit alors de déterminer, pour reprendre les termes de la Commission du droit international, à partir de quand un comportement est à ce point éloigné du champ des fonctions officielles de l'organe qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées ?[1300] Plusieurs critères ont été envisagés pour ce faire. Si les uns doivent être exclus (1), les autres peuvent être

[1296] *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01, arrêt du 5 février 2008, § 63.
[1297] Notre recherche n'a pas permis d'identifier d'exemples en ce sens.
[1298] *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. § 65, p. 111. V. aussi *mutadis mutandis Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, *op. cit.*, p. 88 : l'Iran ayant tenté d'échapper à sa responsabilité en arguant qu'une fondation avait été créée par son chef d'Etat non au titre de ses fonctions gouvernementales mais dans l'exercice de fonctions religieuses, le Tribunal rétorqua que ces fonctions étaient inséparables : « *the (…) constitutionnal provisions demonstrate that the religious and secular powers exercised by Imam Khomeini are, for the purposes of Article VI, § 3, of the Claims settlement declaration, not readily separable. It is apparent that under the regime established by the Constitution an exercise of 'religious' authority may also constitute an exercise of 'governmental' authority* ».
[1299] *Ibid.*, § 61, p. 110 pour le comportement des Gardiens de la révolution et § 65, p. 111 pour celui de l'agent d'*Iran air* ; v. aussi *supra*.
[1300] Commentaire de l'article 7 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 48.

combinés pour parvenir à établir la frontière entre les comportements accomplis par les individus – organes en cette qualité ou à titre privé (2).

1. Les éléments non pertinents

417. Envisagés dans d'autres domaines ou dans d'autres ordres juridiques afin de distinguer les comportements accomplis par des organes à titre privé de ceux accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, deux éléments sont pourtant écartés aux fins d'opérer cette répartition en droit international de la responsabilité.

418. Le premier tient à la gravité des faits en cause. Il existerait ainsi une tendance en droit international des immunités à considérer que certains faits sont d'une gravité telle qu'ils ne pourraient être considérés comme relevant des fonctions de l'organe qui les a accomplis et cesseraient dès lors d'être couverts par l'immunité *ratione materiae*[1301]. Exclus du champ des immunités car privés de leur qualité étatique, de tels actes cesseraient dès lors d'être attribuables à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale, faisant alors disparaître sa responsabilité internationale directe pour les crimes les plus graves[1302]. Mais cette dénaturation, due à la volonté d'engager la responsabilité de l'Etat ou de ses organes pour de tels crimes dans les ordres internes ou dans l'ordre international, ne doit pas conduire à exclure la responsabilité de l'Etat dont ils sont les organes dans l'ordre international. Outre qu'il n'est pas certain qu'elle ait fait naître une règle coutumière dans le domaine des immunités, il l'est moins encore qu'elle doive être transposée au droit de la responsabilité internationale des Etats. La Cour internationale de Justice n'a d'ailleurs pas hésité à considérer que la responsabilité d'un Etat était susceptible d'être engagée pour

[1301] Cette tendance apparaît notamment *mutadis mutandis* dans les opinions de certains lords britanniques appelés à se prononcer, dans l'affaire *Pinochet*, sur le point de savoir si des actes de torture pouvaient être considérés comme commis par un chef d'Etat « *in the exercise of his functions as head of State* » au sens du *State immunity act* de 1978 (voir les opinions des lords Nicholls et Steyn dans la décision Pinochet I (*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (ex Parte Pinochet)*, 25 novembre 1998, [1998] 4 All ER 897) ; puis de lord Hutton dans la décision Pinochet III (*Regina v. Bartle and the commissioner of police for the metropolis and others (ex parte Pinochet)*, 24 mars 1999, [1999] 2 All ER 97). Plusieurs juges de la C.I.J. ont pu constater, sur cette base notamment, qu'« on affirme maintenant de plus en plus (…) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un Etat seul (par opposition à un individu) peut exercer » (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RD Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, O.I. commune Higgins, Kooijmans et Buergenthal, § 85). Sur ce point et en ce sens, v. A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle, Bruylant/LGDJ, 2003, p. 130-171.

[1302] Soulignant ce risque, M. Spinedi, « State responsibility v. individual responsibility for international crimes : *tertium non datur* », *EJIL*, 2002, p. 895-899 ; P. de Sena, « Immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione e responsabilità dello Stato : rapporti e problemi di coordinamento », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 467-499.

crime de génocide[1303] , montrant clairement qu'elle n'estimait pas que la gravité des comportements en cause puisse avoir une influence sur leur qualification en tant que faits de l'Etat. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il faille rejeter la tendance précitée en droit des immunités. Seulement, si l'immunité *ratione materiae* devait être écartée à raison de la gravité des crimes commis, il faudrait soit y voir une exception ou une limite à l'immunité pour les actes accomplis par les organes de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions[1304], soit considérer que la notion d'acte de la fonction revêt un sens différent en droit de la responsabilité internationale et en droit des immunités[1305].

419. Un second élément ne saurait être considéré comme décisif. Il tient compte des fins poursuivies par l'auteur du comportement en cause. Ne seraient alors imputables à l'Etat que les comportements accomplis par ses organes à son profit, à l'exclusion de ceux accomplis à des fins personnelles[1306]. Outre que cet élément peut être utilisé par les droits internes, qui tel le droit administratif français, distinguent la faute personnelle de la faute de service[1307], il a été pris en compte dans une décision du tribunal irano-américain des réclamations. Celui-ci a ainsi pu estimer que le comportement d'un agent iranien ne pouvait être imputé à l'Iran car, quand bien même cet agent aurait profité de sa fonction pour obtenir le paiement d'une somme additionnelle pour le transport des enfants du requérant, il n'avait pu être établi qu'il avait, ce faisant, recherché autre chose qu'un profit personnel[1308]. Mais, outre qu'il introduit un élément subjectif en imposant de tenir compte des motifs personnels de l'individu-organe, ce type de raisonnement pourrait être utilisé par les Etats pour échapper à leur responsabilité alors même que la victime n'a pu se soustraire à l'autorité conférée par l'Etat audit organe. Il est donc le plus souvent écarté. La Commission du droit international estime ainsi que le comportement d'un organe ne cesse pas d'être attribuable à l'Etat quand bien même la personne concernée aurait « nourri des

---

[1303] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 167.

[1304] C'est ainsi qu'ont raisonné les Lords majoritaires dans la décision Pinochet III précitée. En ce sens, R. Maison, « The 'transparency' of the State », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 717-724, sp. p. 721.

[1305] L'article 58 du texte de codification définitif permet d'envisager cette solution en précisant que « les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État » (*op. cit.*, p. 153). En ce sens, et *mutadis mutandis*, A. Bianchi, « The act of State : the State of the act. Judicial interpretation and human rights enforcement », *in* M. G. Kohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 129-150.

[1306] Envisageant ce critère mais le jugeant très insuffisant, P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *in* P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 377-560, sp. p. 458.

[1307] Le droit administratif français considère ainsi comme personnel « l'acte [qui] bien qu'accompli dans le service, lui est étranger à raison des mobiles personnels qui ont animé son auteur » (conclusion Morisot sur TC, 28 février 1977, *Jouvent*, *Rec.*, p. 664).

[1308] *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. § 65, p. 111.

arrière-pensées ou agi sur la base de motifs illicites ou [abusé] de prérogatives de puissance publique »[1309]. Elle semble ainsi traduire la pratique internationale. En effet, avant même la décision *Yeager*, la pratique arbitrale ne semblait pas tenir compte des intentions de l'individu-organe. Ainsi, en l'affaire *Mallén*, le comportement d'un organe des Etats-Unis fut attribué à cet Etat alors même qu'il semblait évident qu'il était animé par une volonté de vengeance personnelle[1310]. D'ailleurs, le tribunal irano-américain lui-même n'a pas toujours recherché les fins poursuivies par l'individu-organe en cause[1311]. Enfin, d'autres juridictions, telles que la Cour européenne des droits de l'homme, n'en ont tenu aucun compte[1312]. Dès lors, s'ils peuvent constituer un indice permettant de compléter l'analyse[1313], les mobiles poursuivis par l'individu-organe ne permettent pas à eux seuls d'affirmer qu'il a agi à titre privé.

2. Les éléments pertinents

420. D'autres éléments semblent plus pertinents afin de distinguer les comportements accomplis en qualité d'organe des comportements accomplis à titre privé. Ils ne doivent néanmoins pas être considérés comme des critères exclusifs mais plutôt comme des indices permettant, en les combinant, de tracer la frontière entre ces deux types de comportements. Ces indices ne paraissent pas avoir beaucoup évolué depuis que Verzijl estima, dans l'affaire *Caire*, que pour qu'un Etat se voie attribuer les comportements de ses organes « il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des fonctionnaires ou organes compétents, ou que, en agissant, ils aient usé de pouvoirs ou de moyens propres à leur qualité officielle »[1314]. En effet, si la C.D.I. a essentiellement fait usage du critère de

[1309] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitif, *op. cit.*, § 13.
[1310] *Mallén v. United States of America*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 27 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 173-190, sp. p. 177 : « *Though his act would seem to have been a private act of revenge which was disguised, once the first thirst of revenge had been satisfied, as an official act of arrest, the act as a whole can only be considered as the act of an official* ».
[1311] Au sein même de la décision *Yeager* son raisonnement n'est pas totalement clair. Tandis qu'il refuse d'imputer à l'Etat le comportement d'un agent d'*Iran air* au motif qu'il n'avait pu être établi qu'en soutirant une somme d'argent au requérant il poursuivait autre chose qu'un profit personnel (*Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. § 65, p. 111), il lui attribue le comportement des Gardiens de la Révolution, qui avaient également soutiré une somme d'argent au requérant, sans s'attarder sur les motifs qui les animaient
[1312] Voir notamment *Kusnetzov et autres c. Russie*, req. n° 184/02, arrêt du 11 janvier 2007, § 61 et 74 : imputation à l'Etat de l'interruption d'une réunion à caractère religieux par une Commissaire régionale aux droits de l'homme, alors que la Cour constate « *that she acted without any legal basis in pursuance of her private ends* ».
[1313] Voir *infra*.
[1314] *Caire c. Etats-Unis du Mexique*, commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516-534, sp. p. 530.

l'apparence, elle n'a pas exclu l'usage d'autres indices qui transparaissent de la pratique internationale.

421. Le juge peut d'abord tenir compte de l'apparence de fonctions pour imputer à l'Etat les comportements d'un organe « qui apparaît aux yeux de la victime comme ayant agi en sa qualité officielle »[1315]. Le critère est repris par la C.D.I. qui considère que, dès lors qu'un organe « agit à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence, les faits en question seront attribuables à l'Etat »[1316]. On le retrouve dans le contentieux international. Dans les affaires *Mallén* et *Caire* déjà, les arbitres tinrent grand compte du fait que les organes en cause s'étaient présentés comme tels à leurs victimes[1317]. La pratique des juridictions étudiées confirme l'usage du critère de l'apparence. La Cour européenne des droits de l'homme l'utilise ainsi en retenant que « les actes des personnes agissant *dans le cadre de leurs fonctions officielles* sont en tout état de cause imputés à l'Etat »[1318] ou encore qu'une Commissaire régionale aux droits de l'homme et deux inspecteurs de police ont agi ou prétendu agir en leur qualité officielle et ont été perçus comme tels par leur victime[1319]. Ce critère apparaît également, de manière plus explicite encore, dans la pratique de tribunaux CIRDI, pour qui « dans la mesure où, *du point de vue de la défenderesse*, le *SOF* et l'*APAPS* ont toujours agi comme si elles étaient des entités habilitées par la défenderesse à cet effet, leurs actes doivent lui être imputés même si un excès de pouvoir devait être établi »[1320]. L'apparence joue donc un rôle important aux fins de tracer la frontière entre les comportements accomplis par un organe dans l'exercice de ses fonctions et ceux commis à titre privé. Elle ne doit toutefois pas être considérée comme un critère exclusif. Si tel était le cas, elle aurait pour corollaire que cesseraient d'être imputables à l'Etat les comportements dont la victime savait ou aurait dû savoir qu'ils ne relevaient pas des fonctions de l'organe les ayant adoptés[1321]. Or, on l'a vu, la proposition

---

[1315] C. Fischer, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, *op. cit.*, p. 170.

[1316] Commentaire de l'article 4 du texte de codification définitf, § 13. Voir aussi commentaire de l'article 7 § 8, où la Commission estime qu'« en somme, la question est de savoir s'ils avaient apparemment qualité pour agir ».

[1317] *Francisco Mallén v. United States of America*, sentence du 27 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 173-190, sp. p. 177 : « *The evidence establishes his showing his badge to assert his official capacity* » ; *Caire c. Etats-Unis du Mexique*, commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516-534, sp. p. 531 : « Les officiers en question (…) se sont constamment présentés en qualité d'officiers de la brigade du général villiste Tomas Urbina ».

[1318] *Wille c. Liechtenstein*, req. n° 28396/95, arrêt du 28 octobre 1999, § 46. Nous soulignons.

[1319] *Kusnetzov et autres c. Russie*, req. n° 184/02, arrêt du 11 janvier 2007, § 61 et 74 : « *In the present case the Government did not contest the fact that the Commissioner and the accompanying police inspectors had acted, or pretended to act, in their official capacity. The police officers wore uniforms and were perceived by the applicants as law-enforcement officials. It follows that their actions engaged the State's responsibility* ».

[1320] *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 81. Nous soulignons.

[1321] En ce sens, voir R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 55, p. 101-102 ; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, *op. cit.*, p. 145.

tendant à exclure l'attribution des comportements accomplis en violation manifeste du droit interne a été écartée par la Commission du droit international afin d'éviter de créer une faille dans la protection des victimes[1322]. Il suffit donc que les organes de l'Etat aient prétendu agir en cette qualité pour que leurs comportements lui soient attribués. Si tel est le cas, c'est parce qu'ils sont alors dotés des moyens de commettre le fait illicite en cause.

422. Le critère de l'apparence peut en effet être combiné avec celui de l'usage des moyens de la fonction. L'Etat serait ainsi responsable des comportements commis par un individu en se servant des moyens, et surtout de l'autorité, que lui confère sa qualité d'organe. Cet élément est régulièrement combiné à celui de l'apparence dans la pratique internationale. Ainsi, dans les affaires *Mallén* et *Caire*, les arbitres ne se contentèrent pas de relever que les organes en cause s'étaient présentés comme tels à leurs victimes mais insistèrent également sur le fait que cette apparence leur avait donné les moyens de commettre leurs méfaits[1323]. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également appuyée, pour rapporter leurs comportements à l'Etat, sur l'autorité – sur la victime ou sur les tiers – qu'avait conférée aux individus en cause le fait de s'être prévalus de leur qualité d'organe[1324]. Sans-doute est-ce également ainsi qu'il faut comprendre la formule de la Cour interaméricaine des droits de l'homme selon laquelle sont attribuables à l'Etat tous les comportements accomplis par les personnes « *who use their position of authority* »[1325]. Le critère des moyens n'apparaît pourtant ni dans le texte de la Commission ni dans son commentaire. Si tel est le cas, c'est parce que R. Ago l'a jugé peu pertinent, estimant d'une part qu'il se peut fort bien qu'un organe use de moyens mis à sa disposition dans l'exercice de ses fonctions pour commettre un acte illicite à titre totalement privé, d'autre part qu'il est tout à fait envisageable qu'un organe commette en cette qualité un fait internationalement illicite sans user des moyens mis à sa disposition[1326]. Sans doute est-ce en ce sens que le Tribunal irano-américain a estimé qu'« *acts which an organ commits in a purely private capacity, even if it has used the means place at its disposal by the State for*

[1322] Voir *supra*.

[1323] *Francisco Mallén v. United States of America*, sentence du 27 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 173-190, sp. p. 177 : « *Franco could not have taken Mallén to jail if he had not been acting as a police officer* » ; *Caire c. Etats-Unis du Mexique*, commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516-534, sp. p. 531 : « Les officiers en question (…) se sont constamment présentés en qualité d'officiers de la brigade du général villiste Tomas Urbina [et se sont] servis de moyens mis, à ce titre, à leur disposition ».

[1324] *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007, § 41 : l'individu-organe a pu sceller le bureau du requérant, situé au sein du palais de justice, car il s'est présenté comme procureur ; *Kusnetzov et autres c. Russie*, req. n° 184/02, arrêt du 11 janvier 2007, § 61 et 74 : l'individu-organe a pu interrompre la réunion à caractère religieux car, en se prévalant de sa qualité de Commissaire aux droits de l'homme, elle s'est fait accompagner de deux policiers qui ont donné à son intervention « *a spurious authority* ».

[1325] *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Série C, n° 4, jugement au fond du 29 juillet 1988, § 172 ; *Godinez Cruz c. Honduras*, jugement au fond du 20 janvier 1989, § 181.

[1326] « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 57, p. 102.

the exercise of its functions, are not attributable to the State »[1327]. Si l'usage des moyens de la fonction ne peut donc pas constituer un critère de répartition exclusif, il apparaît toutefois complémentaire de celui de l'apparence, qu'il constitue un indice permettant de l'établir ou qu'il conduise à attribuer à l'Etat des comportements rendus possibles par le fait que l'individu en cause ait prétendu agir en qualité d'organe alors même que son incompétence était manifeste[1328].

423. S'ils constituent des indices utiles, ni le critère de l'apparence ni celui des moyens ne semblent donc pouvoir être utilisés de manière exclusive afin de distinguer les comportements accomplis à titre privé des comportements accomplis à titre officiel. Même leur combinaison ne permet pas de rendre tout à fait compte de la diversité des situations envisageables. Il est ainsi des cas limites dans lesquels un organe peut avoir agi en cette qualité même sans apparaître comme tel à sa victime ni user des moyens de sa fonction. Ainsi d'un policier qui, alors qu'il est infiltré, incite un individu à commettre une infraction. Cela n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'homme de considérer, malgré les dénégations de l'Etat, cet acte comme accompli en qualité d'organe en s'appuyant, d'une part, sur sa nature policière et sur l'absence de motifs personnels du policier en cause, d'autre part, sur la mise à profit de ce comportement par les autorités de l'Etat et l'absence de sanction envers son auteur, assimilables à une régularisation *ex post*[1329]. C'est certes parce qu'il a agi en qualité d'organe que ce policier n'a pas été poursuivi en l'espèce, de sorte que l'on pourrait considérer que son comportement a été rendu possible par les moyens de sa fonction. Mais cet exemple démontre surtout que, soucieuse d'éviter une « 'privatisation' de la provocation policière »[1330], la Cour a tenu compte de l'ensemble du contexte, et notamment de la nature du comportement et de sa finalité, pour déterminer si l'organe en cause a agi en cette qualité ou à titre privé. Il semble donc que la Commission du droit international ait eu raison de ne pas s'aventurer trop avant dans la détermination des critères permettant de tracer la frontière entre les comportements accomplis par les organes en cette qualité ou à titre privé. Elle a ainsi évité de « fournir les échappatoires que créerait un critère trop précis »[1331], laissant une certaine liberté à l'interprète qui pourra tenir compte du fait que l'organe a agi ou prétendu agir dans le cadre apparent de sa fonction, mais aussi du fait qu'il n'a pu agir qu'en usant des

[1327] *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. § 65, p. 111. Cet exemple, qui fait prévaloir les finalités sur les moyens, nous semble toutefois isolé.
[1328] En ce sens, T. Meron, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *op. cit.*, p. 113 ; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, *op. cit.*, p. 205-206.
[1329] *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01, arrêt du 5 février 2008, § 63-65.
[1330] *Ibid.*, § 65.
[1331] C. Fischer, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, *op. cit.*, p. 234.

moyens ou des pouvoirs que lui confère cette fonction, ou encore de manière subsidiaire de la nature et de la finalité de son comportement.

§ 2. Les solutions retenues en application de dispositions particulières

424. Outre cette hostilité des juridictions étudiées face à l'argument selon lequel les organes de l'Etat auraient agi à titre privé, il se peut qu'une règle spéciale de droit international les conduise à l'écarter purement et simplement. C'est en particulier le cas concernant les forces armées en campagne. Etendu par l'article 91 du premier protocole additionnel[1332] aux violations de cet instrument et des Conventions de Genève, l'article 3 de la IV^e^ Convention de La Haye aux termes duquel « la partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement (…) sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée » paraît ainsi déroger au droit commun de la responsabilité (A). La mesure dans laquelle il le fait dépend toutefois du champ d'application de cette règle (B).

A. Le caractère dérogatoire de la règle applicable aux forces armées en campagne

425. En prévoyant que la partie belligérante sera responsable de *tous* actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée, cet article 3 revenait sur la pratique suivie jusqu'alors en la matière et pouvait être interprété comme dérogeant alors à deux règles d'imputation. Il revenait sur la pratique suivie car jusqu'à la Conférence de La Haye la responsabilité de l'Etat ne semblait devoir être engagée que lorsque ses soldats avaient agi en présence ou avec le consentement exprès ou tacite d'un officier[1333]. Il pouvait alors être interprété comme dérogeant à deux règles d'imputation. Il avait d'abord pour effet que l'Etat devait être tenu responsable du comportement des membres de sa force armée alors

[1332] « La partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ».
[1333] Sur ce point, v. A. Freeman, « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *RCADI*, 1955, vol. 88, p. 261-416, sp. p. 325 s. ; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, *op. cit.*, p. 185.

même qu'ils auraient agi *ultra vires*[1334]. Mais l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes agissant *ultra vires* étant désormais reconnue en droit international général[1335], l'article 3 ne faisait que préfigurer sur ce point les règles codifiées par la C.D.I.[1336]. Il pouvait ensuite être considéré comme signifiant que l'Etat devait être tenu responsable du comportement des membres de sa force armée alors même qu'ils auraient agi comme de simples particuliers. La formulation retenue semble en effet impliquer que « du seul fait de son appartenance à ses forces armées, le militaire violant le *jus in bello* engage la responsabilité de l'Etat »[1337]. La portée de cette règle a toutefois été discutée.

426. La première difficulté tient au caractère automatique ou non de l'engagement de la responsabilité de l'Etat. Ainsi, tandis que la doctrine a tôt et généralement considéré que cette disposition introduisait une règle spéciale selon laquelle il ne serait pas nécessaire de démontrer que le soldat agissait en qualité d'organe pour que son comportement soit attribué à l'Etat[1338], la pratique la plus récente a pu donner lieu à quelques hésitations. Ainsi la Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie n'a-t-elle considéré que la responsabilité des deux Etats était engagée du fait de viols commis par des membres de leurs forces armées qu'après avoir constaté qu'ils avaient manqué à l'obligation de prendre des mesures effectives pour prévenir de tels actes[1339]. Cette position, qui a pu être jugée

---

[1334] Voir en ce sens la déclaration du délégué allemand à la conférence de la paix de 1907, qui insiste sur la nécessité de rendre l'Etat responsable du comportement de ses soldats sans qu'il soit nécessaire de prouver une négligence de la part des autorités supérieures (Déclaration du Major général von Gündell, Première sous-commission de la Deuxième commission, quatrième séance du 31 juillet 1907, *in* J. Brown Scott (dir.), *The proceedings of the Hague peace conferences, The Conference of 1907*, Oxford, O.U.P., 1921, vol. III, p. 139-140).

[1335] Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2.

[1336] En ce sens, P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, p. 509.

[1337] *Ibid.*, p. 510.

[1338] En ce sens, après une hésitation, E.M. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, The Banks law publishing Co., New York, 1915, p. 193; A. Freeman, « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *op. cit.*, p. 325 s ; L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 147 ; P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 508-511. La C.D.I. avait également perçu cette spécificité même si elle ne s'est guère attardée sur cette disposition (commentaire de l'article 10 adopté en première lecture, § 26, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 74 s., v. aussi les interventions en ce sens de P. Reuter et R. Ago *in ACDI*, 1975, vol. 1, p. 7 § 5 et p. 16, § 4). On remarquera toutefois que ni le Commentaire des Protocoles additionnels (C.I.C.R., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, § 3660) ni le commentaire de l'article 7 du texte de codification définitif (§ 5, *op. cit.*, p. 45) ne mentionnent cette spécificité, se contentant d'indiquer que l'article 91 traduit le principe selon lequel l'Etat doit être tenu responsable des comportements accomplis *ultra vires* par ses organes. On remarquera également que l'étude du C.I.C.R. sur le droit humanitaire coutumier ne conclut pas sur ce point, après avoir prêté aux Etats-Unis une *opinio juris* selon laquelle l'article 91 n'entraîne pas automatiquement la responsabilité de l'Etat pour les comportements accomplis par les membres de ses forces armées à titre privé (J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 703).

[1339] Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie, sentences du 28 avril 2004, *Front central*, réclamation de l'Erythrée, p. 28 : « *The Respondent is liable to the Claimant (…) 5. For failure to take effective measures to prevent rape of women by its soldiers during its occupation of Senafe Town » ;* réclamation de l'Ethiopie,

« incompatible avec les règles de la responsabilité internationale de l'Etat »[1340], s'inscrit dans une tendance lourde de la Commission qui a de manière quasi systématique préféré raisonner en termes de manquement aux obligations positives plutôt qu'en termes d'imputation[1341]. Il n'est dès lors pas certain que l'on puisse en tirer quelque conséquence que ce soit au regard de la portée de la règle formulée à l'article 3 (91). La Cour internationale de Justice s'est d'ailleurs prononcée depuis dans le sens défendu par la doctrine, même si sa position n'est pas totalement dépourvue d'ambiguïté. Les juges de La Haye ont d'abord considéré, en s'appuyant sur l'article 4 du texte adopté par la C.D.I., qu'« en vertu du statut et de la fonction militaire des soldats ougandais en R.D.C., le comportement de ces derniers est attribuable à l'Ouganda », de sorte que « l'argument selon lequel les personnes concernées n'auraient pas agi dans les circonstances de l'espèce en qualité de personnes exerçant des prérogatives de puissance publique est par conséquent dénué de fondement »[1342]. Ils ont ensuite estimé, s'appuyant cette fois sur l'article 3 de la IV[e] Convention de La Haye, qu'« une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées », si bien qu'est également dépourvue de pertinence « la question de savoir si les membres des U.P.D.F. ont ou non agi d'une manière contraire aux instructions données ou ont outrepassé leur mandat »[1343]. Appliquant ces principes, ils ont estimé que la responsabilité de l'Ouganda était engagée pour l'ensemble des actes commis par les membres de ses forces armées sur le territoire du Congo, qu'ils soient contraires au droit international des droits de l'homme ou au droit international humanitaire[1344]. Et, si lorsque l'argument de l'action à titre privé fut réellement soulevé, c'est-à-dire s'agissant de la participation de militaires ougandais au pillage des ressources naturelles congolaises[1345], la Cour a constaté qu'« il existe suffisamment d'éléments de preuve étayant l'affirmation de la R.D.C. selon laquelle l'Ouganda a manqué à son devoir de vigilance en ne prenant pas les mesures adéquates

---

p. 30 : *« The Respondent is liable to the Claimant (…) 7. For failing to take effective measures to prevent rape of women by its soldiers in Irob Wereda* ».

[1340] Ph. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2005, n° 1, p. 226.

[1341] P. d'Argent et J. d'Aspremont, « La Commission des réclamations Erythrée – Ethiopie : un premier bilan », *AFDI*, 2007, p. 347-396, sp. p. 384.

[1342] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 213.

[1343] *Ibid.*, § 214.

[1344] Qu'il s'agisse, d'une part, de meurtres, d'actes de torture, de la destruction de villages et de bâtiments civils, de manquements à l'obligation de distinguer cibles civiles et militaires ainsi qu'à celle de protéger la population civile, d'incitations au conflit ethnique ou encore de l'entraînement d'enfants-soldats (*ibid.*, § 111) et, d'autre part, de la participation au pillage et à l'exploitation des ressources naturelles de la République démocratique du Congo (*ibid.*, § 242).

[1345] L'Ouganda soutenait que les militaires impliqués avaient agi non seulement de leur propre initiative mais à titre privé et en vue d'un enrichissement personnel (v. les plaidoiries d'E. Suy, CR 2005/9, 20 avril 2005, § 35 et § 42-47), ce à quoi le Congo rétorquait qu'ils ne pouvaient qu'avoir agi à titre officiel, dans l'exercice de la puissance publique, et que leurs comportements engageaient la responsabilité de l'Ouganda quand bien même ils auraient été accomplis *ultra vires* (v. les plaidoiries de Ph. Sands, CR 2005/5, 13 avril 2005, § 19 et 41-42, CR 2005/13, 25 avril 2005, § 33-38).

pour s'assurer que ses forces armées ne se livreraient pas au pillage et à l'exploitation des ressources naturelles de la R.D.C. », elle a également affirmé qu'« en tout état de cause, quelles qu'aient été les mesures prises par ses autorités, la responsabilité de l'Ouganda était engagée dès lors que les actes illicites étaient commis par ses forces armées »[1346]. Même si la Cour a paru considérer que les militaires impliqués ont agi « à titre apparemment officiel », ce qui suffirait pour considérer qu'ils ont agi en qualité d'organe au sens de l'article 4 C.D.I., elle a également invoqué l'article 3 de la IV[e] Convention de La Haye pour écarter l'argument selon lequel ils auraient agi de manière contraire aux instructions données, alors même qu'elle aurait pu s'appuyer sur l'article 7 C.D.I. pour parvenir à la même conclusion. Elle s'est quoi qu'il en soit contentée de constater que les comportements en cause avaient été commis par des membres des forces armées ougandaises pour les rapporter à l'Etat, ne recherchant pas s'ils avaient agi *ultra vires* ou à titre privé[1347]. Il semble donc bien que l'Etat soit responsable de tous les actes commis par les membres de ses forces armées en situation de conflit armé, que cette règle résulte de l'article 3 de la IV[e] Convention de La Haye ou d'une interprétation extensive de l'action en qualité d'organe au sens de l'article 4 C.D.I.[1348].

427. Reste à déterminer comment qualifier cette règle. Faut-il y voir une règle spéciale d'attribution d'un *comportement* ou une règle spéciale d'attribution d'une *responsabilité* ? Th. Meron penche pour la seconde branche de l'alternative en affirmant que l'article 3 « *addresses the consequences of acts by a particular category of State agents rather than the question of attribution of their acts to the State* »[1349]. Mais L. Condorelli estime quant à lui qu'il s'agit là « d'un régime spécial en matière d'attribution »[1350]. Il ne faut pas perdre de vue que si l'on peut qualifier ce régime de régime de responsabilité absolue[1351], il ne s'agit pas pour autant d'un régime de responsabilité objective. En effet, l'Etat n'est pas tenu responsable de toutes les

[1346] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 246.
[1347] En ce sens, N. Haupais, « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *RGDIP*, 2007, vol. 1, p. 117-146, sp. p. 135-137. On notera que le juge *ad hoc* Kateka, ignorant la spécificité des forces armées, a considéré que « l'Ouganda ne saurait (…) se voir imputer des faits illicites à raison d'actes individuels commis à titre privé par des soldats des U.P.D.F. en violation des ordres reçus » (O.D. Kateka, § 54), indiquant ainsi que les actes en cause ont bien été accomplis à titre privé.
[1348] Déjà en ce sens, P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 459, pour qui l'article 3 de la Convention IV n'est pas une disposition d'exception mais traduit le fait que les fonctions des membres des forces armées « absorbent pour ainsi dire d'une manière totale leur vie privée ».
[1349] Th. Meron, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon press, 1989, p. 161-162.
[1350] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 146. Egalement en ce sens, B. Stern, « The elements of an internationally wrongful act », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility, op. cit.*, p. 203.
[1351] En ce sens, J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, *op. cit.*, p. 186.

conséquences dommageables des comportements des membres de ses forces armées. Seules les violations du droit international commises par eux peuvent lui être rapportées. La règle contenue à l'alinéa 2 de l'article 3 apparaît dès lors comme la première étape d'un processus conduisant à l'engagement de la responsabilité. Ce n'est qu'une fois qu'un comportement aura été considéré comme étatique en application de cette règle qu'il pourra être confronté aux obligations pesant sur l'Etat en vertu du droit international humanitaire. Il semble donc bien qu'il s'agisse là d'une règle d'imputation.

B. L'étendue de la dérogation concernant les forces armées en campagne

428. L'étendue de la dérogation introduite par l'article 3 de la IV[e] Convention de La Haye dépend encore de ses champs d'application *ratione materiae* (1) et *personae* (2)

1. Champ d'application ratione materiae

429. L'Etat n'est responsable que si le comportement du membre de ses forces armées ayant agi à titre privé viole une obligation internationale pesant sur lui[1352]. Ces obligations sont d'abord et certainement celles du Règlement de La Haye mais aussi, depuis l'adoption du Premier protocole additionnel aux Conventions de Genève, de ce protocole et des quatre Conventions de Genève. Il s'agit donc des violations du droit international humanitaire applicable aux conflits armés internationaux. La Cour internationale de Justice a d'ailleurs considéré que cette règle présentait sur ce point au moins un caractère coutumier[1353], question dont l'intérêt pratique s'était réduit depuis son insertion au Premier protocole[1354]. Peut-elle s'étendre au-delà ? La question se pose en particulier pour les conflits armés non internationaux et pour les violations d'autres règles applicables en situation de conflit armé, notamment du droit international des droits de l'homme.

[1352] En ce sens A. Freeman, « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *op. cit.*, p. 336 ; P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 512 ; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 4[e] édition, 2008, p. 686, qui cite à l'appui de sa position des décisions de juridictions internes selon lesquelles cette disposition n'a d'autre objet que d'instaurer la responsabilité des Etats belligérants en cas de *violation* du Règlement de La Haye.

[1353] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 214.

[1354] Sur ce débat et la réduction de son enjeu pratique, v. P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 513-514.

430. Sur le premier point, la pratique n'est pas homogène. Ainsi, même si Max Huber suggérait dès 1924 d'étendre le principe établi à l'article 3 de la IV[e] Convention de La Haye « en ce qui concerne l'éventualité d'une action militaire en dehors de la guerre proprement dite »[1355], il n'est pas certain qu'il ait entendu désigner ainsi la règle spéciale d'imputation selon laquelle il n'est pas nécessaire de déterminer selon qu'un membre des forces armées a agi en cette qualité ou à titre privé. Répondant à l'argument selon lequel l'Espagne ne devrait pas être tenue responsable « des conséquences de ce qu'il cherche à rétablir l'ordre » alors qu'une révolution a éclaté sur son territoire[1356], il semble plus probable que Max Huber ait visé en citant l'article 3 le principe général selon lequel l'Etat doit répondre des comportements contraires au droit international commis par les membres de ses forces armées[1357]. Cette interprétation est d'autant plus probable que, dans la suite de son rapport, M. Huber insiste sur la « vigilance d'un ordre supérieur » que l'Etat doit exercer en situation de guerre civile « en vue de prévenir les délits commis, en violation de la discipline et de la loi militaires, par les personnes appartenant à son armée »[1358]. D'autres arbitres soulignaient d'ailleurs à la même époque le caractère innovant de la solution retenue par les Etats dans le Règlement de La Haye pour considérer qu'elle devait être cantonnée aux situations régies par ce Règlement et ne pas s'étendre aux conflits armés internes, sans que cela les empêche de considérer que l'Etat était tenu par un devoir de vigilance qualifiée vis-à-vis des comportements des membres de ses forces armées agissant à titre privé[1359]. Si la pratique judiciaire ou arbitrale sur ce point s'est depuis tarie, le deuxième protocole additionnel aux Conventions de Genève applicable aux conflits armés non internationaux ne reprend pas, à la différence du protocole relatif aux conflits armés internationaux, la règle posée à l'article 3. Il semble donc que cette *lex specialis* demeure cantonnée aux conflits armés internationaux[1360]. Toutefois, en soulignant le caractère coutumier de l'article 3 et en se fondant sur l'article 4 C.D.I. pour écarter l'argument selon lequel des soldats n'auraient pas agi « en qualité de personnes exerçant

[1355] *Réclamations britanniques au Maroc espagnol*, arbitrage de M. Huber, 1[er] mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 615-742, sp. p. 645 : s'agissant des dommages causés à des ressortissants britanniques du fait d'opérations militaires espagnoles – l'Espagne étant alors Etat protecteur d'une partie du Maroc – contre des soulèvements kabyles.
[1356] *Ibid*.
[1357] En ce sens, P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 517.
[1358] *Réclamations britanniques au Maroc espagnol*, arbitrage de M. Huber, 1[er] mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 615-742, sp. p. 645.
[1359] *Caire*, Commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516-534, sp. p. 529-530. Sur le second point, l'obligation de vigilance, l'arbitre de l'affaire *Caire* cite M. Huber, si bien qu'il n'est pas certain que leurs positions soient véritablement opposées.
[1360] En ce sens, P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 517.

des prérogatives de puissance publique », la Cour internationale de Justice semble avoir ouvert la voie à l'application de cette règle aux conflits armés internes[1361].

431. Sur le second point, si l'on peut estimer que le partage entre les règles du droit des conflits armés et les autres règles du droit des gens conditionne l'application de la règle spéciale d'imputation[1362], la Cour internationale de Justice ne semble pas avoir fait de distinguo. Elle a en effet rapporté à l'Etat les comportements de ses forces armées en faisant notamment référence à la règle contenue à l'article 3 (91) avant de confronter les faits étatiques ainsi identifiés aux obligations résultant indistinctement du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme[1363]. La Cour a ainsi tiré les conséquences de son refus d'écarter l'application du droit international des droits de l'homme en situation de conflit armé[1364]. Les deux corps de règles présentant une proximité substantielle, elle a en effet pu considérer que les raisons qui ont conduit les Etats à adopter une règle spéciale d'imputation en droit humanitaire valaient également lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit international des droits de l'homme en situation de conflit armé.

2. Champ d'application ratione personae

432. Cette règle particulière ne s'applique qu'aux personnes faisant partie des forces armées[1365] de l'Etat. Sa portée dépend donc de la définition desdites forces. Celle-ci peut être recherchée dans le droit international humanitaire lui-même, l'alinéa 1 de l'article 43 du Premier protocole précisant de manière générale que « les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses

[1361] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 213. On remarquera que, déjà dans l'affaire *Caire*, le président de la Commission d'arbitrage écrivait que « les motifs qui, en 1907, ont porté le Gouvernement allemand à proposer et les autres Gouvernements à accepter le principe de responsabilité mentionné ci-dessus, [sont] également propres à justifier *de lege feranda* l'acceptation du même principe pour l'hypothèse des guerres civiles » (*op. cit.*, p. 528).

[1362] En ce sens, P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 514.

[1363] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 214-220. En ce sens, N. Haupais, « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *op. cit.*, p. 137 ; C. Hoppe, « Passing the buck : State responsibility for private military companies », *EJIL*, 2008, vol. 19, p. 989-1014, sp. p. 1005.

[1364] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, § 106 ; *Activités armées sur le territoire du Congo*, § 216.

[1365] Tandis que l'article 3 de la IV^e^ Convention de La Haye parle de la force armée, l'article 91 du premier protocole additionnel mentionne les forces armées, le premier ne s'appliquant qu'à la guerre sur terre et donc à la force terrestre, le second couvrant toutes les formes de guerre et donc toutes les forces armées, qu'elles soient aéronavales ou terrestres (sur ce point, v. P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 507).

subordonnés devant cette Partie (…) ». Deux difficultés sont susceptibles de se poser quant à cette définition, la première tenant à la situation des organes de l'Etat ne faisant pas partie de ses forces armées, la seconde à celle des personnes agissant pour son compte sans appartenir formellement à ses forces armées.

433. Le premier point ne nous retiendra pas longtemps. Tout juste peut-on relever que l'article 3 (91) ne s'applique pas aux organes de l'Etat ne faisant pas partie de ses forces armées. Cette règle spéciale ne semble donc pas devoir s'appliquer à l'administration civile[1366], non plus qu'aux personnes qui suivent ou accompagnent les forces armées au sens de l'article 4A(4) de la III[e] Convention de Genève[1367]. La situation des forces de police est plus délicate. L'alinéa 3 de l'article 43 la règle en retenant que « la Partie à un conflit qui incorpore, dans ses forces armées, une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre, doit le notifier aux autres Parties au conflit ». Cette disposition vise en effet les forces de police, même si elle utilise la périphrase « organisation paramilitaire ou (…) service armé chargé de faire respecter l'ordre » pour tenir compte de la diversité des organisations et qualifications internes[1368]. Elle conduit donc à considérer comme des membres des forces armées, « les éléments de maintien de l'ordre en uniforme » dès lors que leur Etat d'origine l'a notifié aux autres Parties au conflit[1369].

434. Le second point est plus délicat, notamment compte tenu du fait que les Etats recourent fréquemment, dans des contextes conflictuels, à des personnes qui agissent pour leur compte sans être formellement intégrées à leur organisation. Ainsi de groupes paramilitaires ou encore de cocontractants privés[1370]. Quand bien même on considérerait que leurs comportements peuvent être rapportés à l'Etat en application des règles du droit international de la responsabilité, cela signifie-t-il qu'ils doivent être assimilés à des membres de ses forces armées au sens de l'article 3 (91) ? La pratique manque concernant ces deux types d'entités. Quelques éléments de réponse peuvent néanmoins être avancés. Les premiers tiennent à la définition des forces armées qui apparaît dans les conventions relatives au droit international humanitaire. Outre les « organisations paramilitaires » et

---

[1366] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 148.

[1367] Qui étend le statut de prisonnier de guerre aux « personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent (…) ».

[1368] J. de Preux, « Article 43 », *in* C. Pilloud *et al.* (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève/Dordrecht, CICR/Martinus Nijhoff, 1987, p. 511-523, sp. p. 523.

[1369] *Ibid.*

[1370] Sur ce point, v. aussi *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 et *infra*, Titre 2, Chapitre 1.

autres « services armés chargés de faire respecter l'ordre » notifiés[1371], cette définition semble pouvoir inclure des « milices et corps de volontaires »[1372], voire des individus qui pourraient être qualifiés de mercenaires[1373], dès lors qu'ils sont incorporés aux forces armées. Elle paraît en revanche exclure « les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit », de même que les « fournisseurs [et] membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées », quand bien même ils pourraient bénéficier du statut de prisonniers de guerre[1374]. En retenant une définition quelque peu tautologique des forces armées, ces dispositions semblent en retenir une conception essentiellement formelle, leur délimitation étant dès lors laissée à la discrétion de la partie dont elles relèvent. Toutefois, si une telle liberté est envisageable s'agissant d'identifier les personnes susceptibles de bénéficier du statut de prisonniers de guerre, elle l'est moins s'agissant d'identifier les individus dont l'Etat doit répondre. Il faut en effet se tourner également vers la *ratio* de la règle codifiée à l'article 3 (91). Celle-ci vise d'une part à renforcer la protection des victimes, de l'autre à inciter les Etats à renforcer la discipline au sein de leurs troupes[1375]. Si le premier élément tend à étendre la catégorie des membres des forces armées, le second incite à limiter cette extension aux personnes sur lesquelles l'Etat doit exercer une discipline. A cet égard, en incluant dans la catégorie des forces armées « toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie », l'article 43 du premier protocole additionnel ouvre la voie à l'assimilation aux forces armées de l'Etat de tous les combattants dont le comportement lui est rapporté sur une base organique. Ayant imputé les comportements de l'armée des serbes de Bosnie à la R.F.Y. sur une telle base, le T.P.I.Y. parut d'ailleurs admettre que la première soit considérée comme faisant partie des forces armées de la seconde[1376]. La

[1371] Article 43, al. 3 du premier protocole additionnel.
[1372] Article 4, A, § 1 de la troisième Convention de Genève, accordant le statut de prisonniers de guerre aux « membres des milices et des corps de volontaires faisant partie [des] forces armées ».
[1373] Article 47 PA1, excluant de la définition de « mercenaires » les personnes qui, bien que spécialement recrutées pour combattre dans un conflit armé, prenant part directe aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel et n'étant pas ressortissantes d'une partie au conflit, sont néanmoins membre des forces armées d'une partie.
[1374] Article 4, A § 2 et 4 de la troisième Convention de Genève, accordant sous certaines conditions le statut de prisonniers de guerre à ces personnes tout en les distinguant des forces armées.
[1375] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 148 ; P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 511.
[1376] *Tadic*, IT-94-1-T, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, n. 117 : « Il ressort clairement du raisonnement exposé par la Chambre d'appel dans le présent arrêt que [même si l'on raisonne au regard de la *lex specialis* posée par l'article 3 (91)] le critère de contrôle, telle qu'elle l'a décrit, reste indispensable pour déterminer dans quels cas des individus qui ne sont pas à proprement parler des responsables militaires d'un Etat sont néanmoins susceptibles d'être considérés comme faisant partie des forces armées dudit Etat ». Si certains auteurs ont contesté cette assimilation, ce n'est que parce qu'ils remettent en cause l'approche

position de la Cour internationale de Justice, qui envisage qu'un groupe paramilitaire puisse être considéré comme l'organe de fait d'un Etat[1377], autorise également semblable conclusion.

*

435. Le droit international de la responsabilité tient donc compte du fait qu'un individu-organe n'agit pas en permanence en cette qualité. Les cas dans lesquels il peut être considéré comme ayant agi à titre privé sont toutefois relativement rares. Ceux dans lesquels il est considéré comme ayant agi pour autrui sont plus fréquents.

Section 2. Les faits accomplis pour autrui

436. Il n'est pas rare qu'un Etat ou l'un de ses organes agisse pour le compte d'un autre sujet de droit international, qu'il intervienne dans des domaines relevant normalement de sa compétence ou qu'il agisse à sa demande. De telles situations posent d'importants problèmes d'imputation, non seulement parce que critères organique et fonctionnel ne coïncident alors plus mais encore parce qu'elles mettent en rapport plusieurs sujets de droit international, dont la personnalité « emporte normalement avec elle la capacité d'être lié par des obligations internationales et d'être tenu responsable de leur violation »[1378].

437. Les situations dans lesquelles un individu ayant qualité d'organe d'un Etat agit pour autrui sont toutefois variées et le décalage entre considérations organique et fonctionnelle peut être plus ou moins prononcé. Trois catégories peuvent schématiquement être distinguées. Il se peut tout d'abord qu'un même individu cumule, statutairement ou ponctuellement, la qualité d'organe de deux sujets du droit international. Il peut alors agir alternativement comme organe de l'un ou l'autre de ces sujets. Ainsi du président de la République française qui cumule ses fonctions avec celles de co-prince des Vallées

---

organique retenue par le TPIY (P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op. cit.*, p. 526).

[1377] Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

[1378] M. Forteau, « Le droit applicable en matière de droits de l'homme aux administrations territoriales gérées par des organisations internationales », *in* S.F.D.I., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, p. 7-34, sp. p. 8. Sur ce point, v. aussi *supra*, Introduction.

d'Andorre. Après le juge français[1379], la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'en pareil cas le chef de l'Etat n'agissait pas en tant qu'autorité administrative française[1380]. Il se peut ensuite que l'organe d'un Etat soit mis à la disposition d'un autre sujet du droit international. Ce détachement peut être total mais aussi partiel et il faudra alors déterminer en quelle qualité l'organe agissait au moment où il a accompli le comportement litigieux. Il se peut enfin que l'organe d'un Etat agisse pour le compte d'un autre sujet du droit international suivant un rapport de représentation. En pareil cas, au lieu d'être alternatives comme dans les cas précédents, « ses qualités d'autorité nationale et d'autorité étrangère sont à certains égards cumulatives », l'organe étatique intervenant en tant que tel mais pour le compte d'un autre sujet[1381].

Si la première de ces situations implique seulement de déterminer en quelle qualité un individu cumulant le statut d'organe de deux sujets a agi, les deux autres posent des difficultés d'identification du sujet appelé à répondre des comportements en cause. Il semble toutefois qu'un basculement dans l'imputation ne s'opère que lorsqu'un organe est véritablement mis à disposition d'un autre sujet de droit international (§ 1), les cas dans lesquels un organe agit pour le compte d'un autre sujet tout en demeurant organiquement lié à son Etat d'origine n'entraînant que des glissements de responsabilité (§ 2).

[1379] France, Conseil d'Etat, 1er décembre 1933, *Société Le Nickel*, *S.*, 1935.3.1, note Ch. Rousseau : une décision de déchéance de concession adoptée par le Président de la République française exerçant ses fonctions de co-prince d'Andorre ne constitue pas « un acte d'une autorité administrative française dont l'annulation puisse être demandée par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

[1380] *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, req. n° 1247/87, recevabilité, 26 juin 1992 : la Cour constate que la France n'exerce pas sa juridiction sur le territoire d'Andorre (§ 89), semblant ainsi admettre la position de la France selon laquelle lorsque son président de la République exerce son autorité en Andorre il n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'autorité française (§ 85). Sans doute la situation du *Privy Council* du Royaume-Uni, qui fait office de cour d'appel en dernier ressort pour un certain nombre d'États indépendants dans le cadre du *Commonwealth*, peut-elle en être rapprochée, bien que la pratique en ce sens manque (l'exemple fut cité à plusieurs reprises dans les travaux de la C.D.I. avant d'être repris dans le commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 8, *op. cit.*, p. 47). Ce cumul de qualités peut également être plus ponctuel. Ainsi, le consul britannique en Perse ayant été temporairement chargé d'affaires du consulat de France, le Royaume-Uni « ne saurait être tenu responsable d'une négligence de son consul, en sa qualité de gérant du consulat d'une autre puissance » (*Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, arbitrage de F. V. N. Beichmann, 9 juin 1931, *RSA*, vol. II, p. 1113-1143, sp. p. 1141).

[1381] M. Forteau, « La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *RGDIP*, 2003, p. 636-676, sp. p. 644. Si les distinctions conceptuelles proposées dans cet article apparaissent pertinentes et seront parfois reprises dans les lignes qui suivent, les conclusions qu'en tire l'auteur en droit positif sont en revanche fortement contestables (en ce sens, L.-A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *RCADI*, 2008, vol. 339, p. 9-436, sp. n. 1070) ainsi que l'auteur l'a lui-même admis dans une étude ultérieure (« Le droit applicable en matière de droits de l'homme aux administrations territoriales gérées par des organisations internationales », *op. cit.*, p. 25-26).

§ 1. La mise à la disposition d'autrui

438. La Commission du droit international a essentiellement envisagé les cas dans lesquels l'organe d'un Etat agit pour le compte d'un autre sujet de droit international à travers la figure de la mise à disposition[1382]. Elle a alors considéré que le comportement d'un organe d'un Etat mis à disposition d'un autre sujet du droit international devient imputable au sujet bénéficiaire et cesse, corrélativement, de l'être à son Etat d'origine. Si le principe n'est guère discuté, encore faut-il que l'organe se trouve véritablement à la disposition du sujet pour le compte duquel il agit. Or, les termes employés par la C.D.I. pour préciser ce que signifie cette expression varient du texte relatif à la responsabilité des Etats aux travaux consacrés à la responsabilité des organisations internationales. Ainsi, tandis que l'article 6 du premier insiste sur le fait que l'organe « agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve »[1383], son pendant dans le cadre des seconds se concentre sur le fait que l'organe se trouve sous le « contrôle effectif » de l'organisation à la disposition duquel il se trouve[1384]. Bien que l'accent soit mis dans le premier cas sur la nature des pouvoirs exercés, l'étude des travaux de la Commission comme celle de la pratique indiquent toutefois que, dans un cas (A) comme dans l'autre (B), le critère décisif tient davantage à l'autorité qui s'exerce sur l'organe qu'aux fonctions qu'il assume.

A. La mise à la disposition d'un Etat

439. Bien que la formulation retenue par la C.D.I. ait pu faire naître le doute (1), les comportements des organes mis par un Etat à la disposition d'un autre cessent d'être attribuables au premier dès lors qu'ils échappent à son autorité (2).

[1382] L'expression « mis à la disposition » étant employée aussi bien à l'article 6 du texte relatif à la responsabilité des Etats qu'à l'article 6 du texte relatif à la responsabilité des organisations internationales, elle sera préférée ici à celle de détachement également utilisée dans le droit de la fonction publique. Les deux expressions peuvent présenter quelques différences, la mise à disposition désignant la situation d'un agent qui est réputé occuper son emploi mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à intervenir tandis que le détachement désigne celle d'un agent qui est placé hors de son corps d'origine tout en ayant le droit d'être réintégré dans ce corps. Mais ces différences sont sans incidence du point de vue du droit international de la responsabilité, de sorte que les deux expressions seront utilisées indistinctement ici.

[1383] *Op. cit.*, p. 45.

[1384] *Op. cit.*, p. 63.

1. Les travaux de la Commission du droit international

440. L'article 6 du texte relatif à la responsabilité des Etats indique que « le comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier Etat d'après le droit international ». Malgré cette formulation ou des passages ambigus du commentaire selon lesquels « l'élément crucial aux fins de l'article 6 est (…) l'établissement d'un lien fonctionnel entre l'organe en question et la structure ou l'autorité de l'État d'accueil »[1385], les travaux ayant conduit à l'adoption de cette disposition comme son commentaire font clairement apparaître qu'aux fins de l'attribution, le contrôle exercé prime sur les fonctions assumées par l'organe mis à disposition. En effet, les membres de la Commission ont toujours considéré que pour qu'un basculement dans l'attribution s'opère en pareil cas, le glissement dans les fonctions assumées par l'organe en cause devait s'accompagner d'un glissement organique. L'autorité qui s'exerce sur l'organe occupe alors une place centrale. R. Ago la considérait ainsi comme une « condition essentielle » ou un « élément décisif »[1386], si bien qu'il avait proposé une formulation aux termes de laquelle « est considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui ont la qualité d'organes dans le cadre de l'ordre juridique d'un autre Etat ou d'une organisation internationale et qui ont été mis à sa disposition, *à condition que ces organes relèvent effectivement de l'autorité de l'Etat à la disposition duquel ils se trouvent et agissent selon les instructions émanant de ce dernier* »[1387]. Si cette dernière précision a disparu du texte adopté en première lecture au profit de celle selon laquelle l'organe en cause doit avoir agi « dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve », cela ne signifie pas que la Commission ait entendu faire primer le critère fonctionnel sur le critère organique. En effet, la suppression de la première visait seulement à éviter que l'Etat d'accueil puisse échapper à sa responsabilité pour la seule raison qu'aucune instruction émanant de lui n'a pu être mise en évidence[1388], tandis que l'insertion de la seconde avait pour seul objectif d'exclure du champ de cette disposition le cas de personnes privées

[1385] Commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 46. Cette formulation est ambiguë car tout en insistant sur le lien fonctionnel elle fait référence à la structure ou l'autorité de l'Etat d'accueil et non à ses fonctions.
[1386] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 201-202 et 206, p. 283-285.
[1387] Projet d'article 9 proposé par le rapporteur spécial, *ibid.*, p. 289.
[1388] Déclaration de M. Hambro, président du comité de rédaction, 1278e séance, § 22, p. 157 ; sur cette crainte, voir les débats à la Commission sur cette disposition *ACDI*, 1974, vol. 1, 1260e séance, p. 48-49, 1261e séance, p. 49-55, 1262e séance, p. 55-60, 1263e séance, p. 60-63, sp. la position de P. Reuter, *ibid.*, p. 49.

envoyées par un Etat dans un autre pour y agir comme telles et non pour le compte de l'Etat d'accueil[1389]. Le commentaire de l'article 9 adopté en première lecture confirmait dès lors que pour qu'il y ait mise à disposition, il faut que « l'organe agisse en liaison avec l'appareil de [l'Etat d'accueil], sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur la base d'instructions lui parvenant de l'Etat d'envoi »[1390]. Une nouvelle fois soulignée par J. Crawford[1391], cette condition fut reprise dans le commentaire du texte définitif selon lequel « l'organe doit (…) agir en liaison avec l'appareil de cet État et sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci »[1392]. Il ne fait donc guère de doute que l'autorité qui s'exerce sur l'organe mis par un Etat à la disposition d'un autre soit, aux yeux de la C.D.I., le critère déterminant aux fins d'attribution de son comportement.

441. La Commission considère donc que lorsque l'organe d'un Etat agit pour le compte et sous l'autorité d'un autre Etat, il se trouve à sa disposition. Son comportement devient alors imputable à l'Etat d'accueil et cesse corrélativement de l'être à son Etat d'origine. La C.D.I. a en effet insisté à plusieurs reprises sur le caractère exclusif de l'attribution en remarquant notamment que lorsqu'un organe est véritablement mis à la disposition d'un Etat, « son comportement est attribué à ce dernier État *et à lui seul* »[1393]. Même si elle a envisagé une limite à l'exclusivité de cette attribution pour les cas exceptionnels dans lesquels un organe agit sur les instructions conjointes de son Etat d'origine et de l'Etat d'accueil[1394], elle a donc considéré que lorsque l'organe d'un Etat est mis à la disposition d'un autre Etat, en ce sens qu'il agit pour son compte et sous son autorité, son comportement cesse en principe d'être attribuable au premier pour être rapporté au second. Elle semble ainsi avoir correctement traduit la pratique internationale.

[1389] Déclaration de M. Hambro, président du comité de rédaction, 1278e séance, § 21 ; commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 5, *op. cit.*, p. 46.

[1390] Commentaire de l'article 9 adopté en première lecture, § 5 et 8, *op. cit.*, p. 298-299. Voir aussi commentaire de l'article 12 adopté en première lecture, § 2 : l'idée selon l'organe doit avoir été mis à disposition pour que l'article 9 trouve à s'appliquer « ne veut pas dire uniquement que l'organe 'prêté' doive agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat bénéficiaire. Cette condition demande surtout que, dans l'accomplissement des fonctions de l'Etat bénéficiaire qui lui ont été confiées, l'organe 'prêté' agisse sous la direction et le contrôle exclusifs de cet Etat » (*ACDI*, 1975, vol. 2, p. 90).

[1391] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 223, p. 48.

[1392] Commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 45-46.

[1393] *Ibid.*, §1, p. 45 ; v. aussi commentaire de l'article 9 adopté en première lecture, § 15 : « L'organe qui est 'prêté' par un Etat à un autre Etat et qui, par conséquent, exerce son activité sous l'autorité et le contrôle de ce dernier n'agit pas en tant qu'organe de son Etat d'appartenance. Ses agissements ne sont pas plus attribuables à ce dernier Etat que ne le seraient ceux que l'organe en question commettrait en qualité de simple particulier » (*op. cit.*, p. 301).

[1394] Commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 3, *op. cit.*, p. 46.

2. La pratique judiciaire

442. Ainsi entendue, la mise à disposition est une situation inhabituelle[1395]. La pratique judiciaire y relative est logiquement mince mais les quelques cas dont les juridictions étudiées ont eu à connaître confirment que l'élément décisif aux fins d'attribuer le comportement d'un organe prêté tient à l'autorité qui s'exerce sur lui au moment où il agit.

a. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme

443. La Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont considéré irrecevables *ratione personae* des requêtes dirigées contre la France pour le comportement de magistrats qu'elle avait mis à la disposition d'Andorre ou de Monaco. Pour ce faire, elles ont non seulement remarqué que ces organes participaient à l'exercice de fonctions de leur Etat d'accueil, mais aussi, et surtout, qu'ils « rempliss[aient] leurs tâches de manière autonome (…) leurs jugements et arrêts échapp[ant] au contrôle des autorités françaises »[1396]. Exerçant des fonctions pour le compte d'Andorre ou de Monaco sans plus être soumis à l'influence des autorités françaises, ces organes étaient donc bien mis à la disposition des premiers si bien que leurs comportements cessaient d'être imputables à leur Etat d'origine[1397]. A l'inverse, on le verra, lorsque les organes en cause continuent d'agir sous l'autorité de leur Etat d'origine, la Cour considère que leurs comportements lui restent attribuables, quand bien même ils agiraient pour le compte d'un autre Etat[1398].

[1395] J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 223, p. 48.
[1396] *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, req. n° 1247/87, recevabilité, 26 juin 1992, § 96 s'agissant des agents français mis à la disposition d'Andorre ; Com. EDH, *Meignan c. France*, req. n° 21392/93, recevabilité, 28 juin 1993, s'agissant des agents français mis à la disposition de Monaco.
[1397] A l'occasion de sa décision *Drozd et Janousek*, la Cour a également remarqué que « le détachement de magistrats ou leur mise à disposition de pays étrangers se pratique (…) entre Etats membres du Conseil de l'Europe, comme en témoigne la présence de juristes autrichiens et suisses au Liechtenstein » (*ibid.*).
[1398] Voir la pratique citée *infra* § 2.

b. La pratique de la Cour internationale de Justice

444. Si la Cour internationale de Justice ne s'est jamais prononcée expressément sur la question du détachement d'un organe étatique auprès d'un autre Etat, elle a toutefois été confrontée à un cas dans lequel un organe étatique avait été mis à la disposition d'une « autorité publique ». Si tel fut le cas, c'est parce que tout en reconnaissant que la *Republika srpska* a joui d'une certaine indépendance de fait, elle s'est refusée à la qualifier d'Etat au sens du droit international[1399]. Cela ne l'a pourtant pas empêchée d'estimer que des organes de la République fédérative de Yougoslavie étaient susceptibles d'avoir été mis à sa disposition. La Cour ne l'a certes pas affirmé, mais elle l'a fortement suggéré en recherchant si deux catégories d'individus impliqués dans le génocide commis à Srebrenica pouvaient être qualifiés d'organes *de jure* de la R.F.Y. Elle a d'abord estimé que le général Mladic ne pouvait être considéré comme tel car, quand bien même il aurait continué d'en dépendre « sur le plan administratif », il avait été nommé par le président de la *Republika srpska*, relevait de l'autorité politique de cette entité et recevait ses ordres d'elle. Il agissait donc au nom de la *Republika srpska* de sorte qu'il ne pouvait quoi qu'il en soit être considéré comme un organe *de jure* de la R.F.Y.[1400] Elle a ensuite considéré que le comportement des Scorpions ne pouvait pas davantage être rapporté à la R.F.Y., non seulement car les preuves ne permettaient pas d'établir qu'il s'agissait au moment des faits d'organes *de jure* de cet Etat mais aussi parce « qu'en tout état de cause, les actes d'un organe mis par un Etat à la disposition d'une autre autorité publique ne peuvent être considérés comme des actes de l'Etat en question si cet organe agit pour le compte de l'autorité publique à la disposition de laquelle il se trouve »[1401]. Bien que formulés en des termes différents, ces raisonnements sont analogues et se complètent. La Cour juge ainsi, d'une part, que lorsqu'un organe est mis par un Etat à la disposition d'un autre son comportement cesse d'être attribuable au premier pour être rapporté au second et, d'autre part, qu'il y a mise à disposition lorsque l'organe en question exerce des fonctions de l'Etat d'accueil en agissant sous son autorité[1402].

[1399] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 233.
[1400] *Ibid.*, § 388.
[1401] *Ibid.*, § 389.
[1402] *Contra*, v. l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Mahiou, pour qui l'Etat est responsable des agissements de ses forces armées « même s'il était démontré qu'[elles] agissaient en fait sous le contrôle de la *Republika Srpska*, car le défendeur ne peut dégager sa responsabilité pour des faits internationalement illicites commis par des éléments relevant de ses forces armées » (O.D. Mahiou, § 95). La position de la Cour fait toutefois écho à celle retenue par la Chambre de première instance du T.P.I.Y. en l'affaire *Tadic*. Celle-ci avait en effet

445. La pratique judiciaire internationale confirme donc que lorsqu'un organe est mis par un Etat à la disposition d'un autre, en ce sens qu'il exerce ses fonctions sous son autorité, un basculement dans l'attribution s'opère. Il en va de même lorsqu'un organe étatique est mis à la disposition d'une organisation internationale.

B. La mise à la disposition d'une organisation internationale

446. Les cas dans lesquels un organe étatique est mis à la disposition d'une organisation internationale ne sont pas rares. Si la C.D.I. a jusqu'ici considéré que le critère du contrôle effectif permettait de répartir les comportements en pareil cas (1), la pratique judiciaire est moins claire (2).

1. Les travaux de la Commission du droit international

447. Abordant la responsabilité des organisations internationales, la C.D.I. s'est penchée sur la possibilité qu'un organe d'un Etat se trouve à la disposition d'une telle organisation. Elle a alors suivi le chemin tracé lors des travaux relatifs à la responsabilité des Etats en retenant comme décisif le critère du contrôle effectif.

448. L'article 6 du projet sur la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture prévoit que « le comportement d'un organe d'un Etat (…) mis à la disposition d'une (…) organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement »[1403]. La Commission a ainsi transposé dans le texte relatif à la responsabilité des organisations internationales l'article relatif à la mise à disposition adopté dans le contexte de la responsabilité des Etats. Même si la formulation retenue diffère, le sens n'a pas varié. En effet, outre que R. Ago avait déjà présenté de manière incidente ce type de mise à disposition dans les mêmes termes[1404], l'insertion de la

considéré que, quand bien même des organes de la R.F.Y. auraient participé aux attaques en cause, ils l'avaient fait sous l'autorité d'un commandant de corps de la V.R.S. de sorte que leurs comportements ne pouvaient être attribués à leur Etat d'origine « sans la preuve qu'avaient été reçus de Belgrade des ordres qui tournaient ou supplantaient l'autorité du commandant de corps » (*Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, Chambre de première instance, arrêt du 7 mai 1997, § 601).

[1403] Doc. A/64/10 (2009), p. 63.

[1404] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 210-214, p. 287-289.

condition du contrôle effectif dans le texte même de l'article relatif à la responsabilité des organisations internationales vise à clarifier davantage qu'à modifier la solution retenue dans le contexte de la responsabilité des Etats[1405].

Cette clarification est importante s'agissant d'examiner les cas dans lesquels un organe de l'Etat est mis à la disposition d'une organisation internationale. En effet, s'il est alors envisageable que l'organe soit entièrement détaché auprès de l'organisation, auquel cas son comportement « serait à l'évidence attribuable à l'organisation d'accueil seulement »[1406], il est également des hypothèses « où l'organe ou l'agent prêté agit encore dans une certaine mesure en qualité d'organe de l'État d'envoi »[1407]. C'est en particulier le cas lorsque des organes étatiques participent à des opérations militaires décidées par le Conseil de sécurité des Nations unies. Se référant à la pratique de l'Organisation, aux prises de position des Etats et de l'Organisation dans le cadre des travaux de la Commission, ainsi qu'à quelques décisions rendues par des juridictions internes, G. Gaja proposa de distinguer nettement les interventions menées dans le cadre d'opérations de maintien de la paix *lato sensu*[1408] de celles menées par des Etats ou une organisation régionale de manière autonome sur autorisation du Conseil de sécurité. Tandis que les premières – qui non seulement sont créées par le Conseil de sécurité mais dont le nom, le drapeau et les signes distinctifs renvoient aux Nations unies, dont le personnel est considéré à d'autres fins comme personnel des Nations unies[1409], dont les dépenses sont des dépenses de l'Organisation[1410] et dont le commandement est assuré par elle[1411] – sont

[1405] Voir commentaire de l'article 6 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, § 3, *op. cit.*, p. 65.
[1406] *Ibid.*, § 1, p. 64.
[1407] *Ibid.*
[1408] *Lato sensu* car ces opérations sont parfois passées d'une fonction de maintien de la paix *stricto sensu* à une fonction de rétablissement voire d'imposition de la paix. Toutefois, de notre point de vue, la nature des activités menées par ces opérations importe moins que leurs liens institutionnels avec l'Organisation. Sur ce point, v. R. Ben Achour, « Les opérations de maintien de la paix », *in* J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3e édition, 2005, p. 265-286.
[1409] Au sens de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations unies et du personnel associé, dont l'article 1, a) indique que le personnel des Nations unies inclut « les personnes engagées ou déployées par le S.G.N.U. en tant que membre des éléments militaire, de police ou civil d'une opération des Nations unies ».
[1410] Comme la C.I.J. l'a reconnu, *Certaines dépenses des Nations unies*, avis du 20 juillet 1962, p. 151.
[1411] La direction politique appartient en principe au Conseil de sécurité, ou exceptionnellement à l'Assemblée générale, qui délègue la direction exécutive au Secrétaire général, qui confie le commandement sur le terrain à un représentant spécial qui coordonne l'action des contingents nationaux. Sur ce point v. S.G.N.U., « Modèle d'accord entre l'ONU et les Etats membres qui fournissent du personnel et de l'équipement à des opérations de maintien de la paix des Nations unies », A/46/185, 23 mai 1991, articles 7 et 8 : « Pendant la durée de son affectation à [l'O.M.P.], le personnel fourni par [l'Etat participant] reste au service national mais est placé sous le commandement de l'ONU, qui est conféré au Secrétaire général sous l'autorité du Conseil de sécurité. En conséquence, le Secrétaire général de l'ONU a pleine autorité pour le déploiement, l'organisation, la conduite et la direction de [l'O.M.P.], y compris le personnel fourni par [l'Etat participant]. Sur le terrain, cette autorité est exercée par le Chef de mission, qui est responsable devant le Secrétaire général. Toute autre délégation d'autorité relève du Chef de mission » ; v. aussi S.G.N.U., « Supplément à l'Agenda pour la paix », S/1995/1, 25 janvier 1995, § 38 s. ; T. Dannenbaum, « Translating the standard of

considérées comme des organes subsidiaires de l'Organisation, les secondes – qui sont certes autorisées par le Conseil de sécurité mais dont le nom ne renvoie pas à l'Organisation, dont le personnel peut tout au plus être considéré dans certains cas comme « associé » aux Nations unies[1412], dont les dépenses ne sont pas des dépenses de l'Organisation[1413] et dont le commandement échappe largement au Conseil de sécurité[1414] – conservent une large autonomie vis-à-vis d'elle[1415]. Dès lors, tandis que les contingents nationaux participant aux secondes ne sauraient être considérés comme « prêtés » à l'organisation[1416], ceux participant aux premières peuvent l'être. Néanmoins, même lorsqu'ils participent à une opération de maintien de la paix, les contingents nationaux demeurent pour partie sous l'autorité de leur Etat d'origine. Non seulement celui-ci conserve certaines compétences vis-à-vis de ses contingents, en particulier dans les domaines disciplinaire et pénal[1417], mais il peut continuer d'exercer sur eux une certaine autorité de fait quand bien même cela ne correspondrait pas au modèle des O.M.P.[1418] C'est pour tenir compte de cette double allégeance des contingents impliqués dans de telles opérations que le rapporteur spécial proposa de préciser qu'un basculement dans l'attribution n'est envisageable que si et dans la mesure où les organes étatiques ont agi en l'occurrence sous le contrôle effectif de l'organisation à la disposition de laquelle ils se

---

effective control into a system of effective accountability : how liability should be apportioned for violations of human rights by member State troop contingents serving as United Nations peacekeepers », *Harvard international law journal*, 2010, p. 113-192, sp. p. 142-148.

[1412] Au sens de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations unies et du personnel associé, dont l'article 1, b) étend la protection au personnel associé qui inclut « les personnes affectées par un gouvernement (…) avec l'accord de l'organe compétent de l'ONU (…) pour mener des activités à l'appui de l'exécution du mandat d'une opération des Nations unies ».

[1413] Sur ce point, v. L.A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *op. cit.*, p. 146-150.

[1414] Sur ce point, v. T. Christakis et K. Bannelier, « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? Le contrôle exercé par le Conseil de sécurité sur les Etats autorisés à recourir à la force », *RBDI*, 2004, n° 2, p. 498-527. Sur le degré de contrôle conservé par le C.S. en pareille situation, voir aussi *infra* § 2.

[1415] Sur la distinction, v. en particulier, L.A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *op. cit.*, p. 141-162.

[1416] G. Gaja, « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », doc. A/CN.4/541 (2004), § 32-34 : « la responsabilité éventuelle de l'ONU ne [pourrait] être assise sur l'imputation d'un comportement [car] on ne peut dire que les forces autorisées sont placées à la disposition de l'ONU ».

[1417] V. S.G.N.U., « Commandement et conduite des opérations de maintien de la paix des Nations Unies », doc. A/49/681, rapport du 21 novembre 1994, § 6 : reconnaissant que le commandement exercé par l'ONU « n'est pas un commandement absolu, et se rapprocherait davantage de la notion de 'commandement opérationnel', au sens militaire du terme », en ce sens que « l'Organisation a pleine autorité pour établir des directives opérationnelles mais « qu'elle ne peut, ni promouvoir des membres de contingents militaires, ni prendre à leur encontre des mesures disciplinaires, décisions qui relèvent toujours de la compétence des autorités nationales concernées ».

[1418] Ce fut en particulier le cas dans le cadre d'ONUSOM II (v. Commission d'enquête sur les attaques armées lancées contre le personnel d'ONUSOM II, S/1994/653, rapport du 24 février 1994, § 243-244, p. 37). Si de tels agissements sont perçus comme des déviations (v. S.G.N.U., « Supplément à l'Agenda pour la paix », S/1995/1, 25 janvier 1995), ils n'en sont pas moins pris en compte par le droit international de la responsabilité. Sur ce point, v. aussi T. Dannenbaum, « Translating the standard of effective control into a system of effective accountability… », *op. cit.*, p. 148-151.

trouvent[1419]. La Commission l'admit, considérant que « la question décisive (…) est de savoir qui exerce un contrôle sur le comportement en question »[1420].

449. Comme pour ce qui est de la responsabilité des Etats, il semble que l'attribution à l'organisation du comportement d'un organe mis à sa disposition par un Etat ait en principe pour conséquence que ce comportement cesse d'être imputable à ce dernier. La Commission a certes estimé que « bien qu'elle ne soit sans doute pas fréquente dans la pratique, la double – voire la multiple – attribution d'un comportement ne saurait être exclue »[1421]. Trois éléments semblent toutefois indiquer que la Commission n'a envisagé cette possibilité qu'en des cas limités. Le premier tient au fait qu'elle a de manière générale tenu grand compte de la personnalité juridique internationale aux fins de l'imputation, en distinguant nettement les cas dans lesquels un comportement est attribuable à l'Etat de ceux dans lesquels sa responsabilité est engagée pour le comportement d'autrui[1422]. Le deuxième tient au critère retenu pour procéder à l'imputation en cas de mise à disposition. En faisant du contrôle effectif la clef de répartition des comportements en pareil cas, la Commission a entendu isoler nettement le sujet à l'origine du comportement en cause. Même si cela n'est pas impossible, les cas dans lesquels un même organe agit sous le contrôle effectif de deux sujets semblent alors devoir être peu fréquents. Le troisième tient au fait que la Commission elle-même n'a pas semblé considérer qu'une double imputation soit en principe envisageable en cas de mise à disposition. Le rapporteur spécial ne l'a certes pas écarté[1423]. Toutefois, l'hypothèse a été essentiellement forgée à partir du cas des organes communs et son application en cas de mise à disposition ne semble avoir été envisagée que dans les quelques cas où deux sujets exercent un contrôle effectif sur un même organe[1424].

[1419] G. Gaja, « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », *op. cit.*, § 34-44.
[1420] Commentaire du projet d'article 6 adopté en première lecture, § 7, *op. cit.*, 67.
[1421] Commentaire du chapitre 2 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, § 4, *op. cit.*, p. 57.
[1422] V. *supra*, introduction.
[1423] G. Gaja, « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », § 31, *op. cit.*, p. 16 ; « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », doc. A/CN.4/610 (2009), § 25 : « dans de nombreux cas [l'application du critère du contrôle effectif] amènera à conclure que le comportement est attribuable à la fois à l'Etat qui prête et à l'organisation internationale qui reçoit ».
[1424] On remarquera en ce sens que le commentaire du chapitre II consacré à l'attribution d'un comportement à l'organisation internationale mentionne comme unique exemple d'attribution multiple le cas de l'organe commun ; que si la Commission n'a pas formulé de règles d'attribution négative elle les a sous-entendues par exemple lorsque « le Conseil de sécurité autorise des Etats ou des organisations internationales à prendre les mesures nécessaires en dehors d'une chaîne de commandement reliant ces forces aux Nations unies » (commentaire du chapitre II du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, § 4 et 5, *op. cit.*, p. 57-58) ; qu'il n'est fait aucune référence à une attribution multiple dans le commentaire de l'article 6 consacré à la mise à disposition (commentaire de l'article 6 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, *op. cit.*, p. 64-72) ; que le commentaire de l'article 57 du texte relatif à la responsabilité des Etats indique que « si un Etat détache des fonctionnaires auprès d'une organisation internationale afin qu'ils agissent en tant qu'organe ou fonctionnaire de cette organisation, leur

450. La Commission du droit international a donc considéré que lorsqu'un Etat met l'un de ses organes à la disposition d'une organisation internationale, ses comportements sont attribuables à celui des deux sujets qui les contrôle. Le comportement d'un organe d'un Etat mis à la disposition d'une organisation internationale cesse donc de lui être attribuable, à moins qu'il ait continué d'agir en l'occurrence sous le contrôle effectif du premier. Quoiqu'ambiguë, la pratique judiciaire ne remet pas en cause cette solution.

2. La pratique judiciaire

451. Pour considérer qu'une organisation internationale doit être tenue responsable des comportements accomplis par les organes mis à sa disposition par un Etat dès lors qu'elle exerce sur eux un contrôle effectif, la C.D.I. s'est essentiellement appuyée sur la pratique suivie dans le domaine des O.M.P. Lorsqu'elle a entamé ses travaux sur la question, cette pratique était essentiellement interne, qu'elle émane de l'ONU elle-même ou des Etats fournisseurs de contingents. Tout en refusant d'être tenue responsable des agissements des forces engagées dans des opérations seulement autorisées par le C.S.[1425], l'ONU avait régulièrement admis sa responsabilité pour les dommages causés par les contingents engagés dans les opérations de maintien de la paix, sans d'ailleurs insister sur le fait qu'elle avait contrôlé les comportements spécifiquement en cause[1426]. Certaines juridictions internes s'étaient également prononcées en ce sens en écartant la responsabilité de l'Etat fournisseur pour les dommages causés par les membres de ses forces armées mis à la disposition d'une O.M.P.[1427] D'autres avaient toutefois laissé entendre que les Etats

---

comportement est attribuable à l'organisation – et non à l'Etat d'envoi – et sort du projet d'articles » (commentaire de l'article 57 du texte de codification définitif, § 3, *op. cit.*, p. 152).

[1425] Sur ce point, v. *infra*, § 2.

[1426] V. la lettre adressée par le Conseiller juridique de l'ONU, Hans Corell, au directeur de la division de la codification le 3 février 2004 : « le fait d'une force de maintien de la paix, organe subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies, est, en principe, imputable à l'Organisation, et s'il est commis en violation d'une obligation internationale, il engage la responsabilité internationale de l'Organisation et l'oblige à verser une indemnisation. Le fait qu'un tel acte peut avoir été accompli par des membres d'un contingent militaire national faisant partie d'une opération de maintien de la paix n'affecte pas la responsabilité internationale de l'Organisation des Nations Unies vis-à-vis des États tiers ou des individus » (lettre non publiée, citée par G. Gaja, « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », *op. cit.*, § 36, p. 19). Cette lettre synthétise la position de l'Organisation telle qu'elle s'était forgée à l'occasion de dommages causés par les membres de l'ONUC, de l'UNFICYP (*ibid.*) ou de la FORPRONU (sur ce point, v. M. Guillaume, « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », *AFDI*, 1997, p. 151-166, sp. p. 151-152) et qu'elle avait été exprimée, s'agissant de réclamations basées sur le droit privé, par le Secrétaire général (« Rapport sur le financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies », A/51/389, 20 septembre 1996, § 7-8, p. 5).

[1427] Autriche, Cour supérieure de la province de Vienne (*Oberlandesgericht Wien*), *N.K. c. Autriche*, 26 février 1979, *ILR*, vol. 77, p. 470 s., écartant la responsabilité de l'Autriche pour le comportement d'un membre du contingent autrichien affecté à la Force des Nations Unies chargée d'observer le dégagement du Plateau du Golan en considérant que « *what is decisive is not whose organ (from the organizational*

demeuraient responsables des comportements des forces mises à la disposition d'O.M.P.[1428] Bien que la motivation de cette dernière jurisprudence fût ambiguë et contestée[1429], G. Gaja estima qu'elle confirmait qu'il faut tenir compte au premier titre du contrôle exercé sur l'organe au moment où il adopte le comportement litigieux[1430]. Mais la pratique judiciaire internationale était alors inexistante. Après que la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme eurent refusé de se prononcer sur la possibilité d'imputer des opérations armées entreprises dans le cadre de l'OTAN aux Etats fournisseurs[1431], la seconde finit par se résoudre à aborder le problème de l'imputabilité des comportements des contingents nationaux mis à la disposition d'une organisation internationale. Elle le fit par une décision *Behrami* et *Saramati*, dont l'architecture générale doit être rappelée avant de pouvoir en analyser la portée sur la question de la mise à disposition[1432].

---

standpoint) the person alleged to have caused the damage actually was, but rather in whose name and for whom (from the functional standpoint) that person was acting at the moment when the act occurred » avant de constater que le militaire impliqué se trouvait sous le commandement opérationnel du commandant de la Force.

[1428] Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Attorney-General v. Nissan*, 11 février 1969, *All England Law Report*, vol. 1, p. 639 s., engageant la responsabilité du Royaume-Uni pour l'occupation de l'hôtel du requérant par les membres du contingent britannique affecté à l'UNFICYP, après que la *Court of appeal* l'eut écartée en jugeant que les militaires impliqués « *were under the command of the United Nations commander. They flew the United Nations flag. They wore the berets and arm-flashes to denote that they were no longer the soldiers of the Queen, but the soldiers of the United Nations. They were acting as agents for the United Nations, which is a sovereign body corporate* » (*Nissan* v. *Attorney-General*, 29 juin 1967, *All England Law Reports*, p. 1238 s., sp. p. 1244).

[1429] La Chambre des Lords semble avoir davantage nié la personnalité internationale de l'ONU qu'examiné le contrôle qui s'exerçait sur le contingent impliqué au moment où le comportement en cause a été commis. En ce sens, v. l'opinion de Lord Pearce : « *the United Nations is not a superstate nor even a sovereign state. It is a unique legal person or corporation. It is based on the sovereignty of its respective members. But it is not a principal carrying out its policy through state acting as its agents. It is an instrument of collective policy which it enforces by using the sovereignty of its members. In carrying out the policies each member still retains its own sovereignty, just as any sovereign state, acting under its treaty obligations to another state, would normally still retain its sovereignty. This view of the matter is strongly reinforced by the relevant letters and regulations. They show that the commander of the United Nations force is head in the chain of command and is answerable to the United Nations. The functions of the force as a whole are international. But its individual component forces have their own national duty and discipline and remain in their national service* » (*ibid.*, p. 647). Cette approche fut vivement critiquée (v. notamment M. Hirsch, *The responsibility of international organizations toward third parties : some basic principles*, Dordrecht/Londres, M. Nijhoff, 1995, p. 76).

[1430] « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », § 39-40, *op. cit.*, p. 20-21.

[1431] Dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-Monténégro c. dix Etats membres de l'OTAN)*, certains Etats mis en cause par la Serbie-Monténégro arguèrent que les faits qui leur étaient reprochés étaient en réalité imputables à l'OTAN (v. les exceptions préliminaires de la France et du Portugal, 5 juillet 2000, respectivement p. 36-37 et 42-43 pour la France et p. 29-31 pour le Portugal). La Cour s'étant déclarée incompétente sur un autre fondement, elle n'aborda pas cette question. De même dans l'affaire *Bankovic*, la C.E.D.H. s'est déclarée incompétente *ratione loci* pour connaître d'une requête mettant en cause les Etats parties membres de l'OTAN pour le bombardement de la radio-télévision serbe à Belgrade par les forces de l'OTAN (*Bankovic et al. c. 17 Etats membres de l'OTAN*, req. n° 52207/99, recevabilité, 12 décembre 2001, § 30 pour les arguments des requérants, § 32 pour ceux des Etats défendeurs).

[1432] Nous y reviendrons en traitant l'action pour le compte d'une organisation internationale, *infra*, § 2, B.

452. Les faits dont se plaignaient les requérants s'étaient déroulés au Kosovo alors qu'il avait été placé par le Conseil de sécurité des Nations unies sous un régime d'administration internationale, partagé entre la MINUK – une mission des Nations unies – pour le volet civil et la KFOR – une coalition militaire menée par l'OTAN et subdivisée en quatre brigades multinationales, chacune menée par une nation dirigeante – pour le volet sécuritaire[1433]. Les premiers requérants cherchaient à engager la responsabilité de la France pour un décès et des blessures consécutifs à l'explosion d'une bombe à fragmentation que les troupes françaises de la KFOR, nation dirigeante dans cette zone, n'avaient pas repérée et/ou déminée. Le second requérant cherchait à engager la responsabilité de la Norvège et de la France[1434] pour avoir été arrêté par la police de la MINUK puis détenu d'une manière qu'il estimait arbitraire sur ordre du commandant de la KFOR, poste occupé par un officier norvégien puis par un officier français durant la période pertinente. Tandis que les parties s'étaient essentiellement positionnées sur la question de la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, la Cour décida de poser le problème en termes de recevabilité *ratione personae* et, donc, d'imputation en considérant que, dès lors que le contrôle effectif des présences internationales sur le territoire du Kosovo ne faisait guère de doute, la difficulté principale tenait à la détermination du sujet pour le compte duquel ces présences agissaient[1435]. La Cour raisonna alors en deux temps pour conclure à son incompétence *ratione personae*.

Elle commença par établir que l'émission d'ordonnances de mise en détention relevait du mandat de sécurité de la KFOR, tandis que la supervision du déminage relevait de celui de la MINUK[1436]. Cette première étape lui permit de considérer qu'alors même

---

[1433] Résolution 1244, S/RES/1244, 12 juin 1999.

[1434] M. Saramati avait initialement invoqué également la responsabilité de l'Allemagne du fait qu'un officier allemand de la KFOR avait été impliqué dans son arrestation et qu'elle s'était déroulée sur une zone dans laquelle l'Allemagne était la nation dirigeante. Néanmoins n'ayant pu prouver l'implication d'un officier allemand et ayant admis que le contrôle de l'Allemagne sur la KFOR dans le secteur en question était insuffisant pour mettre en jeu sa juridiction, il retira sa réclamation contre cet Etat, si bien que la Cour raya cette requête du rôle (*Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et 78166/01, recevabilité, 31 mai 2007, § 64-65).

[1435] *Ibid.*, § 71. Cette détermination permettait donc de régler simultanément la question de la juridiction des Etats sur les requérants et celle de la compétence *ratione personae* de la Cour pour connaître de la requête, comme l'indique la conclusion rapide de la Cour sur la question de la juridiction. Sur ce point et en ce sens, v. M. Milanovic et T. Papic, « As bad as it gets : The European court of human rights's *Behrami and Saramati* decision and general international law », *ICLQ*, 2009, vol. 58, p. 267-296, sp. p. 271-274 ; C. Laly-Chevalier, « Les opérations militaires et civiles des Nations unies et la Convention européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 2007-2, p. 627-661, sp. p. 632-637.

[1436] *Behrami et Saramati*, § 123-127. Sur l'analyse, d'autant plus contestable qu'elle n'était pas nécessaire puisque la Cour déclina sa compétence *ratione personae* dans les deux cas, des attributions respectives de la KFOR et de la MINUK en matière de déminage, v. Ph. Lagrange, « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations unies. Observations à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) sur la recevabilité des requêtes *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, 31 mai 2007 », *RGDIP*, 2008, n° 1, p. 85-110, sp. p. 89-93.

que le premier requérant cherchait à engager la responsabilité de la France pour la défaillance des troupes françaises de la KFOR dans les opérations de déminage, lesdites opérations relevaient de la MINUK si bien que seule sa responsabilité, ou éventuellement celle des Etats lui ayant fourni des agents[1437], pouvait être engagée pour manquement à une obligation positive[1438].

Elle poursuivit en recherchant si les comportements en cause pouvaient être attribués à l'ONU[1439]. Ce deuxième temps peut lui-même être subdivisé en deux mouvements. Dans un premier mouvement, la Cour détermina dans quelle mesure les comportements de la KFOR et de la MINUK étaient susceptibles d'être rapportés à l'ONU. Elle considéra alors que lorsque le Conseil de sécurité délègue ses pouvoirs, en ce sens qu'il « confère à une autre entité le pouvoir d'exercer ses fonctions »[1440], « les actes de l'entité déléguée [sont] attribuables à l'ONU »[1441]. Elle estima toutefois qu'il ne peut en aller ainsi que si la délégation est « suffisamment limitée pour rester compatible avec le degré de centralisation de la sécurité collective (…) constitutionnellement nécessaire en vertu de la Charte »[1442], ce qui ne peut être le cas que « si le Conseil de sécurité [conserve] l'autorité et le contrôle ultimes »[1443] sur l'« entité déléguée ». Cela ne faisait guère de doute s'agissant de la MINUK, qualifiée d'organe subsidiaire de l'Organisation[1444]. La question était plus délicate s'agissant de la KFOR. Mais la Cour estima que le C.S. avait conservé l'autorité et le contrôle ultimes sur l'exercice par cette entité des pouvoirs de sécurité au Kosovo[1445]. Accomplis sur délégation du Conseil de sécurité, les comportements de la KFOR et de la MINUK pouvaient donc être attribués à l'ONU[1446]. Là ne s'arrêtaient toutefois pas les difficultés d'attribution. Dans un second mouvement, la Cour dut en effet rechercher si les comportements des contingents nationaux impliqués pouvaient être rapportés aux « entités déléguées ». Si elle éluda la difficulté s'agissant de la MINUK, elle s'y attarda s'agissant

[1437] Ce que nul n'avait prétendu (*Behrami et Saramati*, § 73-81).
[1438] Ce faisant, la Cour modifie de manière surprenante les conclusions des requérants : tandis qu'ils invoquent la responsabilité de la France pour une omission des troupes françaises de la KFOR, elle estime que seule une omission de la MINUK pourrait être à l'origine du dommage. Cette question semble pourtant relever davantage du fond que de la recevabilité (en ce sens, M. Milanovic et T. Papic, « As bad as it gets : The European court of human rights's *Behrami and Saramati* decision and general international law », *op. cit.*, p. 274-275).
[1439] *Behrami et Saramati*, § 128-143.
[1440] *Ibid.*, § 43, « par opposition à la situation dans laquelle il 'autorise' une autre entité à s'acquitter de fonctions qu'il n'est pas en mesure de remplir lui-même ».
[1441] *Ibid.*, § 132.
[1442] *Ibid*.
[1443] *Ibid.*, § 133-134.
[1444] *Ibid.*, § 142-143. Le terme de délégation est alors impropre : il s'agit davantage d'une répartition des compétences entre les organes d'un sujet davantage que de l'organisation des rapports entre deux sujets.
[1445] *Ibid.*, § 134. Pour le détail de cet examen, v. *infra*, § 2.
[1446] *Ibid.*, § 141 et 143.

de la KFOR[1447]. Elle parut alors considérer que lesdits comportements étaient imputables à l'OTAN en remarquant, d'abord, que cette organisation exerçait le commandement opérationnel sur cette opération[1448], ensuite, que, même si les Etats contributeurs conservaient une certaine autorité sur leurs soldats de sorte que le commandement de l'OTAN n'était pas exclusif, il demeurait néanmoins effectif[1449].

De tout ceci, la Cour déduisit, d'une part, que « l'action et l'inaction litigieuses [étaient], en principe, attribuables à l'ONU »[1450], de l'autre, qu'elles « ne sauraient être imputées aux Etats défendeurs »[1451].

453. La Cour a donc semblé se démarquer des solutions proposées par la C.D.I. concernant le comportement d'organes mis à la disposition d'une organisation internationale. Nombreux sont ainsi les auteurs à avoir remarqué que si la Cour avait appliqué le critère du contrôle effectif dégagé par la Commission, elle n'aurait pu attribuer les comportements en question à l'ONU[1452]. Le rapporteur spécial lui-même l'a reconnu sans pour autant estimer que cela devait conduire la Commission à infléchir sa position[1453]. Il semble toutefois que davantage qu'une remise en cause des solutions dégagées par la C.D.I. concernant la mise à disposition, la Cour ait ici adopté un raisonnement alternatif en fondant l'attribution des comportements en cause à l'ONU sur un rapport de délégation. Dès lors, entre le « contrôle effectif » de la Commission et « l'autorité et le contrôle ultimes » de la Cour, il n'y a pas seulement une différence de degré mais une différence de nature : l'un constitue le critère permettant d'identifier une mise à disposition, les autres ceux permettant de mettre en évidence une délégation[1454]. Le fait d'avoir mis en œuvre les seconds pour rapporter les comportements litigieux à l'ONU n'a d'ailleurs pas empêché la Cour d'appliquer le premier pour répondre à la véritable question qui lui était soumise. Elle n'avait en effet pas à se prononcer sur l'imputabilité des comportements en cause à l'ONU

[1447] *Behrami et Saramati*, § 135-139. La question n'est pas traitée spécifiquement s'agissant de la MINUK, sans doute car c'est une omission de cette entité qui est en cause.
[1448] *Ibid.*, § 135.
[1449] *Ibid.*, § 139.
[1450] *Ibid.*, § 144.
[1451] *Ibid.*, § 151.
[1452] A. Sari, « Jurisdiction and international responsibility in peace support operations : the *Behrami* and *Saramati* cases », *Human rights law review*, 2008, p. 151-170, sp. p. 162-165 ; P. Bodeau-Livinec, G. P. Buzzini, S. Villalpando, note, *AJIL*, 2008, vol. 102, p. 323-331, sp. p. 326 et 328-329 ; P. Klein, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix. Etendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI*, 2007, vol. 53, p. 43-64, sp. p. 55 ; K. M. Larsen, « Attribution of conduct in peace support operations : the 'ultimate authority and control' test », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 3, p. 509-531, sp. p. 522 ; moins nettement, Ph. Lagrange, « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations unies », *op. cit.*, p. 99 qui considère que la Cour a repris le critère du contrôle effectif mais qu'elle aurait pu aboutir à une tout autre solution en l'appliquant.
[1453] G. Gaja, « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/610 (2009), § 26 s.
[1454] Nous discuterons ce fondement alternatif d'imputation, *infra*, § 2.

ou même à l'OTAN, organisations à l'égard desquelles elle est quoi qu'il en soit incompétente, mais seulement sur leur imputabilité aux Etats visés. Or, elle a établi qu'ils ne pouvaient leur être rapportés en appliquant le critère du contrôle effectif dégagé par la C.D.I. Si cette application fut implicite s'agissant du comportement des organes mis à la disposition de la MINUK[1455], elle apparut clairement s'agissant du comportement des organes mis à la disposition de la KFOR. La Cour a en effet considéré que leurs comportements ne pouvaient être attribués aux Etats visés, d'abord car l'OTAN exerçait le commandement opérationnel sur cette opération, notamment via le COMKFOR qui agissait à tout moment comme officier de la KFOR et devait répondre de ses actes devant l'OTAN[1456], ensuite parce que, même si les Etats contributeurs conservaient une certaine autorité sur leurs soldats de sorte que le commandement de l'OTAN n'était pas exclusif, il demeurait néanmoins effectif, notamment car rien « [ne] sugg[érait] ou [ne] prouv[ait] l'existence d'ordres concrets émanant des Etats fournisseurs de contingents qui porteraient sur ou interviendraient dans la question opérationnelle (de détention) en cause »[1457]. La conclusion logique de ce raisonnement consisterait à considérer que les organes en question se trouvaient donc à disposition de l'OTAN, de sorte que leurs comportements devraient être rapportés à cette organisation[1458]. La question d'un éventuel déplacement ultérieur de responsabilité ou d'attribution de l'OTAN vers l'ONU était alors superflue.

[1455] La Cour se contente de la qualifier d'organe subsidiaire pour rapporter son comportement à l'ONU, faisant écho à la pratique de l'ONU mentionnée *supra*.

[1456] *Behrami et Saramati*, § 135 et 139.

[1457] *Ibid.*, § 139. Dans une décision subséquente, la Cour n'a toutefois pas précisé le rôle respectif de l'OTAN et de l'Etat fournisseur dans le comportement adopté par le contingent en cause, se contentant de rappeler le principe dégagé dans les affaires *Behrami* et *Saramati* d'attribution du comportement de la KFOR à l'ONU (*Kasumaj c. Grèce*, req. n° 6974/05, recevabilité, 5 juillet 2007 : irrecevabilité *ratione personae* de la requête introduite contre la Grèce pour l'occupation d'un terrain agricole du requérant par le contingent grec de la KFOR). Néanmoins, elle semble avoir envisagé dans une autre décision qu'un comportement analogue – consistant dans l'occupation pendant plus de cinq ans d'un appartement dont le requérant se prétend propriétaire – puisse être attribué à l'Etat fournisseur du contingent – l'Allemagne. Elle n'a toutefois pas approfondi la question, jugeant la requête irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes (*Gajic c. Allemagne*, req. n° 31446/02, recevabilité, 28 août 2007).

[1458] Le raisonnement ici mentionné s'intègre d'ailleurs dans une partie de la décision intitulée « l'action litigieuse peut-elle être attribuée à la KFOR ? » On remarquera qu'ayant écarté l'imputation des actes des troupes de la KFOR à l'ONU, la Commission de Venise a raisonné de manière analogue à la Cour afin de déterminer à qui, de l'OTAN ou des Etats fournisseurs de contingents, devaient être attribués les comportements des troupes de la KFOR : « Tous les actes commis par les troupes de la KFOR dans le cadre d'une opération menée 'sous [le] commandement et contrôle unifiés' d'un commandant de l'OTAN doivent être attribués en droit international à l'OTAN ou au pays d'origine du contingent concerné. De sorte que les actes commis par des troupes dans le contexte d'une opération dirigée par l'OTAN ne peuvent pas simplement être attribués en bloc à cette organisation ou aux divers Etats participants. Il convient en outre d'évoquer l'éventualité de cas intermédiaires compliqués visant par exemple des actes commis par des soldats obéissant à un ordre précis de leurs commandants nationaux dans des cas où ces derniers agissent en partie pour exécuter des directives émises par le commandant de la KFOR et en partie de leur propre initiative dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation » (Commission européenne pour la démocratie par le droit, « Avis sur les droits de l'homme au Kosovo : établissement éventuel de mécanismes de contrôle », avis 280/2004, 11 octobre 2004, § 81).

Une réserve peut toutefois expliquer l'attitude de la Cour. Ecarter l'attribution aux Etats des comportements en cause car les organes qui les ont adoptés étaient mis à disposition d'autrui implique de pouvoir les rapporter à cet autre sujet. Or, la personnalité internationale de la KFOR et/ou de l'OTAN est sujette à discussion. Des difficultés analogues n'ont certes pas empêché la Cour internationale de Justice de considérer que les comportements d'organes de la R.F.Y. cessaient de lui être attribuables car ils étaient mis à disposition de la *Republika srpska*, entité dont la subjectivité internationale était discutée[1459]. Il n'en reste pas moins que cette incertitude quant au statut de la KFOR et/ou de l'OTAN peut expliquer que la Cour ait entendu remonter jusqu'à l'ONU[1460].

La décision de la Cour peut donc être lue ainsi : les contingents nationaux étaient mis à la disposition de la KFOR – de sorte que leurs comportements ne pouvaient être attribués à leur Etat d'origine – qui agissait elle-même sur délégation du C.S.N.U. – de sorte que ses comportements devaient être rapportés à l'ONU sur le fondement d'une nouvelle règle d'imputation fondée sur un rapport de délégation[1461]. La jurisprudence *Behrami* ne nous semble donc pas remettre en cause les conclusions à laquelle la Commission du droit international est parvenue s'agissant des cas dans lesquels un organe étatique est mis à la disposition d'une organisation internationale. Celles-ci ont d'ailleurs été pour partie reprises par les juridictions internes qui ont statué par la suite. Ainsi d'abord de la Chambre des lords britannique en l'affaire *Al-Jedda*[1462]. Tout en s'appuyant sur la décision de la C.E.D.H., certains Lords en ont en effet ignoré les spécificités pour retenir que le

[1459] V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2.

[1460] E. Lagrange, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, p. 521-565, sp. p. 550-553 ; C. Laly-Chevalier, « Les opérations militaires et civiles des Nations unies et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 639. Sur la possibilité d'imputer des comportements à l'OTAN, voir, s'agissant de l'intervention de l'OTAN en R.F.Y. en 1999, A. Pellet, « L'imputabilité d'éventuels actes illicites. Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres », *in* C. Tomuschat (dir.), *Kosovo and the international community : a legal assesment*, La Haye/Londres/New York, Kluwer, 2002, p. 193-201. V. aussi, sur la réparation des dommages causés par les contingents français dans le cadre de l'IFOR puis de la SFOR, M. Guillaume, « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », *op. cit.*, p. 151-166, soulignant que les accords conclus entre ces opérations de l'OTAN et, d'une part, la Bosnie-Herzégovine et, d'autre part, la Croatie prévoient que les réclamations seront traitées par une commission composée paritairement de représentants des opérations et des Etats territoriaux et que l'indemnité décidée sera à la charge du membre de l'opération dont le ressortissant a causé le dommage et, à titre subsidiaire, de l'OTAN. De tels accords ne sont toutefois qu'indicatifs : d'une part, ils ne lient pas les tiers, d'autre part il semble qu'ils traitent de la contribution plutôt que de l'obligation à la dette.

[1461] V. *infra*, § 2.

[1462] Royaume-Uni, Chambre des Lords, *R (on the application of Al-Jedda) v. secretary of State for defence*, 12 décembre 2007, [2007] UKHL 58. Détenus pour raison de sécurité dans un centre de détention administré par les forces britanniques en Irak depuis le 8 juin 2004, le requérant contestait cette détention, qu'il estimait contraire à l'article 5 C.E.D.H., sur le fondement du *Human rights act*. Alors que le débat avait porté devant les juridictions inférieures sur l'articulation entre les obligations pesant sur les Etats en vertu de la Convention et de la Charte, la Chambre des Lords s'est interrogée sur l'imputabilité au Royaume-Uni de la détention en cause. La situation présentait en effet une certaine analogie avec celle dont la C.E.D.H. venait de connaître dans l'affaire *Behrami*, le Conseil de sécurité ayant autorisé, en particulier à compter de la résolution 1546 (2003), la coalition présente en Irak à y agir en tant que force de sécurité.

comportement des forces britanniques engagées en Irak demeurait imputable au Royaume-Uni car, bien qu'elles aient été autorisées par le Conseil de sécurité, « *it cannot realistically be said that [these] forces were under the* effective *command and control of the UN, or that [its] were under such command and control when they detained the appellant* »[1463]. Ainsi ensuite du Tribunal de grande instance de La Haye qui a refusé d'attribuer aux Pays-Bas les comportements du *Dutchbat* engagé à Srebrenica aux motifs qu'il agissait sous l'« *operational command and control* » de l'ONU, de sorte que ses comportements devraient en principe être exclusivement attribués à l'ONU, à moins que les autorités néerlandaises lui aient ordonné d'ignorer ou de braver ses ordres dans un cas particulier[1464].

454. Il semble donc bien que lorsqu'un organe d'un Etat est mis à la disposition d'un autre sujet de droit international, en ce sens qu'il agit pour son compte et sous son autorité, son comportement cesse d'être imputable au premier pour être rapporté au second. Pendant la durée de sa mission, l'individu-organe devient un organe du sujet à la disposition duquel il se trouve. C'est donc celui-ci qui doit répondre des comportements illicites que celui-là accomplit, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il en est à l'initiative[1465]. Cette solution de principe n'est écartée que s'il est établi que l'Etat d'origine a exercé l'autorité qu'il conserve sur son organe pour le conduire à adopter le comportement en cause. La question de l'imputation des comportements accomplis *ultra vires* par un tel organe reste

[1463] Opinion de Lord Bingham of Cornhill, § 23. Nous soulignons. Interprétant en ce sens la décision de la Chambre des Lords, v. G. Gaja, « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », doc. A/CN.4/610 (2009), § 28, p. 12-13 ; K. M. Larsen, *op. cit.*, p. 526-527. Ce n'est toutefois pas le seul argument de ce Lord qui insiste également sur les différences factuelles entre les situations kosovare et irakienne pour se démarquer de la solution retenue par la Cour en l'affaire *Behrami*, tandis que certains de ses pairs raisonnent au regard de la figure de la délégation. V. aussi, *infra*, § 2, B.

[1464] Pays-Bas, Tribunal de grande instance de La Haye, *H.N. c. Pays-Bas*, aff. n° 265615/HA ZA 06-1671, jugement du 10 septembre 2008, § 4.8 et 4.9 pour le principe, § 4.14.1 pour la limite tenant à l'existence d'instructions contraires. Ses parents ayant été tués par les Serbes de Bosnie après avoir été contraints de quitter une zone contrôlée par un bataillon néerlandais au sein de l'enclave de Srebrenica, le requérant cherchait à engager la responsabilité des Pays-Bas notamment pour avoir manqué à son obligation de protéger le droit à la vie des individus se trouvant sous sa juridiction. Ce bataillon avait été déployé sur la base de la résolution 836 (1993) « appel[ant] les Etats membres à fournir des forces (…) pour faciliter la mise en œuvre des dispositions concernant les zones de sécurité ». Combinée à la jurisprudence des juridictions néerlandaises reconnaissant l'immunité de l'ONU pour ces faits (Pays-Bas, Cour d'appel, *Mothers of Srebrenica* et al. *c. Pays-Bas*, aff. 00.022.151/01, 30 mars 2010, disponible en anglais sur le site http://www.haguejusticeportal.net), cette décision a pour effet de priver les victimes de voies de recours devant les juridictions de cet Etat.

[1465] En précisant que le comportement d'un organe mis à sa disposition est considéré comme le fait d'une organisation internationale « pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement » (*op. cit.*, p. 63), la formulation retenue en première lecture par la C.D.I. dans son projet relatif à la responsabilité des organisations internationales paraît alors trop restrictive si on l'interprète comme exigeant la preuve d'un contrôle de l'organisation sur le comportement spécifiquement en cause. La précaution introduite dans le commentaire, qui indique que le contrôle effectif au sens de cet article diffère du contrôle effectif au sens de l'article 8 du texte relatif à la responsabilité des Etats (*ibid.*, § 4, p. 65), paraît insuffisante pour écarter tout risque de confusion.

alors délicate. L'individu-organe se muant en organe du sujet à la disposition duquel il se trouve, ce dernier semble devoir être tenu responsable des comportements qu'il accomplit même en violation des instructions reçues[1466]. Toutefois, dans la mesure où l'Etat d'origine de l'organe conserve le pouvoir disciplinaire et pénal sur les organes qu'il met à disposition d'une O.M.P. par exemple, il n'est nullement exclu qu'il soit tenu responsable d'un manquement à l'obligation de redresser de tels comportements[1467]. Contrairement aux apparences, la pratique récente de la C.E.D.H. n'infirme pas nettement ce schéma. Les juges de Strasbourg semblent en revanche avoir identifié une nouvelle figure susceptible d'entraîner un basculement dans l'attribution : la délégation.

[1466] Cela ressort notamment de l'article 9 de l'accord-type relatif aux contributions conclu entre l'ONU et l'Etat fournissant des ressources à une O.M.P. : « il incombe à l'ONU de régler toute demande d'indemnisation émanant de tiers lorsque la perte ou la détérioration des biens des intéressés, le décès ou la blessure corporelle a été causé par le personnel ou le matériel fourni par le Gouvernement dans l'exercice des fonctions ou toute autre activité ou opération au titre du présent Accord. Toutefois, si la perte, la détérioration, le décès ou la blessure est due à une négligence grave ou à une faute intentionnelle du personnel fourni par le Gouvernement, il appartiendra à celui-ci de régler cette demande d'indemnisation » (A/50/995, 9 juillet 1996). Cela montre que l'Organisation peut être tenue responsable des comportements *ultra vires* des organes mis à sa disposition. L'accord portant sur les relations entre l'Organisation et les Etats contributeurs, la seconde phrase de cet article 9 apparaît plutôt comme ouvrant une action récursoire à l'ONU contre l'Etat contributeur lorsque le comportement en cause traduit « une négligence grave ou (…) une faute intentionnelle du personnel fourni ». Le commentaire du projet d'article 7 sur la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture confirme qu'une organisation internationale peut être tenue responsable des comportements d'organes mis à sa disposition (§ 9, *op. cit.*, p. 75). *Contra*, T. Dannenbaum, « Translating the standard of effective control into a system of effective accountability : how liability should be apportioned for violations of human rights by member State troop contingents serving as United Nations peacekeepers », *op. cit.*, p. 158-164, qui estime que l'Etat contributeur doit répondre des actes accomplis *ultra vires* par les organes qu'il met à disposition, car il les a choisis et conserve un pouvoir disciplinaire sur eux. Cette conclusion repose sur l'idée que les comportements *ultra vires* sont imputés à l'Etat parce qu'il aurait manqué de vigilance, dans le choix de ses organes ou dans leur surveillance. L'imputation des comportements accomplis *ultra vires* reposant toutefois autant sur l'idée de garantie (liée à celle de risque-profit) que sur celle de faute (sur ce point, v. *supra*, Chapitre 1, Section 2), il n'est nullement exclu que cette règle s'applique également au comportement des organes mis à disposition.

[1467] C'est en ce sens que nous percevons la position du bureau des affaires juridiques de l'ONU selon laquelle, comme la convention de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction « s'en remet aux États parties pour la mise en œuvre de ces dispositions et comme les États fournissant des contingents restent compétents pour connaître des délits commis par des membres de leur personnel militaire, la mise en œuvre des dispositions de la Convention incombe aux États fournisseurs de contingents qui y sont parties » (*Annuaire juridique des Nations Unies*, 1994, p. 450).

§ 2. L'action pour le compte d'autrui

455. Il se peut que les organes d'un Etat soient amenés à agir pour le compte d'un autre sujet mais sans être organiquement liés à lui[1468]. En pareil cas, la pratique internationale ne fait pas apparaître de basculement dans l'attribution, les quelques cas douteux semblant s'expliquer davantage par un basculement de responsabilité. La situation peut se présenter dans les relations entre Etats (A) comme dans les relations entre un Etat et une organisation internationale (B).

A. L'action pour le compte d'un autre Etat

456. On trouve, dans la pratique internationale, quelques exemples d'organes dont on pourrait considérer que, tout en demeurant intégrés à la structure interne de leur Etat d'origine, ils agissent pour le compte d'un autre Etat, qu'ils exercent des fonctions qui lui sont normalement dévolues ou qu'ils agissent à sa demande, sur le territoire de leur Etat d'origine ou sur celui de l'Etat bénéficiaire. Ce type de situations a été diversement apprécié par les juridictions internes. Les juridictions françaises ont ainsi semblé admettre des basculements d'attribution lorsque les organes français, tout en restant organiquement liés à la France, agissent pour le compte d'un autre Etat. Il en fut ainsi dans le contexte des protectorats[1469] ou de l'administration de l'Allemagne après la seconde guerre mondiale[1470]. On a pu déduire de cette pratique qu'un « même organe agissant pour un

[1468] M. Forteau décrit ainsi la situation dans le cas des contingents militaires français engagés au Kosovo ou au Timor : « Si l'Etat d'envoi des contingents conserve (…) sa liberté de décision et d'action et le contrôle organique des contingents militaires, puisqu'il se substitue totalement aux autorités de l'Etat étranger, il n'est pas réputé agir pour autant en son nom propre, mais au nom de ce dernier Etat » (« La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *op. cit.*, p. 641).

[1469] France, Conseil d'Etat, 16 mars 1962, *Prince Sliman Bey*, *RGDIP*, 1963, p. 220-222, note Ch. Rousseau : conformément à « une jurisprudence bien assise » (Ch. Rousseau), le Conseil d'Etat estime que les fautes éventuellement commises par le Résident général de France à Tunis dans l'exercice de ses pouvoirs de police sous le régime du protectorat ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat français, dès lors que lesdits pouvoirs étaient exercés pour le compte du seul Etat tunisien.

[1470] France, Conseil d'Etat, section, 29 juin 1951, *Société Bonduelle et compagnie* : irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance du Commandant en chef français en Allemagne au motif qu'il « doit être regardé comme exerçant une attribution qui se rattache au gouvernement de l'Allemagne et qu'il n'agit pas en cette matière comme autorité de l'Etat français » ; également en ce sens France, Conseil d'Etat, 21 novembre 1952, *Association pour la reconstruction à Paris et à Metz du monument du général Mangin* ; France, Conseil d'Etat, 15 décembre 1954, *Sieur Roucaute* ; v. aussi France, Conseil d'Etat, 24 avril 1929, *Marthoud* et France, Conseil d'Etat, 11 octobre 1929, *Caussèque et Cot*, *Leb.*, p. 893,

même Etat change de nature juridique du seul fait que, formellement, sur la seule base d'un rapport de représentation, son Etat de nationalité n'agit pas pour son propre compte »[1471]. Toutefois, si les juridictions américaines ont abouti à des conclusions comparables dans des contextes analogues, c'est en raisonnant de manière distincte puisqu'elles ont davantage insisté sur les modalités d'exercice des fonctions en cause – un exercice conjoint par les Alliés – que sur leur nature pour conclure à leur incompétence[1472]. Dès lors qu'elles ont écarté cette difficulté, elles n'ont pas hésité à attribuer aux Etats-Unis les comportements accomplis par leurs forces armées dans le cadre de l'administration de l'Irak[1473]. Difficilement lisible, cette pratique interne met en évidence les difficultés que pose le découplage entre considérations organique et fonctionnelle. Bien que la pratique internationale ne soit pas non plus dépourvue d'ambiguïtés, elle fait prévaloir la première sur la seconde pour déterminer l'Etat auquel le comportement en cause est imputable aux fins de la responsabilité.

1. Les travaux de la Commission du droit international

457. La Commission du droit international ne s'est guère attardée sur cette question au cours des travaux qu'elle a consacrés à la responsabilité des Etats. Elle a effleuré la difficulté essentiellement en étudiant la mise à disposition. Considérant qu'un basculement d'attribution n'était possible en pareil cas que lorsque l'organe en cause est placé sous

---

s'agissant d'actes adoptés respectivement par la Commission interalliée lors de l'occupation des territoires rhénans et par le Haut commissaire de France au Levant.

[1471] M. Forteau, « La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *op. cit.*, p. 649.

[1472] Etats-Unis, Cour suprême, *Johnson v. Eisentrager*, 5 juin 1950, 339 US 763 : irrecevabilité du recours en *habeas corpus* déposé par des détenus de la prison de Lansberg, la Cour considérant notamment que « *the prison was under the jurisdiction of the combined Allied Forces* » ; v. aussi Etats-Unis, Cour suprême, *Hirota v. MacArthur*, 20 décembre 1948, 338 US 197 : irrecevabilité du recours en *habeas corpus* déposé par des individus condamnés par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, la Cour considérant que ce tribunal, créé par le Général Douglas MacArthur agissant en tant qu'« *agent of the Allied Powers* », n'était pas un tribunal des Etats-Unis. Un autre raisonnement peut conduire à un résultat analogue. C'est ainsi qu'une juridiction canadienne a jugé que la Charte canadienne des droits et libertés n'était pas applicable aux étrangers détenus en Afghanistan par les forces canadiennes qui y sont déployées car le gouvernement afghan n'a pas consenti à l'application de ces normes étrangères sur son territoire. Cela ne signifie toutefois pas que le Canada ne puisse être tenu responsable du comportement de ses forces contraires au droit international humanitaire (Canada, Cour fédérale de l'Ontario, *Amnesty international Canada et al. v. Chief of the defence staff for the canadian forces et al.*, 12 mars 2008, [2008] FC 336).

[1473] Etats-Unis, Cour suprême, *Munaf v. Geren*, 12 juin 2008, 553 US 674 : recevabilité du recours en *habeas corpus* par des ressortissants américains détenus dans une prison administrée par les forces américaines engagées en Irak, notamment car ces forces « *answer only to an American chain of command* » et « *actual custody by the United States suffices for jurisdiction, even if that custody could be viewed as 'under… color of' another authority, such as the Multinational Force-Iraq* ».

l'autorité de l'Etat bénéficiaire[1474], elle a dès lors exclu tous les cas dans lesquels ledit organe demeure sous l'autorité de son Etat d'origine, quand bien même il exercerait des fonctions propres à un autre Etat[1475]. Ainsi des cas de substitution non consentie, nés de situations de dépendance, de protectorat, de mandat ou encore d'occupation militaire[1476]. Ainsi encore des cas de substitution consentie, dans lesquels « l'organe agit (…) dans l'intérêt d'un Etat autre que son Etat d'appartenance et (…) remplit des tâches qui incombent normalement aux organes de l'Etat bénéficiaire [mais en continuant d'agir] en tant que membre de l'appareil de l'Etat d'envoi et sous son égide, [de sorte] qu'aucun lien fonctionnel réel ne s'établit avec l'appareil de l'Etat bénéficiaire »[1477]. La Commission a donc exclu du champ de l'article consacré à la mise à disposition tous les cas dans lesquels un organe agit pour le compte d'un Etat autre que son Etat d'origine sans pour autant être placé sous son autorité. Aucun autre des articles consacrés à l'attribution ne permettant de traiter ce type de situations et la Commission ayant choisi de ne formuler que des règles d'attribution positives, on doit en déduire qu'elle a considéré qu'en pareil cas les comportements en cause demeuraient attribuables à l'Etat d'origine.

458. Cela ne signifie pourtant pas que les membres de la Commission aient totalement occulté la difficulté. Mais à ceux qui, en son sein, s'interrogeaient sur la pertinence et les limites de la disposition consacrée au prêt d'organe pour traiter des cas de représentation partielle d'un Etat par un autre, décrits comme des cas dans lesquels un Etat accomplit un service public pour le compte d'un autre, J. Crawford rétorqua que ces questions relevaient du chapitre IV du texte, consacré à la responsabilité d'un Etat pour le fait d'un autre Etat[1478]. Pourtant, ce chapitre IV ne contient aucune disposition permettant de traiter ce type de situations et le rapporteur spécial n'y fit qu'une brève allusion pour remarquer qu'en cas de mandat, catégorie dans laquelle il rangeait les cas d'actions entreprises au titre de la légitime défense collective pour le compte d'un Etat agressé, la responsabilité du représentant comme celle du représenté étaient susceptibles d'être

[1474] Voir *supra*, § 1.
[1475] Commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 2 : « L'organe en question ne doit pas seulement être chargé d'exercer des fonctions propres à l'État à la disposition duquel il est mis. Dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées par l'État bénéficiaire, l'organe doit aussi agir en liaison avec l'appareil de cet État et sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur instructions de l'État d'envoi » (*op. cit.*, p. 46).
[1476] *Ibid.*, § 4. Egalement en ce sens, commentaire de l'article 2 adopté en première lecture, § 6 (*ACDI*, 1973, vol. 2, p. 180) et commentaire de l'article 9 adopté en première lecture, § 4 (*ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 298). R. Ago parlait alors d'amputation de l'organisation de l'Etat territorial (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 83, p. 237) ou de « coopération par substitution » (1263e séance, § 2, *ACDI*, 1974, vol. 1, p. 61).
[1477] Commentaire de l'article 9 adopté en première lecture, § 7 (*op. cit.*, p. 299) ; commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 46.
[1478] V. les interventions d'A. Pellet et J. Crawford lors des débats tenus au cours de la 2556e séance (*ACDI*, 1998, v. 1, p. 271-272). V. aussi J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 229-230, p. 50.

engagées[1479]. Les articles 17 et 18 envisagent certes des cas dans lesquels les organes d'un Etat agiraient sous les directives, le contrôle ou la contrainte d'un autre Etat. Mais, outre que ces dispositions ont été conçues à partir de situations de dépendance en vue d'engager la responsabilité du supérieur pour le comportement de son subordonné et non afin de régir les cas dans lesquels un Etat agit pour le compte d'un autre, elles n'emportent pas de basculement dans l'attribution mais constituent des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui. R. Ago estimait en effet qu'elles avaient pour objectif de combler « une lacune en ce qui concerne l'attribution de la responsabilité (…) et non pas en ce qui concerne l'attribution du fait internationalement illicite [car] on ne saurait concevoir que l'organe d'un Etat qui agit sous le contrôle d'un autre Etat se transforme en un organe de ce dernier Etat : il reste l'organe de l'Etat auquel il appartient »[1480]. Dès lors, s'ils peuvent engager la responsabilité de l'Etat contrôleur pour le comportement de l'Etat contrôlé, les comportements en cause n'en restent pas moins imputables à ce dernier. Ils peuvent donc engager sa responsabilité, à moins que les directives, le contrôle ou la contrainte qu'il a subis lui permettent de s'en dégager, soit en rendant licite son comportement au regard des règles primaires, soit en constituant une circonstance excluant l'illicéité[1481].

459. La Commission a donc considéré que, pour qu'un basculement dans l'imputation des comportements d'un organe soit envisageable, il fallait non seulement qu'il agisse pour le compte d'un autre Etat mais encore qu'il le fasse sous son autorité de sorte qu'il se trouverait à sa disposition. A défaut, le comportement en cause demeure attribuable à l'Etat d'origine, quand bien même il aurait été accompli pour le compte d'un autre. Tout en semblant admettre que ce constat n'épuisait pas la question de la responsabilité pour les comportements accomplis dans ce contexte, elle ne s'est guère attardée sur ces situations au moment d'aborder la responsabilité de l'Etat pour le fait d'un autre Etat.

2. La pratique judiciaire

460. La pratique judiciaire relative à l'action d'un Etat pour le compte d'un autre Etat est limitée. Des situations de ce type ont toutefois été traitées par la Cour internationale de Justice et, surtout, par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme. L'étude de cette pratique semble indiquer qu'à rebours de certaines

[1479] J. Crawford, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », doc. A/CN.4/498/Add.1, § 159.
[1480] 1537e séance, § 12, *ACDI*, 1979, vol. 1, p. 38 ; v. aussi, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 1, § 3, p. 4-5.
[1481] Commentaire de l'article 17 du texte de codification définitif, § 9, *op. cit.*, p. 73.

juridictions internes, les juges internationaux estiment que les comportements accomplis par les organes d'un Etat pour le compte d'un autre demeurent, en l'absence de mise à disposition, attribuables au premier.

a. La pratique de la Cour internationale de Justice

461. La Cour internationale de Justice a été confrontée à deux reprises à des situations de ce type. Elle a ainsi pu préciser que les comportements accomplis par les organes d'un Etat lui restent attribuables même lorsqu'ils ont été accomplis lors de l'occupation du territoire d'un autre Etat ou au cours de l'administration d'un territoire sous tutelle.

462. La première situation n'a guère posé de difficultés. La Cour a ainsi estimé que l'Afrique du Sud demeurait responsable des comportements accomplis par ses organes lors de son occupation de la Namibie après la fin du régime de tutelle établi sur ce territoire car « c'est l'autorité effective sur un territoire et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de 1'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats »[1482].

463. La seconde situation était plus complexe. La République de Nauru avait introduit une requête contre l'Australie, mise en cause pour n'avoir pas remis en état des terres qu'elle aurait abusivement exploitées alors qu'elle administrait l'atoll. Le défendeur estimait la requête irrecevable au motif notamment qu'elle visait en réalité l'autorité à laquelle la S.D.N. puis l'ONU avaient confié un mandat puis une tutelle sur ce territoire. Or, cette autorité étant composée non seulement de l'Australie mais aussi de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, la requête mettait nécessairement en cause ces Etats alors même qu'ils n'étaient pas partie à l'instance[1483]. La Cour rejeta cette exception en considérant, après avoir remarqué que « l'autorité ne jouissait pas d'une personnalité juridique distincte de celle des Etats désignés »[1484], d'une part que « l'Australie était tenue d'obligations en vertu de l'accord de tutelle, dans la mesure où elle était l'un des trois Etats qui constituaient l'autorité administrante »[1485] et d'autre part que, quand bien même sa

[1482] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, § 118.
[1483] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt du 26 juin 1992 (exceptions préliminaires), § 39.
[1484] *Ibid.*, § 47.
[1485] *Ibid.*, § 48.

décision pourrait avoir des incidences sur la situation juridique des deux autres Etats concernés, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur cette situation pour la prendre[1486].

Il est délicat de tirer des conclusions définitives de cette décision concernant l'attribution en situation de représentation. Mais elle recèle d'intéressantes indications.

D'abord dans ce qui n'est pas dit. Il est ainsi remarquable que l'Australie n'ait affirmé agir ni pour le compte du territoire qu'elle administrait ni pour celui de la S.D.N. puis de l'ONU. Toutefois, outre que ces questions ont été davantage ignorées que résolues, on ne pourrait quoi qu'il en soit étendre les enseignements des réponses éventuellement retenues dans la mesure où, en l'espèce, « il s'agissait de gérer un territoire, et non pas d'exercer en ses lieu et place les compétences d'un autre Etat qui par définition n'existait pas encore »[1487].

Ensuite dans ce qui est dit. La Cour a ainsi semblé considérer que les comportements accomplis par les organes de l'Australie pour le compte de l'autorité administrante lui demeuraient attribuables. Les possibilités d'en tirer des enseignements généraux sont néanmoins minces. D'une part parce que la Cour a estimé que cette autorité était dépourvue de personnalité internationale, de sorte que les comportements accomplis pour son compte par l'Australie ne pouvaient en tout état de cause lui être rapportés. D'autre part parce que, si la Cour a estimé que l'Australie devait répondre des comportements accomplis lors de l'administration de Nauru, on ne peut en déduire qu'elle a écarté l'idée selon laquelle les comportements du représentant devraient être rapportés au représenté car l'Australie cumulait les deux qualités.

Enfin, dans ce qui est suggéré. La Cour a ainsi semblé admettre que la responsabilité de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni puisse être engagée en raison du comportement de l'Australie. Mais la possibilité de rendre les représentés responsables du comportement de leur représentant ne signifie pas qu'il cesse d'être imputable au second ni qu'il ne puisse engager sa responsabilité.

464. La pratique de la C.I.J. ne permet donc pas de résoudre l'ensemble des difficultés que pose l'application de la figure de la représentation aux questions d'attribution. Celle de la C.E.D.H. permet d'en préciser certaines.

[1486] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt du 26 juin 1992 (exceptions préliminaires), § 55.

[1487] M. Forteau, « La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *op. cit.*, p. 656.

b. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme

465. Ce sont les organes de Strasbourg qui ont été le plus régulièrement confrontés à des comportements dont on pourrait considérer qu'ils ont été accomplis par un Etat pour le compte d'un autre. Ils considèrent alors que de tels comportements doivent être rapportés à l'Etat d'origine des organes impliqués, quand bien même certaines décisions ont pu faire naître le doute.

466. La Commission comme la Cour considèrent que les comportements accomplis par les organes d'un Etat pour le compte d'un autre demeurent attribuables au premier en l'absence de basculement dans l'autorité qui s'exerce sur eux. Ainsi d'abord dans les cas de substitution non consentie, tels que ceux résultant d'une occupation militaire. Lorsqu'elle a estimé que l'Etat partie exerçait sa juridiction en occupant un territoire étranger, la Cour n'a jamais recherché si les comportements accomplis par ses organes l'avaient été pour son compte ou pour celui de l'Etat occupé[1488]. Ainsi ensuite dans les cas de substitution consentie. La Cour a en effet affirmé, de manière générale et à titre d'*obiter dictum*, qu'un Etat se livre à un exercice extraterritorial de sa compétence lorsque « en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, [il assume] l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives de celui-ci »[1489]. Même si la Cour ne mit pas en œuvre cette affirmation en l'espèce, elle pouvait s'appuyer pour la formuler sur la pratique de la Commission. Celle-ci avait en effet été confrontée à une interdiction d'entrée sur le territoire du Liechtenstein opposée au requérant par la police suisse en application d'un traité aux termes duquel les lois et arrêtés suisses sur l'entrée, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers sont applicables aux ressortissants d'Etats tiers sur le territoire du Liechtenstein. Tout en admettant que les autorités suisses agissaient alors pour le compte du Liechtenstein, elle avait néanmoins considéré que leurs comportements demeuraient imputables à la Suisse car elles agissaient « en vertu de leurs compétences nationales » et « en conformité avec la loi suisse », seul l'effet de leurs actes étant étendu au territoire du Liechtenstein[1490]. La

[1488] Voir notamment *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001.
[1489] *Bankovic et al. c. 17 Etats membres de l'OTAN*, req. n° 52207/99, recevabilité, 12 décembre 2001, § 71.
[1490] Com. E.D.H., *X. et Y. c. Suisse*, req. n° 7289/75 et 7349/76, recevabilité, 14 juillet 1977, § 2. V. aussi C.E.D.H., *Xhavara et consorts* c. *Italie et Albanie*, req. n° 39473/98, recevabilité, 11 janvier 2001, § 1 : recevabilité *ratione personae* de la requête dirigée contre l'Italie et irrecevabilité *ratione personae* de la requête dirigée contre l'Albanie pour le comportement d'un navire de guerre italien ayant arraisonné en haute mer un navire battant pavillon albanais en vertu d'un accord entre les deux Etats.

Cour retient de manière analogue que, quand bien même elles détiendraient un individu pour le compte d'un autre Etat, que ce soit en attente de son extradition ou suite à sa condamnation, le comportement d'autorités pénitentiaires demeure en principe imputable à leur Etat d'origine[1491] et ne devient pas imputable à l'Etat pour le compte duquel elles agissent[1492]. Les organes de Strasbourg semblent donc considérer que les comportements accomplis par les organes d'un Etat pour le compte d'un autre demeurent attribuables au premier. Certaines décisions ont toutefois fait naître le doute sur leur approche.

467. La Commission a ainsi déclaré irrecevable *ratione personae* une requête dirigée contre le Royaume-Uni pour le maintien en détention de Rudolph Hess au sein de la prison de Spandau à Berlin. Ayant observé que cette prison était administrée de manière quadripartite par le Royaume-Uni, la France, les Etats-Unis et l'Union soviétique sans qu'aucun de ces Etats ne puisse prendre de décision sans l'accord des trois autres, la Commission estima que « la responsabilité de la prison de Spandau et du maintien en détention de Rudolf Hess incombe conjointement aux Quatre puissances », « que le Royaume-Uni n'agit qu'en tant que partenaire, partageant la responsabilité avec les trois autres puissances », « que l'autorité commune ne peut être divisée en quatre juridictions séparées et que, partant, la participation du Royaume-Uni au contrôle commun et, par conséquent, à l'administration et à la surveillance de la prison de Spandau, n'est pas une question 'relevant de la juridiction' du Royaume-Uni, au sens de l'article 1 de la Convention »[1493]. Cette décision a pu être perçue comme consacrant la prédominance du critère fonctionnel dans ce type de situations. Certains estiment ainsi que c'est parce qu'« il exerçait d'autres compétences que les siennes »[1494] que l'Etat britannique n'a pas été considéré comme exerçant sa juridiction sur Rudolf Hess. Il semble toutefois que ce soit moins le type de compétences exercées – des compétences assumées par l'Autorité qui remplaçait le gouvernement allemand – que leurs modalités d'exercice – un exercice conjoint – qui ait conduit la Commission à adopter pareille solution[1495].

[1491] *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, req. n° 1247/87, recevabilité, 26 juin 1992, § 107 : recevabilité de la requête dirigée contre la France pour le comportement des autorités pénitentiaires françaises qui détenaient les requérants en France en exécution de décisions judiciaires andorranes.

[1492] Com. E.D.H., *X. c. RFA*, req n° 2472/65, recevabilité, 7 avril 1967 : irrecevabilité de la requête dirigée contre la RFA pour le comportement des autorités pénitentiaires autrichiennes qui détenaient le requérant en Autriche dans l'attente de son extradition vers l'Allemagne.

[1493] Com. EDH, *Ilse Hess c. Royaume-Uni*, req. n° 6231/73, décision du 28 mai 1975.

[1494] M. Forteau, « La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *op. cit.*, p. 655, qui s'appuie sur cette décision pour démontrer, à tort selon nous, le rôle central du critère fonctionnel dans ce type de situations.

[1495] Le raisonnement de la Cour semble donc proche de celui suivi par la Cour suprême des Etats-Unis (v. *supra*). On remarquera d'ailleurs que les juges britanniques font régulièrement référence à cette affaire pour ranger parmi les cas dans lesquels un Etat exerce sa juridiction en territoire étranger ceux dans lesquels il administre une prison (v. par exemple Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for defence*, 13 juin 2007, [2007] UKHL 26, opinion de Lord Brown, § 132).

468. Une deuxième situation peut être à l'origine de difficultés. La Cour a ainsi estimé, après avoir soulevé le problème d'office, que la détention d'un individu par les autorités espagnoles suite à une demande d'extradition émanant de Malte pouvait engager la responsabilité de ce dernier Etat[1496]. Affirmant que cette détention résultait d'un mandat d'arrêt illégalement émis par les juridictions maltaises, le requérant cherchait à engager la responsabilité de Malte pour violation de l'article 5 de la Convention[1497]. Bien que le défendeur n'ait pas soulevé d'objections sur ce point, la Cour entreprit d'office de rechercher si les comportements en cause pouvaient lui être attribués[1498]. Elle souligna que, si le requérant avait été mis en détention par les autorités espagnoles, cela résultait de la demande des autorités maltaises que les premières étaient tenues de mettre en œuvre en vertu de la Convention d'extradition du Conseil de l'Europe ratifiée par les deux Etats. Estimant alors que l'Etat formulant une telle demande devait s'assurer de sa conformité à son droit interne, tandis que l'Etat destinataire devrait pouvoir la présumer, elle en conclut que « *the act complained of (…), having been instigated by Malta on the basis of its own domestic law and followed-up by Spain in response to its treaty obligations, must be attributed to Malta notwithstanding that the act was executed in Spain* »[1499]. La Cour a ainsi admis un basculement de l'attribution lorsque l'organe d'un Etat partie agit à l'instigation et pour le compte d'un autre Etat partie en vertu d'un accord international.

Cette solution doit toutefois être doublement circonscrite et la formulation retenue discutée. La solution doit être doublement circonscrite. D'abord par l'individualisation du comportement en cause. Ce sont ici l'arrestation et la détention qui sont considérées comme accomplies pour le compte de Malte. Si, en revanche, le requérant s'était plaint, par exemple, de mauvais traitements infligés au cours de ces opérations, sans doute la Cour aurait-elle considéré que le comportement des agents espagnols demeurait attribuable à l'Espagne[1500]. Ensuite parce que la Cour aborde ici les relations entre deux Etats parties à la Convention. Lorsqu'en revanche, elle est confrontée à une demande d'arrestation avant extradition émanant d'un Etat tiers à la Convention, elle n'admet pas, au risque de priver l'individu placé en détention de toute protection, pareil basculement dans l'attribution[1501].

[1496] *Stephens c. Malte*, req. n° 11956/07, recevabilité, 14 septembre 2009, § 54.
[1497] Le requérant avait également formé une requête contre l'Espagne mais un Comité de trois juges l'a déclarée irrecevable sans que l'on en connaisse la raison (*ibid.*, § 45).
[1498] *Ibid.*, § 45.
[1499] *Ibid.*, § 52.
[1500] Comp. Com. EDH, *X. c. RFA*, req n° 2472/65, recevabilité, 7 avril 1967 : irrecevabilité de la requête dirigée contre la RFA pour le comportement des autorités pénitentiaires autrichiennes qui détenaient le requérant en Autriche dans l'attente de son extradition vers l'Allemagne.
[1501] *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, arrêt du 9 juillet 1989, considérant que le transfert du requérant vers les Etats-Unis constitue un comportement imputable au Royaume-Uni et non aux Etats-Unis quand bien même le premier serait tenu d'y procéder en vertu d'un traité d'extradition conclu avec les seconds en 1972. V. aussi *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, examinée *infra*.

La formulation retenue doit dès lors être discutée. En effet, si la conclusion de la Cour peut sembler satisfaisante en ce qu'elle fait peser la responsabilité sur l'Etat partie à l'origine de la violation, le raisonnement qui y conduit l'est moins. Il nous paraît en effet plus correct d'identifier ici un rapport de représentation. Autrement dit, l'arrestation du requérant demeurerait imputable à l'Espagne mais pourrait faire naître la responsabilité de Malte dans la mesure où elle a été menée à son instigation et pour son compte. Sous réserve de dissocier clairement les questions d'imputation et de juridiction, semblable formulation permettrait d'atteindre les mêmes fins en l'espèce tout en prévenant les risques de débordement sus-évoqués et en maintenant la cohérence de la position de la Cour qui attribue aux Etats d'autres comportements accomplis en application d'obligations internationales[1502].

469. Malgré ces hésitations, les organes de Strasbourg estiment donc que, quand bien même les organes d'un Etat agiraient pour le compte d'un autre Etat, leurs comportements ne cessent pas d'être imputables au premier tant qu'ils continuent d'agir sous son autorité[1503]. Une décision récente confirme d'ailleurs l'interprétation des affaires *Hess* et *Stephens* ici proposée. La Cour a ainsi considéré qu'un requérant détenu dans un centre de détention administré par les forces britanniques en Irak demeurait sous la juridiction du Royaume-Uni, alors même que le gouvernement affirmait, à la suite de la décision rendue par la *Court of appeal* dans cette affaire[1504], que ses forces agissaient en tant qu'agents de l'Irak, d'une part parce qu'elles tenaient de manière générale leur pouvoir de détention du consentement de l'Irak, d'autre part parce que les requérants étaient détenus à la demande des juridictions irakiennes et que les autorités britanniques étaient tenues de les leur remettre à leur demande[1505]. Ceci confirme que ni le fait d'administrer une prison sur le territoire d'un Etat étranger et pour son compte, ni le fait de détenir un individu à la demande d'un autre Etat et en application d'obligations internationales[1506] n'entraîne de

[1502] Sur ce point, v. *infra*, B.

[1503] H. Dipla y voit une *lex specialis*, la solution retenue par la Commission EDH, fondée sur le critère du contrôle, étant selon elle distincte de celle retenue par la C.D.I., fondée sur un critère fonctionnel (*La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, p. 53). Cette analyse repose toutefois sur une perception erronée des travaux de la C.D.I., pour qui l'idée d'autorité a toujours été centrale aux fins de l'attribution (sur ce point, v. *supra*, § 1).

[1504] Royaume-Uni, Court d'appel, *R. (on the application of Al-Saadoon) v. Secretary of State for defence*, 21 janvier 2009, [2009] WL 6123.

[1505] *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, req. n° 61498/08, recevabilité, 30 juin 2009, § 88-89.

[1506] La Cour précise que le fait que le Royaume-Uni soit juridiquement tenu de transférer les requérants aux autorités irakiennes n'est pas pertinent au stade de la juridiction, même si cela peut avoir pour effet de modifier ses obligations en vertu de la Convention (*ibid.*, § 89). Elle a toutefois jugé, au fond, qu'« il n'est pas loisible aux Etats contractants de conclure avec d'autres Etats des accords dont les dispositions sont en conflit avec leurs obligations au titre de la Convention » et que « ce principe est plus fort encore en l'espèce compte tenu de la nature absolue et fondamentale du droit de ne pas être soumis à la peine de mort et du préjudice grave et irréversible que risquent de subir les requérants », de sorte que le Royaume-Uni a violé l'article 3 de la Convention en transférant les requérants aux autorités irakiennes (arrêt du 2 mars 2010, § 138).

glissement dans l'attribution. Ainsi, même si l'on ne peut perdre de vue l'influence sur la Cour de la possibilité d'identifier un Etat justiciable[1507], il semble bien qu'elle raisonne essentiellement sur la base d'éléments organiques et non fonctionnels afin d'attribuer à l'Etat le comportement d'un de ses organes.

B. L'action pour le compte d'une organisation internationale

470. Compte tenu de leur degré d'institutionnalisation, les organisations internationales recourent régulièrement aux organes de leurs Etats membres pour assurer la mise en œuvre des décisions qu'elles prennent et/ou participer à l'exécution de leurs fonctions. Cette difficulté a essentiellement retenu l'attention dans les cadres onusien et communautaire.

1. Les travaux de la Commission du droit international

471. La Commission du droit international a abordé la question de l'action pour le compte d'une organisation internationale sous deux angles : celui de l'attribution d'abord, celui de la responsabilité du fait d'autrui ensuite.

472. Sous l'angle de l'attribution, la Commission a calqué les travaux qu'elle a consacrés à la responsabilité des organisations internationales sur le texte relatif à la responsabilité des Etats. Elle n'a donc envisagé la question de l'action d'un organe étatique pour le compte d'une organisation internationale qu'au travers de la figure de la mise à disposition. Estimant alors que le comportement d'un organe ne pouvait être rapporté à l'organisation à la disposition de laquelle il se trouve que s'il a agi sous son contrôle effectif, la Commission a dès lors exclu du champ de cette disposition tous les cas dans lesquels un organe agit pour le compte d'une organisation sans pour autant intégrer son appareil et agir sous son contrôle. Ainsi par exemple des hypothèses où « le Conseil de sécurité autorise des Etats (…) à prendre les mesures nécessaires en dehors d'une chaîne de

[1507] On ne peut ainsi s'empêcher de remarquer que dans les affaires *X. et Y. c. Suisse*, *Drozd et Janousek c. France* et *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, le Liechtenstein, Andorre et l'Irak, pour le compte desquels les agissements en cause avaient été accomplis, n'étaient pas parties à la Convention. Réciproquement, dans l'affaire *Stephens c. Malte*, l'Etat pour le compte duquel le requérant était détenu l'était.

commandement reliant ces forces aux Nations unies »[1508]. Ainsi encore des cas dans lesquels un comportement est adopté par un Etat pour appliquer un acte d'une organisation internationale, telle que l'Union européenne[1509].

473. La Commission n'a toutefois pas abordé la question des comportements accomplis par l'organe d'un Etat pour le compte d'une organisation internationale que sous l'angle de l'attribution. Consacrant un chapitre IV à la « responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un Etat ou d'une autre organisation internationale », elle y a inclus une disposition aux termes de laquelle une organisation internationale engage sa responsabilité si elle adopte une décision, une autorisation ou une recommandation qui conduit un Etat membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle[1510]. La responsabilité de l'Union européenne pourrait ainsi être engagée pour les comportements des organes des Etats membres lorsque ceux-ci sont dictés par le souci de se conformer au droit communautaire[1511]. Celle de l'Organisation des Nations unies pourrait de la même manière être envisagée lorsqu'elle impose, autorise ou recommande à ses Etats membres d'agir d'une manière déterminée[1512]. Toutefois, cette disposition et la place qu'elle occupe au sein du texte adopté en première lecture montrent que, si une organisation internationale peut être tenue responsable en pareille situation, ce n'est pas parce que le comportement de l'Etat qui agit lui est imputé mais selon la figure de la responsabilité du fait d'autrui.

474. La Commission a ainsi suivi l'approche de R. Ago qui rechignait à admettre des basculements d'attribution dans les rapports entre sujets de droit international[1513]. Les comportements accomplis en pareille situation demeurent dès lors imputables aux Etats, quand bien même ils seraient susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'organisation pour le compte de laquelle ils agissent. L'éventuelle responsabilité qui resterait à leur charge n'a en revanche pas été abordée par la Commission, cette question relevant du texte relatif à la responsabilité des Etats. Puisque ce dernier indique que la responsabilité de l'Etat ne disparaît pas nécessairement lorsque ses organes agissent sous les directives, le contrôle ou la contrainte d'un autre Etat, on peut penser qu'il en va de même lorsqu'ils agissent pour se conformer à une décision ou pour répondre à une autorisation d'une organisation internationale[1514]. Comme pour ce qui est de l'action pour

[1508] Commentaire du chapitre II du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, § 5, *op. cit.*, p. 58. Cette solution sera discutée *infra*.
[1509] G. Gaja, « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », *op. cit.*, § 33. Cette solution sera discutée *infra*.
[1510] Article 16 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, *op. cit.*, p. 90.
[1511] Commentaire de l'article 16 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, § 6, *op. cit.*, p. 92.
[1512] *Ibid.*, § 12, p. 93.
[1513] Voir *supra*, Introduction.
[1514] Commentaire de l'article 17 du texte de codification définitif, § 9, *op. cit.*, p. 73.

le compte d'un autre Etat, la Commission du droit international estime donc que les comportements accomplis par l'organe d'un Etat pour le compte d'une organisation internationale demeurent attribuables au premier quand bien même ils seraient susceptibles d'engager la responsabilité de la seconde.

2. La pratique judiciaire

475. La pratique judiciaire relative à l'action accomplie par un Etat pour le compte d'une organisation internationale s'est pour l'essentiel développée à partir des exemples onusien (a) et communautaire (b).

a. L'action pour le compte de l'ONU

476. Chargé par la Charte de la « responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales »[1515], le Conseil de sécurité des Nations unies peut à ce titre prendre des sanctions ou décider de la mise en place d'opérations militaires en vue du maintien, du rétablissement ou de l'imposition de la paix. Dépourvu d'un appareil institutionnel étoffé, il doit le plus souvent solliciter les Etats membres de l'Organisation afin qu'ils exécutent ces sanctions ou contribuent à la mise en place de ces opérations. Selon une approche fonctionnelle, on pourrait alors estimer que les organes des Etats membres agissent pour le compte de l'ONU, de sorte que leurs comportements devraient lui être rapportés. La pratique ne semble toutefois pas révéler, en l'absence de rupture du lien unissant l'organe à son Etat d'origine, de basculement dans l'attribution, même si des décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme ont pu instiller le doute.

477. *i. La contribution des Etats membres à la mise en œuvre des sanctions décidées par le CSNU.* En situation de menace à la paix ou à la sécurité internationales, le Conseil de sécurité peut adopter des mesures « n'impliquant pas l'emploi de la force »[1516]. Il peut notamment recourir à des sanctions dont il a progressivement affiné le régime : d'une part, elles ne sont plus indiscriminées mais tendent à devenir « intelligentes », d'autre part et corrélativement elles ne visent plus nécessairement les Etats mais saisissent également, et

[1515] Article 24 de la Charte.
[1516] Article 41 de la Charte.

de plus en plus régulièrement, les individus. Toutefois, si leur mise en œuvre tend également à s'institutionnaliser, notamment avec la mise en place de comités des sanctions, elle demeure *in fine* tributaire de la participation des Etats membres[1517]. Ceux-ci peuvent alors être vus comme agissant pour le compte de l'Organisation, d'une part parce qu'ils sont tenus, par le jeu des articles 103 et 25 de la Charte, de mettre en œuvre les décisions du Conseil de sécurité, d'autre part parce qu'ils participent à une fonction de l'organisation en mettant en œuvre des sanctions *stricto sensu*, en ce sens que « leurs seuls mobiles sont leurs liens avec l'organisation à laquelle ils appartiennent et pour le compte de laquelle ils agissent »[1518]. On pourrait dès lors considérer que, par dédoublement fonctionnel[1519], les organes des Etats membres se muent en organes de l'ONU, au point que leurs comportements devraient cesser d'être attribués aux premiers pour être rapportés à la seconde[1520].

Tel ne semble pourtant pas être la vision des juridictions internationales étudiées, qui rejettent tout basculement dans l'imputation.

C'est d'abord le cas, à titre d'analogie, des juridictions qui agissent alors à la manière de juges internes. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi considéré qu'un règlement communautaire pris en exécution d'une décision du Conseil de sécurité « ne saurait être considéré comme un acte directement imputable à l'ONU en tant qu'action relevant de l'un des organes subsidiaires de celle-ci instaurés dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ou se situant dans le cadre de l'exercice de pouvoirs valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre »[1521].

C'est ensuite le cas des organes internationaux de règlement des différends. Ainsi, après que la Cour européenne des droits de l'homme a ignoré le fait que le comportement mis en cause devant elle avait été pris en application d'un règlement communautaire visant lui-même à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité imposant des

---

[1517] Sur ce point, v. E. Lagrange et P.-M. Eiseman, « Article 41 », *in* J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 1195-1242.

[1518] J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU : étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974, p. 37. C'est ce qui permet de distinguer la mise en œuvre de sanctions de l'adoption de contre-mesures. Sur ce point v. aussi L.A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *op. cit.*, p. 56 s.

[1519] V. G. Scelle, *Précis du droit des gens, Principes et systèmatique*, Paris, Sirey, 1934, vol. 2, p. 10, 319 et 450 ; « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, vol. 46, p. 327-703, sp. p. 356.

[1520] C. Dominicé les qualifie ainsi d'« agents d'exécution des décisions de l'ONU », « La responsabilité internationale des Nations unies », *in* J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 141-162, sp. p. 149.

[1521] *Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05 et C-415/05, arrêt du 3 septembre 2008, § 314. La Cour distingue ainsi cette situation de celle à laquelle la C.E.D.H. a été confrontée dans les affaires *Behrami* et *Saramati*. Elle insiste par ailleurs sur le fait que la question de sa compétence se pose dans l'ordre juridique interne de la Communauté (*ibid.*, § 317).

sanctions[1522] et que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a semblé considérer de manière générale que les Etats qui appliquent de telles sanctions sont susceptibles d'engager leur responsabilité au regard du Pacte[1523], le Comité des droits de l'homme a confirmé en l'affaire *Sayadi et Vinck c. Belgique* qu'il est compétent, de manière générale, « pour recevoir la communication qui allègue des violations par l'Etat partie des droits énoncés dans le Pacte, quelle que soit l'origine des obligations mises en œuvre par l'Etat partie »[1524] si bien qu'il l'est, de manière plus particulière, « pour examiner la compatibilité des mesures nationales prises pour mettre en œuvre une résolution du C.S.N.U. avec le Pacte »[1525]. Les auteurs de la communication ayant été inscrits par le Comité des sanctions créé par le C.S. sur la liste récapitulative concernant Al-Qaeda et les Taliban, ils avaient fait l'objet d'interdictions de voyager et d'un gel de leurs avoirs. Leur inscription était la conséquence du fait que la Belgique avait informé le Comité qu'ils étaient membres de la branche européenne d'une association américaine déjà inscrite sur cette liste. Ils mettaient donc en cause cet Etat pour violation du Pacte, et notamment des droits à la liberté de circulation et au respect de la vie privée. Le C.D.H. accueillit leur argumentation en considérant que « dans le cas d'espèce, et nonobstant le fait que l'Etat partie n'est pas compétent pour radier lui-même les noms des auteurs sur les listes onusiennes et européennes, il est responsable de la présence des noms des auteurs sur ces listes »[1526].

A la lecture de ces constatations, une chose apparaît claire : les comportements adoptés par les autorités étatiques dans le cadre de la mise en œuvre des sanctions décidées par le C.S. restent des faits de l'Etat. Une autre l'est nettement moins : celle de la mesure dans laquelle le fait d'agir dans ce cadre peut affecter les obligations pesant par ailleurs sur les Etats. Le Comité ne s'est en effet pas prononcé sur un conflit d'obligations. Il n'a pas engagé la responsabilité de la Belgique pour avoir interdit aux auteurs de voyager ou geler leurs avoirs en application de résolutions du C.S. Il l'a tenue responsable d'avoir transmis leur nom au Comité des sanctions. Or, il a paru considérer que la Belgique n'était pas tenue de le faire ou, en tout cas, de le faire sans avoir examiné attentivement leur situation[1527].

[1522] *Bosphorus Airlines c. Turquie*, req. n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005.
[1523] *Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 8, E/C.12/1997/8, 12 décembre 1997, § 11.
[1524] *Sayadi et Vinck c. Belgique*, com. n° 1472/2006, 9 décembre 2008, § 7.2.
[1525] *Ibid.*, § 10.6.
[1526] *Ibid.*, § 10.13.
[1527] *Ibid.*, § 10.7 et 10.13 : répondant à l'argument de la Belgique selon lequel il était tenu de transmettre les noms des auteurs au Comité des sanctions, le C.D.H. relève que ces arguments « ne sont pas déterminants, notamment en raison du fait que d'autres Etats n'ont pas transmis les noms d'autres employés de la même organisation caritative au Comité des sanctions ». V. aussi les opinions individuelles quant au fond qui soulignent que « le Comité a estimé que l'État partie avait agi de façon prématurée, et donc injustifiée, en faisant parvenir les noms des auteurs au Comité des sanctions avant la clôture de l'instruction pénale ouverte par le ministère public sur les activités des auteurs », pour considérer que ce fait était insuffisant pour

Les obligations secondaires résultant pour l'Etat du fait illicite constaté confirment ce raisonnement. Le C.D.H. n'affirme en effet pas que la Belgique est tenue de lever les sanctions contre les auteurs. Il indique seulement que, « bien qu'[il] ne soit pas compétent pour radier lui-même les noms des auteurs », l'Etat partie a, d'une part, « le devoir de prendre toutes les mesures possibles pour obtenir la radiation des noms des auteurs de la liste des sanctions dans les meilleurs délais, de fournir aux auteurs une éventuelle compensation, et de rendre publiques les demandes de radiation » et est, d'autre part, « tenu [de] veiller à ce que des violations analogues ne se reproduisent pas à l'avenir »[1528]. L'Etat est donc tenu responsable d'avoir fait un mauvais usage de la marge d'appréciation dont il disposait dans la mise en œuvre de la procédure de sanctions mise en place par le C.S.N.U. Ce raisonnement évite au Comité de se prononcer sur l'effet de l'article 103 de la Charte des Nations unies sur l'articulation des obligations résultant pour les Etats respectivement du Pacte et des résolutions du C.S.[1529].

478. ii. *La contribution des Etats membres à la mise en place des opérations militaires décidées par le CSNU.* Alors que l'article 43 de la Charte prévoyait que les Etats membres mettent à disposition du Conseil de sécurité des forces armées sous la direction d'un Comité d'état-major, il n'a jamais été mis en œuvre. Le Conseil n'eut donc d'autre possibilité que de solliciter les Etats membres de l'Organisation afin de mettre en place les opérations militaires qu'il juge nécessaires au maintien, au rétablissement ou à l'imposition de la paix[1530]. Celles-ci se sont développées sous deux formes : les opérations de paix de l'ONU d'une part, les opérations autorisées par le Conseil de sécurité mais menées par des Etats ou une organisation internationale d'autre part. Tandis que les premières constituent des organes subsidiaires de l'Organisation, de sorte que les contingents nationaux agissant dans ce cadre peuvent être considérés comme mis à sa disposition, les secondes conservent une large autonomie de sorte qu'on ne peut parvenir à la même conclusion[1531]. Cela n'épuise toutefois pas la question de l'attribution de leurs comportements. En effet, si les

---

engager sa responsabilité (O.D. Shearer) ou au contraire que sa responsabilité peut être engagée car il « aurait pu agir autrement tout en donnant effet aux résolutions du C.S. » (O.I. Isawa) ou que « la ligne d'action adoptée par l'État partie n'était pas imposée par les résolutions du C.S. » (O.I. Rodley).

[1528] *Ibid.*, § 11-13.

[1529] Pour un raisonnement pour partie analogue, v. C.J.C.E., *Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05 et C-415/05, arrêt du 3 septembre 2008, § 298 : « La charte des Nations unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette charte, cette mise en œuvre devant intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU. En effet, la charte des Nations unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions ».

[1530] Sur ce point, voir L.A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *op. cit.*, p. 109 s.

[1531] Voir *supra*, § 1.

Etats membres agissent alors le plus souvent sur une base volontaire, contrairement à ce qui se passe lorsqu'ils mettent en œuvre des sanctions décidées par le Conseil de sécurité, ils n'en participent pas moins à une fonction de l'Organisation[1532]. Là encore, la situation pourrait donc être perçue comme traduisant un dédoublement fonctionnel. S'appuyant sur la pratique des Etats intervenants, qui admettent le plus souvent d'indemniser les victimes de dommages causés par leurs contingents dans le cadre d'opérations autorisées[1533], ainsi que sur celle de l'Organisation, qui refuse de le faire[1534], la C.D.I. a toutefois exclu tout basculement dans l'attribution en pareil cas. Mais, alors que la Commission croyait encore pouvoir affirmer en 2004 que « cette position (…) n'est guère controversée »[1535], la pratique de la C.E.D.H. a depuis lors fait naître le doute. Les deux approches ne sont toutefois pas totalement incompatibles.

On l'a vu, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les comportements accomplis au cours d'opérations entreprises par un Etat ou une

---

[1532] En ce sens, L.A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *op. cit.*, p. 56 s : « Par le biais de l'autorisation, les Etats (ou les organismes régionaux) deviennent les agents d'exécution de la volonté du Conseil, même s'ils bénéficient (…) d'une large marge d'appréciation quant à la nature et à l'intensité des mesures à prendre ».

[1533] Cette pratique remonte à la première opération autorisée, les Etats-Unis ayant finalement accepté d'indemniser les victimes de dommages résultant des bombardements effectués par erreur en territoires chinois et soviétique par les contingents engagés en Corée sur autorisation du C.S. puis de l'A.G.N.U. (v. en particulier la lettre du représentant adjoint des Etats-Unis au Secrétaire général, doc. S/1813, 26 septembre 1950, aux termes de laquelle le gouvernement américain accepte « d'assumer la responsabilité des dommages dont une enquête impartiale menée immédiatement pourrait montrer qu'ils ont été causés par les forces des Etats-Unis et d'indemniser ces dommages »). Elle ne semble pas s'être démentie depuis lors, le Canada ayant accepté de verser une indemnisation lorsqu'un jeune Somalien a été tué par des membres du contingent canadien de la Force d'intervention unifiée déployée sur la base de la résolution 794 (1992) (sur ce point, v. R. M. Young et M. Molina, « IHL and peace operations : sharing Canada's lessons learned from Somalia », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, p. 362-370, sp. p. 366), tandis que le Rwanda admettait que l'ONU n'était pas responsable des comportements des membres de l'opération Turquoise, en relevant que « bien qu'elle ait été 'autorisée' par le Conseil de sécurité, l'opération elle-même était placée sous commandement et contrôle national et n'était pas une opération des Nations Unies » (lettre non publiée adressée au S.G.N.U. par le Premier Ministre rwandais en date du 11 novembre 1996, cité *in* commentaire de l'article 16 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales, § 12, *op. cit.*, p. 93).

[1534] Tandis qu'elle accepte de réparer les dommages causés par les contingents nationaux participant à des O.M.P. (v. *supra*, § 1), l'ONU semble refuser d'assumer la responsabilité pour les dommages causés par les forces agissant sur autorisation du Conseil de sécurité. C'est ainsi que le Directeur de la Division de l'administration et de la logistique des missions du Département des O.M.P. a répondu à la Belgique, qui lui adressait une réclamation concernant un accident de voiture survenu en Somalie, que « [l]es troupes belges en Somalie au moment de l'accident, le 13 avril 1993, faisaient partie de la Force d'intervention unifiée créée par le Conseil de sécurité dans sa résolution 794 (1992) et non de l'Opération des Nations Unies en Somalie (ONUSOM). En fait, les seuls ressortissants belges faisant partie de l'ONUSOM étaient des officiers en poste au quartier général. La personne impliquée dans cet accident a déclaré qu'elle travaillait comme cuisinier dans le cadre de 'l'opération *Restore Hope*' ; [l'intéressé] ne pouvait donc être considéré comme faisant partie de l'opération des Nations Unies. Les troupes de la Force d'intervention unifiée n'étaient pas sous le commandement de l'Organisation des Nations Unies et celle-ci a toujours refusé d'être tenue pour responsable lorsque des réclamations ont été présentées en ce qui concerne des incidents impliquant ces troupes » (lettre non publiée, datée du 5 juin 1998, citée par G. Gaja, « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », *op. cit.*, § 33, p. 17).

[1535] A/59/10 (2004), p. 102.

organisation internationale suite à une autorisation du Conseil de sécurité devaient être rapportés à l'Organisation. Elle l'a établi en considérant que se formait alors un véritable rapport de délégation, l'Etat ou l'organisation en cause étant autorisé à exercer une fonction du Conseil de sécurité tout en demeurant sous ses autorité et contrôle ultimes[1536]. Selon la Cour, cinq conditions doivent être réunies pour qu'un tel rapport s'instaure : 1. le pouvoir en cause doit bien avoir été délégué à des Etats membres et/ou organisations internationales compétentes ; 2. il doit être de ceux qui peuvent être délégués ; 3. la délégation doit être explicite ; 4. le Conseil doit lui fixer des limites suffisamment précises en indiquant les objectifs à atteindre, les rôles et responsabilités assignées et les moyens à employer ; 5. il doit exiger de l'entité délégataire qu'elle lui rende des comptes de manière à ce qu'il puisse exercer ses autorité et contrôle généraux[1537]. Un tel rapport n'aurait alors pas seulement pour conséquence que la responsabilité de l'Organisation peut être engagée mais impliquerait que les comportements accomplis par le délégataire lui soient attribués[1538]. Cela ne signifie certes pas nécessairement qu'ils cessent d'être attribuables à ce dernier. La Cour ne s'est d'ailleurs pas explicitement prononcée sur ce point, éludant la question de l'imputabilité des comportements en cause à la KFOR ou à l'OTAN et considérant qu'ils n'étaient pas imputables aux Etats fournisseurs de contingents car ceux-ci se trouvaient à la disposition de la KFOR[1539]. Elle semble toutefois l'avoir considéré et c'est ainsi que sa décision a été interprétée, tant par la doctrine[1540] que par certaines juridictions internes. Certains Lords ont ainsi recherché en l'affaire *Al-Jedda* si les comportements accomplis par les forces britanniques en Irak ne l'avaient pas été sur délégation du Conseil de sécurité, auquel cas les juridictions britanniques auraient été incompétentes pour en connaître car ils auraient été imputables à l'ONU et non au Royaume-Uni[1541]. Il semble pourtant que, quand bien même des glissements de

[1536] *Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et 78166/01, recevabilité, 31 mai 2007, § 133-134. Les deux éléments sont, selon la Cour, nécessaires à l'établissement d'un rapport de délégation. Dans l'hypothèse où le C.S. ne conserverait pas l'autorité et le contrôle ultimes sur l'opération en cause, il n'y aurait pas délégation mais transfert de compétence et donc déplacement de responsabilité du Conseil vers l'autorité autorisée. Sur ce point et en ce sens, J. J. Caicedo, *La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et les Etats membres*, thèse, Paris 1, 2005, p. 287-289.

[1537] *Ibid*.

[1538] *Ibid.*, § 141 et 143, la Cour considérant l'action et l'inaction litigieuses « attribuables » à l'ONU au sens donné à ce terme par l'article 3 du projet de la C.D.I. relatif à la responsabilité des organisations internationales.

[1539] V. *supra*.

[1540] A. Sari, « Jurisdiction and international responsibility in peace support operations : the *Behrami* and *Saramati* cases », *op. cit.*, p. 167 ; P. Bodeau-Livinec, G. P. Buzzini, S. Villalpando, note précitée, p. 326 ; P. Klein, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix », *op. cit.*, p. 48.

[1541] Royaume-Uni, Chambre des Lords, *R (on the application of Al-Jedda) v. secretary of State for defence*, 12 décembre 2007, [2007] UKHL 58. La plupart des Lords a semblé admettre qu'un rapport de délégation entraîne un basculement dans l'attribution, le comportement accompli par le délégataire (le Royaume-Uni) devant être rapporté au délégant (l'ONU). Toutefois, seul l'un d'entre eux a considéré qu'un tel rapport était établi en l'espèce (opinion de Lord Rodger of Earlsferry, § 105 et 111, à laquelle Lord Brown s'est toutefois déclaré sensible), les autres insistant sur les différences factuelles entre les situations kosovare et irakienne

responsabilité seraient envisageables en pareil cas, ils ne résulteraient pas d'un basculement dans l'attribution.

Un tel basculement paraît en effet discutable pour deux raisons. D'abord parce que le raisonnement de la Cour ne trouve guère de soutien, que ce soit dans la pratique ou en doctrine[1542]. La figure de la délégation à laquelle elle fait référence avait certes été mise en évidence et discutée s'agissant d'apprécier la légalité de décisions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité créant des organes subsidiaires ou autorisant des Etats membres à agir[1543]. Mais elle n'avait jusqu'alors pas été utilisée afin d'opérer un basculement dans l'attribution aux fins de la responsabilité internationale. On n'en trouve en effet trace ni dans la pratique, ni dans les travaux de la C.D.I.[1544] La Cour recourt certes à des sources doctrinales et jurisprudentielle à l'appui de son affirmation selon laquelle l'autorisation accordée par le Conseil de sécurité équivaut à une délégation de ses pouvoirs. Mais les auteurs[1545] et la juridiction[1546] cités s'interrogeaient essentiellement sur la légalité et les

---

pour conclure que dans la seconde le Royaume-Uni n'agissait pas sur délégation du Conseil de sécurité, soit parce que ce dernier avait seulement autorisé le premier à exercer des pouvoirs qu'il n'était pas en mesure d'exercer lui-même (opinion de Lord Bingham of Cornhill, § 23), soit parce qu'intervenant *a posteriori* il n'avait pas rétabli ses autorité et contrôle ultimes sur le premier (opinion de Lord Brown, § 145-148).

[1542] En ce sens, M. Milanovic et T. Papic, « As bad as it gets : The European court of human rights's *Behrami and Saramati* decision and general international law », *op. cit.*, p. 279-280 et 286 s.

[1543] La distinction entre délégation et autorisation, sur laquelle la C.E.D.H. appuie son raisonnement (v. *Behrami et Saramati*, § 43), fait écho à la formule de la C.I.J. selon laquelle « en créant le tribunal administratif, l'Assemblée générale ne déléguait pas l'exercice de ses propres fonctions ; elle exerçait un pouvoir, qu'elle tenait de la Charte : celui de réglementer les rapports avec le personnel » (*Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations unies accordant indemnité*, avis consultatif du 14 janvier 1954, p. 60-62). Ce raisonnement avait également été utilisé par le T.P.I.Y. pour justifier la création par le C.S.N.U., organe dépourvu de pouvoirs judiciaires, d'un organe judiciaire : « la création du Tribunal international par le Conseil de sécurité ne signifie pas, cependant, qu'il lui a délégué certaines de ses propres fonctions ou l'exercice de certains de ses propres pouvoirs. (…) Le Conseil de sécurité a recouru à la création d'un organe judiciaire sous la forme d'un tribunal pénal international comme un instrument pour l'exercice de sa propre fonction principale de maintien de la paix et de la sécurité, c'est-à-dire comme une mesure contribuant au rétablissement et au maintien de la paix dans l'ex-Yougoslavie » (*Tadic*, IT-94-1 (Prijedor), chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 38).

[1544] Voir *supra*. On remarquera notamment que, dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates*, l'Australie n'a jamais prétendu administrer Nauru pour le compte de l'ONU, alors même que celle-ci lui avait confié la tutelle sur ce territoire.

[1545] Ainsi de S. Chesterman, *Just war or just peace : humanitarian intervention and international law*, Oxford, O.U.P., 2002, p. 165 s. ; R. Kolb, Ius contra bellum – *Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; V. Gowland-Debbas, « The limits of unilateral enforcement of community objectives in the framework of UN peace maintenance », *EJIL*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 361-383, sp. p. 369-370 (qui estime que « *the insertion of unilateral actions within the Charter means that the Council continues to bear major responsibility for it, although that does not exclude an eventual form of joint responsibility* » et en déduit que le C.S. doit maintenir un certain degré d'autorité et de contrôle sur ce type d'opérations) et N. Blokker, « Is the autorisation authorized ? Powers and practice of the UN security council to authorize the use of force by 'coalitions of the able and willing' », *EJIL*, 2000, vol. 11, n° 3, p. 541-568, sp. p. 547 (qui admet que la question de la responsabilité pour les comportements accomplis au cours de telles opérations est délicate mais considère qu'elle est hors du champ de son étude).

[1546] La Cour se réfère à une décision dans laquelle la C.J.C.E. ne s'est pas prononcée sur une question d'attribution mais a considéré une délégation par la Haute autorité de la CECA de ses pouvoirs à un organisme de droit privé illicite car insuffisamment encadrée. Pour parvenir à cette conclusion, la C.J.C.E. a distingué deux types de délégation, la première qui porte sur « des pouvoir d'exécution nettement délimités et

limites d'une telle pratique et n'avaient pour la plupart pas envisagé la question de l'imputation. Seul l'un de ceux qui l'avaient fait concluait d'ailleurs dans le même sens que la Cour[1547]. Ensuite parce que la solution retenue ne correspond pas à la *ratio* des autres règles d'imputation identifiées jusqu'ici. D'une part parce qu'elle privilégie un critère fonctionnel là où les règles d'imputation s'appuient en cas de conflit sur l'effectivité de l'autorité qui s'exerce sur l'auteur du comportement en cause[1548]. D'autre part, et surtout, parce qu'elle ne tient aucun compte du fait qu'il s'agit ici de rapports entre deux sujets du droit international et non entre un sujet du droit international et un sujet interne. Cet élément nous paraît décisif. En effet, si un auteur a pu conclure dans le même sens que la Cour, c'est en raisonnant par analogie avec l'article 5 du texte relatif à la responsabilité des Etats qui conduit à leur attribuer les comportements des entités auxquels ils ont confié des prérogatives de puissance publique[1549]. Mais l'analogie a ses limites. En effet, les entités en question ne sont pas des sujets de droit international, de sorte que la responsabilité de l'Etat ne saurait résulter en pareil cas du fait d'autrui. A l'inverse, les Etats ou organisations qui agissent sur autorisation du Conseil de sécurité sont des sujets du droit international, de sorte que rapporter purement et simplement leur comportement à l'ONU conduirait à les transformer en agents de l'Organisation au mépris de l'autonomie qui fonde puis que leur confère leur subjectivité. Il ne nous semble donc pas que le fait pour un Etat d'agir pour le compte de l'ONU doive entraîner de basculement dans

---

dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante », la seconde qui porte sur « un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation susceptible de traduite par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ». Elle a alors affirmé qu'« une délégation du premier type n'est pas susceptible de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte, alors qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un véritable déplacement de responsabilité », pour conclure que le traité CECA ne permettait que le premier et que la Haute autorité avait eu recours au second de manière illicite. Toutefois, outre qu'elle ne statuait pas en l'espèce sur une question de responsabilité, la C.J.C.E. a seulement fait allusion à un déplacement de responsabilité et non à un déplacement d'attribution (*Meroni c. Haute autorité de la CECA*, aff. 9/56, arrêt du 13 juin 1958, p. 43-44).

[1547] Il s'agit de D. Sarooshi, *The United Nations and the development of collective security : the delegation by the UN Securtiy Council of its chapter VII powers*, Oxford, O.U.P, 1999, p. 163-166. Si au moins un autre auteur ignoré par la Cour a conclu dans le même sens (J. J. Caicedo, *La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et les Etats membres*, *op. cit.*, p. 278 s.), deux autres auteurs cités par la Cour se sont en revanche prononcés en sens contraire : J. Friedrich « UNMIK in Kosovo : struggling with uncertainty », *Max Planck yearbook of United Nations law*, 2005, vol. 9, p. 225-293, sp. p. 272 et 275 (qui retient la responsabilité des Etats fournisseurs de contingents pour le comportement des troupes de la KFOR) ; E. de Wet, *Chapter VII powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, 2004, p. 378-382 (qui considère que les Etats restent responsables au regard du droit international des droits de l'homme même lorsqu'ils agissent dans les domaines de compétence de l'Organisation).

[1548] En ce sens P. Klein, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix », *op. cit.*, p. 52-56 ; A. Sari, « Jurisdiction and international responsibility in peace support operations : the *Behrami* and *Saramati* cases », *op. cit.*, p. 164.

[1549] D. Sarooshi, *The United Nations and the development of collective security : the delegation by the UN Securtiy Council of its chapter VII powers*, *op. cit.*, p. 166.

l'attribution. Dans la mesure où l'organe demeure intégré à la structure de l'Etat, où le lien organique n'est pas rompu, son comportement doit lui rester imputable.

479. Cela ne signifie pas que pareille situation n'ait aucune incidence sur la répartition de la responsabilité entre l'ONU et l'Etat intervenant. Toutefois, ces incidences résultent de l'application d'autres règles. La responsabilité des Etats intervenants pourrait ainsi être limitée par l'interprétation des obligations primaires qui pèsent sur eux, tandis que celle de l'ONU pourrait être engagée du fait d'autrui.

Il est d'abord possible de considérer que, tandis que le critère organique doit être privilégié lorsqu'il est question d'imputation aux fins de la responsabilité, une approche fonctionnelle peut être préférée lorsqu'il s'agit de déterminer si les Etats ont exercé leur juridiction au sens de l'article 1er de la Convention. Les obligations que les Etats tiennent de la C.E.D.H. ne les lieraient ainsi pas lorsqu'ils agissent en territoire étranger pour le compte de l'ONU[1550]. Mais ce n'est pas le seul raisonnement susceptible de conduire à un aménagement des obligations primaires pesant sur les Etats parties. La Cour a ainsi jugé utile de préciser dans son arrêt *Behrami* et *Saramati* que, quoi qu'il en soit de la recevabilité *ratione personae* des requêtes, « la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions »[1551]. Dès lors, quand bien même les comportements en cause resteraient imputables à l'Etat, ils pourraient être considérés comme licites en vertu de l'article 103 de la Charte car accomplis dans l'exercice d'une mission d'importance fondamentale pour la communauté internationale. C'est l'approche qu'a retenue la Chambre des Lords pour considérer que, tout en étant imputable au Royaume-Uni, la détention de M. Al-Jedda par les forces britanniques en Irak n'était pas contraire à la Convention[1552]. Ce raisonnement est plus convainquant, même si on peut encore juger le brevet de conventionalité ainsi accordé aux comportements accomplis sur autorisation du

[1550] En ce sens, *mutadis mutandis*, A. Sari, « Jurisdiction and international responsibility in peace support operations : the *Behrami* and *Saramati* cases », *op. cit.*, p. 159-162 ; v. aussi C. Laly-Chevalier qui estime qu'on peut « reprocher à la Cour de ne pas avoir suffisamment déconnecté la question de sa compétence de celle de la responsabilité internationale » (« Les opérations militaires et civiles des Nations unies et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 638).

[1551] *Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et 78166/01, recevabilité, 31 mai 2007, § 149. N'ayant quoi qu'il en soit pas identifié de comportement étatique en l'espèce, la Cour semblait ainsi vouloir anticiper la possible identification d'un tel fait accompli dans le contexte d'une opération décidée par le Conseil de sécurité. Au rang de ces comportements, la Cour mentionne les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant l'exercice de telles missions avant de citer comme exemples le vote d'un membre permanent du Conseil de sécurité et l'envoi de contingents dans le cadre de la mission de sécurité.

[1552] *R (on the application of Al-Jedda) v. secretary of State for defence*, 12 décembre 2007, [2007] UKHL 58, v. notamment l'opinion de Lord Bingham of Cornhill, § 33.

C.S.N.U. trop large et estimer qu'ils ne devraient être considérés comme justifiés que dans la mesure où ils sont *exigés* par la bonne application des résolutions du Conseil[1553].

Cela permettrait d'ailleurs de glisser vers la responsabilité de l'Organisation, susceptible d'être engagée lorsqu'elle adopte une décision, une autorisation ou une recommandation qui conduit un Etat membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle[1554]. La question centrale porte alors sur la possibilité que le comportement exigé par le C.S. soit considéré comme internationalement illicite au regard des obligations qui pèsent sur l'Organisation. L'invocation de la règle de primauté formelle de l'article 103 n'étant plus possible car elle ne s'applique qu'aux obligations qui pèsent sur les Etats, il serait alors envisageable que l'objectif du maintien de la paix doive être concilié avec les exigences du respect des droits de l'homme[1555]. Mais la difficulté principale tient à la possibilité de trouver un forum où procéder à un tel arbitrage[1556].

480. Bien que le droit positif ne soit pas définitivement fixé, il ne semble donc pas que le fait pour les organes étatiques d'agir pour le compte de l'ONU entraîne de basculement dans l'imputation de leurs comportements. La situation n'est pas différente lorsqu'ils agissent pour le compte de l'Union européenne.

[1553] En ce sens, E. Lagrange, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *op. cit.*, p. 563. Certains juges ont d'ailleurs raisonné de la sorte. Ainsi de la Baroness Hale of Richmond en l'affaire *Al-Jedda*, qui souligne que « *the right is qualified but not displaced. This is an important distinction, insufficiently explored in the all or nothing arguments with which we were presented. We can go no further than the UN has implicitly required us to go in restoring peace and security to a troubled land. The right is qualified only to the extent required or authorised by the resolution. What remains of it thereafter must be observed* » (§ 126). Ainsi encore du Comité des droits de l'homme en l'affaire *Sayadi et Vinck c. Belgique* exposée *supra*.

[1554] Article 16 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales adopté en première lecture, *op. cit.*, p. 90 et commentaire de cet article, § 12, *ibid.*, p. 93. V. aussi, nettement, G. Gaja, « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », doc. A/CN.4/553, § 42-43 où le rapporteur conteste le fait que l'Organisation ne puisse être tenue responsable des comportements adoptés par les Etats dans le cadre d'opérations militaires autorisées par le Conseil de sécurité. On remarquera qu'il n'est pas alors nécessaire que le fait soit illicite pour l'Etat qui l'accomplit (commentaire, § 13, *op. cit.*, p. 94).

[1555] En ce sens, M. Forteau, « Le droit applicable en matière de droits de l'homme aux administrations territoriales gérées par des organisations internationales », *op. cit.*, p. 33-34.

[1556] Sur ce point, v. H. Ascensio, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits de l'homme », *in* S.F.D.I., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 105-125, qui conclut qu'il est difficile d'établir la part de responsabilité des organisations internationales, notamment car « l'absence de voie de recours n'aide pas à y voir clair ».

b. L'action pour le compte de l'Union européenne

481. Les organes des Etats membres de l'Union européenne sont régulièrement tenus de mettre en œuvre les décisions de l'organisation, parfois sans disposer de la moindre marge d'appréciation. Cette situation pourrait être vue comme impliquant un dédoublement fonctionnel, les organes étatiques se muant en organes de l'Union[1557]. Une lecture rapide d'une partie de la pratique communautaire ou interne pourrait d'ailleurs le laisser penser. L'U.E. paraît parfois considérer qu'en pareil cas les autorités étatiques se muent en organes européens. Elle l'a en particulier soutenu devant l'O.R.D.[1558] puis devant la Commission du droit international, sollicitant l'adoption d'une règle spéciale permettant de lui imputer les comportements accomplis pour son compte par les organes des Etats membres[1559]. Certaines jurisprudences internes pourraient également être perçues comme admettant semblable dédoublement. C'est ainsi que le Conseil d'Etat français estime que lorsque les autorités nationales exécutent régulièrement une décision de la Commission européenne sans disposer du moindre pouvoir d'appréciation « la faute ainsi commise ne serait pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat, tenu, aussi longtemps que la juridiction communautaire compétente n'a pas constaté leur invalidité, d'appliquer ces dispositions en vertu des articles 10 et 249 du traité instituant la Communauté européenne »[1560]. Il n'est toutefois pas certain que ces pratiques mettent en œuvre la théorie du dédoublement fonctionnel. Pour ce qui est du droit communautaire, il paraît en effet possible d'inférer de la pratique de la C.J.U.E. un « principe de séparation des puissances publiques étatique et communautaire »[1561], selon lequel l'organe d'un Etat membre ne se mue pas en organe de l'Union lorsqu'il met en œuvre le droit communautaire[1562]. Le raisonnement du juge interne semble proche. Le Conseil d'Etat

[1557] Cette thèse a été notamment soutenue par J. Boulouis, qui considérait que le juge national devait être vu comme un organe de l'ordre juridique communautaire lorsqu'il applique le droit communautaire (« Note sous Cass. Ch. Mixte, 25 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabres* », *AJDA*, 1975, p. 569 s., sp. p. 573).
[1558] V. *infra*.
[1559] V. G. Gaja, « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », doc. A/CN.4/510 (2009), § 31, p. 13-14. Cette solution a été défendue en doctrine par P.J. Kuijper et E. Paasivirta, « Further exploring international responsibility : the European Community and the ILC's project on responsibility of international organizations », *International organizations law review*, 2004, p. 111-138 ainsi que par S. Talmon « Responsibility of international organizations : does the European Community require special treatment ? », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 405-421, sp. p. 412-414.
[1560] France, Conseil d'Etat, 12 mai 2004, *SA entreprise Gillot*, *Rec.*, p. 221.
[1561] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationale*, Paris, Dalloz, 2002, p. 30-34.
[1562] La Cour estime d'une part que « la question de la réparation par un organisme national des dommages causés aux personnes privées par les organismes et les agents des Etats membres, soit du fait d'une violation

français a ainsi considéré que les autorités françaises chargées « de participer à l'exécution des engagements internationaux de la France (…) agissent en qualité d'autorités nationales »[1563], avant de confirmer que « les autorités nationales s'acquittant des missions confiées aux Etats membres par le traité instituant la Communauté européenne ou par les actes émanant de ces organes relèvent, sous réserve des questions préjudicielles relatives à l'interprétation ou la validité de ces actes, de la juridiction des tribunaux français »[1564]. Ainsi, s'il se peut que s'opère un glissement dans la responsabilité lorsque les organes d'un Etat membre mettent en œuvre des décisions communautaires, ce glissement ne résulte pas d'un basculement dans l'imputation des comportements[1565].

La pratique des juges extérieurs à ces systèmes confirme cette interprétation. Deux organes ont été particulièrement confrontés au problème des comportements accomplis par des organes des Etats membres en exécution du droit communautaire. Si la C.E.D.H. a clairement rejeté la théorie du dédoublement fonctionnel (i), l'O.R.D. a semblé l'admettre (ii). Les deux pratiques peuvent néanmoins être réconciliées.

482. *i. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme.* La C.E.D.H. rejette clairement la théorie du dédoublement fonctionnel en affirmant que « les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales »[1566]. Dès lors, lorsqu'un organe de l'Etat accorde l'*exequatur* à une décision de la C.J.C.E.[1567], saisit un aéronef en application d'un règlement communautaire[1568], interdit l'importation de viande bovine en provenance

---

du droit communautaire, soit par une action ou une omission contraire au droit national à l'occasion de l'application du droit communautaire, ne relève pas de l'article 215, al. 2 (devenu 288, al. 2) et doit être appréciée par les juridictions nationales en fonction du droit national de l'Etat concerné » (*Granaria*, aff. 101/78, arrêt du 13 février 1979, § 17) et, d'autre part, qu'en appliquant ou interprétant le droit communautaire, le juge national agit « en tant qu'organe d'un Etat membre » (*Simmenthal*, aff. 106/77, arrêt du 9 mars 1978, § 16).

[1563] France, Conseil d'Etat, 2 octobre 1981, *Groupement d'intérêt économique Vipal*, et alors même que ledit groupement soutenait qu'en administrant le régime des aides à l'exportation instituées par le Conseil des Communautés européennes, il restait certes une autorité française, mais une autorité française qui n'exécute plus une mission de service public français, mais une mission de service public européen dont il lui faut rendre compte auprès des institutions communautaires vis-à-vis desquelles il agit en tant que simple mandataire (v. les conclusions B. Genevois, *Dalloz*, 1982, p. 210).

[1564] France, Conseil d'Etat, 12 mai 2004, *SA entreprise Gillot*, *Rec.*, p. 221.

[1565] Rejetant également la théorie du dédoublement fonctionnel pour décrire l'exécution du droit communautaire par les autorités nationales, v. C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 253-258 et 263-267, qui relève notamment que, dans l'ordre communautaire, « les actes et omissions des autorités publiques [nationales] dans l'exercice de leurs obligations communautaires ne sont imputables qu'à l'Etat membre » (p. 266).

[1566] *Bosphorus Airlines c. Turquie*, req. n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005, § 153. V., déjà, Com. EDH, *M. & Co c. RFA*, req. n° 13258/87, recevabilité, 9 février 1990.

[1567] Com. EDH, *M. & Co c. RFA*, req. n° 13258/87, recevabilité, 9 février 1990.

[1568] *Bosphorus Airlines c. Turquie*, req. n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005, § 153.

du continent nord-américain pour se conformer à une directive communautaire[1569], ou encore se conforme à l'avis de la C.J.C.E. après l'avoir sollicité dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel[1570], il ne se mue pas en organe communautaire mais reste un organe de son Etat d'origine. La Cour se déclare donc compétente *ratione personae* pour connaître des requêtes mettant en cause ce type de comportements.

Elle tient toutefois compte, au fond, des obligations résultant pour les Etats de leur participation à l'Union en procédant à une interprétation systémique des obligations conventionnelles. Considérant, d'une part, que la Convention « n'interdit pas de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale (…) à des fins de coopération dans certains domaines d'activité » mais, d'autre part, « qu'il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné » elle tente de concilier ces exigences en retenant qu'« une mesure de l'Etat prise en exécution [d'obligations résultant de sa participation à l'U.E.] doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (…) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »[1571]. L'exécution par les Etats membres d'obligations résultant de leur participation à l'U.E. est donc imputable à ces Etats mais est compatible avec la Convention dès lors que cette organisation offre aux droits garantis une protection équivalente, aussi bien d'un point de vue substantiel que procédural, à celle résultant de la Convention[1572]. Il n'en irait différemment que si, dans un cas déterminé, la protection des droits garantis était « entachée d'une insuffisance manifeste »[1573]. Mais la Cour n'a pour l'heure jamais constaté pareille insuffisance[1574]. La

---

[1569] *Etablissements Biret et Cie et société Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 13762/04, recevabilité, 9 décembre 2008, § 2.
[1570] *CPNK c. Pays-Bas*, req. n° 13645/05, recevabilité, 20 janvier 2009.
[1571] *Bosphorus Airlines c. Turquie*, req. n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005, § 152-155.
[1572] Alors que la Com. E.D.H. avait paru se contenter d'une affirmation *in abstracto* de l'équivalence de protection en l'affaire *M & Co c. RFA*, la Cour a bien examiné si la protection était équivalente en l'affaire *Bosphorus*. Elle a alors conclu que tel était le cas (*ibid.*, § 159-165) tout en soulignant que ce constat « ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux » (*ibid.*, § 155).
[1573] *Ibid.*, § 156.
[1574] Certains estiment que « cette réserve semble largement relever de la clause de style tant la notion d''insuffisance manifeste' demeure incertaine » (F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 9e édition, 2008, p. 699). Sans entrer dans le détail de son examen, qui échappe au champ de notre recherche, on remarquera que la Cour oscille entre rappel purement formel de cette réserve (*Etablissements Biret et Cie et société Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 13762/04, recevabilité, 9 décembre 2008, § 2) et examen plus circonstancié (*Bosphorus Airlines c. Turquie*, req. n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005, § 166 ; surtout, *CPNK c. Pays-Bas*, req. n° 13645/05, recevabilité, 20 janvier 2009, jugeant que si la protection offerte lors de la procédure devant la C.J.C.E. n'est pas identique à celle qu'exige la C.E.D.H. elle n'est toutefois pas manifestement insuffisante). Même dans cette dernière affaire, où l'examen mené par la Cour est circonstancié, il apparaît particulièrement indulgent à l'égard du droit communautaire (en ce sens, C. Bories, « Un nouveau contrôle du droit communautaire par la C.E.D.H. », *RMCUE*, 2009, p. 408-414).

question de l'imputation pourrait alors paraître secondaire. Elle conserve toutefois son importance dans la mesure où la Cour se déclare en principe incompétente *ratione personae* en l'absence d'intervention des autorités étatiques dans la situation à l'origine du différend[1575].

483. *ii. La pratique de l'O.R.D.* La situation peut sembler différente devant l'O.R.D. Ce dernier est régulièrement confronté à des comportements adoptés par des organes étatiques en application du droit communautaire ou dans des domaines de compétence communautaire, dont il doit dès lors déterminer s'ils sont imputables à l'Union ou à ses membres. Sa position sur ce point semble s'être progressivement affinée. Une première décision a en effet pu faire naître le doute. Contestant le reclassement tarifaire de matériels de réseau local, les Etats-Unis introduisirent une réclamation contre la C.E., ce reclassement trouvant son origine dans un règlement communautaire, mais aussi contre le Royaume-Uni et l'Irlande, qui avaient procédé au reclassement en application dudit règlement. Bien que les Etats-Unis lui aient demandé de « préciser lesquelles de ces parties étaient responsables à leur égard », le groupe spécial s'y refusa en considérant qu'« étant donné que les Communautés européennes, l'Irlande et le Royaume-Uni sont tous liés par leurs engagements tarifaires », son examen pouvait se concentrer « sur la question de savoir si des autorités douanières des Communautés européennes, notamment celles de l'Irlande et du Royaume-Uni, ont ou non contrevenu aux obligations contractées en vertu de cette liste »[1576]. Bien qu'il se soit gardé de l'affirmer, le groupe spécial parut ainsi assimiler les organes des Etats membres à des organes de la Communauté[1577]. Les décisions subséquentes confirment cette interprétation. Un autre groupe spécial a ainsi considéré que « les autorités des Etats membres (…) agissent en qualité d'organes des Communautés européennes lorsqu'elles révisent et rectifient les mesures administratives

[1575] La question pouvait paraître délicate dans l'affaire *CPNK c. Pays-Bas*, la requérante mettant en cause la conventionalité de la procédure suivie devant la C.J.C.E. La Cour s'est néanmoins jugée compétente car « *the applicant's complaint is based on an intervention of the ECJ actively sought by a domestic court in proceedings pending before it. It cannot therefore be found that the respondent Party is in no way involved* » (req. n° 13645/05, recevabilité, 20 janvier 2009). Pour des cas dans lesquels la Cour s'est déclarée incompétente *ratione personae* car aucune autorité étatique n'était intervenue dans les procédures contestées, qui s'étaient intégralement déroulées dans l'ordre juridique d'organisations internationales (Eurocontrol et l'U.E.), v. *Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe*, req. n° 73250/01, recevabilité, 9 septembre 2008 ; *Connolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 73274/01, recevabilité, 9 décembre 2008 ; *Etablissements Biret et Cie et Société Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 13762/04, recevabilité, 9 décembre 2008, § 1. La Cour semble toutefois admettre que le seul transfert de compétence puisse suffire à engager la responsabilité des Etats membres lorsque les requérants l'invoquent (sur ce point, v. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2).

[1576] *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS52/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, rapport du groupe spécial, 5 février 1998, § 8.16.

[1577] En ce sens, H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 199-203.

prises conformément à la législation douanière des C.E. »[1578], si bien que les procédures nationales peuvent être considérées comme constituant le mécanisme communautaire de révision des mesures administratives se rapportant aux questions douanières requis par l'article X:3 b) du GATT[1579] et que les avantages consentis par les autorités nationales aux ressortissants des C.E. en application d'un règlement communautaire sont assimilés à des avantages consentis par les C.E. à leurs ressortissants et non comme des avantages consentis par les Etats membres des C.E. aux ressortissants d'autres pays[1580]. Un groupe spécial a également rappelé, endossant ainsi cette conclusion, que « les Communautés européennes n'ont jamais contesté qu'aux fins du présent différend les mesures des Etats membres contestées leurs étaient imputables en droit international et pouvaient donc être considérées comme des mesures des C.E. »[1581], de sorte que leur responsabilité pourrait être engagée du fait des mesures de sauvegardes prises par les Etats membres. L'O.R.D. tend donc à assimiler les organes des Etats membres de la Communauté à des organes communautaires lorsqu'ils appliquent le droit communautaire ou agissent dans un domaine de compétence communautaire[1582].

484. L'opposition entre ces deux jurisprudences a été régulièrement soulignée. Le rapporteur spécial sur la responsabilité des organisations internationales s'est d'ailleurs interrogé, à l'invitation de l'Union, sur la possibilité de voir dans la position de l'O.R.D. une *lex specialis* en matière d'attribution[1583]. Plusieurs éléments permettent pourtant de réduire cette apparente fracture.

Le premier tient à la compétence *ratione personae* de chacun de ces organes. En s'estimant compétente quand bien même l'organe de l'Etat se serait contenté de mettre en œuvre les décisions d'une organisation internationale, la C.E.D.H., qui ne peut pour l'heure connaître des réclamations dirigées contre une telle organisation[1584], évite que la

[1578] *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, rapport du groupe spécial, 16 juin 2006, § 7.556, v. aussi § 7.553.
[1579] *Ibid.* Faisant référence à l'article 4 C.D.I. en note, le groupe spécial semble ici assimiler la situation des CE à celle d'un Etat fédéral.
[1580] *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, WT/DS174/R, rapport du 15 mars 2005, § 7.725.
[1581] *Communautés européennes – Mesures touchant à l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, rapport du groupe spécial, 29 septembre 2006, § 7.101.
[1582] En ce sens, H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 198-208.
[1583] G. Gaja, « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », doc. A/CN.4/610 (2009), § 31-33, p. 13-15.
[1584] Cette situation est susceptible d'évoluer, l'adhésion de l'Union à la C.E.D.H. étant envisagée tant à l'article 17 du protocole n° 14 à la C.E.D.H. qu'à l'article 6 du traité de l'Union européenne dans sa rédaction issue de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Sur le processus d'adhésion, v. O. de Schutter, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH*, 2010, p. 535-571 ; sur les conséquences d'une éventuelle adhésion,

construction communautaire fasse apparaître une faille dans le système européen de protection des droits de l'homme. L'O.R.D. n'est quant à lui pas confronté au même type d'impératifs dès lors que l'Union est partie aux accords O.M.C. et que sa responsabilité peut donc être recherchée devant lui[1585]. Une analyse comparée des solutions retenues dans d'autres cas confirme d'ailleurs le caractère déterminant du statut de l'U.E. au sein de l'O.M.C. dans les constatations de l'O.R.D. Ainsi a-t-il rejeté l'argument de la Turquie selon lequel les restrictions quantitatives à l'importation de produits textiles qu'elle avait mises en œuvre seraient imputables à l'Union douanière Turquie/Communautés européennes en soulignant que cette dernière était dépourvue de la personnalité juridique dans le cadre de l'O.M.C.[1586].

Ce premier élément permet d'éclairer le second. Il tient à la qualité des défendeurs. Les actions ayant donné lieu aux décisions précitées étaient dirigées contre des Etats devant la C.E.D.H., contre la Communauté devant l'O.R.D. Dès lors, en affirmant que le comportement en cause demeure attribuable aux Etats, la C.E.D.H. ne se prononce pas sur le point de savoir s'il pourrait également être rapporté à l'Union si elle devait devenir partie à la Convention, non plus que sur l'existence d'une éventuelle responsabilité de cette organisation sur un autre fondement. Symétriquement, en considérant que le comportement en cause peut être rapporté à la C.E., l'O.R.D. ne se prononce pas sur le point de savoir s'il cesse d'être attribuable aux Etats membres. Il prend d'ailleurs soin de préciser, lorsqu'il affirme que le comportement des autorités des Etats membres est imputable aux Communautés, que les demandeurs n'ont dirigé leur plainte que contre celles-ci et non contre ceux-là[1587].

485. Ces pratiques ne sont donc pas totalement inconciliables sur le plan des principes. Il ne semble d'abord pas théoriquement exclu que l'O.R.D. engage la responsabilité des Etats membres pour les comportements adoptés par leurs organes en application du droit communautaire, quand bien même, en pratique, la responsabilité tend à être canalisée vers l'U.E. dans le cadre de l'O.M.C. Il semble ensuite envisageable que la C.E.D.H. engage la responsabilité de l'U.E. pour le comportement de ses Etats membres si

---

v. J. Malenovski, « L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg », *RGDIP*, 2009, p. 754-784.

[1585] H. Lesaffre souligne ainsi qu'« il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle un Etat cherche à se dérober à sa responsabilité, mais où la Communauté entend assumer cette entière responsabilité » (*Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 205).

[1586] *Turquie - Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, rapport du groupe spécial, 31 mai 1999, WT/DS34/R, § 9.40, n. 272.

[1587] *Communautés européennes – Mesures touchant à l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, rapport du groupe spécial, 29 septembre 2006, § 7.101 ; *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, rapport du groupe spécial, 16 juin 2006, § 7.553.

la première devait devenir partie à la Convention. Cela ne passerait pas nécessairement par une remise en cause des solutions qu'elle a dégagées en matière d'imputation. Tout en demeurant attribuables aux Etats membres dont les organes agissent, les comportements en cause pourraient engager la responsabilité de l'Union en ce qu'ils sont accomplis pour son compte. Il s'agirait alors d'une responsabilité du fait d'autrui, fondée sur un rapport de représentation[1588]. Une telle solution serait d'ailleurs compatible avec le projet consacré à la responsabilité des organisations internationales, dont l'article 16 prévoit qu'« une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un Etat ou une organisation internationale membres à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle »[1589]. Il serait alors loisible à la Cour de remonter jusqu'à l'origine de la violation suivant un raisonnement causal pour engager la responsabilité de l'Union ou du membre impliqué selon que la violation résultant du comportement étatique trouve son origine dans le souci de l'Etat de respecter le droit communautaire ou dans la marge de manœuvre dont il dispose pour son application.

*

* *

486. Le droit international de la responsabilité écarte donc l'imputation à l'Etat des comportements accomplis par les individus que sont ses organes lorsqu'ils n'agissent pas en cette qualité. On pourrait en déduire qu'il ne fait qu'enregistrer une réalité qui lui est extérieure. Toutefois plusieurs éléments indiquent qu'il joue un rôle actif dans l'identification desdits comportements.

487. C'est d'abord le cas lorsqu'il s'agit d'identifier les comportements accomplis à titre privé. Si la distinction entre actes accomplis en qualité d'organe et actes accomplis à titre privé est en principe claire, sa mise en œuvre pratique n'est pas chose aisée. Cette difficulté peut d'abord permettre à l'interprète d'user de la marge d'appréciation dont il dispose en fonction des fins qu'il poursuit, de sorte que la notion d'acte de la fonction peut revêtir un sens différent en droit de la responsabilité et en droit des immunités. Cela peut ensuite conduire le législateur international à renoncer à la distinction pour affirmer que

[1588] En ce sens également, J. J. Caicedo, qui s'appuie sur la théorie du mandat constitutionnel pour parvenir à semblable conclusion (*La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et les Etats membres*, *op. cit.*, p. 256-261).
[1589] Article 16 du projet sur la responsabilité des organisations internationales, *op. cit.*, p. 90 s.

l'Etat est responsable de tous les comportements de ses organes, qu'ils aient agi dans l'exercice de leurs fonctions ou à titre privé (forces armées en campagne).

488. Le rôle actif du droit international est plus net encore lorsque l'organe de l'Etat agit pour le compte d'autrui. En pareil cas, le droit de la responsabilité opère un arbitrage entre des liens multiples, les uns organiques, les autres fonctionnels. Il privilégie alors le plus souvent les premiers par rapport aux seconds, essentiellement afin de préserver la personnalité internationale des sujets impliqués. Le fait que ses organes agissent pour le compte d'un autre Etat ou d'une organisation internationale peut certes avoir une influence sur la responsabilité de l'Etat pour ces comportements, mais ils n'en restent pas moins ses comportements. Ce constat n'épuise en effet pas la question de la responsabilité. Plusieurs éléments peuvent entraîner des déplacements dans l'identification du responsable : les uns peuvent conduire à l'engagement de la responsabilité du sujet pour le compte duquel le comportement a été adopté[1590], les autres à l'exclusion de la responsabilité du sujet auquel le comportement en cause est imputable[1591].

489. Le rôle du droit international apparaît également dans les cas où il s'agit d'identifier les comportements étatiques accomplis par des entités non étatiques.

[1590] Tels que l'identification d'un rapport de représentation ou l'existence d'un contrôle. En ce sens, L. Condorelli, C. Kress, « The rules of attribution : general considerations », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, p. 221-236, sp. p. 222.
[1591] Tels que l'application des règles d'interprétation systémique ou de conflit de normes.

Titre 2. Les faits des entités non étatiques

490. Même si l'examen des organes étatiques a permis d'identifier la majeure partie des faits de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, il est encore possible que certains comportements d'entités non étatiques lui soient rapportés. Il s'agit là de personnes et entités qui, si elles peuvent agir dans certains cas pour le compte de l'Etat, ne s'intègrent pas à son organisation, ne font pas partie de son appareil, même largement entendu. La différence est fondamentale car, tandis que l'ensemble des comportements des organes est présumé accompli pour le compte de l'Etat, il faut ici établir un lien entre ce dernier et le comportement spécifiquement en cause, ou au moins l'opération dans le cadre de laquelle il s'inscrit, pour le lui rapporter[1592]. L'imputation cesse alors, et alors seulement, d'être affaire de personnes pour devenir « affaire d'activités »[1593]. Les personnes et entités en cause peuvent tout au plus être considérées comme des agents de l'Etat, cette expression mettant l'accent sur le comportement accompli davantage que sur le statut de celui qui l'adopte[1594].

491. Les liens qui justifient de rapporter à l'Etat certains comportements émanant d'entités non étatiques sont variés. Deux présentations sont envisageables. L'une consiste à distinguer selon que l'imputation du comportement à l'Etat repose sur des éléments formels (de droit interne) ou factuels. L'autre à différencier selon qu'elle résulte de la nature ou de la destination du comportement en cause. La Commission du droit international semble avoir oscillé entre ces deux présentations. La position de J. Crawford montre l'ambiguïté de ses travaux. Le rapporteur spécial a ainsi hésité à l'heure de présenter la distinction entre les comportements relevant de l'article 5 et ceux relevant de l'article 8, indiquant tantôt qu'elle tenait au fait que c'était ici la destination du comportement, là sa nature qui fondait l'attribution[1595], tantôt qu'elle reposait sur le fait que c'était ici un lien factuel, là un lien formel qui en était à l'origine[1596]. La question

[1592] Soulignant ce point, v. M. Milanovic, « State responsibility for acts of non-State actors : a comment on Griebl and Plücken », *LJIL*, 2009, p. 307-324, sp. 314. V. aussi, dans un autre contexte, C. Finkelstein, « Changing notions of State agency in international law : the case of Paul Touvier », *Texas international law journal*, 1995, p. 261-284.

[1593] M. Forteau, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, p. 737-768, sp. p. 756.

[1594] Sur cette distinction, v. *supra* Partie 1, Introduction.

[1595] Le rapporteur spécial considérait ainsi que l'article 7 adopté en première lecture se distinguait de l'article 8 car, s'agissant des personnes qui agissent pour le compte de l'Etat, « il est sans importance de savoir si leur comportement implique une activité 'publique' ou non » (« Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 195, p. 43).

[1596] 2555e séance, § 35, p. 261 : « dans le paragraphe 2 de l'article 7 [futur article 5], le renvoi au droit interne doit être maintenu en raison du caractère exceptionnel signalé plus haut des situations visées, et toutes les situations où l'entité non étatique n'est pas habilitée par le droit interne relèvent alors de l'article 8 ».

pourrait sembler théorique, voire anecdotique. Elle l'est si on considère que le texte de la Commission doit être lu comme un tout. Elle cesse en revanche de l'être si on isole chacune de ces dispositions. La formulation finalement retenue par la Commission conduisant à insister sur la différence nature/destination, elle sera également adoptée ici. Mais, répétons le, cela ne doit pas conduire à isoler totalement chacun de ces processus.

Chapitre 1. Les faits étatiques par nature

492. Si l'Etat peut se diffracter, en agissant sous des formes et dans des domaines sans cesse diversifiés, il peut également se rétracter, en confiant ou en abandonnant à des personnes nettement privées des fonctions qu'il assumait ou des pouvoirs qu'il exerçait auparavant directement. Le phénomène a été régulièrement souligné[1597]. Il touche des secteurs de plus en plus larges. Après avoir confié des fonctions à des opérateurs privés dans les domaines de la santé[1598], de la protection sociale[1599], de la régulation ou du développement économique[1600], les Etats y recourent de plus en plus régulièrement pour l'administration de prisons[1601] ou dans le cadre de missions de sécurité[1602]. Le dernier avatar de ce phénomène de privatisation concerne la guerre elle-même, les Etats recourant de manière accrue à ce qu'il est désormais convenu d'appeler des entreprises militaires et de sécurité privées (E.M.S.P.) dans le cadre des conflits armés, pour remplir des fonctions ayant trait non seulement au ravitaillement et à la logistique mais encore à la sécurité des biens et des personnes, à la surveillance et à l'interrogatoire de prisonniers et même, dans certains cas, au combat[1603].

[1597] Voir notamment, de manière générale, J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris LGDJ, 3e édition, 2008 ; *Public values in an era of privatization*, numéro spécial de la *Harvard law review*, 2003, n° 116 ; de manière plus particulière, M. Sassoli, « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions », *in* O. Delas, C. Deblock, *Le bien commun comme réponse à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 303-325 ; H. Ascensio, « L'entreprise dans la société internationale – Rapport introductif », *in* H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2009, p. 13-41, sp. p. 20-24.

[1598] Pour une illustration, v. Royaume-Uni, *House of Lords*, *YL v. Birmingham city council*, 20 juin 2007, [2007] UKHL 27, considérant qu'une maison de repos privée n'exerce pas de fonction publique au sens du *Human rights act* quand bien même elle accueillerait une patiente atteinte de la maladie d'Alzheimer en vertu d'un accord passé avec le conseil municipal auquel la loi impose de prévoir l'accueil de ces malades (v. note A. Williams, *European human rights law review*, 2008, p. 524-531).

[1599] Pour une illustration, v. C.D.H, *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292, sp. § 6.5. Cette affaire est étudiée *infra*.

[1600] Pour une illustration, v. Etats-Unis, Cour d'appel du 9e circuit, *EIE Guam Corp. v. Long Term Credit Bank of Japan, Ltd*, 27 janvier 2003, 322 F.3d 635, reconnaissant qu'une banque ayant vocation à assurer le développement économique au Japon peut bénéficier de l'immunité reconnue à cet Etat en vertu du *Foreign sovereign immunity act*.

[1601] Pour une illustration, v. Etats-Unis, Cour suprême, *Richardson v. McKnight*, 23 juin 1997, 521 US 399, discutant et écartant le caractère gouvernemental des fonctions de gardien de prison afin d'exclure du bénéficie de l'immunité reconnue dans l'ordre interne aux fonctionnaires des Etats-Unis les gardiens de prison privés.

[1602] Pour une illustration, v. Etats-Unis, Cour d'appel du 4e circuit, *Butters v. Vance international Inc.*, 11 septembre 2000, 225 F.3d 462, reconnaissant qu'une entreprise de sécurité peut bénéficier de l'immunité reconnue à l'Arabie Saoudite en vertu du *Foreign sovereign immunity act* dans le cadre de la mission de protection de la famille royale saoudienne qu'elle assure.

[1603] Si ce phénomène n'a pour l'heure donné lieu à aucune pratique judiciaire, les Etats (Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés, 17 septembre 2008) et la doctrine de droit international s'en sont saisi. V. notamment K. Nieminen, « The rules of attribution and the private military contractors at Abu Ghraib : private acts or public wrongs ? », *FYIL*, 2004, vol. 15, p. 289-

493. Ajouté à celui de la diffraction de l'Etat, ce phénomène de rétractation et la situation qui en résulte sont à l'origine de difficultés dans l'ordre international. Bien que le droit international soit en principe indifférent à l'organisation interne des Etats, le phénomène de la privatisation lui-même a pu poser problème. La question des limites à la délégation des fonctions traditionnellement considérées comme étatiques a pu se poser, notamment au regard du droit international des droits de l'homme[1604]. Mais c'est surtout la situation qui en résulte qui est à l'origine de difficultés. Le droit des immunités en tient compte en étendant le bénéficie des immunités de l'Etat, non seulement aux « établissements ou organismes d'État » mais à toutes les entités qui « sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'État »[1605].

494. Du point de vue du droit de la responsabilité, de la même manière que la diffraction de l'Etat n'empêche pas de considérer comme ses organes l'ensemble de ses démembrements fonctionnels, sa rétractation n'exclut pas de considérer comme étatiques les comportements accomplis par des entités qui ne sont pas des organes dans l'exercice de fonctions ou de pouvoirs considérés comme étatiques. En effet, si la nature étatique ou publique des fonctions ou des pouvoirs confiés à une entité peut constituer un indice de sa qualité d'organe au sens du droit international de la responsabilité[1606], il se peut également qu'une entité adopte des comportements dans l'exercice de tels fonctions ou pouvoirs sans pour autant être intégrée à l'appareil étatique, même largement entendu. De tels comportements sont également considérés comme étatiques aux fins de la responsabilité. Mais tandis que dans le premier cas, la nature des fonctions et pouvoirs confiés à l'entité

---

319 ; M. Spinedi, « *Private contractors* : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite de personnes privées ? », *International law FORUM du droit international*, 2005, vol. 7, n° 4, p. 273-280 ; « La responsabilità dello Stato per comportamenti di *Private* contractors », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo, (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 67-103 ; M.-L. Tougas, « La responsabilité internationale d'Etat pour le fait d'entreprises militaires privées », *Annuaire canadien de droit international*, 2007, p. 97-130 ; C. Hoppe, « Passing the buck : State responsibility for private military companies », *EJIL*, 2008, vol. 19, p. 989-1014; O. Jones, « Implausible deniability : State responsibility for the actions of private military firms », *Connecticut journal of international law*, 2009, p. 239-287 ; L. Balmond, « Observations sur le document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées », *RGDIP*, 2009, p. 113-124 ; F. Parodi, « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, 2010, p. 501-534.

[1604] Le Comité des droits de l'homme a ainsi pu se demander « avec préoccupation si la privatisation, dans un domaine où il incombe à l'État de protéger les droits des personnes qu'il a privées de leur liberté, satisfait effectivement aux obligations contractées par l'État partie en vertu du Pacte et à son obligation de répondre lui-même de toute violation » (*Observations finales du Comité des droits de l'homme sur le rapport présenté par la Nouvelle-Zélande en application de l'article 40*, CCPR/CO/75/NZL, § 13).

[1605] Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, article 2, al. 1, b) iii. Sur ce point, v. M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 116-142. V. aussi, s'agissant de la pratique américaine, A. Hing Wen, « Suing the sovereing's servant : the implication of privatisation for the scope of foreign sovereign immunities », *Columbia law review*, 2003, p. 1538-1587

[1606] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

indique, combinée à d'autres indices, qu'elle fait partie de la structure étatique de sorte que l'ensemble de ses comportements doit être rapporté à l'Etat, dans le second seuls certains des comportements qu'elle accomplit peuvent l'être. Dans le premier cas, l'approche est organique, dans le second, elle est matérielle[1607]. Il existe ainsi, à côté des organes de l'Etat au sens du droit international, des entités qui restent étrangères à l'appareil étatique mais dont certains comportements sont rapportés à l'Etat en raison de leur nature. Si le principe est largement admis (section 1), la difficulté tient à l'identification des faits qui peuvent être considérés comme étatiques en raison de leur nature (section 2).

Section 1. L'existence de faits étatiques par nature

495. Les travaux de la Commission du droit international comme la pratique judiciaire indiquent que la nature d'un comportement peut jouer un rôle décisif aux fins de son imputation à l'Etat (§ 1). Toutefois, si ce rôle peut être décisif, il est rare qu'il soit exclusif (§ 2).

§ 1. Le rôle parfois décisif de la nature d'un fait

496. La nature d'un fait peut jouer un rôle décisif aux fins de son imputation à l'Etat dans plusieurs situations. C'est tout d'abord le cas dans les hypothèses, fréquentes, où l'Etat admet que certaines fonctions ou pouvoirs qu'il assume ou assumait ordinairement soient exercées par des entités qui demeurent étrangères à son appareil (A). Ça l'est également dans les circonstances, plus rares, où la disparition ou la défaillance de cet appareil conduit des personnes privées à se substituer à lui (B).

A. L'habilitation

497. Tout en retenant une définition large de la notion d'organe, la Commission du droit international a maintenu dans son texte de codification définitif un article 5 consacré aux entités qui, sans être des organes au sens de l'article 4, sont néanmoins habilitées à

[1607] Constatant un phénomène analogue dans l'ordre communautaire, v. C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 310-311.

l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cette disposition entend codifier la règle applicable aux situations que l'on pourrait qualifier dans l'ordre interne de « délégations » des pouvoirs ou fonctions d'un sujet – l'Etat – vers un autre – personne privée[1608]. Même si la notion ne peut à proprement parler être employée dans l'ordre international pour désigner ces situations car seule l'une des deux entités en cause est considérée comme sujet de droit au sein de cet ordre, l'idée selon laquelle la figure interne de la délégation ne fait pas disparaître la responsabilité de l'Etat dans l'ordre international a toujours été défendue au cours des travaux de la Commission même si ses contours précis et sa formulation ont fait l'objet d'évolutions au cours des ans (1). Malgré les ambiguïtés de la formulation finalement retenue, l'article 5 traduit ainsi une pratique tendant à attribuer à l'Etat certains comportements en tenant moins compte du statut de l'entité qui les a adoptés que de leur nature (2).

1. Les travaux de la Commission du droit international

498. Restreinte en première lecture aux entités dotées de ce statut dans l'ordre interne, la notion d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité a été élargie en seconde lecture. Elle ne va toutefois pas jusqu'à couvrir l'ensemble des entités susceptibles d'exercer des pouvoirs ou d'assumer des fonctions pour le compte de l'Etat. A côté de l'approche organique, la Commission a donc maintenu une approche fonctionnelle du fait de l'Etat, aussi bien en première (a) qu'en seconde (b) lecture.

a. Première lecture

499. S'appuyant pour bâtir ses propositions sur leur statut dans l'ordre interne, R. Ago avait identifié trois types d'entités dont l'ensemble des comportements devait être rapporté à l'Etat : les organes de l'Etat au sens du droit interne d'une part, ceux des collectivités territoriales et des institutions publiques d'autre part[1609]. Quand bien même il estimait que la nature des fonctions qu'elles exercent devait jouer un rôle majeur dans l'identification de ces dernières entités, le rapporteur spécial les abordait sous un angle

[1608] Le terme fut employé par I. Brownlie lors des débats à la Commission (2553e séance, § 15, p. 246). Il apparaît également dans la jurisprudence de la Cour européenne et du Comité des droits de l'homme, examinées *infra*.
[1609] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 163, p. 268.

organique, en considérant que, comme ceux des organes de l'Etat au sens du droit interne, l'ensemble de leurs comportements devait être considéré comme étatique[1610]. Le rapporteur spécial n'en complétait pas moins son analyse en développant dans son projet d'article 8 une approche fonctionnelle pour traiter des personnes qui sont « en fait amené[es] à exercer une fonction qui, normalement, devrait être remplie par un organe de l'administration de l'Etat »[1611]. Il entendait ainsi couvrir, d'une part, le cas de particuliers exerçant des fonctions étatiques en situation d'absence ou de carence des organes officiels[1612], d'autre part, celui de particuliers qui se voient confier par les pouvoirs publics, de manière officielle[1613] ou informelle[1614], « l'exercice d'un service ou l'accomplissement d'une tâche déterminée »[1615]. L'attention ne devait plus alors être centrée sur le « rattachement formel à l'organisation étatique de la personne ayant adopté les comportements en question » mais sur « le caractère public de la fonction ou de la mission dans l'exercice de laquelle l'action ou omission contraire au droit international a été commise »[1616]. L'approche devenait alors nettement fonctionnelle car le rapporteur spécial précisait, qu'à la différence des institutions publiques, ces personnes et entités n'agissent que ponctuellement ou occasionnellement pour le compte de l'Etat, si bien que seuls les comportements qu'elles accomplissent dans l'exercice de fonctions publiques devraient lui être rapportés[1617].

500. Les débats menés en première lecture conduisirent à des glissements par rapport au projet de R. Ago, sans pour autant remettre en cause la nécessité d'une approche fonctionnelle. Confrontée à la difficulté d'identifier les institutions publiques, la Commission y renonça, pour appréhender les entités qui, quel que soit leur statut dans l'ordre interne, sont habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique[1618]. Cette habilitation pouvant être plus ou moins large, la Commission précisait que seuls les comportements ayant « trait à un secteur d'activité à l'égard duquel l'entité en question est

[1610] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 164-170, p. 268-270. Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.
[1611] *Ibid.*, § 187, p. 277.
[1612] *Ibid.*, § 189, p. 278. Sur ce point, v. *infra*, § 2.
[1613] R. Ago fournissait une liste d'exemples à l'appui de sa proposition, citant les cas dans lesquels « une entreprise privée est chargée, par exemple, d'assurer un service d'intérêt public dans le domaine des transports, des communications postales ou autres ; des associations non officielles, ou encore des groupes de simples particuliers, sont utilisés en tant qu'auxiliaires des formations sanitaires officielles, des forces de police, des corps armés » (*ibid.*, § 190, p. 278).
[1614] R. Ago poursuivait sa liste d'exemples, mentionnant les hypothèses où « des particuliers sont secrètement préposés à l'accomplissement de missions ou de besognes déterminées dont les organes de l'Etat estiment préférable de ne pas charger directement de vrais agents de l'Etat » (*ibid.*). Sur ce point, v. *infra*, chapitre 2.
[1615] *Ibid.*, § 190, p. 278.
[1616] *Ibid.*, § 191, p. 279.
[1617] *Ibid.*, § 191, p. 279 et § 195, p. 281.
[1618] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 19, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 293. Sur ce glissement, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

chargée de l'exercice [de prérogatives de puissance publique] » pouvaient être considérés comme des faits de l'Etat[1619]. Par ailleurs, plusieurs de ses membres ayant insisté sur la proximité entre les projets d'articles 7 et 8, la Commission affirma qu'ils devaient être distingués selon la nature du lien, formel ou informel, qui unit le comportement en cause à l'Etat[1620]. Ce glissement eut des répercussions sur l'appréhension des cas dans lesquels des personnes privées accomplissent certaines tâches pour le compte de l'Etat, notamment sur la base d'un contrat. L'article 8 proposé par le rapporteur spécial entendait couvrir ce type de situations, mais en centrant l'analyse sur les rapports factuels, les débats ont semblé les écarter. Elles auraient alors pu être couvertes par l'article 7. Mais cela n'a pas été envisagé et la formulation finalement retenue est peu favorable à pareille interprétation. La possibilité d'imputer à l'Etat les comportements accomplis sur la base de tels contrats semble ainsi s'être dissoute dans le processus de codification alors même que le rapporteur spécial entendait la consacrer et qu'elle n'a fait l'objet d'aucune discussion[1621].

501. Quoi qu'il en soit, les débats n'ont pas remis en cause l'approche matérielle, l'élargissant au contraire pour l'appliquer à des entités dont R. Ago considérait que leurs comportements devaient être rapportés à l'Etat sur une base statutaire.

b. Seconde lecture

502. Bien que la notion d'organe ait été élargie en seconde lecture sous l'impulsion de J. Crawford[1622], la C.D.I. n'a pas pour autant abandonné l'approche fonctionnelle.

503. Alors que la conception large qu'il a retenue de la notion d'organe aurait pu le conduire à remettre en cause l'article 7 adopté en première lecture[1623], le rapporteur spécial a en effet jugé nécessaire d'en maintenir le paragraphe 2 afin de saisir le phénomène croissant « des entités 'parastatales' remplissant des fonctions publiques » sans pour autant pouvoir être considérées comme des organes de l'Etat[1624]. Même s'il pouvait paraître délicat d'opérer la césure entre ces deux types d'entités dans les cas-limites, J. Crawford n'en considérait pas moins qu'il existait « une différence cruciale » entre les régimes

[1619] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 18, *op. cit.*, p. 293.
[1620] Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 1 et 2, *op. cit.*, p. 294.
[1621] Il nous semble alors qu'il s'agisse là d'une omission de la Commission. V. *infra*, Section 2, § 2.
[1622] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[1623] Ainsi que le remarqua en particulier A. Pellet en considérant que « si on fait abstraction de l'organisation interne de l'Etat telle que chaque Etat la définit dans sa liberté souveraine, l'article 7 devient pratiquement inutile. C'est bien parce que l'Etat est organisé de telle ou telle manière et qu'il répartit la puissance publique entre lui-même en tant que personne juridique et d'autres entités à qui il confère la personnalité juridique en fonction de son droit interne que l'article 7 est nécessaire » (2555e séance, § 7, p. 258).
[1624] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 189, p. 42.

d'attribution applicables à chacune d'elles[1625]. Tandis que l'ensemble des comportements des personnes et entités susceptibles d'être qualifiées d'organes est imputable à l'Etat dès lors qu'elles agissent en cette qualité, seuls les comportements accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par les personnes et entités qui ne sont pas des organes doivent lui être rapportés[1626]. J. Crawford estimait donc nécessaire de compléter l'approche organique large qu'il défendait par une approche fonctionnelle pour couvrir les cas dans lesquels une entité est habilitée à l'exercice de fonctions ou de pouvoirs étatiques sans pour autant pouvoir être qualifiée d'organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité.

504. S'ils discutèrent longuement la conception de la notion d'organe retenue par le rapporteur spécial[1627], aucun membre de la Commission ne remit en cause l'approche fonctionnelle complémentaire qu'il proposait. L'article 5 du texte adopté en seconde lecture confirme donc que « le comportement d'une personne ou d'une entité (…) qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international »[1628]. L'approche est nettement fonctionnelle. Le commentaire précise en effet, d'abord, que le statut de l'entité dans l'ordre interne ou le contrôle que les organes de l'Etat au sens du droit interne exercent sur elles sont indifférents aux fins d'attribution de son comportement dans l'ordre international[1629]. Il indique, ensuite, que ce qui fonde[1630] et limite[1631] l'attribution des comportements d'une telle entité à l'Etat est le fait qu'elle ait été autorisée par le droit interne à exercer des prérogatives de la puissance publique.

505. La C.D.I. a donc considéré tout au long de ses travaux que certains comportements devaient être rapportés à l'Etat indépendamment du statut des personnes qui les ont accomplis car ils l'ont été dans l'exercice de fonctions ou de pouvoirs étatiques ou publics. Elle a ainsi dégagé un fondement spécifique d'imputation. Ce fondement est en effet distinct du fondement organique, dans la mesure où les comportements des organes de l'Etat lui sont imputés dès lors qu'ils ont agi en cette qualité, tandis que seuls les

[1625] Intervention de J. Crawford lors de la 2555e séance, § 12, p. 258.
[1626] Projet d'article 7 proposé en seconde lecture, *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 284, note 3, p. 60 et les interventions de J. Crawford lors de la 2555e séance, § 12, p. 258-259, § 26, p. 260 et § 33, p. 261 : « L'attribution du comportement à l'Etat est la règle lorsqu'il s'agit des organes de l'Etat mais l'exception dans le cas des entités qui ne font pas partie de la structure même de celui-ci ».
[1627] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.
[1628] *Op. cit.*, p. 44.
[1629] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 3, *op. cit.*, p. 45.
[1630] *Ibid*.
[1631] *Ibid.*, § 5.

comportements accomplis par les entités en cause dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs étatiques peuvent lui être rapportés. Il se distingue également des cas dans lesquels des particuliers ont agi, en fait, pour le compte de l'Etat, d'une part dans la mesure où il n'est pas nécessaire d'identifier des directives, des instructions ou un contrôle de l'Etat sur un comportement pour le lui imputer sur une base fonctionnelle, d'autre part parce qu'il importe peu qu'un comportement ait été accompli dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs étatiques pour qu'il soit considéré comme accompli pour le compte de l'Etat. Si ces fondements sont distincts, ils n'en sont pas moins contigus. C'est ainsi d'abord que l'extension de la catégorie des organes de l'Etat conduit à un rétrécissement corrélatif, mais pas à une disparition, de celle des entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique. C'est ainsi ensuite qu'un pouvoir, et plus encore une fonction, ne peuvent le plus souvent être considérés comme étatiques que parce qu'ils ont été confiés à une entité par des organes de l'Etat. La pratique judiciaire confirme aussi bien l'existence que l'autonomie relative de ce fondement.

2. La pratique judiciaire

506. Les juridictions étudiées tiennent régulièrement compte du domaine dans lequel un comportement a été accompli pour le rapporter à l'Etat. La Cour internationale de Justice n'a guère été appelée à le faire. En revanche, les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme (a) ou dans le domaine économique (b) retiennent régulièrement une telle approche.

a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

507. Si la pratique des organes interaméricains est inexistante sur ce point, la Cour européenne comme le Comité des droits de l'homme rapportent régulièrement des comportements à l'Etat en raison du domaine d'activité dans lequel ils ont été adoptés.

508. Confrontée aux comportements d'entités dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat en droit interne, la C.E.D.H. les a parfois assimilées à des organes[1632]. Dans

[1632] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

d'autres cas, elle a renoncé à déterminer si leurs comportements étaient imputables à l'Etat pour constater que celui-ci avait, quoi qu'il en soit, manqué à l'obligation, positive, de faire en sorte qu'elles ne violent pas les droits garantis par la Convention[1633]. Entre ces deux approches, elle a également pu considérer que certains comportements devaient être imputés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis dans l'exercice de pouvoirs ou de fonctions qu'elle considère comme étatiques. Après que la Commission eut jugé qu'elle était compétente *ratione personae* pour connaître de comportements accomplis dans l'exercice de pouvoirs dévolus à une Eglise par l'Etat[1634], la Cour a ainsi affirmé, de manière générale, que l'Etat « ne saurait se soustraire à sa responsabilité *ratione personae* en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers »[1635]. Elle estime ainsi que certains comportements doivent être *imputés* à l'Etat suivant une *approche fonctionnelle*. Ces deux éléments doivent être précisés.

La Cour estime, d'abord, que les comportements en cause doivent être *imputés* à l'Etat. La Commission avait certes raisonné en l'affaire *Costello-Roberts* en termes d'obligations positives en considérant que le Royaume-Uni devait répondre du traitement infligé à un élève par le directeur d'une école privée parce que la Convention l'obligeait à se doter d'un système juridique protégeant l'intégrité physique et émotionnelle des enfants[1636]. Mais la Cour retint une autre approche en constatant que le Royaume-Uni devait répondre de ce comportement non parce qu'il est tenu de protéger l'intégrité des enfants mais car il avait été accompli dans le cadre de la fonction éducative, considérée comme étatique[1637]. Ainsi, même si dans certains cas il est délicat de discerner selon que la Cour raisonne en termes d'obligations positives ou d'imputation[1638], il arrive qu'elle ne mentionne les obligations de l'Etat que pour identifier des fonctions dont l'exercice par certaines entités fonde à lui seul l'imputation de leurs comportements[1639].

La Cour suit, ensuite, une *approche fonctionnelle* dans ces affaires. Il arrive ainsi, d'une part, qu'elle ne tienne guère compte du statut des entités en cause ou du contrôle que

---

[1633] Voir en particulier Com. E.D.H., *X. c. Pays-Bas*, req. n° 9322/81, recevabilité, 3 mai 1983, la Commission considérant que l'Etat « a l'obligation de veiller à ce que les règles adoptées même par une association privée, ne soient pas contraires aux dispositions de la Convention », de sorte qu'il peut être tenu responsable du règlement édicté par une association de football professionnel, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si elle exerce une fonction ou un pouvoir étatique.

[1634] Com. EDH, *X. c. RFA*, req. n° 8363/78, recevabilité, 12 mai 1980.

[1635] *Van der Mussele c. Belgique*, req. n° 8919/80, arrêt du 23 novembre 1983, § 29 ; *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993, § 27 ; *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 60 ; *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00, arrêt du 16 juin 2005, § 103 ; *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 54.

[1636] Com. E.D.H., *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, recevabilité, 13 décembre 1990.

[1637] *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993, § 27.

[1638] V. en particulier *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00, arrêt du 16 juin 2005, § 100-108, où l'idée de délégation est insérée dans un développement consacré à l'examen des obligations positives de l'Etat ; *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 54.

[1639] Sur l'identification des fonctions en cause, v. *infra*, Section 2, § 2, A.

les organes de l'Etat au sens du droit interne exercent sur elles[1640]. Elle prend parfois soin, d'autre part, de se concentrer sur le comportement spécifiquement en cause en relevant qu'il a été accompli dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs qu'elle considère comme étatiques[1641]. Cela n'exclut certes pas que des entités exerçant de tels pouvoirs ou fonctions puissent être assimilées à des organes de l'Etat[1642]. Mais cela indique que, quel que soit leur degré d'intégration au sein de l'appareil étatique, leurs comportements seront attribués à l'Etat lorsque, et dans la mesure où, ils ont été accomplis dans l'exercice de ses fonctions ou pouvoirs.

509. Comme la C.E.D.H., le Comité des droits de l'homme rapporte à l'Etat le comportement de certaines entités dotées d'une personnalité autonome dans l'ordre interne, tantôt en les considérant comme des organes au sens du droit international de la responsabilité[1643], tantôt en développant une approche fonctionnelle. Il retient alors une formule très proche de celle utilisée par la Cour en considérant que « l'État partie n'est pas dégagé de ses obligations en vertu du Pacte lorsque certaines de ses fonctions sont déléguées à d'autres organes autonomes »[1644] ou encore que « le fait de confier au secteur privé des activités essentielles de l'État [ne dégage] pas l'État partie des obligations qu'il a souscrites en vertu du Pacte »[1645].

510. Les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme développent donc, à côté de l'approche organique large qu'ils retiennent, une approche fonctionnelle complémentaire pour attribuer certains comportements à l'Etat.

[1640] *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 55, remarquant que la commission de liquidation dont le comportement est en cause échappe au contrôle des organes de l'Etat au sens du droit interne.

[1641] *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993, § 27, soulignant que le comportement en cause a été adopté « dans le domaine particulier de la discipline scolaire » ; *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 54, jugeant que la commission de liquidation dont le comportement est en cause avait en l'espèce exercé certains pouvoirs étatiques, si bien qu'il était inutile de déterminer si elle pouvait être qualifiée d'autorité publique.

[1642] V. en particulier l'affaire *Wos c. Pologne*, la Cour estimant au stade de la recevabilité que le comportement de la Fondation pour la réconciliation germano-polonaise doit être imputé à l'Etat polonais en particulier car elle exerce des pouvoirs ou fonctions qu'il lui a délégués (req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 60-74), avant de considérer, au fond, que quel que soit la nature des pouvoirs ou fonctions exercées par la Fondation, d'autres éléments, structurels, suffiraient pour considérer que ses comportements engagent la responsabilité de l'Etat (arrêt du 8 juin 2006, § 46-54).

[1643] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[1644] *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292, sp. § 6.5.

[1645] *Cabal et Pasini c. Australie*, com. n° 1020/2001, 7 août 2003, A/58/40, vol. 2, p. 334 s., sp. § 7.2, p. 345.

b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

511. Comme ceux qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme, les organes de contrôle qui opèrent dans le domaine économique s'appuient régulièrement sur la nature des comportements en cause pour les rapporter à l'Etat. C'est le cas du tribunal irano-américain des réclamations (i) comme des tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements (ii) ou de l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. (iii).

512. *i. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations.* Le Tribunal irano-américain des réclamations a régulièrement tenu compte de la nature des fonctions ou pouvoirs exercés par une entité pour déterminer si ses comportements étaient attribuables à l'Etat. Il a ainsi pu considérer certaines entités comme des organes de l'Etat en s'appuyant, à côté d'autres indices, sur les fonctions qu'elles exerçaient[1646]. Mais il a également retenu une approche fonctionnelle complémentaire du fait de l'Etat. Le Tribunal considérait en effet que le comportement d'une entité qui ne fait pas partie de la structure de l'Etat doit néanmoins lui être rapporté lorsqu'il a été adopté « *in the governemental capacity granted to it under internal law* »[1647] ou encore dans le cadre de « *governmental functions* »[1648].

513. *ii. La pratique des tribunaux arbitraux transnationaux.* Les tribunaux arbitraux transnationaux se concentrent régulièrement sur la nature du comportement qui est soumis à leur examen. Ils peuvent le faire pour limiter la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'entités susceptibles d'être qualifiées d'organes au sens du droit international. Deux types de raisonnements les y conduisent. Certains tribunaux examinent la nature du comportement spécifiquement en cause parce qu'ils considèrent que les obligations internationales souscrites par l'Etat dans le domaine des investissements ne pèsent sur lui qu'en tant qu'il exerce la puissance publique. D'autres le font parce qu'ils restreignent la catégorie des organes de l'Etat aux entités dotées de ce statut en droit interne, considérant dès lors que seuls les comportements accomplis dans l'exercice de la puissance publique par les entités dotées d'une personnalité distincte dans l'ordre interne,

[1646] *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., p. 96. Sur ce point, v. *supra*.
[1647] *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 14 août 1991, *IUSCTR*, vol. 27, p. 64 s., sp. p. 96 : attribution à l'Etat du comportement de l'*Oil Services of Iran*, successeur de la *NIOC*.
[1648] *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 239.

qu'ils qualifient pourtant d'étatiques en combinant indices structurels et fonctionnels, peuvent lui être attribués. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'approche est, quoi qu'en disent les arbitres, organique au stade de l'imputation[1649]. Elle ne devient fonctionnelle que dans un second temps et quelle que soit la qualification retenue.

Ceci étant, la pratique des tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements demeure pertinente lorsqu'on cherche à déterminer s'il est envisageable que des comportements soient imputés à l'Etat non en raison de la situation de l'entité qui les a adoptés mais en raison de leur nature. D'abord parce qu'il arrive que ces tribunaux reviennent à une conception plus classique de la notion d'entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Faisant alors fi de toute considération organique, ils estiment d'une part que, pour qu'une entité soit qualifiée comme telle, il faut et il suffit que des pouvoirs ou fonctions étatiques lui aient été confiés, d'autre part que seuls les comportements qu'elle accomplit dans l'exercice de ces pouvoirs ou fonctions peuvent être attribués à l'Etat[1650]. Ensuite parce que, même lorsqu'ils adoptent une approche organique des entités distinctes de l'Etat, ils semblent considérer que, quoi qu'il en soit de la position de l'entité en cause vis-à-vis de l'appareil étatique, certains de ses comportements pourraient être attribués à l'Etat selon une approche purement fonctionnelle[1651]. Enfin car ils peuvent également retenir une telle approche en application de dispositions particulières. C'est ainsi que les dispositions relatives aux entreprises d'Etat et entreprises privilégiées insérées dans l'ALENA ont été interprétées par un tribunal arbitral comme signifiant que les comportements de ces entités, qui ne sont pas des organes, doivent être

[1649] Sur ces points, v. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

[1650] *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 191-198 ; *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 120-123 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 163-171 ; *Limited liability company Amto c. Ukraine*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, 080/2005, sentence du 26 mars 2008, § 101-102. V. aussi, moins nettement, *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, recevabilité, 17 octobre 2006, § 82-94 ; *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 69, les arbitres semblant alors considérer les entités en cause comme étatiques sur la base de critères structurels et fonctionnels mais finissant par retenir que, quoi qu'il en soit, les comportements spécifiquement en cause sont attribuables à l'Etat sur une base fonctionnelle.

[1651] Pour une formulation particulièrement nette de cette idée, v. *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 87 : « *While it is possible that the Spanish State could have out-sourced such development activities to a private, non-governmental, corporate entity, this was not the case here. But, as explained above,* even if it had been the case, *under the functional test this would not have necessarily delinked the Spanish State from the entity as its functions would have been delegated by the State and they could still be government functions in the light of international law* ». Egalement en ce sens, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 43-60 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 105 ; *Eureko B.V. c. République de Pologne*, sentence du tribunal *ad hoc* du 19 août 2005, § 115-134 ; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c.* Lettonie, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, § 109-113 ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40.

imputés à l'Etat lorsque et dans la mesure où elles agissent dans l'exercice de pouvoirs gouvernementaux car leur but essentiel est d'éviter qu'un Etat échappe à ses obligations « *by delegating governmental authority to a monopoly (private or public) or to a State enterprise* »[1652].

514. *iii. La pratique de l'O.R.D.* Comme les autres juridictions étudiées, l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. combine approches organique et fonctionnelle aux fins d'identification des comportements susceptibles d'être rapportés à l'Etat. Ainsi, s'il a pu tenir compte des pouvoirs détenus ou des fonctions exercées par certaines entités pour les qualifier d'organismes publics et imputer, dès lors, l'ensemble de leurs comportements à l'Etat[1653], l'O.R.D. développe dans certains cas une approche véritablement fonctionnelle. Plusieurs des accords O.M.C. l'y invitent en indiquant qu'ils couvrent les « organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux »[1654]. Les groupes spéciaux et l'organe d'appel confirment cette approche. C'est ainsi qu'en l'affaire *Japon – Pellicules et papiers photographiques*, un groupe spécial a considéré que le terme mesure « devait être interprété de manière à empêcher que des actions d'entités ayant des pouvoirs de type gouvernemental n'annulent ou ne compromettent des avantages escomptés » afin d'éviter qu'un membre « puisse se soustraire à ses obligations (…) en déléguant un pouvoir quasi-gouvernemental à des organismes privés »[1655]. L'approche fonctionnelle fut confirmée par l'organe d'appel lorsqu'il a défini un organisme public au sens des dispositions relatives aux subventions comme « une entité [qui] exerce des pouvoirs que lui ont conférés les 'pouvoirs publics' dans le but d'exercer des fonctions d'un caractère 'public' »[1656]. Il est vrai que, dans ce cas, l'organe d'appel a semblé retenir une approche organique, examinant les liens des offices provinciaux de commercialisation du lait en cause avec l'appareil étatique pour rapporter l'ensemble de leurs comportements à l'Etat[1657]. Toutefois, outre que l'organe d'appel n'a pas infirmé les constatations du groupe spécial qui s'était expressément référé à l'article 7 § 2 adopté par la C.D.I. en première

[1652] *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 59, pt. 4 et § 72-79.
[1653] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.
[1654] Article 1 du GATS, définissant les « mesures gouvernementales ». Egalement en ce sens, article 3 de l'accord sur les obstacles techniques au commerce qui le rend applicable aux règlements techniques adoptés par un organisme non gouvernemental, défini à l'annexe 1 comme un « organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement habilité à faire respecter un règlement technique ».
[1655] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial du 31 mars 1998, § 10.328.
[1656] *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R et WT/DS/113/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 13 octobre 1999, § 97.
[1657] Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

lecture[1658] et avait estimé que les entités en cause agissaient en tant qu'organismes publics seulement « lorsque – *et dans la mesure où* – ces offices agissent en vertu d'un pouvoir gouvernemental expressément délégué »[1659], cette décision semble indiquer que, quoi qu'il en soit du statut d'une entité ou de ses relations avec les organes de l'Etat au sens du droit interne, certains de ses comportements peuvent lui être rapportés selon une approche fonctionnelle.

515. L'examen confirme donc qu'il est envisageable que certains comportements soient rapportés à l'Etat non en raison du statut de l'entité qui les a adoptés mais en raison de la nature des pouvoirs ou fonctions dans l'exercice desquels ils l'ont été. Il montre également que la distinction entre les cas dans lesquels une entité peut être considérée comme étatique et ceux dans lesquels une entité s'est vu confier des pouvoirs ou fonctions étatiques sans pour autant s'intégrer dans l'appareil de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité est délicate. La subtilité de cette distinction ne doit toutefois conduire ni à restreindre la catégorie des organes aux entités dotées de ce statut dans l'ordre interne, ni à exclure que le comportement de certaines entités puisse être rapporté à l'Etat selon une approche fonctionnelle. Une telle approche peut également être suivie dans les cas, rares, où des entités non étatiques exercent des pouvoirs ou fonctions étatiques en cas d'absence ou de carence des autorités officielles.

B. L'absence ou la carence

516. A côté des situations dans lesquelles des pouvoirs ou fonctions étatiques sont confiés à des entités n'appartenant pas à l'appareil étatique, il se peut également qu'une entité exerce de tels pouvoirs ou fonctions de manière spontanée dans les situations exceptionnelles d'absence ou de carence des autorités officielles. La C.D.I. a retenu une disposition spécifique pour couvrir les situations de ce type (1), même si la pratique sur laquelle elle a pu s'appuyer était, et demeure, étique (2).

[1658] *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, n. 427.
[1659] *Ibid.*, § 7.78. Nous soulignons.

1. Les travaux de la Commission du droit international

517. L'article 9 du texte de codification définitif trouve sa source directe dans les propositions de R. Ago. Celui-ci entama en effet l'étude des situations dans lesquelles une personne privée ou un groupe peuvent exercer en fait des fonctions publiques ou agir en fait pour le compte de l'Etat par celle des cas où les autorités régulières ont disparu, laissant des personnes aucunement investies d'une fonction publique en assumer l'exercice[1660]. Le rapporteur spécial songeait alors à deux hypothèses : celle d'un conflit armé ayant conduit à la disparition des organes de l'Etat auxquels se substituent alors des particuliers qui peuvent prendre les armes voire exercer certaines fonctions administratives d'une part, celle d'une catastrophe naturelle suite à laquelle des particuliers prennent en charge des services qui ne peuvent être interrompus d'autre part[1661]. Bien que, contrairement à son habitude, le rapporteur spécial n'ait pu s'appuyer sur aucune pratique internationale pour aboutir à cette solution, elle ne fut guère contestée[1662]. Tout juste certains membres de la Commission entendirent-ils préciser la formulation retenue afin d'éviter que l'Etat soit tenu responsable du comportement d'un individu qui usurperait des fonctions étatiques[1663]. L'alinéa b) de l'article 8 adopté en première lecture précisa donc qu'« est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes [qui] se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives »[1664].

518. Cette disposition ne fut pas remise en cause en seconde lecture. Craignant qu'il soit perçu comme signifiant que les circonstances excluaient l'illicéité, J. Crawford se contenta de proposer le remplacement du verbe « justifiaient » par « commandaient »[1665]. Quant aux membres de la Commission, ils insistèrent seulement sur la spécificité de cette hypothèse dont l'originalité justifiait qu'une disposition spécifique lui soit consacrée. C'est en effet ici la nature des fonctions exercées, et non les liens juridiques ou factuels entre l'entité qui agit ou son comportement et les organes de l'Etat, qui justifie l'attribution des

[1660] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 189, p. 278.
[1661] *Ibid*.
[1662] Voir toutefois les réserves d'A. Tammes, qui craignait que cette solution puisse être appliquée dans des cas où, comme cela s'était produit aux Etats-Unis suite à une panne d'électricité, des particuliers ont dû assurer la circulation (1258e séance, § 16, p. 35) et S. Tsuruoka, qui estimait qu'il n'était pas souhaitable de l'étendre à des groupes de sauvetage qui s'organisent immédiatement de manière spontanée après une catastrophe (1258e séance, § 34, p. 37).
[1663] Voir en particulier l'intervention de F. Vallat : « il ne suffit pas qu'un particulier ait usurpé une fonction publique pour que la responsabilité en soit attribuée à l'Etat. Il doit exister entre le particulier et l'Etat intéressé un autre lien » (1259e séance, § 4, p. 38).
[1664] *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 294.
[1665] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 218, p. 47.

comportements accomplis[1666]. La Commission du droit international retint dès lors une disposition spécifique aux termes de laquelle « le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives »[1667].

2. La pratique judiciaire

519. Comme pour ce qui est des comportements d'un mouvement insurrectionnel devenu le gouvernement d'un nouvel Etat, la Commission n'a guère trouvé de pratique au soutien de sa proposition selon laquelle doit être rapporté à l'Etat le comportement d'un individu qui exerce des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles[1668].

520. R. Ago avait en effet proposé cette disposition en s'appuyant sur la pratique interne d'une part, sur l'institution de la levée en masse connue du droit international humanitaire d'autre part. Concernant la pratique interne, le Conseil d'Etat français a par exemple pu considérer que la réquisition et la vente de denrées stockées par un « Comité des intérêts valériens » qui assura spontanément l'administration de la ville et le ravitaillement de la population de Saint-Valéry-sur-Somme en mai 1940 « n'étaient pas étrangers à la compétence légale des autorités municipales [de sorte que] dans la mesure où les circonstances exceptionnelles nées de l'invasion leur conféraient un caractère de nécessité et d'urgence, ils devaient, bien qu'émanant de l'autorité de fait substituée auxdites autorités, être regardés comme administratifs »[1669]. Concernant la levée en masse, le droit international humanitaire admet que les citoyens qui prennent les armes en cas de

---

[1666] V. l'intervention de B. Simma, président du comité de rédaction, lors de la 2562e séance (*ACDI*, 1998, vol. 1, p. 306) et le commentaire de l'article 9 du texte de codification définitif, § 4 aux termes duquel « la nature de l'activité menée se voit attribuer plus de poids que l'existence d'un lien formel entre les auteurs de l'activité et l'appareil de l'État » (*op. cit.*, p. 51).

[1667] Article 9 du texte de codification définitif, « Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles », *op. cit.*, p. 115.

[1668] Egalement en ce sens, O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 257-280, sp. p. 271-273.

[1669] France, Conseil d'Etat, section, 5 mars 1948, *Marion, Leb.*, p. 113. C'est sur ce raisonnement que certains auteurs se sont appuyés pour le transposer en droit international de la responsabilité (v. P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *in* P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 377-560, p. 461).

carence des forces régulières puissent être considérés comme des combattants légitimes[1670] et bénéficier du statut de prisonnier de guerre[1671]. L'analogie est tentante. Il s'agit dans chacune de ces hypothèses de déterminer si un individu s'est mué en agent de l'Etat en se substituant aux autorités officielles défaillantes. Mais elle présente des limites. C'est une chose de considérer que des mesures sont légales parce qu'adoptées par des particuliers exerçant, dans des circonstances exceptionnelles, un pouvoir étatique ou que des individus peuvent être assimilés aux forces armées d'un Etat aux fins d'application du droit international humanitaire lorsqu'elles prennent spontanément les armes à l'approche de l'ennemi. C'en est une autre d'affirmer que l'Etat est internationalement responsable des comportements de tels individus. Or, la pratique judiciaire reste rare en droit de la responsabilité internationale.

521. Le Tribunal irano-américain des réclamations a certes fait référence à l'article 8 al. b codifié en première lecture en l'affaire *Yeager* pour rapporter à l'Iran le comportement de Gardiens de la Révolution en remarquant notamment qu'« *at least [they] exercised elements of governmental authority in the absence of official authorities* »[1672]. Mais la *ratio* de la solution qu'il a alors dégagée ne correspondait pas totalement à la règle envisagée par la C.D.I. Le Tribunal semble en effet avoir assimilé ces Gardiens à un organe du gouvernement *de facto* de l'Iran ou du mouvement insurrectionnel qui était sur le point d'en prendre le contrôle. Il a ainsi mêlé les deux alinéas de l'article 8 adopté en première lecture et combiné aspects fonctionnels et liens avec la structure étatique pour rapporter les comportements de ces Gardiens à l'Iran[1673]. Il ne s'agissait donc pas d'un exercice totalement spontané de fonctions ou pouvoirs étatiques[1674].

522. Certains ont envisagé de mettre en œuvre cette solution en situation de défaillance étatique totale, le commentaire de l'article 9 indiquant qu'elle peut jouer en « situation d'un effondrement total de l'appareil d'État »[1675]. Il n'est toutefois pas certain

---

[1670] Article 2 du Règlement de La Haye de 1907 relatif aux lois et coutumes de la guerre sur terre : « La population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de s'organiser conformément à l'article premier, sera considérée comme belligérante si elle porte les armes ouvertement et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre ».

[1671] Article 4, A), 6 de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre.

[1672] *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. p. 101.

[1673] Exposant les faits tels que présentés par le requérant, le Tribunal indique que les Gardiens de la Révolution « *were performing the functions of customs, immigration and security officers* ». Il confirme, plus loin, que ces Gardiens jouaient un rôle « *in the maintenance of public security* ». Il ne semble toutefois pas qu'ils aient joué ce rôle de manière totalement spontanée. Le Tribunal relève ainsi que le nouveau gouvernement avait connaissance des opérations menées par ces Gardiens et ne s'y est pas opposé. Il en déduit que le gouvernement « *accepted their activity* » et même « *stood behind them* » (*Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s., sp. p. 101).

[1674] Sur ce point, v. aussi *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

[1675] *Op. cit.*, § 5, p. 52.

que cela soit envisageable[1676]. Le Comité contre la torture a certes retenu une solution analogue à celle proposée par la C.D.I. mais dans un contexte nettement distinct. Il a ainsi considéré que les membres des factions qui opéraient en Somalie pouvaient être considérés comme des « agents de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » au sens de l'article 1er de la Convention sur l'interdiction de la torture. Pour aboutir à pareille conclusion, le Comité a relevé que ces factions avaient mis en place des institutions quasi-gouvernementales en l'absence d'un gouvernement central somalien de sorte qu'elles exerçaient « *de facto* (…) certains pouvoirs qui sont comparables à ceux qu'exerce normalement un gouvernement légitime »[1677]. Mais il n'a pas effectué cette constatation afin de déterminer si la Somalie pouvait être tenue responsable du comportement de ces factions. Il a examiné si l'Australie pouvait expulser le requérant vers cet Etat, alors que la Convention lui interdit de refouler une personne vers un Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. Là encore, l'analogie présente d'importantes limites et il n'est pas dit que la Somalie puisse être tenue internationalement responsable de ces agissements.

523. Ainsi, bien que l'on ne puisse exclure qu'un comportement soit rapporté à l'Etat parce qu'accompli par des particuliers agissant dans l'exercice de pouvoirs ou fonctions étatiques en l'absence des autorités officielles, les précédents permettant de l'affirmer sans ambiguïté manquent. L'article 9 du texte de codification définitif semble donc relever du développement progressif du droit international. Sans-doute se justifie-t-il par la volonté d'assurer une réparation aux victimes, l'Etat se muant alors en garant des comportements rendus nécessaires par sa propre défaillance. Mais il pourrait faire peser un fardeau trop lourd sur un Etat en reconstruction en exigeant de lui qu'il assume la responsabilité de tous les agissements accomplis par ceux qui exerçaient un pouvoir sur son territoire alors que l'appareil officiel s'était disloqué. Aussi n'est-il pas certain que cette solution soit applicable en situation de défaillance totale de l'appareil étatique[1678].

524. Ces hésitations ne sauraient surprendre, dans la mesure où il s'agit là de la seule hypothèse dans laquelle un comportement pourrait être rapporté à l'Etat en l'absence de tout lien avec son appareil. Les solutions adoptées dans d'autres situations indiquent en

---

[1676] Sur la question, v. G. Cahin, « L'Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion ? » *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 177-209, sp. p. 202-205, qui conclut qu'« à supposer cette solution transposable à l'Etat défaillant, l'accent mis sur la nature de l'activité exercée par les particuliers (…) exclut clairement toute attribution à l'Etat des comportements liés aux activités essentiellement mafieuses des groupes et factions armées qui s'affrontent sur ses décombres ». V. aussi, R. Geiss, « Failed States : legal aspects and security implications », *GYIL*, 2004, vol. 47, p. 457-501, sp. p. 480 s.

[1677] C.C.T., *Elmi c. Australie*, aff. n° 20/1998, 14 mai 1999, doc. A/54/44, p. 121-133, sp. § 6.5, p. 132.

[1678] Sur ce point, v. aussi G. Cahin, « The responsibility of other entities – Armed bands and criminal groups », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 331-342.

effet que, si la nature d'un fait peut être décisive aux fins de son imputation, elle ne saurait jouer de manière exclusive.

§ 2. Le rôle rarement exclusif de la nature d'un fait

525. Il est certes des cas où l'imputation est essentiellement fondée sur un critère fonctionnel ou matériel. Pour autant, le seul exercice de fonctions ou pouvoirs étatiques suffit rarement à rapporter un comportement à l'Etat. Pour que tel soit le cas, il faut identifier le plus souvent un autre lien avec les organes étatiques. Il se peut alors que certaines entités exercent de tels fonctions ou pouvoirs sans pour autant que leurs comportements soient rapportés à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale. Tel est le cas lorsqu'elles agissent contre l'appareil étatique (A) mais aussi lorsque, tout en agissant avec le consentement de l'Etat, elles n'en restent pas moins des organes d'un autre sujet de droit international (B).

A. Les entités qui agissent contre l'appareil étatique

526. Si les comportements de toutes les entités qui agissent dans l'exercice de pouvoirs ou fonctions étatiques devaient être attribués à l'Etat, alors serait-il envisageable qu'il réponde également de comportements accomplis par des entités qui agissent « en concurrence et en antagonisme avec [son] organisation »[1679]. Il n'en est rien. L'Etat ne se voit ainsi attribuer ni les comportements des organes d'autres Etats qui agissent sur son territoire sans son consentement (1), ni celui d'individus ou de groupes qui tentent de se substituer à son organisation ou de faire sécession (2).

[1679] L. Condorelli, « L'imputation en droit international public. Solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 88.

1. Les organes d'autres sujets de droit international

527. On l'a vu, les comportements accomplis par les organes d'un Etat dans l'exercice des pouvoirs ou fonctions d'un autre Etat sans son consentement demeurent imputables au premier[1680]. Réciproquement, ils ne peuvent être attribués au second[1681]. Cela résulte tant des travaux de la C.D.I. que de la pratique internationale.

528. La Commission avait même adopté en première lecture une disposition aux termes de laquelle « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité »[1682]. Cette disposition visait notamment les cas dans lesquels « l'exercice d'activités d'organes d'un Etat sur le territoire d'un Etat étranger se fait sans le consentement, ou même contre la volonté, de l'Etat territorial »[1683]. La Commission considérait donc que les comportements accomplis par les organes d'un Etat se substituant à ceux d'un autre Etat en vertu d'un rapport de dépendance, de protectorat, de mandat ou d'occupation demeuraient attribuables au premier et ne pouvaient être imputés au second[1684]. Si cet article a disparu en seconde lecture, c'est parce qu'il fut considéré comme énonçant un « truisme »[1685]. Le commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif se contente désormais de préciser qu'un organe d'un Etat ne peut être considéré comme mis à disposition d'un autre Etat lorsque « les fonctions de l'État 'bénéficiaire' sont exercées sans son consentement, comme c'est le cas lorsqu'un État, placé dans une situation de dépendance, d'occupation territoriale ou autre, est forcé de tolérer que l'action de ses propres organes soit mise à l'écart et remplacée dans une plus ou moins large mesure par celle d'organes de l'autre État »[1686].

529. La pratique est également en ce sens. La Cour internationale de Justice a certes considéré, après avoir rappelé que l'Afrique du Sud devait être tenue responsable des comportements accomplis par ses organes lors de l'occupation de la Namibie, que la nullité des actes pris par le gouvernement sud-africain au nom de la Namibie « ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil,

[1680] V. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.
[1681] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation en droit international public. Solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 88-89.
[1682] Article 12 adopté en première lecture, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 89.
[1683] Commentaire de l'article 12 adopté en première lecture, *ibid.*
[1684] En ce sens, *ibid.* et commentaire de l'article 2 adopté en première lecture, § 6, *ACDI*, 1973, vol. 2, p. 180.
[1685] J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 251, p. 54.
[1686] Commentaire de l'article 6 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 46.

dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire »[1687]. Mais il s'agissait là d'avantage d'un problème de succession que d'imputation[1688]. Pour le reste, la pratique est à ce point établie que l'on peine à trouver des exemples dans lesquels la responsabilité de l'Etat occupé pour les comportements de l'occupant a été ne serait-ce qu'évoquée. L'affaire *Hess*, tranchée par la Commission européenne des droits de l'homme, l'illustre. Tandis que le requérant avait cherché, en vain, à engager la responsabilité du Royaume-Uni au titre de son implication dans l'administration de la prison de Spandau à Berlin, jamais celle de l'Allemagne ne fut envisagée[1689]. De même, dans l'affaire *Behrami*, la Cour a pu remarquer que des présences internationales « exerçaient [au Kosovo] les prérogatives de puissance publique qui étaient normalement l'apanage du gouvernement de la R.F.Y. », sans pour autant songer à rapporter les comportements des premières au second[1690]. La Cour estime d'ailleurs, de manière générale, qu'un Etat cesse d'exercer sa juridiction sur son territoire lorsqu'il « est dans l'incapacité d'[y] exercer son autorité [notamment en raison d']une occupation militaire par les forces armées d'un autre Etat »[1691].

2. Les individus ou groupes

530. Cette solution vaut également lorsque ce ne sont pas les organes d'un autre Etat mais des individus ou des groupes, pouvant être qualifiés de mouvements insurrectionnels ou non, qui exercent une autorité de fait sur une partie du territoire de l'Etat en se substituant à l'organisation étatique contre son gré. De telles entités peuvent alors accomplir certains actes relevant des fonctions et pouvoirs de l'Etat territorial, sans pour autant devenir le gouvernement de cet Etat ni celui d'un nouvel Etat[1692]. Le droit international de la responsabilité exclut toutefois l'attribution de leurs comportements à l'Etat territorial.

[1687] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, § 125.

[1688] En ce sens, J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 276, p. 58. Sur la question de l'impact de la succession d'Etats sur la situation des personnes privées, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 604-608.

[1689] Com. EDH, *Ilse Hess c. Royaume-Uni*, req. n° 6231/73, décision du 28 mai 1975. V. aussi *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

[1690] *Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et 78166/01, recevabilité, 31 mai 2007, § 70. V. aussi *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

[1691] *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 313.

[1692] Pour l'étude des cas où les mouvements en cause parviennent à devenir le nouveau gouvernement de l'Etat ou le gouvernement d'un nouvel Etat, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

531. Là encore, une disposition spécifique rappelait en première lecture que « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration »[1693]. Et, même si une partie de la doctrine[1694], certains membres de la Commission[1695] et même d'autres travaux de codification[1696] ont pu retenir une position contraire, l'idée selon laquelle les comportements accomplis par un mouvement insurrectionnel dans l'intérêt de la collectivité devraient être attribués à l'Etat fut fermement repoussée[1697]. Le commentaire de l'article 14 adopté en première lecture précisait ainsi que la solution retenue valait même pour « les actes de routine administrative que les organes du mouvement insurrectionnel auraient accomplis dans la partie du territoire étatique soumise à leur contrôle »[1698]. Comme les autres dispositions codifiant des règles d'attribution négative, cet article disparut du texte de codification définitif sans que la solution qu'il retenait soit pour autant contestée[1699]. Certaines formules figurant dans le commentaire de l'article 9 peuvent certes faire naître le doute[1700]. Mais le commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif précise sans ambiguïté que « le principe général applicable au comportement de [mouvements insurrectionnels et autres], tout au long de leur lutte avec les autorités constituées, est qu'il n'est pas attribuable à l'État selon le droit international »[1701].

532. La pratique est également en ce sens. On trouve certes, de ci de là, quelques solutions conventionnelles différentes. L'Italie dut ainsi accepter par l'article 78 du Traité de paix du 10 février 1947 la responsabilité de tous les faits commis par les gouvernements de droit ou de fait ayant exercé le pouvoir sur son territoire pendant la seconde guerre mondiale[1702]. Mais en l'absence de dérogation de ce type, l'Etat ne se voit pas attribuer les

---

[1693] Article 14 adopté en première lecture, al. 1, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 97.

[1694] P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 465, qui considère que peuvent être imputés à l'Etat « les actes accomplis par les rebelles dans la ligne normale des fonctions de l'Etat ».

[1695] A. Ramangasoavina, 1259e séance, § 8, p. 38.

[1696] V. en particulier Etats-Unis, *Restatement of the law (third), Foreign relations*, 1986, § 207 : *attribution of conducts to the State* : « *[The State] is responsible as well for the conduct of any revolutionary regime that has control over part of the State's territory as regards ordinary domestic legislation, administrative acts, or judicial decisions, but not for acts having as their principal objective furthering or maintaining that regime's control* ».

[1697] V. R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 186, p. 154.

[1698] Commentaire de l'article 14 adopté en première lecture, § 26, *ibid.*, p. 105.

[1699] Proposant la suppression de la disposition codifiant un principe « bien établi », J. Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 273, p. 57.

[1700] Commentaire de l'article 9 du texte de codification définitif, § 4, *op. cit.*, p. 51 : « Les hypothèses de l'article 9 supposent l'existence d'un gouvernement officiel et d'un appareil d'État *dont des irréguliers prennent la place* ». Nous soulignons.

[1701] Commentaire de l'article 10 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 52.

[1702] V. *Dame Mossé*, commission de conciliation France/Italie, 17 janvier et 6 octobre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 486-500, p. 495 s. : responsabilité de l'Italie pour le comportement d'organes de la République sociale

comportements d'individus ou d'entités qui seraient parvenus, contre son organisation, à exercer une partie de ses fonctions ou pouvoirs[1703]. C'est ainsi que, bien que la C.I.J. ait reconnu que la *Republika srpska* avait établi une autorité de fait et exercé des prérogatives de puissance publique sur une partie du territoire de la Bosnie-Herzégovine[1704], nul n'envisagea de rapporter à celle-ci les comportements de celle-là[1705]. De manière comparable, la C.E.D.H. a écarté la possibilité d'attribuer à Chypre les comportements accomplis sur son territoire par la République turque de Chypre du Nord[1706] ou à la Moldavie ceux de la République moldave de Transnistrie[1707]. Dans ce dernier cas, elle n'a toutefois pas exclu que la responsabilité de la première soit engagée pour le comportement de la seconde. Estimant qu'un Etat continuait d'exercer sa juridiction sur une partie de son territoire même lorsqu'il est dans l'incapacité d'y exercer une autorité effective[1708], la Cour a en effet estimé qu'il demeurait alors tenu par « des obligations positives de prendre les

---

italienne considérée comme un gouvernement ayant exercé en fait le pouvoir sur tout ou partie du territoire italien et non comme un organe de fait de l'Etat allemand.

[1703] V. Etats-Unis, *US international claims commission, Socony vacuum oil company claim*, 1954, *ILR*, vol. 21, 1957, p. 55 s., considérant que la Yougoslavie ne peut être tenue responsable des comportements de la Croatie, Etat fantoche créé par l'Allemagne nazie et qui exerça son autorité sur une partie de son territoire : « *a 'puppet State' or local* de facto *government such as Croatia also posseses characteristics of 'unsuccessful revolutionists' and 'belligerent occupants'. It is (…) settled that a State has no international legal responsibility to compensate for damage to or confiscation of property by either* ».

[1704] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 388.

[1705] Soulevant cette hypothèse pour l'écarter aussitôt, H. Ascensio, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007, p. 285-304, sp. 303 ; J. Crawford, *The creation of States in international law*, Oxford, O.U.P., 2006, p. 83.

[1706] *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable) ; *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001. La conclusion est ici implicite, les requêtes n'étant pas dirigées contre Chypre mais seulement contre la Turquie. Mais la Commission s'était prononcée auparavant en ce sens : Com. E.D.H., *An c. Chypre*, req. n° 18270/91, recevabilité, 8 octobre 1991.

[1707] *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004, § 330-331 et 335.

[1708] Même si la solution ne pouvait être qu'implicite, la Cour avait semblé considérer dans les affaires chypriotes que Chypre n'exerçait pas sa juridiction sur la partie de son territoire administrée par la R.T.C.N. L'arrêt *Ilaşcu* ne semble d'abord pas remettre en cause cette interprétation en retenant, au stade de l'exposé des principes, que la présomption selon laquelle un Etat exerce sa juridiction sur l'ensemble de son territoire peut se trouver limitée lorsqu'il se trouve « dans l'incapacité d'exercer son autorité sur une partie de son territoire » (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, *op. cit.*, § 312) mais que l'Etat demeure tenu par des obligations positives « dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire » (*ibid.*, § 313). On croit alors percevoir une distinction entre les cas où l'Etat est dans l'incapacité d'exercer son autorité et ceux dans lesquels l'exercice de cette autorité est seulement limité. Mais cette distinction disparaît au stade de l'application des principes, la Cour jugeant que « si un Etat contractant se trouve dans l'impossibilité d'exercer son autorité sur l'ensemble de son territoire par une situation de fait contraignante (…) l'Etat ne cesse pas pour autant d'exercer sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention sur la partie du territoire momentanément soumise à une autorité locale soutenue par des forces de rébellion ou par un autre Etat » (*ibid.*, § 333) et, donc, que « les requérants relèvent de la juridiction de la République de Moldova » bien qu'elle « n'exerce aucune autorité effective [sur le territoire de la R.M.T.] » (*ibid.*, § 335). On doit alors en déduire que Chypre continue d'exercer sa juridiction sur le territoire de la R.T.C.N. La difficulté tenant à l'appréciation de l'autorité ou de l'influence que l'Etat conserve sur le territoire, l'entité qui l'administre et/ou le sort des requérants est simplement déplacée de la détermination de l'exercice par l'Etat de sa juridiction vers celle de l'identification de la violation par cet Etat de ses obligations positives (en ce sens, v. l'opinion partiellement dissidente du juge Ress sur *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*).

mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire »[1709]. Or, si la Cour a jugé que la Moldavie n'avait pas violé son « obligation relative au rétablissement du contrôle sur la Transnistrie »[1710], elle l'a en revanche tenue responsable d'avoir cessé, à compter de 2001, toute démarche pour obtenir la libération des requérants[1711].

B. Les entités qui agissent avec le consentement de l'Etat

533. La situation pourrait paraître plus délicate lorsque l'Etat consent ou tolère que des organes d'autres Etats ou d'une organisation internationale exercent sur son territoire et/ou pour son compte des fonctions ou des pouvoirs considérés comme étatiques. Deux situations peuvent certes être distinguées, selon que l'Etat a autorisé un autre sujet de droit international à exercer *une* puissance publique sur son territoire (1) ou à participer à l'exercice de *sa* puissance publique (2). Il semble pourtant que, ni dans un cas ni dans l'autre, ne s'opère de basculement dans l'imputation, ce qui n'empêche pas que la responsabilité de l'Etat territorial puisse être engagée pour un fait connexe.

1. Les entités qui exercent une puissance publique sur le territoire de l'Etat

534. L'Etat peut avoir autorisé un autre Etat ou une organisation internationale à exercer leurs fonctions, impliquant éventuellement l'exercice d'une puissance publique, sur son territoire. Il semble qu'en pareil cas, aucun basculement dans l'attribution ne s'opère. Un Etat ne peut ainsi se voir imputer les comportements d'un autre Etat[1712] ou d'une organisation internationale[1713] pour la seule raison qu'il a accepté qu'ils exercent une

[1709] *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie, op. cit.*, § 312.
[1710] *Ibid.*, § 340-345, la Cour s'assurant seulement que la volonté de la Moldova de rétablir ce contrôle s'est traduite dans des actes et mesures spécifiques sans apprécier le caractère approprié de ces mesures.
[1711] *Ibid.*, § 346-352.
[1712] C.E.D.H., *Martin c. Royaume-Uni*, req. n° 40426/98, arrêt du 24 octobre 2006 : responsabilité du Royaume-Uni pour violation du droit à un procès équitable par une cour martiale mise en place par cet Etat en Allemagne pour juger les membres de ses forces armées et de leur famille basés sur le territoire allemand, la responsabilité de l'Allemagne n'étant pas envisagée.
[1713] C.E.D.H., *Galic c. Pays-Bas*, req. n° 22617/07 et *Blagojevic c. Pays-Bas*, req. n° 49032/07, recevabilité, 9 juin 2009, § 30-36 : irrecevabilité *ratione personae* des requêtes dirigées contre les Pays-Bas en tant qu'Etat du siège du T.P.I.Y. pour violation du droit à un procès équitable, les actes de ce Tribunal étant

forme de puissance publique sur son territoire. Cela n'empêche toutefois pas que sa responsabilité puisse être engagée. Mais si tel est le cas, ce ne peut être que pour un fait connexe, ayant consisté à permettre, en connaissance de cause, que les organes d'un autre sujet violent sur son territoire les obligations internationales pesant sur lui[1714]. Le Comité des droits de l'homme semble toutefois avoir poussé le raisonnement plus loin dans un cas particulier. Il a ainsi considéré que « les États parties sont responsables des actes d'agents étrangers qui exécutent des actes de puissance politique sur leur territoire si de tels actes sont accomplis avec leur consentement ou leur aval »[1715], si bien que les mauvais traitements infligés au requérant par des agents des services de sécurité américains et égyptiens agissant sur le territoire de la Suède avec son consentement étaient imputables non seulement aux Etats d'origine des organes impliqués mais encore à l'Etat sur le territoire et avec le consentement duquel ils agissaient. Le Comité a alors incontestablement raisonné en termes d'imputation. Il a fait une application originale des règles habituellement appliquées en la matière[1716]. Mais il serait parvenu à la même solution en constatant que la Suède avait manqué à ses obligations positives en n'empêchant pas les agents américains et égyptiens de violer sur son territoire les droits garantis par le Pacte. Cette décision paraît donc insuffisante pour conclure à l'imputabilité à un Etat des comportements accomplis sur son territoire et avec son aval par des agents étrangers exerçant la puissance publique. Elle montre toutefois que sa responsabilité sera le plus souvent engagée pour avoir laissé de tels agents exercer une puissance publique en violation des obligations pesant sur lui. La question est plus délicate encore lorsque les organes d'un autre sujet du droit international n'exercent pas leurs fonctions ou pouvoirs mais participent à l'exercice de ceux de l'Etat mis en cause.

---

attribuables à l'ONU et non aux Pays-Bas ; *Lopez Cifuentes c. Espagne*, req. n° 18754/06, recevabilité, 7 juillet 2009, § 22-31 : irrecevabilité *ratione personae* de la requête dirigée contre l'Espagne en tant qu'Etat du siège du Conseil oléicole international pour violation par la procédure disciplinaire appliquée au sein de ce Conseil du droit à un procès équitable. Alors que le requérant considérait que l'Espagne « ne pouvait pas permettre que cette organisation exerce des compétences juridictionnelles sur son territoire et sur ses résidents en méconnaissance des garanties prévues par l'article 6 de la Convention », la Cour estime que « les décisions litigieuses ont été prises par une organisation internationale échappant à la juridiction de l'État défendeur, dans le cadre d'un conflit de travail qui s'inscrit entièrement dans l'ordre juridique de cette organisation, laquelle possède une personnalité juridique distincte de celle de ses États membres, y compris l'État du siège ».

[1714] Si la question n'a pas été abordée dans les affaires *Martin* et *Lopez Cifuentes* elle l'a en revanche été dans les affaires *Galic* et *Blagojevic*, la C.E.D.H. jugeant alors que les Pays-Bas ne peuvent être tenus responsables des actes du T.P.I.Y. pour la seule raison qu'ils ont accepté qu'il agisse sur le territoire néerlandais dès lors que ce Tribunal a été créé par le Conseil de sécurité au titre du maintien de la paix et de la sécurité internationales et qu'il respecte de manière générale les droits de l'homme (*Galic c. Pays-Bas*, req. n° 22617/07 et *Blagojevic c. Pays-Bas*, req. n° 49032/07, décisions sur la recevabilité du 9 juin 2009, § 42-46).

[1715] *Alzery c. Suède*, com. n° 1416/2005, 25 octobre 2006, A/62/40, vol. 2, p. 286-315, sp. § 11.6.

[1716] En ce sens, Y. Kerbrat, « Aspects de droit international général dans la pratique des Comités établis au sein des Nations unies dans le domaine des droits de l'homme (2006-2007) », *AFDI*, 2007, p. 584-607, sp. p. 600-601.

2. Les entités qui participent à l'exercice de la puissance publique de l'Etat

535. L'Etat peut également avoir admis qu'un autre sujet de droit international se substitue à lui dans l'exercice de ses fonctions ou pouvoirs. Il n'est guère nécessaire de revenir ici sur les cas dans lesquels un Etat en confie l'exercice à un autre Etat. Nous avons suffisamment expliqué que les comportements accomplis à ce titre demeuraient attribuables à l'Etat dont relèvent les organes qui les adoptent[1717]. Il suffit ici de préciser qu'ils ne sont pas imputables à l'Etat pour le compte duquel ils sont accomplis[1718], ce qui n'exclut pas que sa responsabilité puisse être engagée du fait d'autrui sur la base d'un rapport de représentation[1719]. Il faut néanmoins examiner à présent la situation dans laquelle un Etat autorise une organisation internationale à exercer certaines de ses fonctions. Cela peut se produire dans des situations variées, qu'une organisation internationale participe à l'administration d'un territoire ou, plus souvent, qu'elle se soit vu confier par ses Etats membres l'exercice de certaines de leurs fonctions.

536. Le premier cas est exceptionnel. Il survient lorsqu'une organisation internationale exerce certains pouvoirs ou certaines fonctions de l'Etat parallèlement aux autorités nationales. Tel est le cas en Bosnie-Herzégovine. Les accords de Dayton-Paris ayant mis un terme au conflit dans cet Etat ont en effet prévu la mise en place d'un Haut Représentant chargé du suivi de la mise en œuvre des aspects civils de ces accords. Les pouvoirs de ce Haut Représentant, progressivement renforcés avant d'être avalisés par une résolution du Conseil de sécurité, lui permettent notamment de révoquer les titulaires d'emplois publics[1720]. La Bosnie-Herzégovine a ainsi accepté, au moins formellement, que

[1717] V. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.
[1718] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation en droit international public. Solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 88-89.
[1719] Certaines juridictions internes semblent s'être prononcées en ce sens. Il semble ainsi qu'une juridiction allemande ait considéré que l'Allemagne devait être tenue responsable pour une collision survenue dans son espace aérien du fait d'erreurs commises par des contrôleurs aériens suisses en retenant que ceux-ci agissaient pour le compte de celle-là, le maintien de la sécurité aérienne étant un devoir inhérent à l'État (Allemagne, Cour régionale de Constance, aff. n° 4 O 234/05 H, arrêt du 27 juillet 2006, partiellement reproduit *in S.G.N.U.*, « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Observations et renseignements communiqués par les gouvernements », A/62/63 (2007), § 18-22, p. 12-13). La recension de ce cas présente toutefois certaines ambiguïtés.
[1720] C.E.D.H., *Beric c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 36357/04, recevabilité, 16 octobre 2007, § 10-17, pour un exposé de la situation.

ce Haut Représentant participe à l'exercice de ses pouvoirs[1721]. La C.E.D.H. a toutefois jugé que les décisions de ce Haut Représentant étaient exclusivement imputables à l'ONU, car il agissait sous l'autorité et le contrôle ultimes du Conseil de sécurité[1722], et qu'elles ne pouvaient dès lors être attribuées à la Bosnie-Herzégovine[1723]. Il eut certes été envisageable de distinguer, comme l'avait fait la Cour constitutionnelle bosnienne[1724], selon que le Haut représentant « se substitue à l'autorité étatique dans l'exercice de ses compétences territoriales » ou qu'il agit au titre de « pouvoirs internationaux régis par l'ordre juridique international »[1725]. Mais la Cour s'est refusée à semblable distinction, privilégiant au stade de l'imputation les considérations organiques par rapport aux considérations fonctionnelles. Cela n'excluait pas nécessairement que la Bosnie-Herzégovine puisse être tenue responsable de son propre comportement, ayant consisté à accepter qu'une organisation internationale exerce certains de ses pouvoirs. Mais la Cour transposa le raisonnement qu'elle avait suivi en l'affaire *Behrami* pour accorder un véritable brevet de conventionalité aux décisions adoptées au titre du maintien de la paix et de la sécurité internationales[1726].

537. La situation est quelque peu différente dans les cas, fréquents, où les Etats transfèrent certaines de leurs compétences vers une organisation internationale[1727]. En pareille hypothèse, le comportement de l'organisation n'est pas davantage imputable à l'Etat. Mais sa responsabilité est néanmoins susceptible d'être engagée pour avoir transféré ses compétences vers une organisation ne respectant pas les obligations qui pèsent sur lui. C'est ce qui ressort encore une fois de la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme. Ceux-ci ont déjà considéré que les comportements adoptés par les organes des Etats membres en exécution de décisions ou dans les domaines de compétence d'une

---

[1721] *Beric c. Bosnie-Herzégovine*, § 26-30, la Cour estimant qu'en ce cas, un Etat contractant a accepté une administration civile internationale sur son territoire.
[1722] *Ibid.* Sur l'attribution à l'ONU des comportements accomplis sous l'autorité et le contrôle ultimes du C.S.N.U., v. *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.
[1723] *Ibid*.
[1724] Bosnie-Herzégovine, Cour constitutionnelle, *Bilbija et Kalinić*, AP-953/05, 8 juillet 2006, § 57 : « *The Constitutional Court has consistently held that the institution of the High Representative is established by international treaty and is not subject to the jurisdiction of domestic courts except for a situation in which a decision of the High Representative substitutes for the domestic legislator. In such a case, the Constitutional Court is competent to decide in accordance with its jurisdiction under Article VI(3) of that Constitution of Bosnia and Herzegovina* » (accessible depuis le site internet de la Cour, http://www.ccbh.ba).
[1725] En ce sens, M. Forteau, « Le droit applicable en matière de droits de l'homme aux administrations territoriales gérées par des organisations internationales », *in* S.F.D.I., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, p. 7-34, sp. p.11-12.
[1726] C.E.D.H., *Beric c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 36357/04, recevabilité, 16 octobre 2007, § 29-30. Sur ce point, v. aussi *supra* Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2.
[1727] Sur la question, v. de manière générale, D. Sarooshi, *International organizations and their exercise of sovereign powers*, Oxford, O.U.P., 2005.

organisation internationale restaient imputables aux premiers[1728]. Ils estiment, symétriquement, que les comportements des organes d'une organisation internationale ne sont pas imputables aux Etats membres quand bien même ils agiraient dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs qui relevaient initialement de la compétence de ces Etats[1729]. Mais ils jugent alors que « les Etats membres ont l'obligation, au moment où ils transfèrent une partie de leurs pouvoirs souverains à une organisation internationale à laquelle ils adhèrent, de veiller à ce que les droits garantis par la Convention reçoivent au sein de cette organisation une 'protection équivalente' à celle assurée par le mécanisme de la Convention » de sorte que « la responsabilité d'un Etat partie à la Convention pourrait être mise en jeu au regard de celle-ci s'il s'avérait ultérieurement que la protection des droits fondamentaux offerte par l'organisation internationale concernée était entachée d'une 'insuffisance manifeste' »[1730]. En pareil cas, il n'est pas même nécessaire que les organes de l'Etat prennent un acte d'exécution des décisions prises par l'organisation, la Cour jugeant sa compétence établie dès lors que les requérants mettent en cause le transfert de compétences lui-même[1731].

Suivant la C.E.D.H., la C.D.I. a adopté lors de la première lecture de ses travaux sur la responsabilité des organisations internationales une disposition aux termes de laquelle « un Etat membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale s'il vise à se soustraire à une de ses obligations internationales en se prévalant du fait que l'organisation est compétente relativement à l'objet de cette obligation, incitant par là l'organisation à commettre un fait qui, s'il avait été commis par cet Etat, aurait constitué une violation de cette obligation »[1732]. Malgré une formulation fortement subjective, qui

[1728] *Supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2.

[1729] Egalement en ce sens C.D.H., *Hpvd c. Pays-Bas*, com. n° 217/1986, 8 avril 1987, A/42/40, p. 185

[1730] *Gasparini c. Italie et Belgique*, req. n° 10750/03, recevabilité, 12 mai 2009. V. déjà, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, arrêt du 18 février 1999, § 32 : responsabilité du Royaume-Uni pour le refus d'inscription de la requérante sur les listes électorales pour les élections au Parlement européen, la Cour notant que « les actes de la Communauté européenne ne peuvent être attaqués en tant que tels devant la Cour, car la Communauté en tant que telle n'est pas Partie contractante » mais que « la Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être 'reconnus'. Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres ».

[1731] En l'affaire *Gasparini*, le requérant faisait grief à la Belgique, en tant que pays hôte de l'OTAN, et à l'Italie, dont il est ressortissant, « de n'avoir pas veillé à ce que l'Organisation, au moment de sa création, mette en place un système juridictionnel interne compatible avec les exigences de la Convention » (*ibid.*). Pour les cas dans lesquels les Etats ont adopté un acte interne d'exécution, v. *supra*, Titre 1, Chapitre 2. Comp. *Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe*, req. n° 73250/01, recevabilité, 9 septembre 2008 ; *Connolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 73274/01, recevabilité, 9 décembre 2008 ; *Etablissements Biret et Cie et Société Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 13762/04, recevabilité, 9 décembre 2008 : irrecevabilité des requêtes dirigées contre les Etats membres d'organisations internationales (Eurocontrol et l'Union européenne) pour violations du droit à un procès équitable au cours des procédures suivies au sein de ces organisations, aucune autorité des Etats membres n'étant intervenue au cours de ces procédures et les requérants ne mettant pas en cause le transfert de compétence vers les organisations internationales lui-même.

[1732] Projet d'article 60 adopté en première lecture, doc. A/64/10 (2009), p. 167.

insiste maladroitement sur la dimension frauduleuse du transfert de compétence vers l'organisation internationale[1733], ce projet vise à rendre compte des solutions retenues par la C.E.D.H.[1734]. Il a pour effet que la responsabilité des Etats devrait être engagée lorsqu'ils « transfère[nt] certaines fonctions souveraines à une organisation d'intégration »[1735] et qu'elle viole leurs obligations.

Deux réserves doivent toutefois être apportées. La première tient aux conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat dans ce type de situations. Soucieuse de ne pas freiner le développement de la coopération internationale, la C.E.D.H. exige en effet seulement des Etats qu'ils s'assurent que les droits garantis par la Convention bénéficieront, au sein de l'organisation, d'une protection équivalente à celle dont ils bénéficient dans le cadre de la Convention. Dans la mesure où l'examen de cette équivalence se fait au moment du transfert de compétences, seule une « insuffisance manifeste » pourrait d'ailleurs être reprochée à l'Etat partie. La seconde tient au fondement de cette responsabilité. Même si la solution est ambiguë, il semble que le fait de l'organisation ne soit pas imputé à l'Etat. L'analogie avec l'article 5 C.D.I est certes tentante[1736] : dans un cas comme dans l'autre la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée pour le comportement d'entités – ici un organisme privé, là une organisation internationale – auxquelles il a confié l'exercice de ses fonctions ou pouvoirs. Toutefois, s'agissant de rapports entre sujets de droit international, la responsabilité de l'Etat ne naît que de son fait propre, ayant consisté à déléguer des pouvoirs à une organisation dont il savait ou aurait dû savoir qu'elle ne respecterait pas les obligations pesant sur lui. Les comportements de l'organisation internationale ne sont donc pas imputés à l'Etat[1737].

[1733] Le commentaire indique toutefois que « l'existence d'une intention précise de se soustraire à une obligation internationale n'est pas nécessaire » (§ 2, *op. cit.*, p. 168). Mais il poursuit en indiquant que « l'organisation internationale doit être incitée à commettre le fait par l'État membre. Une évaluation de l'intention précise de la part de l'État membre de contrevenir à une obligation internationale n'est pas nécessaire. Celle-ci peut être raisonnablement déduite des circonstances » (*ibid.*, § 7, p. 170).

[1734] En ce sens, P. Klein, « The attribution of acts to international organizations », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 297-315, sp. p. 313. On remarquera que certaines solutions conventionnelles peuvent être rapprochées de celle retenue par la C.E.D.H. Ainsi de l'article 28 al. 3 de la Convention américaine des droits de l'homme, qui prévoit que « lorsque deux ou plus de deux Etats parties conviennent à l'avenir de former une fédération ou toute autre espèce d'association, ils veilleront à ce que la charte fondamentale du nouvel Etat ainsi constitué comporte les dispositions nécessaires pour assurer, sans discontinuité, l'observation des normes prévues dans la présente Convention ». Ainsi encore de l'article 139 al. 3 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer qui indique que « les Etats Parties qui sont membres d'organisations internationales prennent les mesures appropriées pour assurer l'application du présent article en ce qui concerne ces organisations ».

[1735] *Ibid.*, § 5, p. 169-170.

[1736] En ce sens, D. Sarooshi, *International organizations and their exercise of sovereign powers*, *op. cit.*, p. 104-107.

[1737] On notera à cet égard que l'article 60 du projet relatif à la responsabilité des organisations internationales s'insère dans la partie du texte consacrée à la « responsabilité d'un Etat à raison du fait d'une organisation internationale » qui « prend pour acquis qu'il y a un comportement attribuable à une organisation

*

538. Même si ce critère est rarement exclusif, Commission du droit international et pratique judiciaire se rejoignent donc pour admettre que certains faits soient rapportés à l'Etat non en raison du statut de la personne qui les a adoptés ni même en raison de l'influence que les organes de l'Etat ont exercée sur leur adoption mais en raison de leur nature[1738]. Reste à déterminer avec davantage de précision quels peuvent être ces comportements considérés comme étatiques par nature.

Section 2. L'identification des faits étatiques par nature

539. L'identification des faits qui devraient être considérés comme étatiques parce qu'accomplis dans l'exercice de pouvoirs ou fonctions étatiques n'est pas chose aisée[1739]. La Commission du droit international s'est montrée évasive sur le sujet. Les articles 5 et 9 indiquent certes que le comportement en cause doit avoir été adopté, en cette qualité, par une entité qui exerce, en droit ou en fait, des prérogatives de puissance publique. Mais le commentaire précise aussitôt que la C.D.I. « ne vise pas à délimiter précisément le champ de la 'puissance publique' aux fins de l'attribution à l'État du comportement d'une entité donnée [car] passé un certain point, ce qui est considéré comme 'public' relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions »[1740]. Les juristes familiers du droit administratif

---

internationale » (commentaire général de la cinquième partie, § 3, *op. cit.*, p. 163). En ce sens, P. Klein, « The attribution of acts to international organizations », *op. cit.* p. 313: « *It is clear that the Court did not attribute to the member State the allegedly wrongful conduct of the organization. Rather, responsibility derived from the failure of the respondent State to take those measures necessary to ensure that the rights of third parties (…) received adequate protection within the context of the organization* ».

[1738] Comme lorsque ce sont des organes de l'Etat qui agissent, l'imputation s'étend alors aux comportements accomplis *ultra vires*, ainsi que l'indique l'article 7 du texte de codification définitif (*op. cit.*, p. 47, sp. commentaire, § 9, p. 49). Egalement en ce sens, CIRDI, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, sentence du 13 novembre 2000, § 76.

[1739] Certains ont ainsi souligné que l'insaisissabilité de la notion de puissance publique devait conduire à exclure la distinction entre les comportements accomplis par les organes de l'Etat dans l'exercice de cette puissance et ceux accomplis à la manière d'une personne privée. En ce sens, v. L. Condorelli, pour qui « il est impossible (…) de soutenir qu'il existe une notion unique et généralement acceptée de la 'puissance publique', cette notion étant tributaire dans chaque droit interne, de conceptions et d'élaborations indigènes » (« L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 71). V. aussi CIRDI, *Noble ventures Inc c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 5 octobre 2005, § 82, rejetant la distinction entre activités commerciales et gouvernementales aux fins de l'attribution notamment car « *it is difficult to define whether a particular act is governmental. There is a widespread consensus in international law, as in particular expressed in the discussions in the ILC regarding attribution, that there is no common understanding in international law of what constitutes a governmental or public act* ».

[1740] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 45.

français ou du droit des immunités[1741] pourraient certes déduire de la référence aux prérogatives de puissance publique que, pour ce qui est du droit de la responsabilité internationale, le critère des moyens l'a emporté sur celui des fins. Il n'est toutefois pas certain que tel soit le cas. En effet, ici comme ailleurs, l'identification des domaines considérés comme étatiques tient autant aux fins poursuivies qu'aux moyens employés, l'identification des comportements qui peuvent être considérés comme étatiques dépendant dans un second temps de leur individualisation. Ainsi, s'il se peut que des comportements soient considérés comme étatiques car ils ont été accomplis dans l'exercice de pouvoirs étatiques (§ 1), il est également envisageable que d'autres le soient car ils ont été accomplis dans le cadre de fonctions étatiques (§ 2).

§ 1. Des faits accomplis dans l'exercice de pouvoirs étatiques

540. Comme semble le suggérer la formulation retenue par la C.D.I., certains organes de règlement des différends se basent sur la nature des pouvoirs exercés par l'entité en cause pour rapporter ses comportements à l'Etat (A). Ces pouvoirs sont ceux qui traduisent la puissance publique (B).

A. L'imputation fondée sur la nature des pouvoirs exercés

541. La formulation finalement retenue par la Commission du droit international tend à indiquer que des comportements doivent avoir été accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, *i.e.* de pouvoirs étatiques, pour pouvoir être rapportés à l'Etat (1). La pratique judiciaire confirme que les comportements accomplis dans l'exercice de tels pouvoirs doivent être considérés comme étatiques (2).

[1741] Où l'expression « autorité souveraine de l'Etat » (Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, article 2, al. 1, b) iii, 2004, *sovereign authority* dans la version anglaise) a finalement été préférée à celle de « prérogatives de puissance publique » retenue par la C.D.I. (*ACDI*, 1991, vol. 2, partie 2, p. 13, *governmental authority* dans la version anglaise). Il est délicat de déterminer si ce choix a de véritables implications. Il nous semble toutefois traduire une différence d'approches entre le droit des immunités et le droit de la responsabilité, mais sous un autre point de vue. Dans le premier, les collectivités territoriales ne sont assimilées à l'Etat que pour autant qu'elles agissent dans l'exercice de l'autorité souveraine. Dans le second, elles le sont en tout et pour tout, non seulement lorsqu'elles exercent des prérogatives de puissance publique. On peut alors penser que l'autorité souveraine renvoie à celle de l'Etat au sens du droit interne, ou du souverain dans l'Etat, auquel bénéficie le droit des immunités, tandis que les prérogatives de puissance publique renvoient à l'ensemble des pouvoirs publics.

1. Les travaux de la Commission du droit international

542. Les articles 5 et 9 du texte de codification définitif indiquent que pour que les comportements d'une entité qui n'est pas un organe de l'Etat puissent être considérés comme étatiques aux fins de la responsabilité, il faut que cette entité exerce des prérogatives de puissance publique (*governmental authority* dans la version anglaise, *atribuciones del poder público* dans la version espagnole)[1742]. L'accent semble ainsi mis sur les pouvoirs détenus par l'entité qui agit. Ignorée par R. Ago, cette formulation fut introduite dans le texte adopté en première lecture sur une proposition de P. Reuter. Elle fut reprise sans modification en seconde lecture.

543. En proposant des dispositions consacrées aux institutions publiques autonomes ou aux personnes privées agissant pour le compte de l'Etat, R. Ago entendait appréhender l'ensemble des comportements accomplis dans l'exercice de *fonctions* qu'il qualifiait alternativement d'étatiques ou de publiques[1743]. Les membres de la Commission s'étant inquiétés de l'imprécision de la notion d'institutions publiques autonomes[1744], plusieurs critères furent envisagés afin de les identifier. C'est après avoir écarté le statut de l'entité dans l'ordre interne, le contrôle que les organes de l'Etat exercent sur elle, les fonctions qu'elle assume et une combinaison de ces éléments, que le rapporteur spécial et la Commission penchèrent pour le critère des prérogatives détenues par l'entité en cause. Cette périphrase avait été proposée par P. Reuter. Considérant que la règle formulée à l'article 7 était fondée sur la volonté de considérer « l'activité de l'Etat – son activité essentielle et non accessoire – comme une unité », celui-ci souligna que trois approches pouvaient permettre de l'identifier. L'une, consistant à se concentrer sur le statut – de droit public ou de droit privé – de l'entité qui agit, devait être écartée, d'une part parce que cette distinction n'existe pas au sein de tous les systèmes juridiques, d'autre part car même lorsqu'elle existe elle ne permet pas de circonscrire l'activité essentielle de l'Etat. Les deux autres paraissaient envisageables. Mais à la première, qui aurait impliqué d'identifier certaines fonctions spécifiques de l'Etat, P. Reuter préférait la seconde, consistant à se

[1742] *Op. cit.*, respectivement p. 44 et 51.
[1743] La *ratio* de l'article 7 qu'il proposait tenait au fait que des institutions publiques distinctes de l'Etat au sens du droit interne étaient « chargées, elles aussi, d'assurer des services publics ou de remplir des fonctions publiques – en un mot, d'exercer une activité pour le compte de la collectivité » (« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.* § 170, p. 270), tandis que son projet d'article 8 couvrait notamment les cas dans lesquels des particuliers « exercent en fait des fonctions publiques » (*ibid.*, § 197, p. 282).
[1744] Appelant de leurs vœux une telle précision, v. R.D. Kearney (*ACDI*, 1974, vol. 1, 1253e séance, § 11-14, p. 14-15 et 1256e séance, § 32-34, p. 25), T. Elias (1253e séance, § 17, p. 15), P. Reuter (1253e séance, § 25, p. 16), S. Bilge (*ibid.*, § 19, p. 19), A. Ramangasoavina (1256e séance, § 9, p. 22).

concentrer sur l'exercice de « privilèges de puissance publique »[1745]. Reprise par d'autres membres de la Commission[1746], la formule fut endossée par le rapporteur spécial[1747] puis par la Commission[1748] avant d'être étendue aux situations dans lesquelles des particuliers agissent pour le compte de l'Etat en cas d'absence ou de carence des autorités officielles[1749]. C'est ainsi parce qu'une entité qui n'est pas un organe de l'Etat s'est vu confier ou exerce en fait certaines prérogatives de la puissance publique que son comportement doit être rapporté à l'Etat[1750]. Même si certains s'interrogèrent sur sa signification exacte[1751], cette formulation fut conservée en seconde lecture. Il semble donc que ce soit parce qu'ils relèvent de l'exercice de prérogatives de puissance publique que certains comportements doivent être rapportés à l'Etat en vertu des articles 5 et 9 du texte de codification définitif. Le commentaire du premier indique ainsi que « la justification de l'attribution à l'État [du comportement d'une entité qui n'est pas un organe] réside dans le fait que le droit interne de l'État [l']autorise (…) à exercer certaines prérogatives de puissance publique »[1752].

2. La pratique judiciaire

544. Certains organes de règlement des différends ont pu considérer que les comportements accomplis dans l'exercice de pouvoirs étatiques devaient être considérés comme des faits de l'Etat. C'est principalement le cas des organes qui interviennent dans le

[1745] Intervention de P. Reuter, 1253e séance, p. 16, § 25-27.
[1746] R.D. Kearney utilisa ainsi l'expression « *governmental authority* » (1256e séance, § 34, p. 25), tandis que N. Ouchakov parla de « pouvoir étatique » (1255e séance, § 29, p. 20).
[1747] 1257e séance, § 16, p. 29 et § 35, p. 31.
[1748] Article 7 adopté en première lecture, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 288. Sur la substitution de l'expression « prérogatives de puissance publique » à celle d'établissement public ou d'institution publique dans cette disposition, v. l'intervention d'E. Hambro, président du comité de rédaction, lors de la 1278e séance, § 9, p. 155-156.
[1749] Article 8, al. b) adopté en première lecture, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 294. Sur la substitution de l'expression « prérogatives de puissance publique » à celle de « fonctions publiques » dans cette disposition, v. les interventions de R. Ago (1258e séance, § 5, p. 33 et 1260e séance, § 26, p. 47), P. Reuter (1258e séance, § 22, p. 36) et E. Hambro, président du comité de rédaction (1278e séance, § 14, p. 156).
[1750] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 18 : « La justification de l'attribution à l'Etat, d'après le droit international, du comportement d'un organe de l'une ou de l'autre des entités ici envisagées réside toujours, en dernière analyse, dans le fait que le droit interne de l'Etat a conféré à l'entité en question l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique » (*op. cit.*, p. 293). Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 11 : pour que le comportement d'une entité qui se substitue aux autorités officielles en cas d'absence ou de carence de ces dernières soit rapporté à l'Etat, il faut « que le comportement de la personne ou du groupe de personnes se rapporte effectivement à l'exercice de prérogatives de la puissance publique » (*op. cit.*, p. 296).
[1751] V. les interventions de J. Crawford (2553e séance, § 6, p. 244), I. Brownlie (2553e séance, § 15, p. 256), M. Bennouna (2553e séance, § 21, p. 247) et G. Häfner (2554e séance, § 34-36, p. 253).
[1752] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 5, *op. cit.*, p. 45.

domaine économique (a), même si l'idée n'est pas totalement étrangère aux organes qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme (b).

a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

545. Les organes de contrôle qui interviennent dans le domaine économique s'appuient régulièrement, pour rapporter certains comportements à l'Etat, sur la nature des pouvoirs dont ils traduisent l'exercice.

546. C'est d'abord le cas de l'O.R.D., même si celui-ci préfère parler de « pouvoirs gouvernementaux » que de « prérogatives de puissance publique ». Les accords O.M.C. l'y invitent en mentionnant régulièrement des organismes non gouvernementaux qui « exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux »[1753]. Un groupe spécial en a déduit qu'aucun comportement accompli dans l'exercice de « pouvoirs de type gouvernemental » ne devait échapper à son contrôle[1754]. L'organe d'appel a certes semblé admettre, avec le Canada, que la seule délégation de pouvoirs à une entité était insuffisante pour constater que les subventions qu'elle avait accordées étaient imputables à l'Etat. Mais il ne s'agissait pas alors de déterminer si les comportements accomplis dans l'exercice de tels pouvoirs étaient attribuables à l'Etat mais d'établir si ladite entité pouvait être qualifiée d'organisme public, de sorte que l'ensemble de ses comportements devraient lui être attribués[1755].

547. La pratique des tribunaux arbitraux transnationaux confirme que les comportements accomplis dans l'exercice de pouvoirs étatiques doivent être rapportés à l'Etat. Il en va ainsi lorsqu'ils cherchent à déterminer si un comportement est imputable à l'Etat en raison de sa nature, que ce soit en application du droit international général ou des dispositions spéciales de l'ALENA relatives aux entreprises privilégiées. Dans le premier cas, certains arbitres vont même jusqu'à affirmer qu'aux fins d'application de l'article 5 C.D.I. « *what matters is not the* 'service public' *element, but the use of* 'prérogatives de

[1753] Article 1 du GATS, définissant les « mesures gouvernementales ». Egalement en ce sens, article 3 de l'accord OTC qui le rend applicable aux règlements techniques adoptés par un organisme non gouvernemental, défini à l'annexe 1 comme un « organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement habilité à faire respecter un règlement technique ».

[1754] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial du 31 mars 1998, § 10.328.

[1755] *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, rapport de l'organe d'appel, 13 octobre 1999, WT/DS103/AB/R et WT/DS/113/AB/R, § 97-102.

puissance publique' *or governmental authority* »[1756], semblant ainsi prolonger les débats qui agitèrent le droit administratif français[1757]. Dans le second, ils estiment de manière analogue, et en se référant d'ailleurs au droit international général, que les comportements d'une entreprise privilégiée ne doivent être attribués à l'Etat que lorsqu'ils traduisent l'exercice de la « *governmental authority* »[1758]. Cette solution rejoint celle retenue par les mêmes tribunaux lorsqu'ils examinent si les comportements en cause, dont l'imputation à l'Etat n'est pas discutée, sont susceptibles de violer les obligations conventionnelles qui pèsent sur lui. Là encore, la plupart d'entre eux considère que seuls les comportements accomplis dans l'exercice de « prérogatives de puissance publique », d'une « autorité publique », d'une « *governmental authority* », voire d'un « *superior governmental power* » sont susceptibles de violer les obligations conventionnelles, tandis que les autres comportements de l'Etat pourraient tout au plus violer ses obligations contractuelles[1759]. Il n'est d'ailleurs pas exclu que le champ d'application matériel de l'obligation primaire – limité aux comportements traduisant l'exercice de la puissance publique – ait déteint sur le régime d'attribution retenu par ces tribunaux arbitraux. Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater qu'ils s'appuient pour l'essentiel sur la nature étatique des pouvoirs mis en œuvre pour identifier les comportements de l'Etat.

b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

548. S'ils l'utilisent moins fréquemment, raisonnant le plus souvent en termes de fonctions, les organes de contrôle qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme n'ignorent pas la notion de pouvoirs étatiques. La Commission européenne des droits de l'homme avait ainsi considéré que l'Allemagne devait être tenue responsable du comportement des Eglises lorsqu'elles exercent des pouvoirs qui leur sont dévolus par l'Etat[1760]. La Cour juge pareillement que « l'exercice de pouvoirs étatiques ayant une influence sur des droits et libertés inscrits dans la Convention met en jeu la responsabilité

[1756] *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 170. V. aussi, *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 191-198 ; *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 120-123 ; *Limited liability company Amto c. Ukraine*, SCC, 080/2005, sentence du 26 mars 2008, § 101-102.

[1757] En ce sens, F. Latty, qui estime que « Hauriou n'aurait sans doute pas renié cette victoire posthume bien que décontextualisée » (« Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, p. 467-512, p. 487).

[1758] *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 72-79.

[1759] V. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

[1760] Com. E.D.H., *X. c. RFA*, req. n° 8363/78, recevabilité, 12 mai 1980.

de l'Etat, indépendamment de la forme sous laquelle ces pouvoirs se trouvent être exercés, fût-ce par une entité de droit privé »[1761].

B. Les pouvoirs considérés comme étatiques aux fins de l'imputation

549. Même si l'on restreint la catégorie des comportements imputables à l'Etat à ceux qui sont accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, ses contours exacts restent difficiles à cerner. Définir les prérogatives de puissance publique n'est en effet pas chose aisée[1762]. Il est toutefois possible de lister certains pouvoirs dont la C.D.I. (1) ou les juridictions étudiées (2) ont considéré qu'ils constituaient des prérogatives de puissance publique. Diversifiés, ces pouvoirs présentent toutefois certains traits communs.

1. Les travaux de la Commission du droit international

550. Les travaux de la Commission du droit international ne contiennent que peu d'éléments permettant de définir les prérogatives de puissance publique. Ils fournissent toutefois quelques exemples de comportements que la Commission a considérés comme accomplis dans l'exercice de telles prérogatives.

551. Avant même que la formule apparaisse, R. Ago avait déjà indiqué qu'il considérait comme étatiques l'émission d'ordonnances, le prononcé de jugements ou la défense d'une localité[1763]. En proposant l'expression « privilèges de la puissance publique », P. Reuter précisa qu'il entendait par là « la contrainte juridique, législative, judiciaire, exécutive ou autre »[1764]. Le commentaire de l'article 7 adopté en première lecture se contente d'indiquer que ces prérogatives peuvent être « normatives ou

[1761] *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 72 ; *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78 ; *Vodopyanovy c. Ukraine*, req. n° 22214/02, arrêt du 17 janvier 2006, § 33 ; *Chelu c. Roumanie*, req. n° 40274/04, arrêt du 12 janvier 2010, § 34.

[1762] En ce sens, A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 3 ; C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 3-4.

[1763] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 189, p. 278, décrivant la situation dans laquelle des particuliers exercent en fait des fonctions publiques en cas d'absence ou de carence des autorités officielles.

[1764] 1253e séance, § 25-27, p. 16.

administratives notamment »[1765] avant de fournir deux exemples d'entités habilitées à l'exercice de telles prérogatives : les banques d'émission d'une part, les compagnies de transport auxquelles des pouvoirs de police ont été confiés d'autre part[1766]. Quant au commentaire de l'article 8, il indique que des particuliers peuvent être considérés comme exerçant des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles lorsqu'ils ont « provisoirement pris en main l'administration, émis des ordonnances, accompli des actes, géré des biens, prononcé des jugements » ou encore lorsqu'ils s'arment et organisent la défense d'une localité[1767]. La Commission ne s'engagea pas plus avant dans les questions de définition en seconde lecture. Le rapporteur spécial considérait en effet, d'une part, que l'identification précise de ce qui relève de la puissance publique était extrêmement délicate, d'autre part, qu'il n'était pas nécessaire que le texte de codification lui-même y procède[1768]. Le commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif se contente donc d'ajouter deux exemples à celui déjà mentionné des compagnies de transport dotées de pouvoirs de police : celui dans lequel « des employés d'entreprises de sécurité privées [sont] chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, d'exercer des prérogatives de puissance publique comportant, par exemple, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire »[1769], celui dans lequel des compagnies aériennes « se voi[ent] déléguer certains pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine »[1770]. S'appuyant sur l'affaire *Yeager* tranchée par le Tribunal irano-américain des réclamations, le commentaire de l'article 9 mentionne quant à lui les pouvoirs que pourraient exercer des personnes privées au titre de l'immigration ou des douanes[1771].

2. La pratique judiciaire

552. La pratique judiciaire, qu'elle émane des organes de contrôle dans le domaine économique ou de ceux qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme, permet de poursuivre la liste des pouvoirs considérés comme étatiques aux fins de l'attribution.

[1765] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 14, *op. cit.*, p. 292.
[1766] *Ibid.*, § 2, p. 288 et § 18, p. 293.
[1767] Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 9, *op. cit.*, p. 296.
[1768] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 190, p. 42.
[1769] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 44.
[1770] *Ibid*.
[1771] Commentaire de l'article 9 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 51.

a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

553. La pratique des organes de contrôle qui interviennent dans le domaine économique fournit des exemples de pouvoirs susceptibles d'être considérés comme étatiques.

554. *i. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements.* La jurisprudence des tribunaux arbitraux transnationaux permet de préciser ce qu'ils entendent par pouvoirs étatiques. C'est ainsi que, s'agissant d'attribuer à l'Etat les comportements d'entités qui ne sont pas des organes, des tribunaux ont pu considérer comme tels les pouvoirs de réglementer la navigation dans le canal de Suez ou d'imposer et recouvrir des taxes pour sa traversée[1772], ceux d'imposer et de percevoir des péages sur les routes nationales ou d'en expulser les occupants, de même que celui de pénétrer dans des propriétés privées pour y mener des inspections[1773] ou encore, en s'appuyant sur les dispositions de l'ALENA qui mentionnent comme exemples de pouvoirs gouvernementaux susceptibles d'être confiés à des entreprises privilégiées ceux de « de délivrer des licences d'importation ou d'exportation, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances »[1774], celui de collecter des droits de douane[1775]. A l'inverse, ces tribunaux considèrent généralement que les comportements qu'une personne privée, et en particulier qu'un cocontractant privé, pourraient adopter sont étrangers à la puissance publique[1776]. Cette approche rejoint celle retenue par les mêmes tribunaux lorsqu'ils cherchent à déterminer si un comportement met en cause une obligation internationale. Ils estiment alors que les pouvoirs d'exproprier[1777], de faire

[1772] *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 165-166, le fait que la *Suez canal authority* se soit vu confier de tels pouvoirs faisant d'elle une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5 C.D.I.

[1773] *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 121, le fait que la *National highway authority* pakistanaise se soit vu confier de tels pouvoirs faisant d'elle une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5 C.D.I.

[1774] Article 1502 al. 3 a) ; article 1503 al. 2

[1775] *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 72-79.

[1776] *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 167-171, jugeant que, quels qu'en soit les motifs, le refus d'étendre le délai de réponse à un appel d'offres ne traduit pas l'exercice de prérogatives de la puissance publique, quand bien même l'appel en cause serait soumis aux règles applicables aux marchés publics et viserait à la satisfaction d'un service public, n'importe quel cocontractant privé étant susceptible d'adopter un tel comportement ; *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007, § 74, considérant que ne peuvent être imputés au Canada les comportements accomplis par la Société canadienne des postes dans l'exercice de « *rights and powers which it shares with other businesses competing in the relevant market and undertaking commercial activities* ».

[1777] Pour un exemple, *Toto Costruzioni Générali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 102-109.

évacuer des troupes[1778] ou, de manière générale, de réglementer[1779] traduisent l'exercice de la puissance publique, tandis que ceux qui ont été accomplis dans le cadre contractuel et à la manière d'un cocontractant ordinaire échappent à cette qualification quelles qu'en aient été les fins[1780].

555. *ii. La pratique de l'O.R.D.* La pratique de l'O.R.D. confirme qu'une entité exerce des prérogatives de puissance publique lorsqu'elle est autorisée par les organes de l'Etat à prescrire la conduite de particuliers. C'est ainsi que le Conseil des détaillants japonais, association professionnelle ne pouvant être qualifiée d'organisme public, fut considéré comme exerçant des « pouvoirs gouvernementaux » ou « quasi-gouvernementaux » en adaptant et en faisant respecter un code de concurrence loyale des détaillants. Ces pouvoirs réglementaires et disciplinaires lui avaient en effet été confiés, en application de la loi, par un organisme public, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, qui maintenait un certain contrôle sur lui[1781]. L'organe d'appel a systématisé cette solution en retenant que devait être considéré comme étatique le « pouvoir effectif de soumettre les individus à des 'règles', à un 'contrôle', à une 'supervision' ou à d'autres 'disciplines' par l'exercice d'un pouvoir légal »[1782].

b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

556. La jurisprudence des organes européens de protection des droits de l'homme apporte quelques précisions sur les pouvoirs qu'ils considèrent comme étatiques. Lorsqu'ils cherchent à déterminer si un comportement peut être attribué à l'Etat. Mais aussi dans d'autres contextes. La Commission a ainsi estimé que les Eglises allemandes s'étaient vu confier des pouvoirs étatiques pour la gestion des concessions funéraires[1783].

[1778] *Ibid.*, § 117-118.
[1779] *Ibid.*, § 129-130 : s'agissant de la modification de l'environnement réglementaire.
[1780] *Ibid.*, § 121-122, 138, 173, 185 : irrecevabilité de la demande d'arbitrage en tant qu'elle est fondée sur la fourniture à l'entrepreneur d'informations erronées, d'instructions fausses et de plans inexacts, ces comportements ne traduisant pas l'exercice de la puissance publique.
[1781] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial du 31 mars 1998, § 10.327.
[1782] *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R et WT/DS/113/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 13 octobre 1999, § 100.
[1783] Com. EDH, *X. c. RFA*, req. n° 8363/78, recevabilité, 12 mai 1980.

Quant à la Cour, elle considère que l'exécution des décisions de justice[1784] comme la réglementation d'une profession ou l'exercice du pouvoir disciplinaire en son sein[1785] mobilisent de tels pouvoirs. A l'inverse, les juges de Strasbourg ont jugé, s'agissant cette fois de déterminer si les entités en cause pouvaient être qualifiées d'organisations gouvernementales au sens de l'article 34 de la Convention, qu'un monastère ayant pour seul pouvoir l'édiction de règlements portant sur l'organisation et la promotion de la vie spirituelle et sur son administration interne ne participait pas à l'exercice de la puissance publique[1786], non plus qu'une association comme l'Unédic pourtant chargée de récupérer les fonds avancés dans les entreprises[1787].

557. Quant au Comité des droits de l'homme, il estime que dès lors que des comportements « comport[ent] le recours à la force et la détention de personnes »[1788], ils peuvent être considérés comme des faits de l'Etat aux fins de la responsabilité internationale. Cela l'a conduit à considérer que l'Australie était responsable en vertu du Pacte et du Protocole facultatif, du traitement réservé aux détenus d'un établissement pénitentiaire privé.

558. Ces éléments tirés de la pratique sont suffisamment concordants pour tenter d'en systématiser les grands traits. Ils semblent indiquer que sont accomplis dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique, les comportements qui traduisent une certaine puissance, un pouvoir de commander aux particuliers, de modifier de manière unilatérale et obligatoire leur situation juridique. Pour pouvoir être qualifiés d'étatiques, ces pouvoirs doivent avoir été conférés à l'entité qui les exerce par les organes de l'Etat, le plus souvent par voie d'acte unilatéral. Si les comportements traduisant l'existence d'un tel pouvoir de commandement sont incontestablement considérés comme étatiques aux fins de la responsabilité internationale, il est toutefois douteux que la catégorie des comportements étatiques par nature se restreigne à eux. Il semble en effet qu'elle s'étende également aux comportements accomplis dans le cadre de fonctions étatiques.

[1784] *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 55 ; *Vodopyanovy c. Ukraine*, req. n° 22214/02, arrêt du 17 janvier 2006, § 33 ; *Chelu c. Roumanie*, req. n° 40274/04, arrêt du 12 janvier 2010, § 34.

[1785] *Van der Mussele c. Belgique*, req. n° 8919/80, arrêt du 23 novembre 1983, § 29 ; *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005, § 76-78.

[1786] *Les Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, § 48-49.

[1787] *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008, § 54-58, cette récupération s'analysant selon la Cour en « une subrogation de plein droit dans les droits et actions des salariés [que l'association] a contribué à désintéresser ».

[1788] *Cabal et Pasini c. Australie*, com. n° 1020/2001, 7 août 2003, doc. A/58/40, vol. 2, p. 334 s., sp. § 7.2, p. 345.

§ 2. Des faits accomplis dans le cadre de fonctions étatiques

559. Bien que la formulation retenue par la Commission conduise à insister davantage sur les pouvoirs exercés que sur les fonctions assumées pour considérer les comportements d'une entité qui n'est pas un organe comme étatiques, ses travaux comme la pratique montrent qu'il est des cas dans lesquels ce sont ces fonctions qui sont décisives (A). La difficulté tient alors à l'identification des fonctions considérées comme étatiques (B).

A. L'imputation fondée sur la nature des fonctions exercées

560. Même si les articles 5 et 9 du texte de codification définitif semblent faire de l'exercice de prérogatives de puissance publique le critère principal d'imputation des comportements d'entités qui ne sont pas des organes, les travaux de la Commission montre qu'elle a également raisonné en termes de fonctions (1). La pratique judiciaire confirme que certains comportements sont rapportés à l'Etat parce qu'ils ont trait à l'exercice de fonctions étatiques (2).

1. Les travaux de la Commission du droit international

561. Si la C.D.I. a retenu qu'un comportement d'une entité qui n'est pas un organe devait avoir été accompli dans l'exercice de prérogatives de puissance publique pour pouvoir être imputé à l'Etat, il n'est pas certain que la Commission ait totalement perçu les implications qui découlent généralement du choix de cette expression. Plusieurs formules ambiguës confirment en effet que l'attachement initial à l'idée de fonctions étatiques n'a jamais disparu au cours des travaux de codification.

562. Comme on l'a vu, R. Ago s'est employé à saisir l'ensemble des comportements accomplis dans l'exercice de fonctions qu'il qualifiait d'étatiques ou de publiques pour les rapporter à l'Etat quel que soit le statut de l'entité qui les a adoptés. Son projet d'article 7 visait ainsi les entités qui, même si elles sont dotées d'une personnalité distincte dans l'ordre interne, « sont quand même chargées, elles aussi, d'assurer des services publics ou de remplir des fonctions publiques – en un mot, d'exercer une activité pour le compte de la

collectivité »[1789]. Quant à son projet d'article 8, il incluait les cas dans lesquels « des personnes physiques ou morales privées, tout en restant nettement telles, se voient confier par les pouvoirs publics l'exercice d'un service ou l'accomplissement d'une tâche déterminée »[1790]. Bien que le rapporteur spécial ait accueilli avec enthousiasme la proposition de P. Reuter tendant à substituer la périphrase « prérogatives de puissance publique » à l'expression « fonctions publiques »[1791], la lecture des travaux de la Commission montre qu'il n'est pas certain que ni lui ni les autres membres en aient perçu toutes les implications. Le commentaire du texte adopté en première lecture recèle en effet plusieurs formulations qui pourraient surprendre les juristes habitués à manier la notion de prérogatives de puissance publique dans d'autres contextes.

Le commentaire de l'article 7 indique ainsi, d'abord, qu'il vise « les diverses entités qui, d'après le droit interne, assurent à la collectivité des services déterminées et remplissent, ce faisant, des *fonctions qui constituent des prérogatives* de puissance publique »[1792], ensuite et surtout que « l'expression 'entité habilitée à exercer des prérogatives de la puissance publique' a paru le mieux répondre à l'exigence d'indiquer dans les différentes langues la nature des *fonctions* que l'entité en question doit être appelée à exercer »[1793]. La Commission n'a donc pas totalement écarté le critère des fonctions au profit de celui des prérogatives, la prise en compte des fins au profit de celle des moyens. D'autres éléments du commentaire le confirment, qu'il indique que ce qui caractérise les entités visées à l'article 7 est d'être « chargé[e]s par le droit interne d'accomplir certaines tâches dans l'intérêt de la collectivité » ou que leur vrai trait commun est d'être habilitées « à l'exercice de fonctions déterminées qui s'apparentent à celles qu'exercent normalement les organes de l'Etat »[1794].

La confusion perdura en seconde lecture. Certains membres de la Commission décelèrent certes l'ambiguïté de la formulation, soulignant que l'expression « prérogatives de puissance publique » se référait aux pouvoirs étatiques, alors que la Commission semblait plutôt viser l'exercice de fonctions étatiques[1795]. Mais rien n'y fit. Ainsi, bien que le commentaire du texte de codification définitif mentionne uniquement des exemples dans lesquels des entités qui ne sont pas des organes exercent des pouvoirs étatiques, plusieurs passages font également référence à l'exercice de fonctions étatiques ou publiques. L'entité en cause doit ainsi être habilitée « à exercer des fonctions à caractère public normalement

[1789] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 170, p. 270.
[1790] *Ibid.*, § 190, p. 278.
[1791] V. *supra*, § 1.
[1792] Commentaire de l'article 7 adopté en première lecture, § 2, *op. cit.*, p. 288. Nous soulignons.
[1793] *Ibid.*, § 19, p. 293. Nous soulignons.
[1794] *Ibid.*, § 18, p. 293.
[1795] G. Häfner (2554e séance, § 34, p. 253).

exercées par des organes de l'État »[1796] et son comportement doit avoir trait « à l'activité publique en question et non à d'autres activités, privées ou commerciales, que cette entité exercerait »[1797].

563. Il semble donc que la C.D.I. ait entendu l'expression « prérogatives de puissance publique » comme désignant non seulement des pouvoirs mais encore des fonctions étatiques.

2. La pratique judiciaire

564. La pratique judiciaire confirme que le critère des fonctions assumées ne peut être totalement écarté au profit de celui des pouvoirs exercés lorsqu'il s'agit d'identifier les comportements attribuables à l'Etat aux fins de la responsabilité.

a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

565. S'ils s'appuient le plus souvent sur la nature des pouvoirs exercés, les organes de contrôle qui interviennent dans le domaine économique attribuent également le comportement de certaines entités à l'Etat parce qu'elles ont agi dans l'exercice de fonctions étatiques. C'est en particulier le cas des tribunaux arbitraux transnationaux. Outre qu'il a tenu compte des fonctions exercées par une entité pour l'assimiler à un organe de l'Etat[1798], le tribunal irano-américain des réclamations a ainsi estimé que les comportements d'entreprises privées devaient être rapportés à l'Iran lorsqu'ils étaient accomplis dans le cadre de « *governmental functions* »[1799]. La pratique des tribunaux qui

[1796] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 44.
[1797] *Ibid.*, § 5, p. 45.
[1798] *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72, sp. p. 89 s., p. 96. La C.D.I. a estimé que, quand bien même la *Foundation for the Oppressed* n'aurait pu être assimilée à un organe de l'Etat au sens de l'article 4, « l'administration par [celle-ci] des biens présumés expropriés aurait de toute manière été couverte par l'article 5 » (commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 2, *op. cit.*, p. 44). Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[1799] *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 24 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s., sp. p. 239, estimant que la banque Tejrat agit en tant qu'organe de l'Iran lorsqu'elle exerce certaines fonctions gouvernementales, mais que tel n'était pas le cas lorsqu'elle a pris possession de l'immeuble appartenant au requérant ; *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, 19 juin 1989, *IUSCTR*, vol. 21, p. 79 s., sp. p. 112, attribuant à l'Iran le comportement de la *National iranian oil company* dans la mesure où elle constitue « *one of the instruments by which the Government of Iran conducted and currently conducts the country's national oil policy* ».

interviennent dans le domaine des investissements n'est pas foncièrement différente, même si son interprétation est délicate. Tandis qu'ils s'appuient régulièrement sur la nature des fonctions qu'elles exercent pour considérer que des entités peuvent être considérées comme étatiques[1800], la plupart d'entre eux estiment ensuite que seuls les comportements que ces entités accomplissent dans l'exercice de pouvoirs étatiques peuvent être rapportés à l'Etat[1801]. On l'a toutefois vu, il est probable que cette restriction s'explique par l'interprétation qu'ils retiennent des obligations primaires pesant sur l'Etat en la matière. Il est d'ailleurs quelques sentences dans lesquelles l'imputation de certains comportements à l'Etat a été guidée par le caractère public des fonctions dans l'exercice desquelles ils ont été accomplis. C'est ainsi d'abord que les comportements du *State ownership fund* roumain ou de l'*Egyptian company for tourism and hotels* ont été attribués respectivement à la Roumanie et à l'Egypte alors même qu'ils ne traduisaient pas l'exercice de prérogatives de puissance publique. Ces comportements avaient en effet été adoptés dans le cadre de la mise en œuvre de programmes de privatisation, et donc dans l'exercice d'une fonction étatique[1802]. C'est ainsi, ensuite, que les comportements de l'Agence nationale des barrages ont été imputés à l'Algérie car, quand bien même ils ne traduisaient pas l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ils avaient été motivés par un intérêt général de nature gouvernementale plutôt que par un intérêt commercial[1803].

566. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique confirme donc que certains comportements doivent être rapportés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis

[1800] *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 85 s. : recevabilité de la requête introduite contre l'Espagne pour le comportement de la *SODIGA* au motif notamment que « *many of these objectives and functions are by their very nature typically governmental tasks, not usually carried out by private entities, and, therefore, cannot normally be considered to have a commercial nature* » ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40 : recevabilité des requêtes introduites contre le Maroc pour le comportement d'Autoroutes du Maroc au motif notamment qu'elle poursuit des tâches de nature étatique ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108 : habilitation à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Agence nationale des barrages algérienne notamment car elle poursuit clairement un but d'intérêt général et public. V. aussi *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 119 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 142-175, sp. § 161, déniant la qualité d'organes à la *National Highway authority* pakistanaise et à la *Suez canal authority* égyptienne tout en reconnaissant qu'elles exercent des activités publiques.

[1801] *Supra*, § 1.

[1802] *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 63-86 ; *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, recevabilité, 17 octobre 2006, § 82-94.

[1803] *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 113-118 : bien que l'Agence nationale des barrages puisse être assimilée à un organe de l'Etat au sens du droit international de la responsabilité, le Tribunal y vit une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique dont seuls ceux de ses comportements qui sont de nature gouvernementale sont imputables à l'Etat. Examinant alors la nature des comportements en cause, il considéra que la terminaison du contrat qui liait l'Agence au requérant, de même que le choix par l'Agence de modifier le mode de construction choisi et son rejet d'un mode de financement alternatif étaient des comportements de nature gouvernementale car motivés par l'intérêt général.

dans l'exercice de fonctions étatiques, quand bien même ils ne traduiraient pas l'exercice de pouvoirs étatiques.

b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

567. Les organes de contrôle qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme raisonnent davantage en termes de fonctions qu'en termes de pouvoirs pour rapporter le comportement d'entités qui ne sont pas des organes à l'Etat. C'est ainsi parce qu'ils agissaient dans le cadre de fonctions qu'elle a considérées comme étatiques que la Cour européenne des droits de l'homme a rapporté les comportements du directeur d'une école privée ou d'une commission de liquidation aux Etats concernés[1804]. De la même manière c'est parce qu'il a estimé qu'elle agissait dans le cadre de fonctions qu'il a considérées comme étatiques que le Comité des droits de l'homme a rapporté le comportement d'une caisse d'assurance professionnelle à un Etat[1805].

568. La catégorie des comportements considérés comme étatiques en raison de leur nature ne se réduit donc pas à ceux accomplis dans l'exercice de pouvoirs étatiques. Elle comprend également des comportements accomplis dans l'exercice de fonctions étatiques[1806].

B. Les fonctions considérées comme étatiques aux fins de l'imputation

569. Si l'on admet que certains comportements doivent être rapportés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis dans l'exercice de fonctions étatiques ou publiques, encore faut-il déterminer quelles sont ces fonctions. Déjà fort délicate dans le cadre d'un Etat déterminé, l'identification de telles fonctions semble une gageure dans l'ordre international. Il est certes possible de les considérer comme les fonctions spécifiques ou comme les activités

[1804] *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993, § 27 ; *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 52 s.
[1805] *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292, sp. § 6.5.
[1806] B. Stern, « The elements of an internationally wrongful act », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 193-220, sp. p. 204.

régaliennes de l'Etat. Seraient ainsi étatiques les activités de réglementation, de justice, de police, celles liées à la représentation de l'Etat à l'étranger, à la défense nationale ou au maintien de l'ordre, voire à la détention. Les comportements accomplis dans le cadre de telles fonctions devraient alors être imputés à l'Etat, quiconque les exerce. C'est le cas[1807]. Mais ainsi restreinte, la notion de fonctions étatiques n'apparaît guère plus large que celle de pouvoirs étatiques. Il semble pourtant que des comportements puissent être rapportés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis dans le cadre de fonctions allant au-delà de ces activités régaliennes. L'identification de telles fonctions étatiques *in abstracto* paraît certes impossible. Mais il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'identifier des fonctions qui devraient être considérées comme étatiques une fois pour toutes. Il s'agit simplement de déterminer les cas dans lesquels des faits sont imputables à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale car ils ont été accomplis dans l'exercice de fonctions considérées comme étatiques. On constate alors que tel est le cas lorsque les comportements en cause ont été accomplis dans le cadre de fonctions que l'Etat est tenu d'assurer en vertu d'obligations internationales (1) ou dont un faisceau d'indices indique qu'elles ont été assurées pour son compte (2).

1. Les fonctions que l'Etat est tenu d'assurer

570. La Cour européenne des droits de l'homme a développé une méthode particulière d'identification des fonctions qui justifient l'attribution à l'Etat des comportements accomplis dans leur exercice. Les juges de Strasbourg raisonnent en effet en deux temps lorsqu'ils adoptent une approche fonctionnelle du fait de l'Etat. Ils commencent par identifier les fonctions que l'Etat est tenu d'assurer en vertu de la Convention puis ils considèrent qu'il est responsable des comportements accomplis dans l'exercice de ces fonctions, quelle que soit la manière dont il a choisi de les assurer. Ainsi, puisque les Etats parties ont garanti aux individus soumis à leur juridiction un droit à

[1807] Cette démarche est envisagée par J. Crawford, lorsqu'il indique que « c'est à chaque État de décider de son organisation interne, même si certains domaines, comme la justice, l'administration pénitentiaire et le parlement, sont *a priori* considérés comme relevant de l'État » (2553e séance, § 22, p. 247). On rappellera qu'en l'affaire *Cabal et Pasini*, le Comité des droits de l'homme a rapporté à l'Etat des comportements accomplis par les employés d'une entreprise privée gérant un établissement pénitentiaire en considérant qu'il s'agissait là d'une activité essentielle de l'Etat (*Cabal et Pasini c. Australie*, com. n° 1020/2001, 7 août 2003, doc. A/58/40, vol. 2, p. 334 s., sp. § 7.2, p. 345). Toutefois, même ici, il y a place pour la discussion, ainsi que l'indique la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, qui a discuté et écarté le caractère gouvernemental des fonctions de gardien de prison afin d'exclure du bénéficie de l'immunité reconnue dans l'ordre interne aux fonctionnaires des Etats-Unis les gardiens de prison privés (Etats-Unis, Cour suprême, *Richardson v. McKnight*, 23 juin 1997, 521 US 399).

l'éducation, ils demeurent responsables des violations commises dans l'exercice de la fonction éducative, quand bien même ils l'auraient confiée à des écoles privées[1808]. De même, comme les Etats parties se sont engagés à assurer une assistance judiciaire gratuite, ils sont responsables des violations susceptibles d'être commises dans l'organisation de cette fonction, quand bien même ils l'auraient confiée aux barreaux[1809]. De même encore, puisque les Etats parties ont garanti aux individus soumis à leur juridiction un droit à un procès équitable, ils demeurent responsables de l'exécution des décisions de justice, quand bien même ils l'auraient confié en tout ou partie à un organisme de droit privé[1810]. La formule selon laquelle l'Etat « ne saurait se soustraire à sa responsabilité *ratione personae* en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers »[1811] signifie donc qu'il ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant des fonctions à l'égard desquelles il a souscrit des obligations.

571. Ce raisonnement peut être transposé à d'autres domaines. Il est poussé plus loin encore lorsque les Etats s'accordent conventionnellement pour considérer une activité comme étatique quand bien même elle serait confiée à des opérateurs privés. C'est ainsi d'abord que l'article VI du traité sur l'espace de 1967[1812], susceptible d'être considéré comme imputant à l'Etat aux fins de la responsabilité les comportements accomplis par les entreprises privées qui mènent des activités spatiales[1813], apparaît comme le fruit d'un compromis entre les positions des Etats-Unis, qui souhaitaient que des activités privées

---

[1808] *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993, § 27.
[1809] *Van der Mussele c. Belgique*, req. n° 8919/80, arrêt du 23 novembre 1983, § 29.
[1810] *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 52 s.
[1811] *Van der Mussele c. Belgique*, req. n° 8919/80, arrêt du 23 novembre 1983, § 29 ; *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993, série A, n° 247-C, § 27 ; *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005, § 60 ; *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00, arrêt du 16 juin 2005, § 103 ; *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005, § 54.
[1812] Traité de 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, article VI : « Les Etats parties au Traité ont la responsabilité internationale des activités nationales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes qu'elles soient entreprises par des organismes gouvernementaux ou par des entités non gouvernementales, et de veiller à ce que les activités nationales soient poursuivies conformément aux dispositions énoncées dans le présent Traité. Les activités des entités non gouvernementales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, doivent faire l'objet d'une autorisation et d'une surveillance continue de la part de l'Etat approprié partie au Traité. En cas d'activités poursuivies par une organisation internationale dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, la responsabilité du respect des dispositions du présent Traité incombera à cette organisation internationale et aux Etats parties au Traité qui font partie de ladite organisation ».
[1813] En ce sens, L. Condorelli, « L'imputation en droit international public. Solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 121-126. L'interprétation de cet article est pour le moins délicate. D'une part, car il oscille entre exposé des obligations de surveillance qui pèsent sur les Etats relativement aux activités spatiales d'entités non-étatiques et évocation d'une responsabilité dont on ignore si elle désigne ces obligations positives (*accountability*) ou si elle renvoie aux règles secondaires applicables à la matière. D'autre part, car il s'insère dans un régime général de responsabilité objective, complété par l'article VII du même traité ainsi que par la Convention de 1972 sur la responsabilité pour les dommages causés par les objets spatiaux.

fussent possibles dans l'espace, et de l'URSS, qui s'y opposait. Ces activités furent ainsi tolérées à condition d'être assimilées aux activités étatiques et placées sous le contrôle étroit et la responsabilité des Etats[1814]. C'est ainsi ensuite, et plus récemment, que les Etats membres de l'O.M.C. ont conclu un accord spécifique pour régir les cas dans lesquels les Etats confient à des personnes privées le soin de contrôler les expéditions de marchandises commandées à l'étranger et dont on peut considérer qu'il conduit *in fine* à y voir une fonction étatique[1815].

572. La méthode permet d'objectiver l'identification des fonctions étatiques. Il est toutefois d'autres cas où des fonctions sont considérées comme étatiques en application d'un faisceau d'indices.

2. Les fonctions considérées comme étatiques en application d'un faisceau d'indices

573. Le champ des fonctions dont l'exercice justifie que des comportements soient attribués à l'Etat aux fins de la responsabilité semble en effet plus large encore. R. Ago le pensait, lui qui citait, pour illustrer les cas où des particuliers exercent des fonctions étatiques, ceux dans lesquels « une entreprise privée est chargée (…) d'assurer un service d'intérêt public dans le domaine des transports, des communications postales ou autres » ou encore ceux dans lesquels « les conducteurs de moyens de transports privés sont utilisés pour transporter des troupes en ligne »[1816]. Quant aux juridictions étudiées, elles ont pu

[1814] A. Kerrest, « D'un droit inter-étatique issu de la guerre froide à l'encadrement des activités privées », *in* S.F.D.I., *Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, Paris, Pedone, 2003, p. 3-16, sp. p. 6-7.

[1815] Depuis les années 50, les Etats importateurs, principalement les Etats en développement qui entendent ainsi pallier la faiblesse de leur administration douanière, recourent aux services de sociétés indépendantes d'inspection avant expédition pour vérifier la qualité, la quantité et le prix des produits qu'ils entendent importer avant même qu'ils soient expédiés depuis l'Etat exportateur. Cette pratique étant susceptible d'affecter le commerce entre Etats, elle est régie depuis 1995 par l'Accord sur les inspections avant expédition. Celui-ci prévoit ainsi que les principes et obligations énoncés dans l'Accord général s'appliquent aux activités des entités d'inspection avant expédition, définies comme « toute entité qu'un membre a recruté par contrat ou dont il a prescrit l'emploi pour mener des activités d'inspection avant expédition ». Sa mise en œuvre passe par deux canaux. Un mécanisme de règlement des différends entre exportateurs et sociétés d'inspection, dénommé « entité indépendante », d'abord. La seule existence de ce mécanisme est, malgré la faiblesse des saisines (deux affaires opposant Alcatel CTT et SGS France, doc. G/PSI/IE/R/1 et 2, 2 novembre 2005 et 14 novembre 2006), remarquable en ce qu'il est accessible à des entités non étatiques (en ce sens, H. Ascensio, « L'entreprise dans la société internationale – Rapport introductif », *op. cit.*, p. 22). Il est complété par le mécanisme classique de règlement des différends entre Etats. La mise en œuvre de ce mécanisme est susceptible de conduire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat qui recourt à de telles entreprises, les comportements de ces entreprises pouvant ainsi être assimilés à des faits de l'Etat en raison de la nature de l'activité dans l'exercice de laquelle ils ont été adoptés.

[1816] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 190, p. 268.

considérer certaines fonctions comme étatiques sans nécessairement qu'elles relèvent des fonctions régaliennes. L'identification de telles fonctions semble alors passer, une fois encore, par la mise en œuvre de la technique du faisceau d'indices. Les indices mobilisés sont d'ailleurs pour l'essentiel les mêmes que ceux qui conduisent à considérer une entité comme étatique aux fins de la responsabilité. Mais ils ne sont plus appliqués à l'entité qui agit mais à la fonction qu'elle exerce. L'appréciation du caractère étatique, voire de l'intérêt général, d'une activité peut sembler extrêmement subjective. Mais le fait qu'elle ait été confiée à une entité par des organes de l'Etat, unilatéralement ou contractuellement, qu'elle soit financée par des fonds publics, que les organes de l'Etat maintiennent un certain contrôle sur son exercice ou encore qu'ils aient doté l'entité à laquelle ils l'ont confiée de prérogatives, ou de privilèges, de puissance publique constitueront autant d'indices de son caractère étatique, qui ne pourrait être déduit de la seule nature de la fonction en cause[1817]. Il semble que ce soit en ce sens qu'il faille lire le commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif lorsqu'il indique que pour déterminer « ce qui est considéré comme 'public' (…) particulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État »[1818].

574. Si l'on applique ce raisonnement, les comportements des cocontractants privés utilisés dans le domaine militaire semblent pouvoir être imputés à l'Etat cocontractant. Nombreux sont certes les auteurs qui s'inquiètent d'une faille dans le mécanisme d'imputation en estimant que certains de ces cocontractants ne remplissent pas toutes les conditions fixées par l'article 5 du texte codifié par la C.D.I., soit parce qu'ils n'ont pas été habilités à agir par voie unilatérale mais par contrat[1819], soit parce que certaines de leurs activités ne traduisent pas l'exercice de la puissance publique ni ne relèvent des fonctions

[1817] CIRDI, *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 63-86 ; *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, recevabilité, 17 octobre 2006, § 82-94 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008, § 107-108, remarquant que les tâches de l'Agence nationale des barrages algérienne entrent clairement dans un but d'intérêt général et public ; *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 28-35 ; *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, § 34-40, soulignant que la Société des autoroutes du Maroc poursuit des tâches de nature étatique ; *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7 décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 85 s., remarquant que les objectifs et tâches de la *Sociedad para el desarollo industrial de Galicia* sont « *by their very nature typically governmental tasks* ».

[1818] Commentaire de l'article 5 du texte de codification définitif, § 6, *op. cit.*, p. 45.

[1819] Sur la question, v. M. Spinedi, « *Private contractors* : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite de personnes privées ? », *op. cit.*, p. 277, qui admet tout de même un élargissement lorsque le droit interne prévoit la possibilité de déléguer contractuellement certains pouvoirs publics à une entreprise privée.

spécifiques, essentielles ou régaliennes de l'Etat[1820]. Il semble toutefois qu'il y ait là une lecture excessivement rigide du texte de la Commission, dont les dispositions doivent être appréhendées comme un tout. Le fait que les fonctions que ces entreprises militaires et de sécurité privées assument leur aient été confiées par l'Etat, pour son compte, dans les conditions qu'il définit, en les accompagnant de certains privilèges tels que des immunités de juridiction, et, sinon sous son contrôle, du moins sous sa surveillance, doit conduire à considérer qu'elles sont étatiques[1821]. Les comportements accomplis par ces personnes privées dans l'exercice de telles fonctions doivent alors être rapportés à l'Etat.

*

* *

575. Il n'est donc pas rare que des faits soient imputés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs considérés comme étatiques. Cela n'est toutefois pas systématique. Les solutions retenues traduisent la recherche d'un équilibre entre les exigences de la réparation et de la légalité d'une part et la dimension sanctionnatrice de la responsabilité d'autre part. Les premières conduisent à imputer à l'Etat tous les comportements accomplis au titre de fonctions ou pouvoirs dont il a confié l'exercice à des entités non étatiques. La seconde exclut de lui rapporter les comportements accomplis par des entités qui s'arrogent tout ou partie de ses fonctions ou pouvoirs sans son consentement. Entre ces deux pôles, la pratique est plus hésitante.

Elle l'est d'abord lorsque des particuliers exercent la puissance publique en situation d'absence ou de carence des autorités officielles. Si le souci d'assurer une meilleure réparation peut conduire à considérer que les comportements qu'ils accomplissent sont imputables à l'Etat, notamment lorsqu'il a toléré cette situation, la charge qui en résulte peut sembler trop lourde lorsque l'appareil étatique a totalement disparu.

Elle l'est ensuite lorsque l'Etat admet que d'autres sujets du droit international exercent, sur son territoire ou pour son compte, des fonctions ou pouvoirs qui se rattachent à la puissance publique. En pareil cas, la personnalité juridique reconnue aux sujets impliqués comme le souci de favoriser la coopération internationale conduisent à écarter tout basculement dans l'imputation. Cela n'exclut toutefois pas que l'Etat soit tenu responsable d'un fait illicite connexe, lorsqu'il admet qu'un autre sujet exerce une

[1820] K. Nieminen, « The rules of attribution and the private military contractors at Abu Ghraib : private acts or public wrongs ? », *FYIL*, 2004, vol. 15, p. 289-319 ; C. Hoppe, « Passing the buck : State responsibility for private military companies », *EJIL*, 2008, vol. 19, p. 989-1014 ; F. Parodi, « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, 2010, p. 501-534, sp. p. 510-511.

[1821] En ce sens, L.-A. Sicilianos, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *op. cit.*, p. 386-387.

puissance publique sur son territoire ou pour son compte en violant les obligations qui pèsent sur lui.

576. Cette recherche d'équilibre se retrouve dans une certaine mesure au stade de l'identification des comportements susceptibles d'être considérés comme étatiques en raison de leur nature. Au-delà d'un certain point, et en dehors des cas où ils sont conventionnellement déterminés, les pouvoirs et, surtout, les fonctions étatiques s'identifient davantage qu'ils se définissent. En retenant que les comportements d'une entité non étatique peuvent être rapportés à l'Etat lorsqu'elle est habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique et agit dans l'exercice de ces prérogatives, la C.D.I. a toutefois, sans en être pleinement consciente, ouvert la voie à des interprétations restrictives. Seule une approche souple combinant plusieurs indices semble pourtant à même de permettre l'identification des comportements accomplis dans l'exercice de fonctions ou pouvoirs étatiques.

577. Ici comme ailleurs, les finalités distinctes du droit des immunités et du droit de la responsabilité peuvent alors conduire à des divergences d'appréciation. Le premier visant à protéger l'Etat lorsqu'il agit en tant que souverain en territoire étranger, il se peut que seules les entités non étatiques qui bénéficient de pouvoirs spécifiques, exorbitants du droit commun, puissent invoquer les immunités qui lui sont reconnues. Le second tendant à saisir l'ensemble de l'activité de l'Etat, il est envisageable que des comportements lui soient rapportés non parce qu'ils traduisent l'exercice de pouvoirs étatiques mais parce qu'ils ont été accomplis dans le cadre de fonctions étatiques. Pour les identifier, il faut alors tenir compte de l'implication de l'Etat dans l'activité en question, de sorte que les faits étatiques par nature ne peuvent être totalement distingués des faits étatiques par destination.

Chapitre 2. Les faits étatiques par destination

578. La responsabilité de l'Etat peut être engagée pour le comportement d'entités non étatiques. Tel peut être le cas parce que ces entités ont agi dans l'exercice de pouvoirs ou de fonctions étatiques. Mais tel peut également l'être en raison de l'implication de l'Etat dans leurs comportements. L'attention avait initialement été retenue par les situations dans lesquelles des particuliers « sont préposés à l'accomplissement de missions ou de besognes déterminées dont les organes de l'Etat estiment préférable de ne pas charger directement de vrais agents de l'Etat »[1822], ou, pour le dire plus directement, sont utilisés pour accomplir « les basses œuvres de l'Etat : espionnage, provocation, sabotage, etc. »[1823]. Ces pratiques restent d'actualité. Mais la question de l'implication de l'Etat dans le comportement d'entités non étatiques a surgi dans des contextes distincts. Celui du terrorisme d'abord. La possibilité d'imputer à un Etat les attaques menées par des groupes terroristes a été soulevée après le 11-Septembre. Il s'est alors agi de déterminer si de telles attaques étaient susceptibles d'être assimilées à des actes d'agression imputables à un Etat, ouvrant ainsi un droit à la légitime-défense à l'Etat qui en est victime[1824]. Ces raisonnements ont toutefois été développés pour l'essentiel non dans le contexte du droit de la responsabilité mais dans celui du *jus ad bellum* et en s'appuyant, pour ce qui est de l'imputation, sur la *lex specialis* figurant à l'article 3 g) de la résolution 3314 de l'A.G.N.U.[1825] La question est apparue ensuite dans le contexte du droit économique. Si elle vise à régir la conduite des pouvoirs publics, cette branche du droit n'ignore ni que le comportement des opérateurs privés est déterminant pour la régulation des échanges internationaux, ni que les Etats peuvent être tentés de les utiliser afin de contourner les obligations mises à leur charge. Elle nécessite

[1822] R. Ago, « Troisième rapport sur la responsabilité de l'Etat », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, § 190, p. 278.
[1823] P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *in* P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 377-560, sp. p. 461.
[1824] Il ne s'agit là que de l'un des trois raisonnements susceptibles de conduire à pareille conclusion. Le premier consiste à considérer que pour que des actes soient qualifiés d'agression il n'est pas nécessaire qu'ils soient imputables à un Etat (sur ce point, v. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, p. 173 s., ainsi que le rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie du 30 septembre 2009, vol. 2, ch. 3, p. 239-242 (accessible sur le site de la Mission http://www.ceiig.ch) ; v. aussi *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1). Le second consiste à considérer que, quand bien même les attaques ne seraient pas imputables à l'Etat, les situations dans lesquelles il est possible d'agir en légitime défense devraient être étendues aux cas dans lesquels un Etat manque gravement et/ou de manière intentionnelle à ses obligations de prévention en la matière.
[1825] Aux termes duquel l'agression consiste dans « l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat (…) ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action ». Même si la question présente des analogies fortes avec celle de l'imputation aux fins de la responsabilité, il n'est donc pas exclu que les solutions divergent (en ce sens, O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 578 s., qui estime que la référence au droit de la responsabilité ne peut être que subsidiaire lorsque l'on cherche à interpréter l'article 3 g) de la résolution 3314).

donc également de prendre en compte l'implication de l'Etat dans le comportement d'entités non étatiques dans un cadre distinct.

579. Outre que les contextes, factuels et juridiques, dans lesquels elle est examinée sont diversifiés, l'implication de l'Etat dans les comportements d'entités non étatiques connaît des variations, tant dans sa forme que dans son intensité. Il peut ainsi avoir contraint, incité ou invité une personne ou une entité à agir, il peut l'avoir dirigée ou contrôlée, l'avoir aidée ou assistée, avoir agi de concert avec elle ou simplement ne pas l'avoir empêchée d'agir. Si dans tous ces cas, la responsabilité de l'Etat est susceptible de naître pour les comportements d'entités non étatiques, ce peut être parce ces comportements sont regardés comme siens ou seulement parce qu'ils ont permis de mettre en lumière une violation connexe par l'Etat de ses obligations. Dans le premier cas, le comportement en cause est considéré comme un fait de l'Etat, dans le second il ne fait que catalyser l'illicéité d'un fait étatique. La distinction reste clairement affirmée (section 1), même si sa mise en œuvre peut conduire à l'obscurcir (section 2).

Section 1. L'existence de faits étatiques par destination

580. Les travaux de la C.D.I. ont conduit à distinguer nettement les comportements accomplis par des personnes privées selon qu'ils sont imputables à l'Etat ou qu'ils peuvent faire naître sa responsabilité pour un fait illicite connexe (§ 1). La pratique judiciaire correspond globalement à ce modèle (§ 2).

§ 1. Les travaux de la Commission du droit international

581. S'inscrivant sur ce point dans les traces de D. Anzilotti, R. Ago a conduit la Commission du droit international à écarter les notions de responsabilité collective, de responsabilité déléguée et de complicité pour opérer une césure nette entre les comportements de particuliers qui doivent être rapportés à l'Etat et ceux qui ne peuvent l'être quand bien même ils pourraient faire naître sa responsabilité. La consécration de cette césure constitue même, selon certains, l'apport principal du juriste italien aux travaux de codification[1826].

[1826] C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001, p. 93-142, sp. p. 98 ; F. Dopagne, y voit également l'un des principaux mérites du rapporteur spécial (« La responsabilité de l'Etat du fait des

A. Première lecture

582. R. Ago considérait que deux mécanismes pouvaient conduire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat en raison de son implication dans le comportement d'entités non étatiques. Selon le premier, le comportement en cause devrait être imputé à l'Etat ; selon le second, l'Etat ne pourrait être tenu responsable que d'un fait illicite connexe pour avoir permis ou n'avoir pas empêché le comportement en cause. R. Ago a ainsi consacré une partie importante de ses travaux à distinguer ces deux hypothèses, souvent confondues.

583. La confusion s'enracinait dans les écrits de Grotius ou de Vattel. Le premier, identifiant l'Etat à la personne du Souverain, considérait qu'il ne pouvait être automatiquement puni pour les crimes de ses sujets mais qu'il devait en revanche en répondre lorsqu'il y avait contribué, soit en ne les prévenant pas alors qu'il en avait connaissance (*patientia*) soit en ne les réprimant pas (*receptus*)[1827]. Mais il estimait qu'en pareil cas le Souverain n'était « pas tant puni pour le crime d'autrui que pour le sien propre »[1828]. Le second, tout en percevant l'Etat comme une personne morale distincte de la personne du Souverain, estimait de manière comparable qu'il pouvait dans certains cas être tenu responsable de la conduite de particuliers. Il distinguait alors trois situations dans lesquelles cela était envisageable. Selon la première, « si la Nation ou son conducteur approuve et ratifie le fait du citoyen, elle en fait sa propre affaire : l'offensé doit alors regarder la Nation comme le véritable auteur de l'injure, dont peut-être le citoyen n'a été que l'instrument »[1829]. Selon la deuxième, « le Souverain qui refuse de faire réparer le dommage causé par son Sujet, ou de punir le coupable, ou enfin de le livrer, se rend en quelque façon complice de l'injure et il en devient responsable »[1830]. Selon la troisième, « la Nation en général est coupable des attentats de ses membres (…) lorsque par ses mœurs, par les maximes de son gouvernement, elle accoutume et autorise les citoyens à piller et maltraiter indifféremment les étrangers [ou] à faire des courses dans les pays

---

particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *RBDI*, 2001, vol. 2, p. 492-525, sp. p. 512).

[1827] *Droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. par J. Barbeyrac, Publications de l'Université de Caen, 1984, Livre II, chapitre XXI, § 2, p. 636, retenant que le supérieur se rend coupable du crime de ses subordonnés « lorsqu'il souffre que l'on commette un crime » ou « lorsqu'il donne retraite au coupable ». Sur l'approche générale de Grotius, v. *supra*, Introduction.

[1828] Livre II, chapitre XXI, § 1, p. 635.

[1829] *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Paris, Librairie de Guillaumin et cie, nouvelle édition, 1863, tome 2, Livre 2, chapitre VI, § 71-77 p. 48 s.

[1830] *Ibid.*

voisins »[1831]. Tout en considérant, comme Grotius, que la responsabilité de l'Etat ne pouvait naître que de sa faute, Vattel assimilait donc certains comportements de personnes physiques à des faits étatiques, en appliquant notamment la figure de la complicité.

584. Ces conceptions connurent des développements aussi bien dans la doctrine qu'en droit positif jusqu'au tournant du 20e siècle[1832]. Elles furent toutefois remises en cause par les travaux d'Anzilotti. Ce dernier s'opposa nettement à l'analyse en termes de complicité pour expliquer la responsabilité de l'Etat pour le comportement de personnes privées. D'abord parce qu'une telle approche suggère une intention délictueuse commune à l'auteur principal de l'acte et à son complice, là où la responsabilité internationale se voudrait objective, débarrassée de toute référence à une introuvable faute étatique[1833]. Ensuite parce que l'Etat ne pourrait être perçu comme le complice d'une personne privée, ces deux êtres appartenant à des univers juridiques différents[1834]. Anzilotti n'écartait pas pour autant la possibilité que la responsabilité de l'Etat soit engagée lorsqu'il ne prévient ou ne réprime pas le comportement de particuliers. Simplement, en pareille hypothèse, ce fait ne serait pas rapporté à l'Etat, qui ne pourrait être tenu responsable que de son propre fait constitutif d'un manquement à une obligation préexistante de prévenir ou réprimer certains comportements individuels. Anzilotti fut ainsi l'un des premiers à affirmer que le comportement d'une personne privée ne pouvait en principe être imputé à l'Etat mais que « si (…) l'Etat néglige de prendre les règles nécessaires ou s'il ne les fait pas dûment valoir, il accomplit *lui-même* un fait contraire au droit international : il est alors responsable *de son fait*, et non du fait des individus assujettis à son pouvoir »[1835].

585. R. Ago approfondit l'entreprise de systématisation amorcée par D. Anzilotti. Si, sur un plan théorique, il n'excluait pas que « l'action du particulier puisse être attribuée à l'Etat (…) dans des cas où elle serait spécifiquement entachée d'une certaine participation ou une certaine complicité de la part d'organes de l'Etat »[1836], le rapporteur spécial

---

[1831] *Ibid.*

[1832] La sentence rendue en 1875 dans l'affaire *Cotesworth et Powell* est révélatrice de cette tendance. Il y est dit qu'« un pays n'est pas responsable vis-à-vis d'un autre pour les actes privés de ses ressortissants sauf s'il les approuve ou les ratifie. Dans ce cas, l'affaire acquiert un caractère public, et la partie qui en a souffert peut tenir le pays lui-même pour auteur du préjudice. Il est admis que son approbation n'a pas besoin d'être exprimée formellement ; elle peut être inférée avec raison du refus de pourvoir aux moyens de réparation quand ceux-ci sont possibles ou du pardon qu'il accorde à l'auteur de l'offense quand ce pardon prive nécessairement la partie lésée de tout moyen d'obtenir redressement » (Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie, 5 novembre 1875, A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, 1954, t. III, p. 695 s., sp. p. 725).

[1833] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 et 285-309, sp. p. 287-290. Sur ce point, v. *supra*, Introduction.

[1834] *Ibid.*, p. 298.

[1835] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 298, les italiques sont de l'auteur ; v. aussi D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. G. Gidel, 1929, nouvelle édition, Paris, LGDJ, p. 491.

[1836] « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 64, p. 105.

considéra que la pratique montrait qu'une telle mutation du comportement d'un particulier en fait de l'Etat ne survenait que si le premier avait agi, en fait, pour le compte du second, rejetant fermement la « théorie de la complicité »[1837]. Il précisa toutefois immédiatement que « la conclusion rigoureusement négative quant à l'attribution à l'Etat des agissements de simples particuliers ne signifie point que l'Etat ne puisse pas encourir autrement une responsabilité internationale à l'occasion de tels agissements. Mais il doit être dit en toutes lettres que cette responsabilité ne peut découler que du seul fait d'organes étatiques qui, par leur conduite passive en relation avec l'action de particuliers, auraient commis un manquement à une obligation internationale de l'Etat », avant de souligner « l'importance que l'action de particuliers peut prendre comme événement extérieur constituant l'élément catalyseur de l'illicéité de la conduite de l'Etat »[1838]. R. Ago proposa donc à la Commission deux dispositions concernant les comportements de particuliers. Selon la première, « le comportement d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers, agissant en tant que tels, ne peut pas être considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international »[1839], même s'il peut faire naître sa responsabilité pour l'omission de ses organes « au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou pour réprimer le comportement du particulier ou du groupe de particuliers et ne l'ont pas fait »[1840]. Selon la seconde, « est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement de [particuliers qui] agissent en fait pour le compte de l'Etat »[1841].

586. Les débats menés en première lecture confirmèrent la position du rapporteur spécial. Ils enregistrèrent ainsi la distinction entre les comportements des particuliers qui peuvent être rapportés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis dans un cas particulier pour son compte et ceux qui ne peuvent l'être quand bien même ils pourraient faire naître sa responsabilité pour un fait illicite connexe. Tout juste certains membres de la Commission insistèrent-ils sur la nécessité de distinguer les hypothèses couvertes par l'article 8 proposé par le rapporteur spécial, selon que l'entité en cause a agi en fait pour le compte de l'Etat ou exercé des pouvoirs ou fonctions étatiques, de sorte que le champ de l'alinéa a) de l'article 8 adopté en première lecture fut restreint aux cas dans lesquels une « personne ou [un] groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat »[1842]. La Commission confirma ensuite que ces cas étaient les seuls dans lesquels les comportements de particuliers pouvaient être rapportés à l'Etat en adoptant un article 11 aux termes duquel « n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le

[1837] *Ibid.*, § 139, p. 142.
[1838] *Ibid.*, § 145, p. 137.
[1839] Projet d'article 11 proposé par le rapporteur spécial, *ibid.*
[1840] *Ibid.*
[1841] Projet d'article 8 proposé par le rapporteur spécial, *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, § 197, p. 282.
[1842] Article 8 du texte adopté en première lecture, *ACDI*, 1974, vol. 2, partie 1, p. 294.

comportement d'une personne ou d'un groupe n'agissant pas pour le compte de l'Etat », sans que cela exclue qu'il puisse être tenu responsable pour « tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés » [1843].

587. Les articles 8 a) et 11 adoptés en première lecture pouvaient ainsi être perçus comme les deux faces d'une même pièce, le premier visant les cas dans lesquels les comportements de particuliers peuvent être attribués à l'Etat, le second fixant la limite de cette imputation[1844].

B. Seconde lecture

588. Reprenant les travaux de la Commission, J. Crawford confirma la distinction nette à opérer entre les comportements de particuliers qui doivent être rapportés à l'Etat parce qu'ils ont été accomplis pour son compte et ceux qui ne peuvent l'être quand bien même ils pourraient faire naître sa responsabilité. Les modifications qu'il proposa ne remettaient en effet pas en cause l'approche adoptée par la Commission en première lecture. Le nouveau rapporteur spécial confirma tout d'abord que certains comportements de personnes privées agissant pour le compte de l'Etat devaient lui être imputés[1845]. Les modifications qu'il proposa sur ce point tendaient seulement à préciser les cas dans lesquels cela était envisageable, en distinguant selon qu'un particulier agit « en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de [l']Etat »[1846] de ceux dans lesquels l'Etat « entérine ou fait sien » son comportement[1847]. Comme en première lecture, J. Crawford cantonna ensuite l'attribution à l'Etat du comportement de particuliers aux hypothèses dans lesquelles il est particulièrement impliqué. En effet, tout en proposant la suppression de la disposition excluant l'attribution à l'Etat du comportement des personnes ou entités qui n'agissent pas pour son compte car il estimait qu'elle n'apportait rien, le rapporteur spécial écartait toutefois « un retour aux notions discréditées de 'responsabilité déléguée' pour les faits des personnes privées »[1848].

589. Les débats confirmèrent l'ancrage de ces solutions, de sorte que le texte de codification définitif repose sur une distinction nette entre les comportements qui doivent

[1843] *ACDI*, 1975, vol. 2, partie 1, p. 75.
[1844] En ce sens, O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 257-280, sp. p. 262.
[1845] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 195, p. 43.
[1846] Projet d'article 8 a) proposé par le rapporteur spécial, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 60.
[1847] Projet d'article 15 *bis* proposé par le rapporteur spécial, *op. cit.*, p. 62. Sur ces points, v. *infra*, Section 2.
[1848] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 244-245, p. 52-53.

être imputés à l'Etat parce que les personnes ou groupes qui les ont adoptés agissaient « en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat »[1849] ou parce que « cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien »[1850] et les comportements qui ne peuvent lui être rapportés quand bien même ils pourraient faire naître sa responsabilité en révélant un fait illicite connexe[1851].

590. La distinction se retrouve dans la pratique judiciaire.

§ 2. La pratique judiciaire

591. La pratique judiciaire correspond au modèle dégagé par la C.D.I. Comme la Commission, les juges et arbitres internationaux distinguent les comportements de particuliers qui doivent être rapportés à l'Etat de ceux qui ne peuvent l'être quand bien même leur survenance permettrait de catalyser un fait étatique connexe. La césure est particulièrement nette dans la pratique de la C.I.J. (A). Elle apparaît également dans celle des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme (B) ou du droit économique (C).

A. La pratique de la Cour internationale de Justice

592. La Cour a considéré que le comportement d'individus ou de groupes dépourvus de liens formels avec l'Etat pouvait néanmoins lui être rapporté lorsque leur « totale dépendance » à son égard implique de les assimiler à des organes[1852]. Elle n'en a pas moins reconnu que la responsabilité de l'Etat pouvait également être engagée en raison de l'implication de ses organes dans les agissements d'entités non étatiques. Elle distingue alors selon que cette implication a pour effet de muer le comportement en cause en fait de l'Etat ou qu'elle doit être considérée comme un fait illicite distinct. Cette solution se dégage de la lecture en creux, et sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les faits qui en étaient à l'origine, d'arrêts rendus dans des affaires déjà examinées afin d'établir

[1849] Article 8 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 49.
[1850] Article 11 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 55.
[1851] Commentaire du chapitre 2 du texte de codification définitif, § 4 : « un État peut être responsable des effets du comportement d'entités privées s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ces effets » (*op. cit.*, p. 40). Sur ce point, v. aussi F. Dopagne, « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 516).
[1852] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

l'existence d'organes *de facto* : l'affaire des *Otages*, celle des *Activités militaires au Nicaragua*, celle des *Activités militaires sur le territoire du Congo* et celle du *Génocide*.

593. Alors même que la C.D.I adoptait en première lecture la première partie de son projet d'articles, la C.I.J. dut se prononcer sur la question de la responsabilité des Etats en lien avec le comportement de particuliers dans l'affaire des *Otages*. Elle confirma alors la solution tout juste dégagée par la C.D.I. Estimant que l'Iran ne pouvait être tenu responsable que des comportements qui lui sont imputables, la Cour refusa de lui rapporter le comportement de particuliers à moins qu'ils aient agi « effectivement pour son compte, parce qu'un organe compétent [de l']Etat les aurait chargés d'une opération déterminée »[1853]. Elle distingua alors deux périodes. S'agissant de la première période, elle estima qu'il n'avait pu être établi qu'un organe de l'Iran avait chargé ou autorisé les militants d'entreprendre les attaques[1854], si bien qu'elle ne les lui imputa pas. Cela ne l'empêcha pas de considérer que l'Iran avait engagé sa responsabilité en manquant à l'obligation de prendre des mesures appropriées pour protéger les locaux et personnels diplomatiques des Etats-Unis. Elle releva même à cette occasion que « la carence du gouvernement de l'Iran était due à plus qu'une simple négligence ou un simple manque de moyens »[1855]. S'agissant de la seconde période, elle considéra en revanche que, puisque « l'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'Etat iranien [avaient] approuvé ces faits et décidé de les perpétuer », « l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages [avaient] pris le caractère d'actes dudit Etat »[1856]. La Cour admit ainsi que l'implication des organes de l'Etat dans les comportements de particuliers pouvait avoir pour effet tantôt de les muer en faits étatiques, tantôt de faire naître la responsabilité de l'Etat pour un fait illicite connexe.

594. L'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* compléta « le processus de réception de la conception de la C.D.I. par la C.I.J. »[1857]. Là encore, la Cour commença par rechercher si les comportements en cause pouvaient être attribués aux Etats-Unis, soit parce qu'ils avaient été accomplis par des organes de l'Etat, soit parce qu'ils avaient été commis par des « personnes rétribuées par [lui] et agissant sur ses instructions, sous la supervision et avec l'appui logistique [de ses agents] »[1858] ou encore par des personnes « agissant au nom de ce gouvernement »[1859]. Ce n'est qu'après avoir répondu

[1853] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 56 et 58.
[1854] *Ibid.*, § 49.
[1855] *Ibid.*, § 61-68.
[1856] *Ibid.*, § 74.
[1857] L'expression est de C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 99.
[1858] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 80.
[1859] *Ibid.*, § 109.

par la négative à la question de l'imputabilité des comportements en cause aux Etats-Unis qu'elle constata que cet Etat avait néanmoins violé, ici l'obligation résultant du principe d'interdiction du recours à la force de ne pas encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat[1860] ainsi que l'obligation résultant du principe de non intervention de ne pas appuyer et assister des bandes armées dont l'action tend à renverser le gouvernement d'un autre Etat[1861], là l'obligation de ne pas encourager la commission d'actes contraires aux principes généraux du droit international humanitaire[1862]. La Cour distingua ainsi nettement selon que l'implication de l'Etat dans les agissements en cause a eu pour effet de les transformer en faits étatiques ou qu'elle constitue un fait illicite distinct.

595. La Cour confirma ce raisonnement en l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo*. Elle fut alors confrontée à deux types de comportements dont on pouvait penser qu'ils émanaient d'entités non étatiques. Elle commença par rechercher si les attaques armées menées sur le territoire du Congo par le Mouvement de libération du Congo (M.L.C.) pouvaient engager la responsabilité de l'Ouganda. Elle rechercha alors si ces attaques étaient imputables à cet Etat parce que le M.L.C. en était en réalité l'organe ou parce qu'il aurait agi sur ses instructions, ses directives ou sous son contrôle[1863]. N'ayant pu l'établir, elle jugea néanmoins que cet Etat devait répondre non des attaques menées par le M.L.C. mais du soutien apporté à ce groupe en contradiction avec les principes de non-intervention et d'interdiction du recours à la force[1864]. Mais la Cour dut également déterminer si le pillage de l'ambassade ougandaise à Kinshasa pouvait engager la responsabilité du Congo. Manquant de preuves permettant de déterminer qui, des forces armées congolaises ou de milices privées, l'avait commis, elle estima néanmoins que la responsabilité du Congo était engagée, « peu import[ant] que cet acte résulte d'actions de la R.D.C. elle-même ou de son impuissance à empêcher que des milices armées le commettent »[1865]. La Cour confirma ainsi aussi bien la distinction entre faits étatiques par destination et manquements des Etats à leurs obligations positives que la possibilité que l'existence des secondes conduise dans certains cas à rendre, sinon inutile du moins secondaire[1866], la recherche des premiers.

596. Elle systématisa finalement sa position en l'affaire du *Génocide*, cherchant à déterminer dans quelles hypothèses la responsabilité de la R.F.Y. était susceptible d'être

[1860] *Ibid.*, § 228.
[1861] *Ibid.*, § 241.
[1862] *Ibid.*, § 256.
[1863] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.
[1864] *Ibid.*, pt. 1 du dispositif.
[1865] *Ibid.*, § 342.
[1866] V. aussi *infra*, sur la question de la réparation.

engagée pour le génocide commis à Srebrenica par l'armée des Serbes de Bosnie et les paramilitaires qui agissaient à ses côtés. Elle envisagea alors trois degrés de responsabilité. Elle rechercha tout d'abord si ces crimes pouvaient être attribués à l'Etat, parce que les entités qui les avaient commis pouvaient être considérées comme ses organes, de droit ou de fait[1867], ou parce qu'elles avaient agi sur ses instructions, ses directives ou son contrôle[1868]. Ayant conclu que tel n'était pas le cas[1869], la Cour examina encore si la responsabilité de la R.F.Y. pouvait être engagée parce qu'elle s'était montrée complice des crimes en cause au sens de l'article 3 e) de la convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide[1870]. Elle jugea toutefois que la R.F.Y. ne pouvait davantage être considérée comme telle car, si elle avait aidé et assisté les entités impliquées, les preuves permettant d'affirmer qu'elle l'avait fait « en pleine conscience de ce que cette aide serait employée à commettre un génocide » manquaient[1871]. Elle finit donc par rechercher si la R.F.Y. n'avait pas manqué à ses obligations de les prévenir ou de les réprimer[1872]. Elle retint alors que tel était le cas, d'une part parce que cet Etat n'avait rien fait pour éviter ces atrocités alors qu'il exerçait une influence sur la *Republika srpska* et savait ou aurait dû savoir qu'il existait un risque qu'un génocide soit commis[1873], d'autre part car il avait depuis lors manqué à son obligation de coopérer avec le T.P.I.Y. pour que les personnes impliquées soient jugées[1874].

597. La pratique de la C.I.J. montre donc que la responsabilité de l'Etat peut être engagée en raison de son implication dans les agissements d'entités non étatiques. Elle montre aussi que cette implication est susceptible de degrés et que le droit de la responsabilité peut les prendre en compte en distinguant les fondements de la responsabilité. C'est ainsi que dans certains cas, l'implication de l'Etat dans les comportements d'une entité non étatique conduit à les transformer en faits étatiques, tandis que dans d'autres elle constitue un fait illicite propre. Si cette distinction apparaît clairement dans la jurisprudence de la C.I.J., elle peut paraître plus ténue dans la pratique d'autres organes de règlement des différends.

[1867] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 385-395. Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.
[1868] *Ibid.*, § 396-412.
[1869] *Ibid.*, § 413-415.
[1870] *Ibid.*, § 416-424.
[1871] *Ibid.*, § 423-424.
[1872] *Ibid.*, § 425-450.
[1873] *Ibid.*, § 438.
[1874] *Ibid.*, § 449.

B. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

598. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme confirme tant la possibilité que les comportements d'entités non étatiques soient imputés à l'Etat que celle de voir sa responsabilité engagée pour un fait illicite connexe. Le développement des obligations positives en ce domaine conduit toutefois le juge à faire primer le second raisonnement sur le premier, voire à les mêler. Il n'en reste pas moins que les juges rappellent de temps à autre l'importance de la distinction. C'est le cas des organes européens comme des organes interaméricains de protection des droits de l'homme, le Comité ayant plus rarement été confronté à des situations de ce type. Les premiers raisonnent régulièrement en termes d'obligations positives lorsque sont en cause les comportements de particuliers[1875]. Il a toutefois pu arriver qu'ils affirment que « la Haute partie contractante en cause encourt une responsabilité pour les actes du particulier qui agit *de facto* pour son compte »[1876]. Mais la pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme est plus éclairante encore.

599. Ceux-ci mêlent bien souvent règles d'imputation et obligations positives afin de déterminer si l'Etat doit répondre du comportement d'entités non étatiques. C'est particulièrement le cas lorsqu'ils sont confrontés aux agissements de groupes paramilitaires. Si certains d'entre eux ont été assimilés à des organes de l'Etat[1877], d'autres ne peuvent l'être. Les organes interaméricains doivent alors déterminer si, sur quel fondement et dans quelle mesure leurs agissements sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat. Leur pratique est alors délicate à interpréter, d'une part parce que, d'un simple point de vue terminologique, ils mentionnent alternativement l'imputation d'un comportement et l'imputation d'une violation ou d'une responsabilité à l'Etat, d'autre part parce qu'ils invoquent pêle-mêle obligations de respecter et de garantir les droits de l'homme. Trois types de raisonnements peuvent toutefois être isolés. Certaines décisions retiennent, tout en soulignant la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer dans chaque cas

[1875] Pour un exemple, v. C.E.D.H., *Kiliç c. Turquie*, n° 22492/93, arrêt du 28 mars 2000, § 62-77 : responsabilité de la Turquie pour avoir manqué à l'obligation de protéger la vie de Kemal Kiliç, dont les assassins n'avaient pu être identifiés, la Cour soulignant que « les autorités savaient ou auraient dû savoir » qu'il était menacé et « que cette menace provenait probablement des activités de personnes ou de groupes agissant au su ou avec l'approbation d'agents des forces de l'ordre ».

[1876] *Stocké c. Allemagne*, req. n° 11755/85, décision du 12 octobre 1989, § 168. Raisonnement confirmé implicitement par la Cour, arrêt du 19 mars 1991, § 54. La Cour a ensuite fait une application positive de ce raisonnement en retenant qu'un informateur avait agi sur les instructions de la police russe pour inciter le requérant à lui vendre un sachet d'héroïne (*Vanyan c. Russie*, req. n° 53203/99, arrêt du 15 décembre 2005, § 49).

[1877] V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1.

l'origine de la responsabilité de l'Etat[1878], qu'il ne doit être tenu responsable que d'un manquement à ses obligations de prévention et/ou de répression lorsque l'implication des autorités étatiques dans les crimes commis par les groupes paramilitaires en cause n'a pu être établie. Même si la C.I.A.D.H. affirme alors que la responsabilité ou la violation en cause sont attribuables à l'Etat, elle considère bien que ce dernier n'est responsable que de son propre comportement constitutif d'un manquement à une obligation positive[1879]. Dans d'autres cas, les juges interaméricains invoquent simultanément obligations de respecter et de garantir les droits pour parvenir à une synthèse au terme de laquelle il suffit de démontrer l'appui ou la tolérance des pouvoirs publics face à la violation commise pour engager la responsabilité de l'Etat. Ils n'estiment alors pas nécessaire de distinguer selon que l'Etat a commis la violation ou qu'il a manqué à son obligation de la prévenir ou de la réprimer[1880]. Dans d'autres cas, enfin, la C.I.A.D.H. souligne au contraire la nécessité de distinguer entre ces fondements. Tel fut le cas dans l'affaire du *Massacre de Mapiripan*. La Colombie avait reconnu sa responsabilité pour avoir manqué à l'obligation de prévenir et réprimer les violations des droits de l'homme commises par des groupes d'autodéfense tout en affirmant qu'elle estimait que leurs comportements ne lui étaient pas attribuables[1881]. La Cour ne s'est alors pas contentée de cette reconnaissance de responsabilité, qu'elle n'a considéré que partielle, et a jugé nécessaire de se prononcer sur la question de l'imputation, retenant alors que l'implication des autorités étatiques dans la commission des crimes en cause les avait mués en faits de l'Etat[1882].

600. Dès lors, même si les organes de protection des droits de l'homme tendent à marginaliser la place de l'imputation pour se fonder essentiellement sur les manquements de l'Etat à ses obligations positives[1883], il arrive également qu'ils insistent sur la nécessité de distinguer les comportements imputables à l'Etat de ceux qui sont seulement susceptibles de catalyser un fait étatique connexe.

[1878] *Pueblo Bello massacre v. Colombia*, jugement du 31 mars 2006, série C, n° 140, § 116.

[1879] *Ibid.*, § 140 où la responsabilité de l'Etat n'est engagée que pour manquement à ses obligations positives, faute d'avoir pu prouver en l'espèce l'implication d'agents étatiques dans le comportement des groupes paramilitaires ; *Valle Jaramillo et al. v. Colombia*, jugement du 27 novembre 2008, série C, n° 192, § 78-80 où la responsabilité de l'Etat est engagée pour manquement à une obligation de vigilance alourdie du fait de son implication dans la création des groupes paramilitaires.

[1880] *19 Merchants v. Colombia*, Série C, n° 109, jugement du 5 juillet 2004, § 140-153 : après avoir affirmé que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée sur plusieurs fondements (imputation, manquement à l'obligation de prévention ou de répression et, finalement, soutien ou tolérance), la Cour estime que la Colombie est responsable des violations des articles 7, 5 et 4 commises par les membres d'un groupe paramilitaire tantôt en mettant en évidence le soutien des forces armées à ce groupe, tantôt en soulignant l'obligation de prévention qui pèse sur l'Etat.

[1881] *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, jugement du 15 septembre 2005, § 97.

[1882] *Ibid.*, Série C, n° 134, jugement du 15 septembre 2005, § 120.

[1883] En ce sens, A. Clapham, *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford, O.U.P., 006, p. 421-432.

C. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

601. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique est également en ce sens. La césure entre comportements étatiques apparaît nettement dans la pratique du Tribunal irano-américain des réclamations (1) et des tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements (2). Elle est plus ténue dans celle de l'O.R.D. (3).

1. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations

602. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations concernant la responsabilité que l'Etat peut encourir du fait de son implication dans les agissements d'entités non étatiques est particulièrement éclairante. Celui-ci a en effet considéré que les comportements de personnes privées pouvaient dans certains cas être attribués à l'Etat en raison de l'implication de ses organes dans ces comportements. Il a en revanche, contrairement à la C.I.J. et aux organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme, refusé d'engager sa responsabilité pour la violation d'une éventuelle obligation de prévenir les comportements de personnes privées[1884]. Le Tribunal a ainsi considéré que, soit l'implication de l'Etat dans les comportements de particuliers était telle qu'elle les avait mués en faits étatiques, soit l'Etat ne pouvait être tenu responsable de ces agissements[1885]. La césure est nette. D'ailleurs, si l'approche retenue par le Tribunal a été critiquée, ce fut moins en raison de son interprétation restrictive des règles d'imputation[1886], que parce qu'il a refusé de tenir l'Iran responsable de manquements à une obligation de prévenir de tels comportements, qu'il ait considéré que l'Iran n'était pas tenu par une telle obligation ou qu'il ait jugé que, quand bien même il l'aurait violée, il aurait encore fallu prouver, au stade de la réparation, que les dommages subis par les requérants trouvaient leur origine dans cette violation[1887].

[1884] Sur ce point, v. G. A. Christenson, « Attributing act of omission to the State », *Michigan journal of international law*, 1991, vol. 12, p. 312-370, sp. p. 341-346.

[1885] Voir en particulier *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 94-95.

[1886] V. *infra*, Section 2.

[1887] Notamment par le juge Brower qui, se référant comme la majorité à l'affaire des *Otages*, en a proposé une lecture distincte. Tandis que la majorité a relevé, à juste titre, que la C.I.J. avait considéré que les premiers comportements des « étudiants musulmans partisans de la politique de l'imam » n'étaient pas attribuables à l'Iran, le juge Brower a insisté, à non moins juste titre, sur le fait qu'elle avait considéré que l'Iran avait manqué à son obligation positive de protéger l'ambassade et les consulats américains. Il en déduisit que l'Iran aurait de manière analogue dû être tenu responsable de l'expulsion du requérant en

2. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements

603. A l'instar du Tribunal irano-américain des réclamations, les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements distinguent nettement selon que les comportements émanant d'entités non étatiques auxquels ils sont confrontés sont imputables à l'Etat ou non. Ils admettent ainsi que les comportements d'une entité qui n'est pas un organe puissent être attribués à l'Etat en raison de l'implication des autorités étatiques dans sa commission. Ils mettent toutefois en œuvre ce critère dans un contexte particulier. Sauf exception, il ne s'agit pas pour eux de déterminer si des particuliers ont été secrètement chargés de porter atteinte aux investissements étrangers mais d'examiner si les comportements préjudiciables à ces investissements adoptés par des entités liées à l'Etat sans pour autant pouvoir être qualifiées d'organes[1888] l'ont été à son initiative[1889].

3. La pratique de l'Organe de règlement des différends

604. Même si le droit de l'O.M.C. ne réglemente que l'action des pouvoirs publics, entendus largement, l'O.R.D. est régulièrement saisi d'affaires dans lesquelles les agissements d'opérateurs privés sont en cause. La manière dont il les appréhende varie selon qu'il s'agit d'identifier une mesure gouvernementale quelle qu'elle soit ou une subvention.

605. *La notion de mesure gouvernementale et les agissements des opérateurs privés*. Cherchant à établir ce qu'il faut entendre par mesure gouvernementale au sens des accords

---

affirmant que « *even should one conclude that the accumulated acts to which Claimant (and others) fell victim cannot be traced directly to the Ayatollah's pronouncements, his total failure in that context to act in any way to quell the expulsive fervor of his adherents as it rose and peaked over a period of months should permit attribution to him of responsibility for the consequences. The fire brigade commander who studiously looks the other way while the arsonist is at work in his midst is no less guilty of the wrong* » (O.D. Brower sur *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 86). Sur ce point, v. G. A. Christenson, « Attributing act of omission to the state », *op. cit.*, p. 341-346 ; T. Becker, *Terrorism and the State : rethinking the rules of State responsibility*, Oxford, Hart, 2006, p. 46-50.

[1888] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Pour un cas dans lequel le critère du contrôle conduit à assimiler l'entité qui agit à un organe de l'Etat, v. *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, § 109-113.

[1889] *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 199-214 ; *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 130 ; *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, § 172-173.

O.M.C., les groupes spéciaux ont semblé considérer que le comportement d'une personne privée pouvait dans certains cas être imputé à l'Etat. C'est ainsi qu'un premier groupe spécial a, après avoir affirmé que « le terme *mesure* [utilisé dans le GATT] ne vise que les politiques ou actions des gouvernements, et non celles de parties privées », admis qu'il était des cas dans lesquels « des actions qui se présentent en apparence comme privées peuvent néanmoins être *imputables* à un gouvernement parce que celui-ci a un certain lien avec elles ou les a entérinées »[1890]. Un autre groupe lui a emboité le pas avant de préciser que pour qu'un Etat soit tenu responsable du comportement d'un cartel privé de tanneurs il faudrait établir que les actes de ce cartel lui « sont *imputables* à juste titre (…) selon les règles de la responsabilité des Etats »[1891]. Les groupes spéciaux semblent donc considérer qu'ils mettent dans certains cas en œuvre une règle d'imputation aux termes de laquelle doivent être rapportées à l'Etat les actions des personnes privées dans lesquelles il intervient suffisamment[1892].

La position du juge est toutefois moins claire qu'il y paraît. Il n'est en effet guère aisé de déterminer si l'O.R.D. procède ainsi à l'imputation à l'Etat des comportements de personnes privées ou s'il considère que ces comportements permettent de catalyser un fait étatique connexe. La majeure partie des obligations pesant sur les Etats en vertu des accords O.M.C. visent en effet à réglementer la manière dont ils régulent les comportements des opérateurs privés. Dès lors, les comportements étatiques ne sont le plus souvent illicites que parce qu'ils conduisent les opérateurs privés à fausser le commerce international. Qu'ils le fassent en les y contraignant, en les y incitant fortement ou en créant sciemment les conditions leur permettant de le faire ne change rien à l'affaire. Dans un cas comme dans les autres, c'est bien le comportement étatique qui est confronté aux obligations issues des accords O.M.C. Ainsi, même si les comportements des opérateurs privés sont parfois pris en compte, ils ne servent que de catalyseurs en ce sens qu'ils permettent de mettre en évidence des comportements étatiques connexes contraires au droit de l'O.M.C.[1893] D'ailleurs, dans les affaires pertinentes, les groupes spéciaux ont, quoi

[1890] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial, 31 mars 1998, § 10.52-10.56. Nous soulignons. Le groupe spécial précise encore que « le fait qu'une action est décidée par des parties privées n'exclut pas la possibilité qu'elle soit considérée comme gouvernementale si le gouvernement y intervient suffisamment. Cela dit, il est difficile de poser à cet égard des règles clairement délimitées. Aussi cette possibilité devra-t-elle être examinée au cas par cas ».

[1891] *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155/R, 19 décembre 2000, § 11.51.

[1892] En ce sens, A. Alvarez-Jimenez, « International State responsibility for acts of non-state actors : the recent standards set by the international Court of Justice in *Genocide* and why the WTO appellate body should not embrace them », *Syracuse journal of international and comparative law*, 2007-2008, vol. 35, p. 1-25, sp. p. 20.

[1893] En ce sens, S. M. Villalpando, « Attribution of conduct to the State : how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system ? », *JIEL*, 2002, vol. 5, p. 418 : « *It appears that most of the WTO cases seeming to uphold the attribution of private acts to the State are, in fact, hypotheses*

qu'ils en disent, moins cherché à déterminer si les agissements d'opérateurs privés pouvaient être rapportés à l'Etat qu'à établir si des mesures étatiques pouvaient être considérées comme illicites car elles avaient conduit ces opérateurs à restreindre les exportations ou à privilégier les produits nationaux[1894]. L'examen du degré d'implication de l'Etat dans les comportements d'opérateurs privés ne conditionne alors pas l'imputation de ces comportements mais l'illicéité de cette implication. Les cas dans lesquels l'O.R.D. a attribué à l'Etat le comportement de personnes privées en considérant qu'elles agissaient pour son compte sont donc inexistants. Cela ne signifie pas qu'il ait rejeté la possibilité qu'une telle règle d'imputation existe. C'est en effet la structure des obligations primaires établies par les accords O.M.C. qui l'a conduit à raisonner de la sorte. Il est d'ailleurs certains domaines dans lesquels il adopte un raisonnement plus proche de celui suivi en droit international général car les obligations primaires l'y invitent.

---

where private conduct reveals the existence of another, different, action or omission by governmental authorities relevant under the WTO agreement. As a consequence, the problem of attribution, as often displayed, shows a distorted picture of the legal situation at stake, and could better be analyzed under the logic of the 'catalyst act' » ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 153-156.

[1894] Tel était le cas dans les affaires japonaises précitées. En effet, les panels et groupes spéciaux n'ont pas recherché si les décisions prises par des entreprises japonaises de ne pas exporter à un prix inférieur au prix coutant les semi-conducteurs qu'elles produisent ou d'exclure les pellicules et papiers photographiques importés des circuits traditionnels de distribution étaient imputables à l'Etat. Ils ont plutôt recherché si les directives adoptées par des organes étatiques avaient incité les opérateurs privés à agir de la sorte de manière à ce point efficace et déterminante qu'elles pouvaient être considérées comme des mesures gouvernementales. Considérant que le Japon avait adressé des directives aux opérateurs privés tendant à ce qu'ils n'exportent pas en deçà du prix coutant, qu'il existait des incitations ou des désincitations (*sic.*) suffisantes pour que les producteurs et exportateurs s'y conforment (§ 111) et que leur décision en avait essentiellement dépendu (§ 115-116), le groupe spécial constata que « le gouvernement japonais avait créé une structure administrative qui lui permettait d'exercer les plus fortes pressions possibles sur les entreprises privées pour qu'elles cessent d'exporter à des prix inférieurs au prix coûtant », que ce « train de mesures (…) partait du même principe qu'un régime formel de contrôle des exportations et en comprenait les éléments essentiels », si bien qu'il « constituait un système cohérent qui restreignait la vente pour l'exportation » (§ 117) (*Japon – Commerce des semi-conducteurs*, rapport du panel adopté le 4 mai 1988, IBDD, L 6309–355/126, § 106 s. ; *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial, 31 mars 1998, § 10.52-10.56). De même dans l'affaire *Corée – Viande de bœuf*, l'organe d'appel ne rechercha pas si la décision des détaillants coréens de vendre de la viande coréenne plutôt que de la viande importée était imputable à la Corée. Constatant que le traitement défavorable pour les produits importés qui résultait de ce choix était en réalité dû à la mise en place d'un double système de vente au détail par la loi coréenne qui impliquait en elle-même une réduction brutale de la possibilité commerciale d'atteindre les consommateurs, il souligna que « le fait qu'un élément quelconque du domaine privé intervienne dans ce choix ne permet pas à la Corée de se soustraire à sa responsabilité au regard du GATT de 1994 en ce qui concerne l'établissement de conditions de concurrence moins favorables pour le produit importé que pour le produit national, auquel a abouti cette mesure (*Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 11 décembre 2000, § 130-151, § 146). Le raisonnement n'est pas différent dans l'affaire *Argentine – Peaux et cuirs* où le groupe spécial a moins cherché à imputer le comportement des tanneurs à l'Argentine qu'à déterminer si le règlement argentin qui permettait la présence de ces tanneurs dans la procédure de dédouanement impliquait, en lui-même, une restriction des exportations de peaux de bovins (*Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155/R, rapport du groupe spécial, 19 décembre 2000, § 11.18).

606. *Les subventions versées par les opérateurs privés*. Il est en effet un domaine particulier du droit de l'O.M.C. dans lequel le comportement de personnes privées est rapporté à l'Etat parce qu'elles ont agi pour son compte. Ce domaine est celui des subventions, définies à l'article 1 de l'accord sur les subventions et mesures compensatoires (S.M.C.) comme « une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Etat membre », qui inclut les cas dans lesquels « les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions […] qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics ». En considérant comme des subventions les contributions financières versées par des personnes privées agissant pour le compte des pouvoirs publics[1895], cette précision « est censé[e] garantir que les pouvoirs publics ne s'affranchissent pas de leurs obligations au titre de l'accord S.M.C. en utilisant des organismes privés pour entreprendre des actions qui relèveraient [de l'article 1] si elles devaient être entreprises par les pouvoirs publics eux-mêmes »[1896]. Son application a conduit les groupes spéciaux et l'organe d'appel non seulement à préciser ce qu'il fallait entendre par organisme public, mais encore à indiquer « les cas dans lesquels un comportement d'ordre apparemment privé peut être *imputable* à des pouvoirs publics aux fins de déterminer s'il y a eu contribution financière au sens de l'accord S.M.C. »[1897]. Procédant à une opération d'imputation, l'organe d'appel n'a d'ailleurs pas hésité à se référer à l'article 8 du texte de la C.D.I.[1898]

607. La pratique des organes de règlement des différends qui interviennent dans le domaine économique confirme d'abord que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour le comportement d'entités non étatiques en raison de son implication dans ces comportements. Elle confirme ensuite qu'elle peut l'être soit parce que cette implication a eu pour effet de transformer des conduites d'apparence non étatique en faits de l'Etat, soit

---

[1895] L'organe d'appel parle de cas dans lesquels un organisme privé agit « sur les instructions des pouvoirs publics » (*Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 2 août 1999, § 160).

[1896] *Etats-Unis – Bois de construction résineux IV*, WT/DS257/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 19 janvier 2004, § 52, mais le rapport n'aborde pas cette question ; *Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 27 juin 2005, § 113.

[1897] *Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 27 juin 2005, § 108. Nous soulignons. Dans le sens d'une attribution, v. aussi *Communautés européennes – mesures conservatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, rapport du groupe spécial, 17 juin 2005, § 7.52 : « L'organisme privé auquel il est ordonné de fournir une contribution financière ou qui est chargé de le faire agit donc pour le compte des pouvoirs publics, et ses actions peuvent donc être attribuées aux pouvoirs publics ».

[1898] *Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 27 juin 2005, n. 104 et 188.

parce que ces conduites ont révélé un fait illicite connexe de l'Etat. Elle confirme enfin que la distinction peut parfois s'estomper.

*

608. La distinction entre faits étatiques par destination et faits qui ne font que catalyser un fait illicite connexe est donc régulièrement affirmée. Relativement claire en principe, elle est en pratique susceptible de brouillages, que l'on se concentre sur l'origine ou sur le contenu de la responsabilité.

609. S'agissant de l'origine de la responsabilité, il est possible de considérer que, dans un cas comme dans l'autre, la responsabilité de l'Etat ne naît pas directement de la conduite de l'entité non étatique mais de son propre comportement[1899]. Si différence il y a, elle ne tient qu'au degré d'implication de l'Etat dans le comportement des particuliers. Il n'y a pas de différence de nature entre les deux démarches[1900]. L'arrêt rendu par la C.I.J. en l'affaire du *Génocide* met en lumière cette proximité. La Cour a ainsi affirmé qu'en cas d'imputation du comportement d'une entité non étatique « la responsabilité internationale de l'[Etat] serait engagée à raison du comportement de ceux de ses propres organes qui ont donné les instructions ou exercé le contrôle ayant entraîné la commission d'actes contraires à ses obligations internationales »[1901]. Le raisonnement est alors proche de celui suivi à l'heure d'examiner la complicité de l'Etat dans la commission du génocide. Certains en ont même déduit que la Cour avait abandonné la possibilité de considérer que l'Etat puisse se voir attribuer le comportement d'entités non étatiques[1902]. La distinction perdure pourtant. La Cour l'a en effet réaffirmée avec force dans cette affaire en considérant que, tandis que les instructions, les directives ou le contrôle ont pour effet de muer les comportements de particuliers en faits étatiques, il n'en va pas de même lorsque l'Etat se montre seulement complice de tels actes[1903]. En outre, l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour un fait illicite connexe implique un dédoublement de l'obligation primaire en obligations de ne

[1899] R. Wolfrum, « State responsibility for private actors : an old problem of renewed relevance », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 423-434, sp. p. 427.

[1900] En ce sens, E. Savarese, « Complicité de l'Etat dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme. En marge de la décision *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*) », *AFDI*, 2007, p. 280-290, sp. p. 284-286.

[1901] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 397.

[1902] J. Griebel and M. Plücken, « New developments regarding the rules of attribution ? The International Court of Justice's decision in *Bosnia v. Serbia* », *LJIL*, 2008, p. 601-622, sp. p. 606-611, critiquant « *the abolishing of article 8 of the ILC articles as an attribution rule* ».

[1903] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 396 et 419-420.

pas faire, de faire, voire de ne pas aider à faire, qui, s'il tend à se développer, n'est pas systématique[1904].

610. Le brouillage se retrouve lorsqu'on examine le contenu de la responsabilité. Le montant de la réparation due peut ainsi ne pas varier selon que le comportement du particulier est imputé à l'Etat ou que ce dernier est tenu responsable de son propre comportement en lien avec celui du particulier[1905]. Mais, outre que cela résulte de l'appréciation de la causalité davantage que de l'imputation d'un fait[1906], des différences entre les deux situations subsistent.

D'abord parce qu'il n'est pas exclu d'en tirer quelque conséquence au stade de l'appréciation du montant de la réparation due[1907]. La Cour internationale de Justice a ainsi retenu en l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo*, qu'indifférente au stade de l'établissement de la responsabilité en raison des obligations positives que la Convention de Vienne sur la protection diplomatique faisaient peser sur le Congo, la détermination de l'auteur des pillages commis à l'ambassade de l'Ouganda revêtirait « de l'importance dans le cadre d'une phase éventuelle de l'affaire sur la réparation »[1908]. Des différences peuvent ainsi apparaître, que le juge opte pour la théorie de la causalité adéquate ou pour celle de l'équivalence des conditions. Même dans ce dernier cas, il doit en effet déterminer si le fait internationalement illicite connexe de l'Etat a constitué une condition *sine qua non* du dommage. C'est ainsi qu'en l'affaire du *Génocide*, la Cour a considéré que la Serbie ne pouvait être tenue de réparer intégralement les dommages causés par un génocide qu'elle n'avait pas commis, jugeant qu'il n'existait pas de « lien de causalité suffisamment direct et certain entre le fait illicite, à savoir la violation par le

---

[1904] L'affaire du *Génocide* est, encore une fois, éclairante à cet égard. Après avoir fondé son analyse de la complicité dans le génocide directement sur la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, la Cour précise, s'agissant cette fois de l'obligation de prévention, qu'elle n'entend pas « déterminer s'il existe, au-delà des textes applicables à des domaines spécifiques, une obligation générale, à la charge des Etats, de prévenir la commission par d'autres personnes ou entités qu'eux-mêmes des actes contraires à certaines normes du droit international général » (§ 429).

[1905] R. Ago soulignait cette difficulté, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 67-70, p. 106-108.

[1906] Sur ce point, v. *supra*, Introduction générale. Sur la question, v. aussi B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973 ; T. Becker, *Terrorism and the State : rethinking the rules of State responsibility*, *op. cit.*, p. 285 s.

[1907] Les premières affaires dans lesquelles la théorie de la complicité a été abandonnée au profit de celle du fait illicite connexe conduisirent d'ailleurs à distinguer le dommage causé par ce fait étatique de celui résultant du comportement du particulier. Dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol* par exemple, Max Huber estima, après avoir constaté un manquement de l'Etat à l'obligation de réprimer les auteurs de délits (demandes de rançons et vols), que « l'on ne serait cependant, en aucun cas, justifié de rendre responsable pour la totalité du dommage un gouvernement qui, quand bien même il y aurait à ce point de vue négligence de sa part, n'est certainement pas responsable des événements qui sont la cause immédiate du dommage » (*Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, 1er mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 615-742, sp. p. 709 ; v. aussi *Janes*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 16 novembre 1925, *RSA*, vol. IV, p. 82 s., sp. p. 89-90).

[1908] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 342.

défendeur de l'obligation de prévenir le génocide, et le préjudice subi par le demandeur, consistant en dommages de tous ordres, matériels et moraux, provoqués par les actes de génocide », car il n'avait pu être établi « que le génocide de Srebrenica aurait été effectivement empêché si le défendeur avait adopté un comportement conforme à ses obligations juridiques »[1909].

Ensuite, et surtout, parce que l'obligation d'indemniser n'est que l'une des conséquences attachées à l'existence d'un fait internationalement illicite. La dimension sanctionnatrice de la responsabilité internationale conduit à insister non seulement sur le dommage mais aussi sur l'infraction. Ceci se traduit dans le contenu de la responsabilité par l'institution de la satisfaction. Il redevient alors déterminant d'établir si le comportement de l'entité étatique est imputable à l'Etat ou s'il a seulement permis de révéler un fait étatique connexe. La distinction fut affirmée explicitement en l'affaire des *Otages*, la Cour ayant, bien qu'elle n'ait pu se prononcer sur les formes et le montant de la réparation due par l'Iran[1910], souligné la gravité particulière de l'affaire qui lui était soumise du fait que « ce ne sont pas seulement des individus privés ou des groupes d'individus qui ont agi au mépris de l'inviolabilité d'une ambassade étrangère ; c'est le gouvernement de l'Etat accréditaire lui-même qui l'a fait »[1911]. Elle ressort implicitement de l'arrêt rendu en l'affaire du *Génocide*. Il n'est en effet que voir les réactions qu'a suscitées cette décision pour percevoir la différence qui existe entre l'imputation d'un génocide à l'Etat et l'engagement de sa responsabilité pour un fait illicite connexe, qu'il s'agisse de la violation de l'obligation de ne pas aider ou assister une entité dans la commission d'un génocide ou, comme en l'espèce, de celle de prévenir ou réprimer sa commission[1912].

[1909] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 462. V. aussi, l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Bien que l'affaire ait été rayée du rôle avant que la Cour se prononce sur la question de la réparation (communiqué de presse n° 91/28 du 27 septembre 1991), on remarquera que le Nicaragua avait soutenu que « *from the logical structure of the Judgment as a whole, the responsibility for the consequences of the acts of the* contra *forces must be borne by the United States by reason of the assistance given to the contras and without any requirement that individual acts of sabotage, murder and pillage should be proved to have been carried out as a result of planning or particular orders on the part of the United States* » (Mémoire sur la réparation présenté par la République du Nicaragua, 29 mars 1988, § 57). P. d'Argent souligne que « même si, dans la rigueur des principes, l'argument est parfaitement logique, il n'est pas certain que la Cour l'aurait reçu, puisqu[']elle exprima la conviction que les violations du droit humanitaire commises par les *contras* auraient très bien pu l'être en l'absence du contrôle des Etats-Unis » (P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, p. 528).

[1910] Ceci du fait que les faits illicites en cause étaient toujours en cours au moment où la Cour s'est prononcée (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 90). L'affaire a été rayée du rôle suite au désistement du demandeur avant que la Cour ait pu se prononcer sur la question de la réparation (communiqué de presse n° 81/8 du 12 mai 1981).

[1911] *Ibid.*, § 92.

[1912] V., parmi des commentaires abondant, celui particulièrement incisif d'A. Cassese dans *The Guardian*, « A judicial massacre », 27 février 2007.

611. Il reste donc nécessaire de distinguer selon que l'implication de l'Etat dans le comportement d'entités non étatiques a eu pour effet de les muer en faits étatiques ou qu'elle constitue un fait illicite connexe. Cependant, les brouillages signalés ont eu pour effet d'obscurcir l'identification des faits étatiques par destination.

Section 2. L'identification des faits étatiques par destination

612. L'identification précise des cas dans lesquels l'implication des organes de l'Etat dans les comportements d'entités non étatiques est telle qu'elle conduit à les muer en faits étatiques au sens du droit international de la responsabilité fait l'objet de vifs débats et d'une pratique hésitante[1913]. Une partie des controverses qui agitent la matière tient au fait que les cas dans lesquels l'entité en cause doit être assimilée à un organe de l'Etat n'ont pas toujours été distingués de ceux dans lesquels elle agit, en fait, pour son compte[1914]. Les difficultés ne disparaissent toutefois pas lorsqu'on parvient à isoler les situations dans lesquelles l'entité en cause ne peut être considérée comme étatique. L'attention portée à des critères discutés, tels que le contrôle, l'endossement, voire la complicité et la simple tolérance (§ 2) a parfois conduit à perdre de vue les situations mieux assises : celles dans lesquelles un comportement a été accompli pour le compte de l'Etat (§ 1).

§ 1. Les faits accomplis pour le compte de l'Etat

613. Nul ne conteste que sont imputables à l'Etat les faits accomplis pour son compte par des entités non étatiques. Le principe est bien admis, tant par la C.D.I. (A) que par la pratique judiciaire (B). Sa mise en œuvre est en revanche délicate.

A. Les travaux de la Commission du droit international

614. Evasif en première lecture (1), le texte de la C.D.I. a été précisé en seconde lecture (2), au risque d'entraîner une limitation des cas dans lesquels une entité non étatique peut être considérée comme ayant agi pour le compte de l'Etat.

[1913] En ce sens, O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 267.
[1914] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 et Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

1. Première lecture

615. Tout en affirmant nettement que l'Etat devait répondre des comportements accomplis pour son compte, R. Ago n'indiquait guère comment les identifier[1915]. Le texte adopté en première lecture ne le précisait pas davantage[1916]. Evasif, ce texte fut diversement interprété.

616. Pour les uns, il laissait une large marge d'appréciation à l'interprète, affirmation qui pouvait s'appuyer tant sur les motifs du silence gardé par la Commission – R. Ago craignait qu'une trop grande précision crée des échappatoires[1917] – que sur certains autres passages du texte – le commentaire de l'article 11 indiquait par exemple que « là où l'on constate que [le] gouvernement encourage et s'applique même à promouvoir l'organisation de (…) groupes, qu'il les aide financièrement, les entraîne, les arme, coordonne leur action avec celle de ses propres forces en vue d'opérations éventuelles, etc., les groupes en question cessent d'être, du point de vue du droit international, des particuliers. Ils deviennent des formations qui agissent de concert avec l'Etat et à son instigation, qui remplissent des missions autorisées, ou même confiées à eux par l'Etat »[1918].

617. Pour d'autres, ce texte signifiait que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée que lorsqu'il était prouvé que l'un de ses organes a adressé des instructions à l'entité non étatique impliquée. Cette interprétation pouvait s'appuyer sur le texte même de l'article 8, qui précisait qu'« il doit être établi que [la] personne ou [le] groupe de personnes agissait en fait pour le compte de [l']Etat »[1919], sur certaines formules du commentaire selon lesquelles « il doit effectivement être prouvé que la personne ou le groupe de personnes ont vraiment *été chargés* par des organes de l'Etat de remplir une *certaine* fonction ou d'exécuter une *certaine* tâche »[1920], ainsi que sur l'opinion rendue par le rapporteur spécial devenu juge en l'affaire *Nicaragua* selon laquelle les agissements des *contras* ne pourraient être attribués aux Etats-Unis que s'ils avaient été « spécifiquement

[1915] « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 186-197, p. 282-289.
[1916] Article 8 du texte adopté en première lecture, *op. cit.*, p. 294.
[1917] Alors que certains membres de la Commission proposaient de préciser dans quels cas un particulier pouvait être considéré comme ayant agi en fait pour le compte de l'Etat (v. les interventions de F. Vallat et M. Pinto, 1259e séance, § 2, p. 38 et § 13, p. 39), R. Ago répondit qu'il ne fallait pas « introduire dans l'article des notions comme celles d'autorisation, d'approbation ou de ratification, qui risqueraient de constituer des échappatoires. Il faut se borner à déterminer si le particulier a agi ou non pour le compte de l'Etat, quelle que soit l'attitude de l'Etat. Le véritable problème qui se pose est donc celui de la preuve. (…) On pourrait peut-être souligner l'importance de la preuve, en indiquant qu'il doit être 'établi' que la condition énoncée à la fin de l'article est remplie » (1260e séance, § 27, p. 47).
[1918] Commentaire de l'article 11 adopté en première lecture, § 32, *ACDI*, 1975, vol. 2, p. 86.
[1919] Article 8 adopté en première lecture, *op. cit.*, p. 294.
[1920] Commentaire de l'article 8 adopté en première lecture, § 8, *op. cit.*, p. 296. C. Kress déduit de ce passage que « l'élément décisif pour l'imputation d'un acte d'un particulier est l'*instigation étatique* » (« L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 101, italiques dans l'original).

chargés par des autorités [de cet Etat] de commettre pour le compte de celles-ci une action ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée »[1921].

618. J. Crawford a tenté de lever cette incertitude en seconde lecture. Il n'est pas sûr qu'il y soit parvenu.

2. Seconde lecture

619. Après que W. Riphagen eut suggéré de préciser les cas dans lesquels un particulier ou un groupe peuvent être considérés comme agissant pour le compte de l'Etat en substituant à cette formule celle selon laquelle ils « agissent de concert et à l'instigation » de l'un de ses organes[1922], J. Crawford souligna à son tour la nécessité de préciser le texte adopté en première lecture. Estimant que ce texte ne permettait l'attribution à l'Etat que des comportements accomplis sur les instructions de ses organes[1923], il proposa d'en préciser la formulation en considérant comme étatique le comportement d'une personne ou d'un groupe qui « agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet Etat en ayant ce comportement »[1924].

620. La proposition du rapporteur spécial fut diversement appréciée. Plusieurs membres de la Commission la perçurent en effet comme une restriction – qu'ils jugeaient excessive – par rapport à la formule initialement retenue[1925]. Le Comité de rédaction l'entérina pourtant en considérant qu'il y avait là un élargissement, la nouvelle formulation permettant d'aller au-delà de l'exigence d'instructions expresses[1926]. Le critère du contrôle ne devait donc pas absorber celui des instructions mais constituer une base d'imputation alternative[1927]. Tel est bien le cas dans le texte de codification définitif, qui indique que « le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait

---

[1921] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), O.I. R. Ago, § 16.
[1922] « Septième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1986, vol. 2, partie 1, p. 1-20, sp. § 9, p. 11.
[1923] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 197, p. 43.
[1924] *Ibid.*, § 284, p. 60.
[1925] En ce sens A. Pellet qui y voit un durcissement des règles d'attribution auquel il ne souscrit pas (2553e séance, § 34, p. 248), M. Herdocia Sacasa pour qui le critère du contrôle est très important mais ne saurait être le seul, d'autres critères permettant plus de souplesse notamment dans le contexte des disparitions forcées (2554e séance, § 25, p. 252), C. Economides qui estime le nouveau libellé de l'article 8 plus restrictif que l'ancien en voyant dans la direction et le contrôle deux critères cumulatifs (2555e séance, § 3, p. 257), L. Ferrari Bravo qui constate que le rapporteur spécial demeure curieusement en retrait par rapport à son prédécesseur en réduisant le champ de la responsabilité (2555e séance, § 30, p. 261). D'autres membres de la Commission admirent cette formule mais en la combinant avec celle proposée dans le nouvel article 15 aux termes duquel l'Etat doit être tenu responsable des comportements qu'il approuve *a posteriori* (2554e séance, § 61, p. 255) et I. Brownlie (2553e séance, § 18, p. 246).
[1926] 2562e séance, § 79, p. 306-307.
[1927] Sur ce point, v. *infra*, B.

de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat »[1928].

621. Bien que les trois termes soient présentés comme alternatifs[1929], deux éléments pouvaient toutefois faire craindre que cette précision des situations dans lesquelles une entité non étatique agit pour le compte de l'Etat soit perçue comme un durcissement. D'une part, le rapporteur spécial avait insisté à plusieurs reprises sur le fait que des instructions expresses devaient pouvoir être prouvées. Bien qu'il précise que les instructions couvrent les cas « d'attribution à l'Etat d'un comportement qu'il a en fait autorisé » voire ceux dans lesquels il a incité des personnes privées à agir en tant qu'auxiliaires[1930], le commentaire du texte de codification définitif ne dissipe pas totalement cette impression. D'autre part, les critères de la direction et du contrôle pouvaient être perçus comme absorbant celui des instructions, d'autant que ce terme a disparu du libellé du nouvel article 8 au profit des seuls « direction ou contrôle ».

622. La pratique judiciaire tend pourtant à indiquer, d'une part que l'existence d'instructions tendant à ce qu'un fait internationalement illicite soit commis suffit à l'imputer à l'Etat, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il contrôlait l'entité à laquelle ces instructions étaient adressées, d'autre part que ces instructions peuvent dans certains cas être inférées d'un ensemble d'éléments.

B. La pratique judiciaire

623. La pratique judiciaire confirme que les comportements accomplis par des entités non étatiques sur les instructions de l'Etat doivent lui être rapportés. Elle confirme surtout la difficulté qu'il y a à déterminer les cas dans lesquels un comportement peut être considéré comme ayant été accompli pour le compte de l'Etat. A la rigueur de la C.I.J. (1) s'opposent les solutions plus souples retenues par les organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme (2) et du droit économique (3).

[1928] Article 8 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 49.
[1929] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 7, *op. cit.*, p. 50-51. Même si les « directives » se sont substituées à la « direction » proposée par J. Crawford, rapprochant ce cas de celui des instructions davantage que de celui du contrôle, le commentaire tend à indiquer que le texte vise en réalité deux situations distinctes : les instructions d'un côté, les directives ou le contrôle de l'autre (§ 1, p. 49).
[1930] *Ibid.*, § 2, p. 49.

1. La pratique de la Cour internationale de Justice

624. Ayant admis que les comportements d'entités non étatiques puissent être rapportés à l'Etat lorsqu'elles ont agi pour son compte, la Cour internationale de Justice a mis en œuvre cette règle d'imputation de manière restrictive.

625. Un comportement doit certes être rapporté à l'Etat lorsque l'un de ses organes a chargé une entité de le commettre, l'a ordonné ou l'a imposé ou a donné des instructions ou des directives pour qu'il soit commis. Mais de telles instructions sont bien souvent difficiles à prouver. Ainsi, tandis que la Cour put constater que les *UCLAs* avaient miné des ports nicaraguayens en agissant sur les « instructions [de la C.I.A.], sous la supervision et avec l'appui logistique des agents des Etats-Unis »[1931], elle ne put en revanche établir ni que les autorités iraniennes avaient chargé les étudiants partisans de la politique de l'imam d'attaquer les locaux et personnels diplomatiques et consulaires des Etats-Unis[1932], ni que les autorités américaines avaient ordonné ou imposé aux *contras* de commettre des actes contraires aux droits de l'homme ou au droit humanitaire[1933], ni que les autorités ougandaises avaient donné des instructions ou des directives au M.L.C. pour qu'il commette des attaques au Congo[1934], ni que les autorités yougoslaves avaient donné des instructions ou des directives aux Serbes de Bosnie pour qu'ils commettent un génocide à Srebrenica[1935]. Restreinte à la mise en évidence d'instructions expresses, la figure de l'action pour le compte ne pourrait donc se matérialiser que de manière très ponctuelle en raison des difficultés probatoires.

626. La Cour ne s'y est toutefois pas toujours cantonnée. Il est en effet des cas dans lesquels elle a paru inférer l'existence d'instructions d'un ensemble d'éléments. Après

---

[1931] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 80.

[1932] L'existence de déclarations générales de Khomeini stigmatisant les Etats-Unis, voire incitant les Iraniens à les attaquer, puis de félicitations et autres déclarations ultérieures d'approbation officielle ne suffit pas à établir l'existence d'une initiative étatique de l'opération précise en question (attaque de l'ambassade). La Cour n'a en effet identifié aucune « autorisation d'entreprendre pour le compte de l'Etat l'opération *précise* qui consistait à envahir l'ambassade », les félicitations venues après coup ne modifiant pas « le caractère initialement indépendant et non officiel de l'attaque » (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 59, nous soulignons).

[1933] « Toutes les modalités de participation des Etats-Unis (…), et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires au droit de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 115).

[1934] La Cour estime ne disposer d'aucune preuve en ce sens (*Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160).

[1935] Après avoir examiné divers rapports traitant la question de l'implication de la R.F.Y., et de Milosevic, dans les événements de Srebrenica, la Cour conclut que l'existence d'instructions émanant de la R.F.Y. n'a pu être établie et que tout semble indiquer, au contraire, que la décision a été prise par la *V.R.S.* de manière autonome (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 412-413).

avoir affirmé qu'étaient imputables à l'Etat les agissements des individus qui « agissent effectivement pour son compte, parce qu'un organe compétent [de l']Etat les aurait chargés d'une opération déterminée », elle ne put établir l'existence d'une « autorisation d'entreprendre pour le compte de l'[Iran] l'opération précise qui consistait à envahir l'ambassade » des Etats-Unis mais constata en revanche que l'ayatollah Khomeini et d'autres organes iraniens avaient approuvé et décidé de perpétuer son occupation continue et la détention des otages qui s'y trouvaient de sorte que ces faits avaient « pris le caractère d'actes dudit Etat »[1936]. Il semble ainsi que la Cour ait considéré qu'à partir du moment où les organes iraniens ont approuvé l'occupation de l'ambassade et décidé de la perpétuer, les individus qui l'avaient initiée à titre privé agissaient pour son compte[1937]. De manière analogue, la Cour a rapporté aux Etats-Unis certaines attaques effectuées par les *UCLAs* sans identifier d'instructions émanant d'organes américains mais en relevant que la C.I.A. avait fourni un soutien logistique à ces attaques et que des agents américains avaient participé à leur préparation, à leur commandement et les avaient soutenues[1938]. Il semble alors qu'elle ait moins appliqué un critère alternatif que dégagé de cet ensemble d'éléments que les *UCLAs* avaient en l'espèce agi sur les instructions des Etats-Unis.

627. Cette possibilité ressort plus nettement encore de la pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ou du droit économique.

2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

628. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme confirme que les comportements d'entités non étatiques doivent être rapportés à l'Etat lorsqu'ils ont été accomplis pour son compte. Elle indique surtout qu'il n'est pas toujours nécessaire de démontrer l'existence d'instructions précises émanant des autorités étatiques tendant à ce qu'ils soient commis.

[1936] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 74. Pour l'établir, la Cour tient compte de déclarations par lesquelles les organes de l'Etat iranien, et en particulier l'ayatollah Khomeini, ont approuvé le comportement des militants consistant à occuper l'ambassade, se sont abstenus de leur ordonner d'y mettre un terme et ont même affirmé que l'Iran ne permettrait pas la libération des otages.

[1937] L. Condorelli, « L'imputation en droit international public. Solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 102 s.

[1938] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 86 : « L'exécution incombait plutôt aux *UCLAs*, alors que les ressortissants des Etats-Unis participaient à la préparation, au commandement et au soutien. Il apparaît donc à la Cour que l'imputabilité de ces attaques aux Etats-Unis est établie. »

629. C'est notamment le cas de la pratique des organes européens, qui ont considéré que lorsque la police recourt à des particuliers, soit pour agir en tant qu'informateurs, soit pour procéder à des écoutes téléphoniques, leurs conduites sont imputables à l'Etat. La Commission comme la Cour ont ainsi affirmé que l'Allemagne aurait pu être tenue responsable du piège tendu par un informateur de la police à un individu pour le conduire sur le territoire allemand car « en cas de collusion entre autorités étatiques (…) et une personne privée (…) la Haute partie contractante en cause encourt une responsabilité pour les actes du particulier qui agit *de facto* pour son compte »[1939]. Elles ont, de manière analogue, estimé que l'enregistrement de conversations téléphoniques privées par des particuliers était imputable à l'Etat dès lors que les forces de police avaient apporté un « concours décisif » à ces opérations qui s'inscrivaient dans le cadre de procédures criminelles[1940]. La C.E.D.H. prend ainsi en compte le contexte de l'affaire pour en déduire qu'un comportement a été accompli pour le compte de l'Etat quand bien même il n'aurait pas été possible d'établir que ses organes en étaient à l'initiative.

630. Les organes interaméricains vont plus loin encore. Même si leur pratique est parfois confuse, il arrive qu'ils imputent le comportement de groupes paramilitaires à l'Etat en considérant qu'ils ont agi pour son compte[1941]. Ils se placent alors à la lisière du droit international général. En effet, même si les solutions qu'ils retiennent alors semblent s'inscrire dans ce cadre[1942], ils ne s'interdisent pas de s'en écarter en affirmant que l'article 1.1. de la Convention I.A.D.H. constitue une *lex specialis*, notamment au regard de la question de l'attribution[1943]. Sur cette base, ils considèrent que les comportements de groupes paramilitaires peuvent être imputés à l'Etat dès lors qu'ils ont agi dans un cas

---

[1939] *Stocké c. Allemagne*, req. n° 11755/85, décision du 12 octobre 1989, § 168. Raisonnement confirmé implicitement par la Cour, arrêt du 19 mars 1991, § 54. La Cour a ensuite fait une application positive de ce raisonnement en retenant qu'un informateur avait agi sur les instructions de la police russe pour inciter le requérant à lui vendre un sachet d'héroïne (*Vanyan c. Russie*, req. n° 53203/99, arrêt du 15 décembre 2005, § 49).

[1940] *M.M. c. Pays-Bas*, req n° 39339/98, arrêt du 8 avril 2003, § 36-43 : après avoir suggéré à la personne privée de procéder à l'enregistrement, la police a mis en place le dispositif pour y procéder ; *A. c. France*, req. n° 14838/89, arrêt du 23 novembre 1993, § 38 : bien que la personne privée ait pris l'initiative de l'enregistrement, le commissaire divisionnaire en a été averti et a alors fourni son bureau, sa ligne téléphonique et son magnétophone pour y procéder.

[1941] Pour des cas dans lesquels certains de ces groupes ont été assimilés à des organes de l'Etat, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

[1942] Pour des affirmations de la Cour en ce sens *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Série C, n° 4, jugement au fond du 29 juillet 1988, § 164 ; *Caballero-Delgado et Santana v. Colombia*, jugement du 8 décembre 1995, Série C, n° 22, § 54. En ce sens, Jo M. Pasqualucci pour qui « *the inter-american Court's application of [the principles of attribution of responsibility for State violation of international obligations] in holding States responsible for human rights violations has been consistently in accordance with those principles as codified by the ILC* » (« The application of international principles of State responsibility by the Inter-American Court of Human Rights », *in Liber amicorum Hector Fiz-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, vol. 2, p. 1213-1224, sp. p. 1223).

[1943] *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, jugement du 15 septembre 2005, § 106-107. La Cour parle toutefois d'attribution de la responsabilité, non des agissements en cause.

particulier de manière coordonnée, parallèle ou liée avec ses forces armées, sans qu'il soit nécessaire de prouver une dépendance, une direction ou une habilitation. Toutefois, même en pareil cas, ils recherchent bien l'implication des autorités étatiques dans les crimes spécifiquement en cause. Ils ne les imputent en effet à l'Etat que lorsque les éléments permettent d'établir qu'ils n'auraient pu être préparés et menés sans la collaboration, le consentement et la tolérance des autorités étatiques[1944]. On peut alors considérer que les organes interaméricains retiennent une règle d'imputation plus souple que celle qui prévaut en droit international général et selon laquelle sont imputables à l'Etat les agissements de personnes privées liées à l'Etat et agissant de concert avec lui[1945]. Mais il est également possible d'y voir un retour aux conceptions défendues en première lecture par la C.D.I., les organes interaméricains ayant seulement retenu une conception souple des éléments de preuve permettant d'établir qu'une entité non étatique a agi dans un cas particulier pour le compte de l'Etat.

631. Une telle souplesse se retrouve dans la pratique de certains organes de contrôle dans le domaine économique.

3. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique

632. Tandis que le Tribunal irano-américain a retenu une appréciation restrictive des comportements susceptibles d'être rapportés à l'Etat (a), les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements (b) et, surtout, l'O.R.D. (c) se montrent plus souples.

[1944] Explicitement en ce sens, concernant un massacre commis par les membres d'un groupe paramilitaire agissant de manière coordonnée avec les forces armées colombiennes (*Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, jugement du 15 septembre 2005, § 120-123). D'autres affaires, tranchées par la Commission (*Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia (Rio Frio Massacre)*, Case 11.654, Report n° 62/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 758 (2000), § 51) ou la Cour (*Caballero-Delgado et Santana v. Colombia*, jugement du 8 décembre 1995, Série C, n° 22, § 54) vont également en ce sens. Pour des cas dans lesquels une telle implication n'a pu être établie, v. *Pueblo Bello massacre v. Colombia*, série C, n° 140, arrêt du 31 mars 2006, § 140, retenant la responsabilité de l'Etat pour manquement à ses obligations positives, faute d'avoir pu prouver en l'espèce l'implication d'agents étatiques dans le comportement des groupes paramilitaires ; *Valle Jaramillo et al. v. Colombia*, série C, n° 192, arrêt du 27 novembre 2008, § 78-80, retenant la responsabilité de l'Etat pour manquement à une obligation de vigilance alourdie du fait de son implication dans la création des groupes paramilitaires.

[1945] En ce sens, J. Cerone, « Re-examining international responsibility : inter-State complicity in the context of human rights violations », *ILSA journal of international and comparative law*, 2007-2008, vol. 14-2, p. 525-534, sp. p. 530, n. 23.

a. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations

633. Ayant envisagé que l'implication de l'Etat dans le comportement de particuliers soit telle qu'elle les transformerait en faits étatiques, le Tribunal irano-américain n'a admis qu'il en aille ainsi que s'agissant des agissements des Gardiens de la Révolution, dont on a vu qu'il les avait en réalité appréhendés comme des organes du gouvernement *de facto* qui dirigeait alors l'Iran ou du mouvement insurrectionnel qui était sur le point d'en prendre le contrôle[1946]. Il a en revanche considéré que la propagande anti-américaine propagée par l'Ayatollah Khomeini ne suffisait pas faire de l'ensemble des comportements hostiles aux intérêts américains des faits étatiques[1947]. Il eut pour cela fallu identifier des directives spécifiques en ce sens émanant des organes du gouvernement révolutionnaire[1948]. Le Tribunal a ainsi retenu une conception restrictive des faits étatiques par destination, la preuve de l'implication de l'Etat dans les agissements hostiles aux intérêts américains étant plus difficile encore dans un contexte révolutionnaire[1949].

b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements

634. Lorsqu'ils examinent le lien entre l'Etat et le comportement spécifiquement en cause aux fins de son imputation, les tribunaux arbitraux qui interviennent dans le domaine des investissements adoptent une approche plus ou moins stricte. Certains se montrent particulièrement rigoureux en ne mentionnant que le critère du contrôle pour constater qu'« *international jurisprudence is very demanding in order to attribute the act of a person or entity to a State, as it requires both a general control of the State over the person or entity and a specific control of the State over the act the attribution of which is at stake* »[1950]. Ils excluent alors que les comportements d'une entité pourtant étroitement liée aux organes de l'Etat au sens du droit interne puissent être rapportés à l'Etat au sens du droit international en l'absence de preuve d'instructions émanant des seconds et tendant à ce qu'ils soient commis[1951]. D'autres arbitres se montrent toutefois moins restrictifs. C'est

[1946] *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, sp. p. 104. Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
[1947] *Alfred L.W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s., sp. p. 94-95.
[1948] *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, 3 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 135 s., sp. p. 143-144.
[1949] Sur ce point, v. aussi *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.
[1950] *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, sentence du 24 octobre 2008, sp. § 172-173.
[1951] *Ibid.*

ainsi qu'un tribunal a pu juger que, bien que l'imputation du comportement d'une entité non étatique à l'Etat sur le fondement de l'article 8 C.D.I. exige un degré élevé de contrôle dans d'autres contextes juridiques et factuels, « *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* »[1952]. En envisageant d'établir que la décision en cause résulte de l'initiative des organes étatiques sans exiger nécessairement la preuve d'instructions formelles en ce sens, une telle décision renoue également avec la position retenue par la Commission en première lecture, qui renvoyait la question de l'identification des comportements accomplis pour le compte de l'Etat au domaine de la preuve. L'approche de l'O.R.D. est également en ce sens.

c. La pratique de l'Organe de règlement des différends

635. Examinant si une contribution financière est imputable à l'Etat au sens de l'accord sur les subventions et mesures compensatoires, l'O.R.D. recherche ainsi « un lien démontrable entre les pouvoirs publics et le comportement de l'organisme privé »[1953]. Il l'identifie lorsque les pouvoirs publics confient une tâche à un organisme privé ou exercent leurs pouvoirs sur un tel organisme – ce qui peut prendre la forme d'un commandement mais aussi des moyens plus subtils ou ne faisant pas intervenir le même degré de contrainte[1954]. Dans les deux cas, « les pouvoirs publics utilisent un organisme privé comme mandataire pour effectuer l'une des contributions financières »[1955]. Ce type de mandat n'est toutefois pas toujours explicite[1956] et les interprètes – autorités nationales et groupes spéciaux – peuvent, voire doivent, utiliser la technique du faisceau d'indices en appréciant l'ensemble des éléments de preuve dans le contexte global de l'affaire pour déterminer si les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné aux organismes privés de verser

[1952] *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 24 août 2009, § 130.
[1953] *Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, § 113.
[1954] *Ibid.*, § 111 et 118.
[1955] *Ibid.*, § 116.
[1956] Contrairement à ce qu'avait indiqué un groupe spécial en l'affaire *Etats-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions*, WT/DS194/R, 29 juin 2001, § 8.29. Pour ce groupe spécial, les actions de charger ou ordonner impliquent une délégation ou un commandement, ce qui implique la réunion de trois éléments : i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière. Mais il s'agissait d'un cas tout à fait particulier : les Etats-Unis considéraient en effet que le fait pour le Canada de restreindre les exportations d'un produit est équivalent à celui de charger ou ordonner les producteurs à vendre leurs produits sur le marché intérieur et donc à « fournir des biens » au sens de l'article 1.1 de l'accord S.M.C.

une contribution financière[1957]. Même si le contentieux relatif aux subventions présente certaines spécificités, il semble donc que le droit de l'O.M.C. admette que puisse être attribué à l'Etat le comportement d'entités privées qui ont agi pour son compte en inférant ce mandat d'un faisceau d'indices et en tenant compte du contexte[1958].

636. Les comportements accomplis par des personnes privées pour le compte de l'Etat lui sont donc rapportés. Il n'est alors pas nécessaire de prouver que l'Etat a en outre exercé un contrôle sur le comportement dont il est à l'instigation, le critère du contrôle en relation avec la conduite d'entités non étatiques ne devenant décisif que lorsque l'on change de focale pour se concentrer non plus sur le comportement en cause mais sur l'opération dans le cadre de laquelle il s'inscrivait[1959]. Toute la difficulté tient dès lors à la possibilité d'établir qu'une entité a agi, dans un cas particulier, pour le compte de l'Etat. Les questions de preuve revêtent alors une importance fondamentale. Elles peuvent expliquer pour partie les divergences qui opposent la pratique de la C.I.J. à celle d'autres organes étudiés, spécialement la C.I.A.D.H. et l'O.R.D. Au-delà de ces difficultés, des élargissements de la catégorie des comportements étatiques par destination ont été envisagés.

§ 2. Les élargissements envisagés

637. Plusieurs élargissements de la catégorie des faits étatiques par destination ont été envisagés. La C.D.I. a ainsi considéré qu'un comportement doit être rapporté à l'Etat lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'une opération contrôlée par lui (A) ou lorsqu'il l'a endossé (B).

[1957] Si le groupe spécial *Communautés européennes – Semi-conducteurs* l'a très clairement fait (*Communautés européennes – mesures conservatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, 17 juin 2005, § 7.109, 7.125, 7.7.131) ce ne fut pas le cas du groupe spécial *Etats-Unis – Semi-conducteurs* qui a, selon l'organe d'appel, évalué à tort « la pertinence de nombreux éléments de preuve pris individuellement en examinant si chacun était suffisant pour établir l'existence d'une action de charger ou ordonner » (*Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, § 158).

[1958] En ce sens, H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité* internationale, *op. cit.*, p. 162 s. L'accord sur l'agriculture va même plus loin que l'accord S.M.C. puisqu'il assimile à des subventions les « versements à l'exportation d'un produit agricole qui sont financés en vertu d'une mesure des pouvoirs publics ». Le « lien démontrable » entre les pouvoirs publics et le comportement d'un organisme privé semble alors plus ténu encore. Il n'est en effet plus nécessaire que les pouvoirs publics aient chargé un organisme ou lui aient ordonné de verser une contribution financière. Pour autant, il ne suffit pas qu'ils lui aient permis d'apporter une contribution de sa propre initiative.

[1959] En ce sens, C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 126-127.

A. Les faits accomplis au cours d'opérations menées sous le contrôle de l'Etat

638. Cherchant à préciser les cas dans lesquels un comportement pouvait être considéré comme accompli pour le compte de l'Etat, J. Crawford a proposé à la C.D.I. de retenir que tel peut être le cas lorsqu'il a été accompli sous ses directives ou son contrôle (1). Le rapporteur spécial a ainsi entendu traduire l'approche de la C.I.J. qui, si elle est régulièrement réaffirmée, n'est que rarement retenue en pratique (2).

1. Les travaux de la Commission du droit international

639. En proposant à la Commission d'intégrer à l'article 8 de son texte le critère du contrôle, J. Crawford entendait couvrir les cas dans lesquels « l'Etat a dirigé et contrôlé [une] opération spécifique [dont] le comportement qui a fait l'objet de la récrimination formait une partie nécessaire, intégrante ou intentionnelle »[1960]. Il s'agissait donc pour le rapporteur spécial d'élargir les cas dans lesquels un comportement peut être considéré comme accompli pour le compte de l'Etat. Le commentaire de l'article 8 du texte de codification confirme que les hypothèses dans lesquelles un comportement est accompli sous les directives ou le contrôle de l'Etat sont plus larges que celles dans lesquelles il est accompli sur ses instructions puisqu'elles visent les situations où une conduite lui est rapportée parce que ses organes ont « dirigé ou contrôlé l'opération [dont il] faisait partie intégrante »[1961]. Le contrôle doit ainsi porter sur l'opération spécifique dans le cadre de laquelle le comportement en cause s'inscrivait[1962]. Il se distingue alors des critères du « contrôle global », identifié par le T.P.I.Y., ou de la « totale dépendance », dégagé par la C.I.J., qui visent une relation stable entre l'Etat et la personne ou entité qui agit, au point que celle-ci doit être considérée comme un organe de celui-là, de sorte qu'il n'est plus même nécessaire d'identifier un contrôle de l'Etat sur l'opération spécifique dans le cadre de laquelle les comportements en cause s'inscrivaient[1963]. Il se veut également plus large

[1960] « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 213, p. 46-47.
[1961] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 1 et 3, *op. cit.*, p. 49.
[1962] En ce sens, C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 105. On peut néanmoins considérer que, tandis que les instructions portent sur une conduite, le contrôle porte nécessairement sur une personne (A. Cassese, « The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *EJIL*, 2007, p. 649-668, sp. p. 663-664). Cela ne change toutefois rien à l'affaire. Il suffit d'affirmer que le contrôle doit porter sur la personne qui agit dans le cadre de l'opération spécifique.
[1963] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

que le critère des instructions, celles-ci devant porter sur un comportement spécifique, non sur l'opération dans le cadre de laquelle il s'inscrit[1964]. Une incertitude demeure toutefois. Elle tient au degré de contrôle que l'Etat doit exercer sur une opération pour que les comportements qui en font partie lui soient imputés, la Commission s'étant contentée de préciser qu'« en tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis se produi[t] ou non sous le contrôle d'un Etat et si la mesure dans laquelle ce comportement [est] contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit Etat »[1965].

2. La pratique judiciaire

640. En proposant d'élargir les cas dans lesquels un comportement peut être considéré comme imputable à l'Etat car accompli pour son compte, J. Crawford entendait traduire la pratique de la C.I.J. telle qu'elle était selon lui apparue en l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua*. Il s'appuyait sur le passage de l'arrêt dans lequel la Cour avait affirmé, après avoir considéré qu'il n'avait pu être établi que les autorités américaines avaient ordonné ou imposé aux *contras* de perpétrer les crimes en cause, que « pour que la responsabilité juridique [des Etats-Unis] soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »[1966]. La Cour reprit cette idée en l'affaire des *Activités militaires sur le territoire du Congo* mais ne la mit pas en œuvre, faute de preuve[1967]. Elle la consacra enfin en l'affaire du *Génocide* en affirmant que l'Etat devait être tenu responsable du comportement de personnes qui ont agi « selon les instructions *ou* sous le 'contrôle effectif' de ce dernier »[1968]. La Cour confirmait ainsi que le critère du contrôle effectif était distinct de celui de la totale dépendance, qui permettrait de qualifier l'entité qui agit d'organe de fait de l'Etat[1969], mais aussi de celui des

[1964] Cette approche explique que la Commission ait considéré que les comportements accomplis au cours d'opérations s'étant déroulées sous le contrôle de l'Etat devaient lui être attribués quand bien même les personnes ou groupes en cause n'auraient pas suivi les instructions particulières qui leur avaient été adressées (commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 9, *op. cit.*, p. 51).
[1965] Commentaire de l'article 8 du texte de codification définitif, § 5, *op. cit.*, p. 50. Nombreux sont les auteurs qui ont souligné le flou entretenu par la Commission en refusant de trancher entre les deux approches, v. notamment A. Cassese, « The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *op. cit.*, p. 664, qui y voit un « jugement de Salomon ».
[1966] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), § 115.
[1967] *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 160.
[1968] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 400.
[1969] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

instructions. Il ne serait ainsi pas nécessaire de démontrer que les Etats-Unis ou la Yougoslavie avaient donné des instructions pour que les *contras* ou les Serbes de Bosnie commettent des crimes internationaux. Il suffirait d'établir que ces Etats contrôlaient ces groupes lors des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles lesdits crimes avaient été commis. Ce contrôle aurait ainsi pour effet de rendre étatiques non seulement les opérations militaires en cause mais encore les crimes commis à l'occasion de ces opérations. Toutefois, en exigeant la preuve d'un contrôle effectif, la Cour réduit quasiment à néant l'extension qu'elle propose, si c'en est une. En effet, le contrôle exigé doit être tel qu'il signifie que le comportement en cause ne peut pas ne pas avoir été « voulu » par l'Etat, quand bien même des instructions expresses ne pourraient être mises en évidence[1970].

641. Ainsi entendu, le critère du contrôle ne peut donc être perçu comme un élargissement des cas dans lesquels le comportement d'une entité non étatique est attribuable à l'Etat. Pire, il est susceptible d'être interprété comme restreignant les situations dans lesquelles une entité peut être considérée comme agissant pour le compte de l'Etat. On ne trouve en revanche guère de pratique permettant d'affirmer qu'il doit être élargi. En effet, lorsque des juridictions ont tenu compte d'un contrôle plus diffus, elles ne cherchaient pas à établir si l'un des comportements d'une entité non étatique pouvait être attribué à l'Etat mais si cette entité pouvait, malgré les apparences, être assimilée à un organe de l'Etat[1971].

B. L'endossement

642. Outre l'idée selon laquelle un comportement devrait être attribué à l'Etat parce qu'il s'inscrivait dans le cadre d'une opération réalisée sous son contrôle, J. Crawford a obtenu de la Commission qu'elle insère une nouvelle disposition dans le texte de codification. L'article 11 indique ainsi que « le comportement d'une personne, d'un groupe ou d'une entité qui n'est pas attribuable à un Etat (…) est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si et dans la mesure où l'Etat entérine ou fait sien le comportement en question »[1972]. Cette disposition prévoit qu'un comportement

[1970] O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 268.
[1971] V. *supra*, Partie 1, spécialement Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, s'agissant du critère du contrôle global dégagé par le T.P.I.Y.
[1972] Article 11 du texte de codification définitif, *op. cit.*, p. 55. Pour la proposition de J. Crawford, v. « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 278-283, p. 59-60.

initialement non étatique puisse être attribué à l'Etat de manière rétroactive car il l'a reconnu et adopté comme étant sien[1973]. Il ne s'agit toutefois pas d'un retour aux théories défendues par Grotius[1974]. Le commentaire insiste en effet sur la nécessité de distinguer selon que l'Etat s'est contenté d'approuver le comportement en cause ou qu'il l'a endossé[1975]. Pour autant, même ainsi limitée, cette nouvelle disposition ne semble pas traduire la pratique internationale.

643. Le rapporteur spécial s'était appuyé pour la proposer sur plusieurs affaires dont aucune n'allait dans le sens qu'il défendait. Ainsi de l'affaire des *Otages*. La Cour avait alors jugé que l'occupation continue de l'ambassade des Etats-Unis et la détention des otages qui s'y trouvaient avaient « pris le caractère d'actes dudit Etat » dès lors qu'ils avaient été approuvés par les autorités iraniennes qui avaient en outre décidé de les perpétuer[1976]. Ce passage indiquerait selon le rapporteur spécial que l'autorisation ou l'approbation de comportements initialement privés suffit à les muer en faits étatiques. Cette interprétation ne peut toutefois être retenue, d'une part parce que la Cour n'en a pas pour autant considéré que les comportements en cause étaient étatiques *ab initio*, d'autre part car elle a précisé, concernant cette fois l'attaque et non l'occupation de l'ambassade, que des félicitations de la part des autorités étatiques ne modifieraient pas son « caractère initialement indépendant et non officiel »[1977]. Les autres précédents cités par le rapporteur spécial ne convainquent pas davantage. La Grèce fut certes tenue responsable d'une loi adoptée par la Crète alors qu'elle était encore un Etat autonome de l'Empire ottoman au motif qu'elle avait « fait sienne [cette] conduite illégale » après avoir acquis la souveraineté sur ce territoire[1978]. Mais il s'agissait là d'une question de succession d'Etat, et donc de responsabilité du fait d'autrui, pas d'imputation d'un fait[1979]. Le dernier précédent utilisé par la Commission finit par révéler la véritable *ratio* de la disposition ainsi codifiée. Il porte sur la capture d'Adolf Eichmann en Argentine. L'identité des ravisseurs étant douteuse, la Commission retint que, les doutes sur le point de savoir s'ils avaient agi sur les instructions d'Israël au sens de l'article 8, « sont susceptibles d'être levés par l'appropriation ultérieure du comportement en question par l'Etat »[1980].

[1973] Commentaire de l'article 11 du texte de codification définitif, § 1, *op. cit.*, p. 55.
[1974] V. *supra*, Section 1.
[1975] *Ibid.*, § 11, p. 56.
[1976] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 74.
[1977] *Ibid.*, § 59.
[1978] *Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce/France)*, 24/27 juillet 1956, *RSA*, vol. XII, p. 155-269, sp. p. 198. La responsabilité de la Grèce était bien rétroactive. Elle valait non seulement pour la période postérieure à l'acquisition par cet Etat de la souveraineté sur la Crète mais aussi pour la période antérieure.
[1979] En ce sens, F. Dopagne, « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 518 s. La C.D.I. l'admet d'ailleurs dans son commentaire de l'article 11, § 3, *op. cit.*, p. 55.
[1980] Commentaire de l'article 11, § 3, *op. cit.*, p. 55.

644. Il semble ainsi que l'endossement ne constitue pas une base d'imputation autonome, quand bien même certes décisions l'auraient depuis lors mentionné à titre d'*obiter dictum*[1981]. D'une part, parce que son effet rétroactif est loin d'être établi. D'autre part, parce qu'il semble en réalité constituer un indice dans l'enquête visant à déterminer si une entité a bien agi pour le compte de l'Etat[1982].

*

* *

645. L'identification des faits étatiques par destination demeure donc extrêmement délicate. Mais les difficultés sont essentiellement factuelles. La C.D.I. a tenté de préciser en seconde lecture les cas dans lesquels cela est envisageable, au risque de « créer des échappatoires »[1983]. Elle a en effet mis en évidence quatre éléments alternatifs permettant de considérer qu'un comportement a été accompli pour le compte de l'Etat : les instructions, les directives, le contrôle et l'endossement. Pris isolément, ces éléments peuvent permettre à un Etat d'échapper à sa responsabilité pour des comportements pourtant accomplis pour son compte. Ils doivent donc être combinés en tenant compte de la nécessité d'individualiser le fait en cause ainsi que du contexte factuel et juridique dans lequel le juge intervient.

646. Cela ne signifie toutefois pas que l'imputation à l'Etat soit une opération factuelle. Il demeure en effet possible que des comportements soient rapportés à l'Etat alors même qu'ils n'auraient pas été accomplis pour son compte. Des élargissements sont en effet envisagés, tendant à considérer comme étatiques certains comportements aux motifs que l'Etat a prêté aide ou assistance à ceux qui les ont adoptés, y a acquiescé, voire a négligé de les prévenir. C'est particulièrement le cas dans le contexte du *jus ad bellum*, notamment après que le président des Etats-Unis eut considéré que « *by aiding and abetting murder, the Taliban regime is committing murder* »[1984]. Mais, à supposer que cette prise de position traduise l'*opinio juris* de cet Etat, il ne semble pas qu'elle ait fait évoluer les solutions retenues quant à la possibilité d'imputer un acte d'agression à un Etat au sens

---

[1981] *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, § 118. V. aussi, C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, § 81 : « si les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention ». Mais la Cour n'indique pas ici si le comportement en cause serait imputable à l'Etat.

[1982] Egalement en ce sens, C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *op. cit.*, p. 136-137 ; F. Dopagne, « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 520.

[1983] Ainsi que le craignait R. Ago (1260e séance, § 27, p. 47).

[1984] Discours à la nation du 7 octobre 2001, accessible depuis www.whitehouse.gov.

du *jus ad bellum*[1985]. Même à s'en tenir au droit de la responsabilité, des situations de ce type ne semblent pas devoir conduire à élargir les règles d'imputation. Il existe certes des frémissements en ce sens[1986], mais la pratique s'oriente plutôt vers le développement des obligations substantielles de l'Etat. L'arrêt rendu par la C.I.J. en l'affaire du *Génocide* en constitue un exemple topique. Si on peut considérer, et on l'a fait, que la Cour a retenu une conception excessivement restrictive des règles d'imputation en l'espèce, spécialement de celles relatives à l'organe *de facto*[1987], elle n'en a pas moins contribué au raffinement du droit de la responsabilité en distinguant trois chefs de responsabilité, selon que l'Etat a commis le génocide, qu'il s'en est montré complice ou qu'il a seulement manqué à l'obligation de le prévenir ou de le réprimer. Elle a certes pu le faire en s'appuyant sur la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Mais il n'est pas exclu que ce raisonnement soit transposé à d'autres domaines, permettant de moduler la responsabilité de l'Etat en fonction de ses formes et degrés d'implication dans les comportements en cause[1988].

647. Ces tendances confirment la dimension subjective et afflictive que conserve, malgré la substitution de l'imputation à la faute, le droit de la responsabilité internationale[1989].

[1985] En ce sens, O. Corten, *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 669-704.

[1986] Il se peut que l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 en constitue un exemple en ce qu'il prévoit qu'« aux fins de la présente Convention, on entend par 'disparition forcée' l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi ».

[1987] Sur ce point, v. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

[1988] E. Savarese, « Complicité de l'Etat dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme. En marge de la décision *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*) », *AFDI*, 2007, p. 280-290. En ce qu'il implique un rapport entre deux sujets de droit, le terme complicité, admissible lorsqu'il est question d'un génocide dont les auteurs peuvent de ce fait être considérés comme sujets de droit international, pourrait gêner les opposants à la reconnaissance de la personnalité juridique internationale de l'individu. L'obstacle n'est pas dirimant. Il suffit de considérer que, de même qu'il est tenu de prévenir certains comportements individuels, l'Etat est tenu de ne pas aider la commission de certains faits et que la violation de ces obligations distinctes entraîne des conséquences différentes.

[1989] En ce sens, O. de Frouville, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 268.

Conclusion de la partie :

648. L'Etat doit donc répondre non seulement des comportements de ses organes, mais encore de ceux d'entités non étatiques. L'imputation emprunte des voies différentes dans chacun de ces cas, traduisant une recherche d'équilibre entre dimensions objective et subjective de la responsabilité internationale.

649. Les comportements des organes étatiques sont présumés imputables à l'Etat. Cela vaut quand bien même ils auraient agi à la manière de simples particuliers ou violé les instructions reçues. L'approche est alors objective, la logique de la réparation primant. C'est encore plus le cas lorsque, par dérogation à la règle générale, les comportements de certains organes, faisant partie des forces armées, sont rapportés à l'Etat alors même qu'ils auraient agi à titre privé. La perspective change en revanche lorsque les organes de l'Etat agissent pour le compte d'autrui. Il ne s'agit plus alors d'identifier *un* répondant mais *le* répondant. Le droit de la responsabilité continue alors de faire primer les considérations organiques sur les considérations fonctionnelles, n'admettant de basculement dans l'imputation que lorsque l'organe est mis à la disposition d'un autre sujet, en ce sens qu'il agit sous son autorité. A l'inverse, les comportements des entités non étatiques ne sont en principe pas imputables à l'Etat. L'approche objective perdure certes lorsque l'imputation est fondée sur la nature des pouvoirs ou fonctions exercées par l'entité en cause. Elle disparaît en revanche lorsque c'est l'implication des organes de l'Etat dans le comportement d'une entité non étatique qui conduit à y voir un fait de l'Etat.

650. Dans tous ces cas, le droit ne se contente pas d'enregistrer des situations qui s'imposent à lui. Outre que les solutions retenues en droit de la responsabilité ne se retrouvent pas dans d'autres branches, le droit produit une représentation de ces situations en opérant un tri entre les comportements en cause selon qu'ils peuvent être dits étatiques ou non.

Conclusion

651. L'imputation d'un fait à l'Etat dans le droit de la responsabilité internationale est une opération qui obéit à des règles solidement ancrées dans la pratique, qui font une large place à l'effectivité et ne connaissent que des déviations limitées.

652. Les articles adoptés par la Commission du droit international en 2001 et la pratique internationale se reflètent pour l'essentiel. Elle s'y réfère. Ils la traduisent. Celle-ci s'est nourrie de ceux-là autant qu'elle les a alimentés, acclimatant notamment dans le contentieux transnational des principes dégagés de la pratique interétatique. La correspondance n'est toutefois pas parfaite. D'abord parce que certaines des dispositions codifiées par la Commission ne trouvent guère de soutien dans la pratique, telles que celles consacrées aux mouvements insurrectionnels parvenant à créer un nouvel Etat, aux entités qui agissent en situation d'absence ou de carence des autorités officielles ou encore à l'endossement par l'Etat du comportement d'une entité non étatique. Ensuite, et surtout, parce que, tout en permettant de mettre au jour et de systématiser une pratique abondante, le processus de codification a parfois conduit à une remise en cause de solutions établies. Il arrive ainsi que les articles codifiés soient considérés comme des dispositions isolées posant des règles juridiques précises, de sorte que l'imputation d'un fait à l'Etat exigerait la réunion de certaines conditions *sine qua non*. L'examen de ces conditions peut alors se faire au détriment de l'effectivité, sur laquelle s'est pourtant bâti le droit de la responsabilité internationale. Cet écueil inhérent à tout travail de codification ne peut être évité qu'à condition d'appréhender le texte de la C.D.I. comme un tout, dont les dispositions se combinent afin de reconstruire l'unité de la puissance publique.

653. Considérer que l'imputation d'un fait à l'Etat repose principalement sur l'effectivité et doit se faire en considération d'un ensemble d'indices plutôt que sur la base de critères juridiques étroitement définis ne signifie toutefois pas qu'il s'agisse là d'une opération factuelle. Les règles générales peuvent non seulement être mises en œuvre de manières variées mais encore faire l'objet de déviations ponctuelles. En outre, les solutions retenues en droit de la responsabilité ne le sont pas nécessairement dans les autres branches du droit international. Même les pratiques les mieux acceptées traduisent des choix normatifs pas plus intangibles qu'immuables. L'Etat apparaît ainsi comme un concept juridique, une représentation du réel par le droit, susceptible de plus comme de moins. Pour autant, les solutions retenues en droit de la responsabilité demeurent globalement marquées par la constance et l'uniformité. L'adaptation aux exigences changeantes de la

société internationale est pour l'essentiel renvoyée vers les obligations primaires. En objectivant, mais seulement en partie, l'illicite, les règles d'imputation continuent ainsi d'être perçues comme le moyen d'assurer un équilibre entre les dimensions réparatrice et sanctionnatrice de la responsabilité internationale.

654. La constance disparaît en revanche lorsque l'on quitte le terrain du droit de la responsabilité. La conception extensive de l'Etat retenue en la matière n'exclut ainsi pas qu'il soit perçu de manière plus restrictive dans d'autres domaines du droit international. Faut-il s'en inquiéter ? Des deux maux que constituent la transposition automatique de concepts dans différentes branches du droit dont les finalités sont distinctes et le risque de fragmentation d'un concept tel que celui d'Etat, le second paraît le moindre. On ne s'émouvra dès lors pas de constater que le droit international (re)construit le fait étatique tantôt afin de mobiliser l'Etat, tantôt afin de le neutraliser.

ANNEXE : EVOLUTION DES ARTICLES RELATIFS A L'IMPUTATION DANS LES TRAVAUX DE LA C.D.I.

Projet proposé par R. Ago (3e et 4e rapports)	Projet adopté en première lecture (1996)	Projet proposé par J. Crawford (1er rapport)	Texte de codification définitif (2001)
Article 5. Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits de ses propres organes : « Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet Etat, ont la qualité d'organes de celui-ci et qui, en l'occurrence, agissent en cette qualité ». **Article 6.** Non-pertinence de la position de l'organe dans la répartition des pouvoirs et dans la hiérarchie interne : « L'appartenance d'un organe de l'Etat au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, la nature internationale ou interne de ses fonctions, sa position supérieure ou subordonnée dans la hiérarchie de l'organisation de l'Etat, sont sans pertinence aux fins de la considération du comportement d'un tel organe	**Article 5.** Attribution à l'Etat du comportement de ses organes : « Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité ». **Article 6.** Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat : « Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée ». **Article 7.** Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités	**Article 5.** Attribution à l'Etat du comportement de ses organes : « Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de cet Etat agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions constituante, législative, exécutive, judiciaire ou autres et quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat ».	**Article 4.** Comportement des organes de l'Etat : « 1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat. 2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat ».

comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international ». **Article 7.** Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits d'organes d'institutions publiques distinctes : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, d'après l'ordre juridique interne de cet Etat, ont la qualité d'organe d'un établissement public ou d'une autre institution publique autonome, ou encore d'une collectivité publique territoriale (communes, provinces, régions, cantons, Etats membres d'un Etat fédéral, administrations autonomes de territoires dépendants, etc.), et qui, en l'occurrence, agissent en cette qualité ».	habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique : « 1. Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité. 2. Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité ».		

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 8. Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits de particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, quoique formellement dépourvus, d'après l'ordre juridique interne de l'Etat, de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat ».	**Article 7.** Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique : « 1. Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité. 2. Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité ».	**Article 7.** Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité ».	**Article 5.** Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique : Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international ».

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 9. Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale : « Est de même considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui ont la qualité d'organes dans le cadre de l'ordre juridique d'un autre Etat ou d'une organisation internationale et qui ont été mis à sa disposition, à condition que ces organes relèvent effectivement de l'autorité de l'Etat à la disposition duquel ils se trouvent et agissent selon des instructions émanant de ce dernier ».	**Article 9.** Attribution à l'Etat du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale : « Est de même considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe qui a été mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale, pour autant que cet organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve ».	**Article 9.** Attribution à l'Etat du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre Etat : « Est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe mis à la disposition de celui-ci par un autre Etat, pour autant que l'organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouvait ».	**Article 6.** Comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat : « Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier Etat d'après le droit international ».

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 10. Comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les prescriptions concernant leur activité : « 1. Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une institution publique distincte qui, tout en agissant en sa qualité officielle, dépasse sa compétence selon le droit interne ou contrevient aux prescriptions de ce droit concernant son activité est néanmoins considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international. 2. Toutefois, un tel comportement n'est pas considéré comme un fait de l'Etat si, de par sa nature, il était totalement étranger aux fonctions spécifiques de l'organe ou si, même sous d'autres aspects, l'incompétence de l'organe était manifeste ».	**Article 10.** Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité : « Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité ».	**Article 10.** Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur pouvoir ou en contradiction avec leurs instructions : « Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ou ladite entité ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé son pouvoir ou a contrevenu aux instructions concernant son exercice ».	**Article 7.** Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions : « Le comportement d'un organe de l'Etat ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions ».

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 8. Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits de particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, quoique formellement dépourvus, d'après l'ordre juridique interne de l'Etat, de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat ».	**Article 8.** Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si : a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat… ».	**Article 8.** Attribution à l'Etat d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle : « Est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si : a) La personne ou le groupe de personnes agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet Etat en ayant ce comportement… »	**Article 8.** Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat : « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat ».

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 8. Attribution à l'Etat, sujet de droit international, des faits de particuliers exerçant en fait des fonctions publiques ou agissant en fait pour le compte de l'Etat : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, quoique formellement dépourvus, d'après l'ordre juridique interne de l'Etat, de la qualité d'organes de celui-ci ou d'une institution publique distincte, exercent en fait des fonctions publiques ou agissent en fait pour le compte de l'Etat ».	**Article 8.** Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat : « Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si (…) b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives ».	**Article 8.** Attribution à l'Etat d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle : « Est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si (…) b) La personne ou le groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui commandaient l'exercice de ces prérogatives ».	**Article 9.** Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles : « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives ».

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 13. Attribution rétroactive à un État des faits d'organes d'un mouvement insurrectionnel victorieux : 1. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, au moment où ledit comportement a été adopté, étaient des organes d'un mouvement insurrectionnel dont les structures sont ensuite devenues celles d'un nouvel Etat constitué sur la totalité ou bien sur une partie des territoires auparavant soumis à la souveraineté de l'Etat préexistant est rétroactivement considéré comme un fait de l'Etat nouvellement constitué. 2. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, au moment où ledit comportement a été adopté, étaient des organes d'un mouvement insurrectionnel dont les structures se sont ensuite intégrées, en tout ou en partie, à celles de l'Etat préexistant est rétroactivement considéré comme un fait de cet Etat. Toutefois, une telle attribution n'exclut pas	**Article 15.** Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat : « 1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet Etat d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10. 2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat ».	**Article 15.** Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel : « 1. Le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel, établi en opposition à un Etat ou à son gouvernement, n'est pas considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international à moins que : a) Le mouvement insurrectionnel parvienne à devenir le nouveau gouvernement de cet Etat ; ou b) Le comportement soit par ailleurs considéré comme un fait de cet Etat d'après les articles 5, 7, 8, 9 ou 15 bis. 2. Le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international ».	**Article 10.** Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre : « 1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international. 2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international. 3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 4 à 9 ».

l'attribution parallèle au même Etat du comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui, à la même époque, étaient des organes du gouvernement alors considéré comme légitime ».			
Projet proposé par R. Ago	**Projet adopté en première lecture**	**Projet proposé par J. Crawford**	**Texte de codification définitif**
		Article 15 *bis*. Comportement de personnes ou d'entités n'agissant pas pour le compte de l'État, qui est ultérieurement entériné ou fait sien par cet État : « Le comportement d'une personne, d'un groupe ou d'une entité qui n'est pas attribuable à un État selon les articles 5, 7, 8, 9 ou 15 est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si et dans la mesure où l'État entérine ou fait sien le comportement en question ».	**Article 11.** Comportement reconnu et adopté par l'Etat comme étant sien : « Un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien ».

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 11. Comportement de simples particuliers : « 1. Le comportement d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers, agissant en tant que tels, ne peut pas être considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international. 2. La règle énoncée au paragraphe qui précède est toutefois sans préjudice de l'attribution à l'Etat de l'omission éventuelle de ses organes au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou pour réprimer le comportement du particulier ou du groupe de particuliers et ne l'ont pas fait ».	**Article 11.** Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat : « 1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat. 2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10 ».	**Suppression**	

Projet proposé par R. Ago	Projet adopté en première lecture	Projet proposé par J. Crawford	Texte de codification définitif
Article 12. Comportement d'autres sujets de droit international : « 1. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant sur le territoire d'un Etat en tant qu'organes d'un autre Etat ou d'une organisation internationale ne peut pas être considéré comme un fait du premier Etat sur le plan du droit international. 2. De même, le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant sur le territoire d'un Etat en tant qu'organes d'un mouvement insurrectionnel dirigé contre cet Etat et doté d'une personnalité internationale distincte ne peut pas être considéré comme un fait dudit Etat sur le plan du droit international. 3. Les règles énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont toutefois sans préjudice de l'attribution à l'Etat de l'omission éventuelle de ses organes au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou pour réprimer le comportement de	**Article 12.** Comportement d'organes d'un autre Etat : « 1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité. 2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui envisagé audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 ». **Article 13.** Comportement d'organes d'une organisation internationale : « N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction ».	**Suppression**	

la personne ou du groupe de personnes envisagés et ne l'ont pas fait. 4. De même, les règles énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de l'attribution du comportement de la personne ou du groupe de personnes envisagés au sujet de droit international dont ils sont les organes. 5. Enfin, la règle énoncée au paragraphe 2 est sans préjudice de la situation qui se produirait au cas où les structures du mouvement insurrectionnel seraient ensuite devenues, avec la victoire de ce mouvement, les nouvelles structures de l'Etat préexistant, ou celles d'un autre Etat nouvellement constitué ».	**Article 14.** Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel : « 1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration. 2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10. 3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international ».		

INDEX THEMATIQUE

Abkhazie 262 ; 284 ; 287-289
Absence, des autorités 516-524
Actes
- d'autorité 365-381 ; 539-558
- de gestion 365-381
- de la fonction 409 s.
- privés 409 s.

Activités dangereuses 10-11
Afghanistan 331 ; 347
Agent
- de fait 238 ; 578 s.
- définition 62 ; 238 ; 490

Agression 37 ; 289-290 ; 294 ; 319 ; 578 ; 646
Aides d'Etat 199-201 ; 606-607
ALENA 117 ; 134 ; 194 ; 198 ; 393 ; 513 ; 554
Approbation 97 ; 280 ; 394-395 ; 583 ; 593 ; 642-644
Assistance, ou aide 253 ; 299 ; 310
Attribution
- définition 19
- et imputation 19 ; 29 ; 35

Autonomie
- des démembrements 65 ; 88 ; 103 ; 119 ; 121 ; 126 ; 135 ; 140 ; 149-150 ; 191 ; 202 ; 210-212 ; 216 ; 221-222

Autrui, responsabilité du fait
- définition 14 ; 27
- d'un autre Etat 533-537
- d'un mouvement insurrectionnel 530-532
- d'une organisation internationale 533-537

Bandes armées, groupes criminels 594-595
- groupes d'autodéfense 307 ; 599

Bantoustans 262 ; 269 ; 271

Carence, des autorités 516-524
Causalité, lien de 19 ; 26 ; 51 ; 274 ; 610
Cessation de l'illicite 130 ; 133-134 ; 138 ; 144 ; 395-396
Clause
- coloniale 106 ; 111
- fédérale 78 ; 84 ; 88-89 ; 111- 119 ; 139
- territoriale 105-110

Collectivités territoriales
- responsabilité des 123-129
- obligations internationales des 121-122

Colombie 259 ; 307 ; 311 ; 599
Complicité 581 s. ; 596 ; 609 ; 646
Conflit armé
- imputation en situation de 424-435 ; 517
- international, qualification 37 ; 278-281 ; 289

Congo 251 ; 254-255 ; 299 ; 310 ; 312 ; 326 ; 592 ; 595 ; 610 ; 625 ; 640
Contrainte
- sur des entités privées 622
- sur un autre Etat 331 ; 458 ; 474

Contract claim 93 ; 183 ; 377
Contrôle
- comme indice de la qualité d'organe 221-223 ; 312-313
- effectif 253 ; 268 ; 273 ; 280 ; 316 ; 318 ; 438 ; 447-472 ; 640
- global 272-273 ; 280 ; 285-286 ; 289 ; 295 ; 302-303 ; 310-313 ; 315 ; 318 ; 639
- territorial 37 ; 272-273 ; 285-286 ; 302

Coup d'Etat 330-331 ; 350

Décentralisation 3
- fonctionnelle 149-236
- territoriale 65-148

Dédoublement fonctionnel 477-478 ; 481-482
Décisions de justice 60
Délégation
- de l'Etat à un autre Etat 456-469
- de l'Etat à une organisation internationale 535-537
- de l'Etat à un sujet interne 127 ; 497-515
- de l'organisation internationale à l'Etat 470-485

Démembrements
- définition 64-66 ; 149-152
- fonctionnels 149-236
- territoriaux 65-148

Dépendance 217, 253, 266 ; 280 ; 457-458 ; 528 ; 620
- totale dépendance 282, 292-303 ; 357 ; 590

Détachement
- auprès d'un Etat 439-445
- auprès d'une organisation internationale 446-454

Diligence 24 ; 174 ; 452 ; 599
Dommage 26-28 ; 57-28 ; 130 ; 133 ; 344 ; 395 ; 575 ; 583 ; 602 ; 610
Droit interne 41-44
Dualisme, théorie 41 ; 45-47 ; 50-53

Entités
- habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique 190 ; 213 ; 361 ; 505 ; 551
- paraétatiques 149 ; 151-236

Entreprises d'Etat 194-198 ; 511-515
Entreprises militaires et de sécurité privées 434 ; 492 ; 574 ;
Etat
- défaillant 516-524
- fantoche 262-290
- fédéral 65-148
- fédéré 121-122
- nouveau 264-265, 322-323 ; 332-345, 351 ; 519 ; 530
- organisation interne 42 ; 116 ; 493
- théories de l' 39-53
- unité de l' 99-101 ; 111 ; 145

Expropriation 182-183 ; 377 ; 554

Fait
- catalyseur 580-611
- internationalement illicite, éléments d'un 16-19
- non-autorisé 383-405

Faute
- et origine de la responsabilité 8 ; 16-19
- personnelle 366 ; 384 ; 401 ; 407 ; 419

Fonctionnaire de fait 238 ; 516-524
Fonctions étatiques 228-230 ; 559-579
Forces armées 424-435
Fragmentation
- de l'Etat 2 ; 58 ; 64-66 ; 149-152
- du droit international 2 ; 4 ; 57

Génocide 251 ; 255 ; 282 ; 292 ; 295 ; 299-301 ; 309 ; 312 ; 316 ; 319 ; 418 ; 444 ; 592 ; 596 ; 609-610 ; 625 ; 640 ; 646
Gouvernement 60
- de fait
  - général 322-358
  - local 530-532

Guatemala 258 ; 307 ; 311 ; 390

Immunité juridictionnelle 574
Imputation
- définition 6-19
- d'un acte 33-35 ; 121
- d'un dommage 26-28
- d'un fait 14-19
- d'une responsabilité 29-30
- d'une volonté 33-35 ; 319
- double, multiple, parallèle 29-31 ; 449
- et attribution 19 ; 29 ; 35

Indépendance 287-290
Indices, faisceau
- organe *de jure* 208-230
- organe *de facto* 305-319
- fonctions étatiques 228-230

Individu 411-426 ; 487 ; 278-644
Instructions 613-636

***J**ure imperii* 365 ; 367 ; 376-377 ; 381
Jure gestionis 365 ; 367-81
Juridiction 85 ; 88 ; 272-273 ; 285 ; 289-290 ; 296 ; 302 ; 388 ; 452 ; 467-469 ; 479 ; 529 ; 532

KFOR 452-453 ; 478

Légitime défense 37 ; 289-290 ; 294 ; 319 ; 458 ; 578 ; 646
Légitimité 288 ; 325 ; 329 ; 344 ; 351
Levée en masse 520
Lex specialis 116 ; 198 ; 319 ; 424-435 ; 484 ; 578 ; 630
Lien démontrable 635
Loi 60

Mandat 463 ; 470-485 ; 612-644
MINUK 452-453
Mise à disposition 438-454
Monisme, théorie 41 ; 49
Monopole 176 ; 194 ; 197-198
Mouvement de libération nationale 351 ; 356
Mouvement insurrectionnel
- fait du 352-358
- vaincu 530-532
- victorieux 322-323 ; 332-345

Nécessité, état de 520
Négligence 584 ; 593 ; 646

Obligations
- conflit d' 472 ; 477 ; 482
- de moyens 79-80 ; 113
- de résultat 79-80 ; 113 ; 195
- positives 24 ; 174 ; 258 ; 374, 390 ; 426 ; 452 ; 508 ; 532 ; 534 ; 595 ; 598-600 ; 610

Occupation armée 265 ; 331 ; 457 ; 461-462 ; 466 ; 528-529
Omission 24 ; 584 ; 593 ; 646
ONU 451-453 ; 477-480
Opération de maintien de la paix 448 ; 451 ; 476-479 ; 536
Organe
- au sens du droit interne 59-63
- commun 437 ; 449
- d'un autre Etat 525-538
- définition 59-63 ; 237-239
- *de facto* 237-359
- *de jure* 64-148
- subordonné 60 ; 383-405

Organisation gouvernementale (CEDH) 176-178
Organisations internationales 446-454 ; 470-485
- action sous les auspices de 470-485

Ossétie-du-Sud 262 ; 284 ; 287-290 ; 294 ; 296
OTAN 451-454 ; 478

Personnalité juridique
- internationale 120-129 ; 262-290 ; 348-350 ; 436-438
- interne 99-101 ; 111 ; 145 ; 210

Prévention 259 ; 394 ; 426 ; 430 ; 583-585 ; 596 ; 599 ; 602 ; 610
Prison
- en territoire étranger 467-469 ; 529
- privée 492 ; 551-557

Prisonniers de guerre 279 ; 434 ; 520
Privatisation 3 ; 156 ; 423 ; 492-493 ; 565
Propriété
- indice du caractère public d'une entité 217-219
- privée 182-183 ; 377 ; 554

Protection
- diplomatique 37 ; 222 ; 593
- équivalente 482 ; 537

Protectorat 456-457 ; 528
Puissance publique 72 ; 159-161 ; 165-170 ; 176 ; 190 ; 213 ; 229 ; 254 ; 365 ; 369 ; 317 ; 378 ; 385 ; 419 ; 426 ; 430 ; 438 ; 440 ; 466 ; 478 ; 497 ; 500 ; 503-505 ; 513 ; 517-519 ; 529 ; 532 ; 539 ; 541-543 ; 547-551 ; 555 ; 557 ; 560-563, 565 ; 576 ; 585

Rebelles 322-323 ; 332-345 ; 530-532
Reconnaissance 30 ; 262-290 ; 325-331 ; 349
Recours à la force 557 ; 594-595
Règles primaires/secondaires, distinction 13 ; 22-24 ; 111 ; 608-610 ; 646
Réparation 26-28 ; 130 s. ; 583 ; 610
République
- démocratique allemande 271
- moldave de Transnistrie 262 ; 284-286 ; 302 ; 388 ; 532
- turque de Chypre du nord 262 ; 271-276 ; 285 ; 302 ; 307 ; 313 ; 318 ; 532

Republika srpska 262 ; 277 ; 282 ; 295 ; 444 ; 453 ; 532
Réserves
- fédérales 78 ; 84 ; 88-89 ; 111-119 ; 139 ;
- territoriales 105-110

Responsabilité
- collective 15-16
- contenu de la 26-28 ; 130-147 ; 608 ; 610
- définition de la 8
- fondement et fonctions de la 8-10
- objective 51 ; 427 ; 571

- origine de la 17-19 ; 21-28 ; 125 ; 130 ; 137 ; 141
Révolution 324-356
Royaume de Hollande 262 ; 271

Satisfaction 130 ; 138 ; 182 ; 594
Sécession 88 ; 262-290 ; 335 ; 526
Somalie 478 ; 522
Subvention 199-201 ; 213 ; 514 ; 546 ; 606
Succession d'Etats 335 ; 343-345 ; 529 ; 643
Sujet de droit international 10-11 ; 19 ; 24 ; 29-30 ; 48 ; 70 ; 99 ; 120-129 ; 155 ; 262-290 ; 348-350 ; 436 s.

Terrorisme 578 ; 599
Tolérance 85 ; 259 ; 354 ; 388 ; 399 ; 533 ; 571 ; 575 ; 630
Torture 522-523
Traité bilatéral d'investissement 183 ; 188 ; 377-379
Treaty claim 377

***U**ltra vires*, actes 383-405
Umbrella clause 377
Union européenne 473 ; 481-485

Yougoslavie, ex- 277-283 ; 295 ; 444 ; 453 ; 532

TABLE DES DECISIONS CITEES

1. JURISPRUDENCE DES ORGANES DE CONTROLE A COMPETENCE GENERALE XXI

A. COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE XXI
B. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE XXI
1. Arrêts XXI
2. Avis consultatifs XXII

2. JURISPRUDENCE DES ORGANES DE CONTROLE DANS LE DOMAINE DES DROITS DE L'HOMME XXII

A. COMITE DES DROITS DE L'HOMME XXII
B. AUTRES COMITES XXIII
C. COMMISSION ET COUR EUROPEENNES DES DROITS DE L'HOMME XXIII
1. Cour européenne des droits de l'homme XXIII
2. Commission européenne des droits de l'homme XXVI
D. COMMISSION ET COUR INTERAMERICAINES DES DROITS DE L'HOMME XXVI
1. Cour interaméricaine des droits de l'homme XXVI
2. Commission interaméricaine des droits de l'homme XXVII

3. JURISPRUDENCE DES ORGANES DE CONTROLE DANS LE DOMAINE ECONOMIQUE XXVII

A. GATT ET ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'O.M.C. XXVII
1. O.R.D.O.M.C. XXVII
2. GATT XXVIII
B. TRIBUNAUX ARBITRAUX SPECIALISES EN MATIERE D'INVESTISSEMENT XXIX
C. TRIBUNAL IRANO-AMERICAIN DES RECLAMATIONS XXX

4. AUTRES ARBITRAGES XXXI

5. JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE XXXII

6. JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES XXXII

7. JURISPRUDENCES INTERNES XXXIII

1. Jurisprudence des organes de contrôle à compétence générale

Les arrêts et avis de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice sont accessibles depuis le site de la Cour (www.icj-cij.org).

a. Cour permanente de Justice internationale

- *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, série A, n° 7, arrêt du 25 mai 1926, *Rec.*, p. 19.

b. Cour internationale de Justice

1. Arrêts

- *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005.

- *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (fond).
- *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires) ; arrêt du 26 février 2007.
- *Avena et autres (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 5 février 2003 (mesures conservatoires).
- *Breard (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique*), ordonnance du 9 avril 1998 (mesures conservatoires).
- *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt du 26 juin 1992 (exceptions préliminaires).
- *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957.
- *Elettronica Sicula (Etats-Unis c. Italie*), arrêt du 20 juillet 1989.
- *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999 (mesures conservatoires) ; arrêt du 27 juin 2001.
- *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-Monténégro c. dix Etats membres de l'OTAN)*.
- *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RD Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002.
- *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980.
- *Requête en interprétation du jugement du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres*, ordonnance du 16 juillet 2008 (mesures conservatoires) ; arrêt du 19 janvier 2009.

2. Avis consultatifs

- *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (Cumaraswamy*), avis du 29 avril 1999.
- *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis du 26 avril 1988.
- *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis du 21 juin 1971.
- *Certaines dépenses des Nations unies*, avis du 10 juillet 1962.
- *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004.

2. Jurisprudence des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme

a. Comité des droits de l'homme

- *Alzery c. Suède*, com. n° 1416/2005, 25 octobre 2006, A/62/40, vol. 2, p. 286-315.
- *B.d.B c. Pays-Bas*, com. n° 273/1988, 30 mars 1989, A/44/40, p. 286-292.

- *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, com. n° 359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993, A/48/40, p. 106-127.
- *Cabal et Pasini c. Australie*, com. n° 1020/2001, 7 août 2003, doc. A/58/40, vol. 2, p. 334.
- *Coleman c. Australie*, com. n° 1157/2003, 17 juillet 2006, A/61/40, vol. 2, p. 238.
- *G. Pohl et consort c. Autriche*, com. n° 1160/2003, 9 juillet 2004, A/59/40, vol. 2, p. 407-418.
- *Hertzberg et autres c. Finlande*, com. n° 56/1979, 2 avril 1982, A/37/40, p. 182.
- *Hpvd c. Pays-Bas*, com. n° 217/1986, 8 avril 1987, A/42/40, p. 185.
- *Jazairi c. Canada*, com. n° 958/2000, 26 octobre 2004, A/60/40, vol. 2, p. 316-327.
- *Lindgren et al. c. Suède*, com. n° 298/1988 et 299/1988, 9 novembre 1990, A/46/40, p. 264-272.
- *Love et. al. c. Australie*, com. n° 983/2001, 28 avril 2003, A/58/40, vol. 2, p. 274-290.
- *Sarma c. Sri Lanka*, com. n° 950/2000, 16 juillet 2003, A/58/40, vol. 2, p. 235-247.
- *Sayadi et Vinck c. Belgique*, com. n° 1472/2006, 9 décembre 2008.
- *Toonen c. Australie*, com. n° 488/1992, 31 mars 1994, A/49/40, vol. 2, p. 252-264.
- *Waldman c. Canada*, com. n° 694/1996, 3 novembre 1999, A/55/40, vol. 2, p. 91-108.
- *Wan Kuok Koi c. Portugal*, com. n° 925/2000, 22 octobre 2001, A/57/40, vol. 2, p. 320-329.

b. Autres comités

- Comité contre la torture, *Elmi c. Australie*, aff. n° 20/1998, 14 mai 1999, doc. A/54/44, p. 121-133.
- Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 8, E/C.12/1997/8, 12 décembre 1997.

c. Commission et Cour européennes des droits de l'homme

Les décisions de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme sont accessibles depuis le site de la Cour (www.echr.coe.int).

1. Cour européenne des droits de l'homme

- *A. c. France*, req. n° 14838/89, arrêt du 23 novembre 1993.
- *Adali c. Turquie*, req. n° 38187/97, arrêt du 31 mars 2005.
- *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004.
- *Ayuntamiento de Mula c. Espagne*, req. n° 55346/00, recevabilité, 1er février 2001.
- *Bankovic et al. c. 17 Etats membres de l'OTAN*, req. n° 52207/99, recevabilité, 12 décembre 2001.
- *Barthold c. RFA*, req. n° 8734/79, arrêt du 25 mars 1985.
- *Behrami et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, req. n° 71412/01 et 78166/01, décision sur la recevabilité, 31 mai 2007.
- *Beric c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 36357/04, recevabilité, 16 octobre 2007.
- *Blagojevic c. Pays-Bas*, req. n° 49032/07, recevabilité, 9 juin 2009.

- *Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l'Europe*, req. n° 73250/01, recevabilité, 9 septembre 2008.
- *Bosphorus Airlines c. Turquie*, req. n° 45036/98, arrêt du 30 juin 2005.
- *Bota c. Roumanie*, req. n° 24057/03, recevabilité, 12 octobre 2004.
- *Buzescu c. Roumanie*, req. n° 61302/00, arrêt du 24 mai 2005.
- *Casado Coca c. Espagne*, req. n° 15450/89, arrêt du 24 février 1994.
- *Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Timisoara c. Roumanie*, req. n° 13248/05 *et al.*, arrêt du 16 juillet 2009.
- *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999.
- *Chelu c. Roumanie*, req. n° 40274/04, arrêt du 12 janvier 2010.
- *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001.
- *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, req. n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007.
- *Cone c. Roumanie*, req. n° 35935/02, arrêt du 24 juin 2008.
- *Connolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 73274/01, recevabilité, 9 décembre 2008.
- *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei c. Moldova*, req. n° 39745/02, arrêt du 3 avril 2007.
- *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, arrêt du 23 février 1993.
- *CPNK c. Pays-Bas*, req. n° 13645/05, recevabilité, 20 janvier 2009.
- *De Andrade c. Portugal*, req. n° 41537/02, arrêt du 14 novembre 2006.
- *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, arrêt du 12 novembre 2008.
- *Demopoulos* et al. *c. Turquie*, req. n° 46113/99, recevabilité, 1er mars 2010.
- *Dewinne c. Belgique*, req. n° 56024/00, recevabilité, 11 mars 2005.
- *Dösemealti Belediyesi c. Turquie*, req n° 50108/06, recevabilité, 23 mars 2010.
- *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, req. n° 1247/87, recevabilité, 26 juin 1992.
- *Eko-Elda Abee c. Grèce*, req. n° 10162/02, recevabilité, 27 mai 2004.
- *ERI c. Portugal*, req. n° 51411/99 et 51417/99, recevabilité, 13 juin 2002.
- *Etablissements Biret et Cie et Société Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 13762/04, recevabilité, 9 décembre 2008.
- *Galic c. Pays-Bas*, req. n° 22617/07, recevabilité, 9 juin 2009.
- *Gasparini c. Italie et Belgique*, req. n° 10750/03, recevabilité, 12 mai 2009.
- *Gerasimova c. Russie*, req. n° 24669/02, arrêt du 13 octobre 2005.
- *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80, arrêt du 24 novembre 1986.
- *Gouvernement de la Communauté autonome du Pays-Basque c.* Espagne, req. n° 29134/03, recevabilité, 3 février 2004.
- *Hamer c. Belgique*, req. n° 21861/03, arrêt du 27 novembre 2007.
- *Ilasçu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, recevabilité, 4 juillet 2001 ; arrêt du 8 juillet 2004.
- *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, arrêt du 18 janvier 1978.
- *Issa et autres c. Turquie*, req. n° 31821/96, recevabilité, 16 novembre 2004.
- *Kasumaj c. Grèce*, req. n° 6974/05, décision sur la recevabilité, 5 juillet 2007.
- *Kusnetzov et autres c. Russie*, req. n° 184/02, arrêt du 11 janvier 2007.
- *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/75 et 7238/75, arrêt du 23 juin 1981.
- *Les Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994.

- *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires) ; arrêt du 18 décembre 1996 (au principal et satisfaction équitable).
- *Lopez Cifuentes c. Espagne*, req. n° 18754/06, recevabilité, 7 juillet 2009.
- *M.M. c. Pays-Bas*, req n° 39339/98, arrêt du 8 avril 2003.
- *Martin c. Royaume-Uni*, req. n° 40426/98, arrêt du 24 octobre 2006.
- *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, arrêt du 18 février 1999.
- *Moldovan et autres c. Roumanie*, req. n° 41138/98 et 64320/01, arrêt du 12 juillet 2005.
- *Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, req. n° 35091/02 et autres, arrêt du 30 novembre 2004.
- *Norris c. Irlande*, req. n° 10581/83, arrêt du 26 octobre 1988.
- *Novoseletskiy c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005.
- *Omelchak c. Ukraine*, req. n° 5616/04, arrêt du 15 mai 2008.
- *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, req n° 14556/89, arrêt du 31 octobre 1995 (satisfaction équitable).
- *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007.
- *Piermont c. France*, req. n° 15773/89 et 15774/89, arrêt du 27 avril 1995.
- *Py c. France*, req. n° 66289/01, arrêt du 11 janvier 2005.
- *R. Kacapor* et al. *c. Serbie*, req. n° 2269-06 *et al.*, arrêt du 15 janvier 2008.
- *Radio France c. France*, req. n° 53984/00, recevabilité, 23 septembre 2003.
- *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01, arrêt du 5 février 2008.
- *Schmidt et Dahlström*, req. n° 5589/72, arrêt du 6 février 1976.
- *Schneider c. Luxembourg*, req. n° 2113/04, arrêt du 10 juillet 2007.
- *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, arrêt du 9 juillet 1989.
- *State holding company Luganskvugillya c. Ukraine*, req. n° 23938/05, recevabilité, 27 janvier 2009.
- *Stephens c. Malte*, req. n° 11956/07, décision sur la recevabilité, 14 septembre 2009.
- *Stocké c. Allemagne*, req. n° 11755/85, arrêt du 19 mars 1991.
- *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00, arrêt du 16 juin 2005.
- *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, req. n° 5614/72, arrêt du 6 févier 1976.
- *Sytchev c. Ukraine*, req. n° 4773/02, arrêt du 11 octobre 2005.
- *Tüm Haber Sen et Cinar c. Turquie*, req. n° 28602/95, arrêt du 21 février 2006.
- *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, arrêt du 25 avril 1978.
- *Unédic c. France*, req. n° 20153/04, arrêt du 18 décembre 2008.
- *Van der Mussele c. Belgique*, req. n° 8919/80, arrêt du 23 novembre 1983.
- *Vanyan c. Russie*, req. n° 53203/99, arrêt du 15 décembre 2005.
- *Vodopyanovy c. Ukraine*, req. n° 22214/02, arrêt du 17 janvier 2006.
- *Wille c. Liechtenstein*, req. n° 28396/95, arrêt du 28 octobre 1999, § 46.
- *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, recevabilité, 1er mars 2005 ; arrêt du 8 juin 2006.
- *Xenides-Arestis c. Turquie*, req. n° 46347/99, arrêt du 22 décembre 2005.
- *Xhavara et consorts* c. *Italie et Albanie*, req. n° 39473/98, recevabilité, 11 janvier 2001.
- *Yonghong c. Portugal*, req. n° 50887/99, arrêt du 25 novembre 1999.
- *Young, James and Webster c. Royaume-Uni*, req. n° 7601/76 et 7806/77, arrêt du 13 août 1981.

2. Commission européenne des droits de l'homme

- *Bui Van Thanh et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 16137/90, décision du 12 mars 1990.
- *Chypre c. Turquie*, req. n° 6780/74 et 6950/75, décision du 26 mai 1975.
- *Chypre c. Turquie*, req. n° 8007/77, décision du 10 juillet 1978.
- *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, rapport du 4 juin 1999.
- *Commune de Rothenthurm c. Suisse*, req. n° 13252/87, recevabilité, 14 décembre 1988.
- *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, recevabilité, 13 décembre 1990.
- *Ilse Hess c. Royaume-Uni*, req. n° 6231/73, décision du 28 mai 1975.
- *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, rapport du 8 juillet 1993.
- *M. & Co c. RFA*, req. n° 13258/87, recevabilité, 9 février 1990.
- *Meignan c. France*, req. n° 21392/93, recevabilité, 28 juin 1993.
- *Metropolite Chrysostomos et Archimendure Papachrystomou c. Turquie*, req n° 15299/89 et 15300/89, décision du 4 mars 1991.
- *RENFE c. Espagne*, req. n° 35216/97, recevabilité, 8 septembre 1997.
- *Stocké c. Allemagne*, req. n° 11755/85, rapport du 12 octobre 1989.
- *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, req. n° 4464/70, rapport du 27 mai 1974.
- *X. c. Pays-Bas*, req. n° 9322/81, recevabilité, 3 mai 1983.
- *X. c. RFA*, req n° 2472/65, recevabilité, 7 avril 1967.
- *X. c. RFA*, req. n° 8363/78, recevabilité, 12 mai 1980.
- *X. et Y. c. Suisse*, req. n° 7289/75 et 7349/76, recevabilité, 14 juillet 1977.

d. Commission et Cour interaméricaines des droits de l'homme

Les décisions de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'homme sont accessibles depuis leur site respectif (www.cidh.org et www.corteidh.or.cr).

1. Cour interaméricaine des droits de l'homme

- *Caballero-Delgado et Santana v. Colombia*, série C, n° 22, arrêt du 8 décembre 1995.
- *Garrido et Baigorria c. Argentine*, Série C, n° 26, arrêt du 27 août 1998 (réparation).
- *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the Convention*, OC-14/94, avis consultatif du 9 décembre 1994.
- *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du droit au procès équitable*, OC-16/99, avis consultatif du 1er octobre 1999.
- *Massacre de Mapiripan v. Colombia*, Série C, n° 134, arrêt du 15 septembre 2005.
- *Pénitenciers de Mendoza c. Argentine*, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 30 mars 2006.
- *Pueblo Bello massacre v. Colombia*, série C, n° 140, arrêt du 31 mars 2006.
- *Valle Jaramillo et al. v. Colombia*, série C, n° 192, arrêt du 27 novembre 2008.
- *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Série C, n° 4, jugement au fond du 29 juillet 1988.

- *« Panel Blanca » (Paniagua-Morales et al.) c. Guatemala*, Série C, n° 37, jugement du 8 mars 1998.
- *Caballero-Delgado et Santana c. Colombie*, Série C, n° 22, jugement du 8 décembre 1995.
- *Frères Gomez-Paquiyauri c. Pérou*, Série C, n° 110, jugement du 8 juillet 2004.
- *19 Merchants v. Colombia*, Série C, n° 109, arrêt du 5 juillet 2004.
- *Godinez Cruz c. Honduras*, jugement au fond du 20 janvier 1989.
- *Blake v. Guatemala*, Série C, n° 36, arrêt du 24 janvier 1998.

2. Commission interaméricaine des droits de l'homme

- *Antonio Ferreira Braga c. Brésil*, aff. n° 2.019, rapport 35/08 du 12 juillet 2008.
- *Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia (Rio Frio Massacre)*, aff. n° 11.654, rapport 62/01 du 6 avril 2001.
- *Eduardo Arias Aparicio et al. c. Mexique*, aff. n° 10.180, rapport 8/91 du 22 février 1991.
- *Troisième rapport sur la situation des droits de l'homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 février 1999, chapitre IV, sp. § 316-339.

3. Jurisprudence des organes de contrôle dans le domaine économique

a. GATT et Organe de règlement des différends de l'O.M.C.

Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'Organe de règlement des différends ainsi que les rapports des panels sont accessibles depuis le site de l'O.M.C. (www.wto.org).

1. O.R.D.O.M.C.

- *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155/R, rapport du groupe spécial du 19 décembre 2000.
- *Australie – Mesures visant les importations de saumons – recours du Canada à l'article 21:5*, WT/DS18/RW, rapport du groupe spécial, 18 février 2000.
- *Brésil – Mesures visant l'importation de pneus rechappés*, WT/DS332/R, rapport du groupe spécial, 12 juin 2007.
- *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, rapport du groupe spécial, 14 mars 1997.
- *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004 ; WT/DS276/AB/R, rapport du groupe spécial, 6 avril 2004 ; rapport de l'organe d'appel, 30 août 2004.
- *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999.
- *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 2 août 1999.
- *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R et WT/DS/113/R, rapport du groupe spécial, 17 mai 1999 ;

WT/DS103/AB/R et WT/DS/113/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 13 octobre 1999.

- *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, rapport du groupe spécial, 16 juin 2006.
- *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS52/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, rapport du groupe spécial, 5 février 1998.
- *Communautés européennes – Mesures conservatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, rapport du groupe spécial, 17 juin 2005.
- *Communautés européennes – Mesures touchant à l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, rapport du groupe spécial, 29 septembre 2006.
- *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, WT/DS174/R, rapport du 15 mars 2005.
- *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, rapport du groupe spécial, 7 mars 2005.
- *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R et WT/DS169/R, rapport du groupe spécial, 31 juillet 2000 ; WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 11 décembre 2000.
- *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, rapport du groupe spécial, 22 décembre 1999.
- *Etats-Unis – Bois de construction résineux IV*, WT/DS257/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 19 janvier 2004.
- *Etats-Unis – Bois de construction résineux IV*, WT/DS257/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 19 janvier 2004.
- *Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, rapport de l'organe d'appel, 27 juin 2005.
- *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du groupe spécial, 31 mars 1998.
- *Turquie - Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, rapport du groupe spécial du 31 mai 1999.

2. GATT

- *Canada – Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, S39/28, rapport du groupe spécial, 18 février 1992.
- *Canada – Importation, distribution et vente de produits alcooliques par les offices provinciaux de commercialisation*, S35/137, rapport du groupe spécial adopté le 22 mars 1988.
- *Canada – Measures affecting the sale of gold coins*, L/5863, rapport du groupe spécial (non adopté), 17 septembre 1985.
- *Etats-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS 23/R – 39S/233, rapport adopté, 19 juin 1992.

- *Japon – Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, S35/180, rapport du groupe spécial, 2 mai 1988.
- *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, IBDD, L 6309–355/126, rapport du groupe spécial adopté le 4 mai 1988.

b. Tribunaux arbitraux spécialisés en matière d'investissement

Les décisions et sentences des tribunaux spécialisés en matière d'investissement sont accessibles sur les sites du CIRDI www.worldbank.org/icsid et sur le site www.investmentclaims.com.

- *ADF Group Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003.
- *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ARB/87/3, décision finale du 27 juin 1990.
- *Bayindir c. Pakistan*, ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 novembre 2005 ; sentence du 24 août 2009.
- *Cable Television of Nevis, Ltd. Et al. c. Saint-Kitts-et-Nevis*, ARB/95/2, sentence du 13 janvier 1997.
- *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. République d'Argentine*, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000 ; décision du comité *ad hoc* du 3 juillet 2002 ; sentence du 20 août 2007.
- *EDF (services) Ltd c. Roumanie*, ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009.
- *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, décision sur la compétence du 27 juin 2006.
- *Eureko B.V. c. République de Pologne*, sentence du tribunal *ad hoc* du 19 août 2005.
- *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003.
- *Genin c. Estonie*, ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001.
- *Helnan international hotels A/S v. Egypt*, ARB/05/19, recevabilité, 17 octobre 2006.
- *Impregilo c. Pakistan*, ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005.
- *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. Egypte*, ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006 ; sentence du 24 octobre 2008.
- *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, décision sur la compétence du 12 juillet 2006 ; *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie*, ARB/05/3, sentence du 4 novembre 2008.
- *Limited liability company Amto c. Ukraine*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, 080/2005, sentence du 26 mars 2008.
- *Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, ARB (AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003.
- *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7 décision sur la compétence du 25 janvier 2000 ; sentence du 13 novembre 2000.
- *Metalclad Corporation c. Etats-Unis du Mexique*, ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.
- *Methanex c. Etats-Unis d'Amérique*, tribunal *ad hoc* établi selon les règles CNUDCI, sentence du 3 août 2005.
- *Mondev international Ltd. c. Etats-Unis*, ARB(AF)99/2, sentence du 11 octobre 2002.

- *National Grid PLC v. Argentina*, UNCITRAL, 1:09-cv-00248-RBW, sentence du 3 novembre 2008.
- *Noble ventures Inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005.
- *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c.* Lettonie, n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003.
- *R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, décision sur la compétence du 16 juillet 2001 ; sentence du 22 décembre 2003 ; décision du Comité *ad hoc* du 18 janvier 2006, *J.D.I.*, 2007, n° 1, p. 274.
- *Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume Hashemite de Jordanie*, ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004.
- *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007.
- *Société générale de surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, ARB/01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003.
- *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009.
- *United Parcel Service c. Canada*, tribunal CNUDCI, sentence du 24 mai 2007.
- *Waste management Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/00/03, sentence du 30 avril 2004.

c. Tribunal irano-américain des réclamations

- *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s.
- *Arthur Young and Co v. Islamic Republic of Iran*, 1er décembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 245 s.
- *Eastman Kodak Co. v. Islamic Republic of Iran*, 11 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 153 s.
- *Economy Forms Corporation v. The government of the Islamic Republic of Iran*, 14 janvier 1983, *IUSCTR*, vol. 3, p. 3 s.
- *Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*, 29 décembre 1989, *IUSCTR*, vol. 15, p. 378 s.
- *Flexi-Van Leasing, Inc. v. the government of the Islamic Republic of Iran*, 11 octobre 1986, *IUSCTR*, vol. 12, p. 335 s.
- *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 11 avril 1986, *IUSCTR*, vol. 10, p. 228 s.
- *Hyatt international corporation v. Islamic Republic of Iran*, 17 septembre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 72.
- *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 18 octobre 1985, *IUSCTR*, vol. 9, p. 206 s.
- *Iowa State University of Science and Technology v. Ministry of Culture and Higher Education and the Islamic Republic of Iran*, 16 décembre 1986, *IUSCTR*, vol. 13, p. 271 s.
- *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 2 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 93 s.
- *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 14 août 1991, *IUSCTR*, vol. 27, p. 64 s.
- *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, 19 juin 1989, *IUSCTR*, vol. 21, p. 79 s.
- *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, 3 novembre 1987, *IUSCTR*, vol. 17, p. 135 s.

- *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 16 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 4, p. 361 s.
- *Sea-Land Service, Inc v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran*, 22 juin 1984, *IUSCTR*, vol. 6, p. 202 s.
- *SEDCO v. National iranian oil company*, 30 mars 1989, *IUSCTR*, vol. 15, p. 23.
- *Short v. Islamic Republic of Iran*, sentence n° 312-11135-3, 14 juillet 1987, *IUSCTR*, vol. 16, p. 76 s.
- *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 19 décembre 1983, *IUSCTR*, vol. 4, p. 122 s.
- *State university of New York College of Environmental Science and Forestry v. Ministry of Culture and Higher Education*, B-71, 16 décembre 1986, *IUSCTR*, vol. 13, p. 277 s.
- *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (TAMS) v. TAMS-AFFA consulting engineers of Iran*, 29 juin 1984, *IUSCTR*, vol. 6, p. 219.

4. Autres arbitrages

- *Aguilar-Amory et Royal Bank of Canada (Royaume-Uni c. Costa Rica)*, arbitrage de W. Taft, 18 octobre 1923, *RSA*, vol. I, p. 369-399.
- *Baer* Commission de conciliation Etats-Unis/Italie, 12 décembre 1959, *RSA*, vol. XIV, p. 402-407.
- *Board of Commissioners* Etats-Unis/France, *A digest of international law*, J.B. Moore, Washington, 1906, vol. 1.
- *Bolivar Railway Company*, commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela, 1903, *RSA*, vol. IX, p. 445-455.
- *Caire*, commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516-534.
- *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, arbitrage de F. V. N. Beichmann, 9 juin 1931, *RSA*, vol. II, p. 1113-1143.
- *Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce/France)*, 24/27 juillet 1956, *RSA*, vol. XII, p. 155-269.
- *D. Earnshaw and others (Great-Britain) v. United States (the Zafiro case)*, tribunal arbitral Etats-Unis/Royaume-Uni, 30 novembre 1925, *RSA*, vol. VI, p. 160-165.
- *Dame Mossé*, commission de conciliation France/Italie, 17 janvier et 6 octobre 1953, *RSA*, vol. XIII, p. 486-500.
- *Dix*, commission mixte Etat-Unis/Venezuela, 1903-1905, *RSA*, vol. IX, p. 119-121.
- *Falco*, commission de conciliation Etats-Unis/Italie, 12 décembre 1959, *RSA*, vol. XIV, p. 408-419.
- *Front central*, commission des réclamations Erythrée/Ethiopie, 28 avril 2004 (accessible depuis www.cpa.pca.org).
- *Fubini*, commission de conciliation Etats-Unis/Italie, 12 décembre 1959, *RSA*, vol. XIV, p. 420-434.
- *Héritiers de S.A.R. Monseigneur le Duc de Guise*, commission de conciliation France/Italie, 15 septembre 1951, *RSA*, vol. XIII, p. 154-161.
- *Janes*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 16 novembre 1925, *RSA*, vol. IV, p. 82 s.
- *Levi*, commission de conciliation Etats-Unis/Italie, 24 septembre 1956, *RSA*, vol. XIV, p. 272-283.
- *Mallén v. United States of America*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 27 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 173-190.

- *Massey*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 15 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 155-164.
- *Montijo*, tribunal arbitral Etats-Unis/Colombie, 26 juillet 1875, *in* A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. III (1872-1875), Paris, Pedone, 1954, p. 651.
- *Pellat*, commission des réclamations France/Mexique, 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 534-538.
- *Pinson*, 19 octobre 1928, *RSA*, vol. V, p. 327-466.
- *Puerto Cabello and Valancia Railway Company*, commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela, 1903, *RSA*, vol. IX, p. 510-533.
- *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc (Espagne c. Royaume-Uni)*, arbitrage de M. Huber, 1er mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 615-742.
- *Stefens c. Mexique*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 15 juillet 1927, *RSA*, vol. IV, p. 265-268.
- *Treves*, commission de conciliation Etats-Unis/Italie, 24 septembree 1956, *RSA*, vol. XIV, p. 262-272.
- *Youmans v. United Mexican States*, commission des réclamations Etats-Unis/Mexique, 23 novembre 1926, *RSA*, vol. IV, p. 110-117.

5. Jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Les décisions du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie sont accessibles depuis le site du Tribunal (www.icty.org).

- *Aleksovski*, IT-95-14/1-T, chambre de première instance I, 25 juin 1999 ; chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000.
- *Blaskic (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14-T, chambre d'appel, arrêt du 29 juillet 2004.
- *Kordic et Cerkez (La vallée de la Lasva)*, IT-95-14/2, chambre de première instance, 26 février 2001.
- *Naletilic et al.*, IT-98-34-T, chambre de première instance, 31 mars 2003.
- *Rajic*, IT-95-12-R61, chambre de première instance, jugement relatif à l'examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 13 septembre 1996.
- *Tadic (Prijedor)*, IT-94-1-T, chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'expression préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995 ; chambre de première instance, 7 mai 1997 ; chambre d'appel, 15 juillet 1999.

6. Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes

Les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes sont accessibles depuis le site de la Cour pour les arrêts postérieurs à 1997 (curia.europa.eu) ou sur le site eur-lex.europa.eu pour les arrêts antérieurs.

- *Foster et. al. c. British Gas Plc*, aff. C-188/89, arrêt du 12 juillet 1990.
- *Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05 et C-415/05, arrêt du 3 septembre 2008.
- *Stardust* (*République française c. Commission)*, aff. C-482/99, 16 mai 2002

- *Granaria*, aff. 101/78, arrêt du 13 février 1979. *Simmenthal*, aff. 106/77, arrêt du 9 mars 1978.
- *Commission c. Belgique*, aff. 149/79, 17 décembre 1980
- *Meroni c. Haute autorité de la CECA*, aff. 9/56, arrêt du 13 juin 1958.

7. Jurisprudences internes

Les références renvoient aux recueils de jurisprudence nationaux, aux sites des juridictions citées ou à l'International law report. Les décisions sont classées par Etat, juridiction et ordre chronologique.

Allemagne

- Cour régionale de Constance, aff. n° 4 O 234/05 H, arrêt du 27 juillet 2006, partiellement reproduit *in S.G.N.U.*, « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Observations et renseignements communiqués par les gouvernements », A/62/63 (2007), § 18-22, p. 12-13.

Australie

- Haute Cour, *Commonwealth v. Tasmania (Tasmanian Dam case)*, 1er juillet 1983, [1983] 158 CLR 1.

Autriche

- Cour supérieure de la province de Vienne (*Oberlandesgericht Wien*), *N.K. c. Autriche*, 26 février 1979, *ILR*, vol. 77, p. 470 s.

Bosnie-Herzégovine

- Cour constitutionnelle, *Bilbija et Kalinić*, AP-953/05, 8 juillet 2006 (http://www.ccbh.ba).

Canada

- Conseil Privé, *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (renvoi sur les conventions de travail)*, [1937] AC 326.
- Cour supérieure du Québec, *Québec c. W.F.H. Ltée*, 13 avril 2000, [2000] R.J.Q. 1222.
- Cour fédérale de l'Ontario, *Amnesty international Canada et al. v. Chief of the defence staff for the canadian forces et al.*, 12 mars 2008, [2008] FC 336.

Etats-Unis

- Cour suprême :
  - *Missouri v. Holland*, 19 avril 1920, 225 US 416.
  - *Hirota v. MacArthur*, 20 décembre 1948, 338 US 197.
  - *Johnson v. Eisentrager*, 5 juin 1950, 339 US 763.
  - *Richardson v. McKnight*, 23 juin 1997, 521 US 399.
  - *Medellin v. Texas*, 25 mars 2008, 552 US 491.

- *Munaf v. Geren*, 12 juin 2008, 553 US 674.

- Cours d'appel :
  - 4e circuit, *Butters v. Vance international Inc.*, 11 septembre 2000, 225 F.3d 462.
  - 9e circuit, *EIE Guam Corp. v. Long Term Credit Bank of Japan, Ltd*, 27 janvier 2003, 322 F.3d 635.

- *US international claims commission, Socony vacuum oil company claim*, 1954, *ILR*, vol. 21, 1957, p. 55 s.

France

- Conseil d'Etat :
  - 21 juin 1912, *Pichot*, *Leb.*, p. 711, concl. L. Blum.
  - 24 avril 1929, *Marthoud*, *Leb.*, p. 409.
  - 11 octobre 1929, *Caussèque et Cot*, *Leb.*, p. 893.
  - 1er décembre 1933, *Société Le Nickel*, *Leb.*, p. 1132 ; *S.*, 1935.3.1, note Ch. Rousseau.
  - 5 mars 1948, *Marion*, *Leb.*, p. 113.
  - 29 juin 1951, *Société Bonduelle et compagnie*, *Leb.*, p. 376.
  - 4 janvier 1952, *Epoux Giraud*, *Leb.*, p. 14.
  - 21 novembre 1952, *Association pour la reconstruction à Paris et à Metz du monument du général Mangin*, *Leb.*, p. 521.
  - 15 décembre 1954, *Sieur Roucaute*, *Leb.*, p. 662.
  - 13 janvier 1961, *Magnier*.
  - 16 mars 1962, *Prince Sliman Bey*, *RGDIP*, 1963, p. 220-222, note Ch. Rousseau.
  - 28 juin 1963, *Narcy*, *Leb.*, p. 401.
  - 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *Leb.*, p. 326.
  - 5 décembre 1980, *Hespel*, *Leb. (tables)*, p. 50.
  - 2 octobre 1981, *Groupement d'intérêt économique Vipal*, *Leb.*, p. 347 ; concl. B. Genevois, *Dalloz*, 1982, p. 210.
  - 15 mars 1995, *Perriquet*, req n° 119737.
  - 28 juillet 1999, *Grillo*, req. n° 178498.
  - 12 avril 2002, *Papon*, *Leb.*, p. 139.
  - 12 mai 2004, *SA entreprise Gillot*, *Leb.*, p. 221.
  - 22 février 2007, *APREI*.
  - 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*.
  - 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*.
  - 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, req. n° 315499, avis contentieux.

- Cour de cassation :
  - Crim., *Société nationale des Pétroles du Congo*, n° 04-13108, 6 février 2007.
  - Civ., 1re, *Société nationale des hydrocarbures c. Société Winslow B&T*, n° 04-15388, 14 novembre 2007 ;
  - Civ., 1re, n° 04-17.726, 2 avril 2008, note C. Santulli, *RGDIP*, 2008, p. 432-437.

- Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot.*
- Tribunal civil de la Seine, *Passelaigues c. Banque hypothécaire de Norvège*, 16 juin 1955, *G.P.*, 1955, 2, p. 61-64.

Namibie

- *High Court*, *Minister of Defence v. Mwandinghi*, 16 octobre 1991, *ILR*, vol. 91, 1993, p. 341 s.

Pays-Bas

- *Hoge Raad* (Cour suprême), *Procureur c. Menten*, 29 mai 1978, *ILR*, 1987, p. 331 s.
- Cour d'appel, *Mothers of Srebrenica* et al. *c. Pays-Bas*, aff. 00.022.151/01, 30 mars 2010.
- Tribunal de grande instance de La Haye, *H.N. c. Pays-Bas*, aff. 265615/HA ZA 06-1671, jugement du 10 septembre 2008.

Royaume-Uni

- Chambre des Lords:
  - *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd . (n° 2)*, 18 mai 1966, [1967] 1 AC 853.
  - *Attorney-General* v. *Nissan*, 11 février 1969, [1969] 1 All ER, 639.
  - *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (ex Parte Pinochet)*, 25 novembre 1998, [1998] 4 All ER 897.
  - *Regina v. Bartle and the commissioner of police for the metropolis and others (ex parte Pinochet)*, 24 mars 1999, [1999] 2 All ER 97.
  - *Al-Skeini and others v. Secretary of State for defence*, 13 juin 2007, [2007] UKHL 26.
  - *YL v. Birmingham city council*, 20 juin 2007, [2007] UKHL 27.
  - *R (on the application of Al-Jedda) v. secretary of State for defence*, 12 décembre 2007, [2007] UKHL 58.

- Cours d'appel:
  - *Krajina v. The Tass agency and another*, 27 juin 1949, *A.D.*, vol. 16, case n° 37, p. 129-137.
  - *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa Ltd*, 22 juillet 1986, [1987] QB 599.
  - *R. (Al Skeini and others) v. Secretary of State for defence*, 21 décembre 2005, [2005] EWCA Civ 1609.
  - *Nissan* v. *Attorney-General*, 29 juin 1967, *All England Law Reports*, p. 1238 s.
  - *R. (on the application of Al-Saadoon) v. Secretary of State for defence*, 21 janvier 2009, [2009] WL 6123.

- *British military Court, Joseph Kramer and 44 others (Belsen)*, 17 septembre-17 novembre 1945, *in* Commission des crimes de guerre des Nations unies, *Law reports of trials of war criminals*, Londres, His majesty's stationery office, 1947, vol. 2, p. 1.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES XXXVII

A. OUVRAGES GENERAUX XXXVII
B. OUVRAGES SPECIAUX XXXIX
C. DICTIONNAIRES XLII

2. COURS XLIII

3. ARTICLES XLIV

4. DOCUMENTS OFFICIELS LXVI

A. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL LXVI
1. Travaux sur la responsabilité des Etats LXVI
2. Travaux sur la responsabilité des organisations internationales LXVIII
3. Autres travaux LXIX
B. ONU (AUTRES QUE DOCUMENTS DE LA C.D.I.) LXIX
C. COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) LXX
D. O.M.C. LXX
E. AUTRES LXX

1. Ouvrages

a. Ouvrages généraux

ALLAND, Denis, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000.
ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de droit international*, trad. G. Gidel, 1929, nouvelle édition, Paris, LGDJ, 1999.
BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, Owford, O.U.P., 2008.
CALVO, Charles, *Le droit international théorique et pratique*, tome 3, Paris, Guillaumin et co., 4e édition, 1887.
CHAPUS, René, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15e édition, 2001.
CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 3e édition, 2008.
COMBACAU, Jean et SUR, Serge, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8e édition, 2008.
CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, La documentation française, 2005.
CORTEN, Olivier et KLEIN, Pierre, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
CORTEN, Olivier, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Editions de l'U.L.B., 2009.
CROZIER, Michel, *Etat modeste, Etat moderne : stratégies pour un autre changement*, Paris, Fayard, 1997.
DAVID, Eric, *Principes du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 4e édition, 2008.
DE VISSCHER, Charles, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967.
DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002.

DUPUY, Pierre-Marie et KERBRAT, Yann, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10e édition, 2010.
FRIER, Pierre-Laurent et PETIT, Jacques, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 5e édition, 2008.
GAILLARD, Emmanuel, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004.
GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 22e édition, 2008.
GROTIUS, Hugo, *Droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. J. Barbeyrac, Publications de l'Université de Caen, 1984.
HART, Herbert L. A., *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976.
HENCKAERTS, Jean-Marie et DOSWALD-BECK, Louise (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
HIGGINS, Rosalyn, *Problems and process – International law and how we use it*, Oxford, O.U.P., 1993.
JOUANNET, Emmanuelle, *Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998.
KELSEN, Hans, *Principles of public international law*, New York, Rinehart & Company, 1952.
KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 1962, nouvelle édition, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1999.
KELSEN, Hans, *Principles of public international law*, New York, Rinehart & Company, 1952.
LAUTERPACHT, Hersch, *Private law sources and analogies of international law*, London/New York, Longmans, Green and co., 1927, p. 134-143.
NYS, Ernest., *Les origines du droit international*, Bruxelles/Paris, A. Castaigne, Thorin et fils, 1894.
PICTET, Jean, *Commentaire. La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1958.
PILLOUD, Claude, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève/Dordrecht, CICR/Martinus Nijhoff, 1987.
REUTER, Paul, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995.
ROSS, Alf, *A textbook of international law. General Part*, Londres/New York/Toronto, Longmans, Green and Co., 1947.
ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1958.
SANTULLI, Carlo, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005.
SCELLE, Georges, *Précis du droit des gens, Principes et systèmatique*, Paris, Sirey, 1934, vol. 2.
SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The international law on foreign investment*, Cambridge, C.U.P., 2e édition, 2004.
SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8e édition, 2006.
SUDRE, Frédéric, *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 5e édition, 2009.
TIGROUDJA, Hélène et PANOUSSIS, Ioannis K., *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
TRIEPEL, Hans, *Droit international et droit interne*, trad. R. Brunet, Paris, Pedone, 1920.

TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994.
VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Paris, Librairie de Guillaumin et cie, nouvelle édition, 1863.
VERHOEVEN, Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
VISSCHER, Charles de, *Théories et réalités en droit international publi*c, Paris, Pedone, 4e édition, 1970.

b. Ouvrages spéciaux

AGO, Roberto, *La responsabilita indiretta nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1934.
AGO, Roberto, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli stati*, Naples, Jovene, 1986.
ALSTON, Philippe, *Non-State actors and human rights*, Oxford, O.U.P., 2005.
AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967.
ANDREOPOULOS, George, KABASAKAI, Zehra F. et JUVILER, Peter (dir.), *Non-State actors in the human rights universe*, Bloomfield, Kumarian press, 2006.
AUBY, Jean-Bernard, *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse, Bordeaux 1, 1979.
BANNELIER, Karine, CHRISTAKIS, Théodore, CORTEN, Olivier et KLEIN, Pierre (dir.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004.
BECKER, Tal, *Terrorism and the State : rethinking the rules of State responsibility*, Oxford, Hart, 2006.
BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris 2, 2003.
BILGE, Ali Suat, *La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs*, thèse, Istanbul, 1950.
BODEAU-LIVINEC, Pierre, *Le gouvernement de l'Etat du point de vue du droit international*, thèse, Paris X, 2008.
BORCHARD, Edwin M., *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, New York, Banks Law Publishing, 1915.
BORGHI, Alvaro, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle, Bruylant/LGDJ, 2003.
BROWER, Charles N. et BRUESCHKE, Jason D. (dir.), *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haye/Boston/Cambridge, Martinus Nijhoff /Kluwer Law International, 1998.
BROWNLIE, Ian, *System of the law of Nations. State responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
CAICEDO, José Joaquin, *La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et leurs Etats membres*, thèse, Paris 1, 2005.
CARON, David D. and CROOK, John R. (dir.), *The Iran-United states claims Tribunal and the process of international claims resolution : a study by the Panel on State Responsibility of the American Society of International Law*, Ardsley, Transnational Publishers, 2000.
CHESTERMAN, Simon, *Just war or just peace : humanitarian intervention and international law*, Oxford, O.U.P., 2002.
CLAPHAM, Andrew, *Human rights in the private sphere*, Oxford, Clarendon press, 1993.

CLAPHAM, Andrew, *Human rights obligations of non-State actors,* Oxford, O.U.P., 2006.
COMBACAU, Jean, *Le pouvoir de sanction de l'ONU : étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974.
COOMANS, Fons, et KAMMINGA, Menno T. (dir.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, Oxford, Intersentia, 2004.
CORTEN, Olivier, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008.
COSNARD, Michel, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996.
CRAWFORD, James, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats : introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003.
CRAWFORD, James, PELLET, Alain et OLLESON, Simon (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010.
CRAWFORD, James, *The creation of States in international law*, Oxford, O.U.P., 2e édition, 2006.
CROOME, John, *Reshaping the world trading system : a history of the Uruguay round*, The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2e édition, 1999.
D'ARGENT, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002.
DAVID, Eric, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, ULB, 1978.
DE SCHUTTER, Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
DE WET, Erika, *Chapter VII powers of the United nations security council*, Oxford, Hart, 2004.
DECENCIERE-FERRANDIERE, André, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par les étrangers*, thèse, Paris, 1925.
DEHOUSSE, Renaud, *Fédéralisme et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
DENIZEAU, Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004.
DIPLA, Haritini, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994.
DUMBERRY, Patrick, *State succession to international responsibility*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007.
DUPUY, Pierre-Marie, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1977.
EAGLETON, Clyde, *The responsibility of States in international law*, New York, Kraus reprint, 1970.
EUSTATHIADES, Constantin Th., *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires*, Paris, Pedone, 1936.
FISCHER, Christophe, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements* ultra vires *de ses organes*, Lausanne, Tolochenaz, 1993.
FITZMAURICE, Malgosia and SAROOSHI, Danesh (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford/Portland, Hart Publishers, 2004.
FORTEAU, Mathias, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, Paris, Pedone, 2006.
FREEMAN, Alwyn Vernon, *The international responsibility of States for denial of justice*, Liège, H. Vaillant-Carmanne, 1938.

HAUPAIS, Nicolas, *Le droit international et l'organisation interne de l'Etat*, thèse, Paris 2, 2003.
HENNEBEL, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
HENNEBEL, Ludovic, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
HIRSCH, Moshe, *The responsibility of international organizations toward third parties : some basic principles*, Dordrecht/Londres, Martinus Nijhoff, 1995.
JÖRGENSEN, Nina H. B., *The responsibility of States for international crimes*, Oxford, O.U.P., 2000.
KLEIN, Pierre, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
KOLB, Robert, *Ius contra bellum – Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
KOLB, Robert, PORRETTO, Gabriele et VITE, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
KOLLIOPOULOS, Alexandros, *La commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2001.
LAGRANGE, Evelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2002.
LATOUR Bruno, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002.
LEJEUNE, Yves, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris, LGDJ, 1984.
LESAFFRE, Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007.
LILLICH, Richard B., et MAGRAW, Daniel (dir.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of State responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998.
MAISON, Rafaëlle, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
MANCIAUX, Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004.
MERON, Theodore, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon press, 1989, p. 161-162.
MOURI, Allahyar, *The international law of expropriation as reflected in the work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
OST, François et VAN de KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.
PADELETTI, Maria Luisa, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Milan, Giuffrè, 1990.
PALCHETTI, Paolo, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milan, Giuffré, 2007.
PINGEL-LENUZZA, Isabelle, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

PRIETO SANJUAN, Rafael Arturo, *Contribution à l'étude de la responsabilité internationale des entités non-étatiques participant à un conflit armé non-international*, thèse, Paris II, 2000.
PROVOST, René (dir.), *State responsibility in international law*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2002.
QUENEDEUC, Jean-Pierre, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, LGDJ, 1966.
RACLET, Arnaud, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002.
RAGAZZI, Mauricio (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005.
RAUX, Mathieu, *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Paris 2, 2010.
S.F.D.I., *Les collectivités territoriales non-étatiques dans la vie internationale*, Paris, Pedone, 2002.
S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du 21e siècle*, Paris, Pedone, 1994.
SAROOSHI, Danesh, *International organizations and their exercise of sovereign powers*, Oxford, O.U.P., 2005.
SAROOSHI, Danesh, *The United nations and the development of collective security : the delegation by the UN Securtiy Council of its chapter VII powers*, Oxford, O.U.P., 1999.
SEOK HYUN, Kim, *L'attribution d'un fait à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale à la lumière des travaux de la Commission du droit international des Nations Unies*, thèse, Paris X, 1991.
SPIELMANN, Dean, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant/Némésis, 1995.
SPINEDI, Marina, et SIMMA, Bruno (dir.), *United nations codification of State responsibility*, New-York, Oceana, 1987.
SPINEDI, Marina, GIANELLI, Alessandra et ALAIMO, Maria Luisa (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006.
STERN, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973.
TIMSIT, Gérard, *Le rôle de la notion de fonctions administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1963.
VISSCHER, Charles de, *La responsabilité des Etats*, Lugduni Batavorum, Brill, Bibliotheca Visseriana, 1924.
ZEGVELD, Liesbeth, *Accountability of armed opposition groups in international law*, Cambridge, C.U.P., 2002.
ZWANENBURG, Marten, *Accountability of peace support operations*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

c. Dictionnaires

ARNAUD André-Jean, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2ème édition, 1993.
ALLAND, Denis et RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
CORNU, Gérard., *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 8ème édition, 2007.

SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
Trésor de la langue française, accessible depuis http://atilf.atilf.fr.

2. Cours

ACCIOLY, Hildebrando, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *RCADI*, 1959, vol. 96, p. 339-411.
AGO, Roberto, « Le délit international », *RCADI*, 1939, vol. 68, p. 415-554.
CHARNEY, Jonathan I., « Is international law threatened by international courts and tribunals ? », *RCADI*, 1998, vol. 271, p. 101-382.
COHN, M. G., « La théorie de la responsabilité internationale », *RCADI*, 1939, vol. 68, p. 207-325.
CONDORELLI, Luigi, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 9-221.
DINSTEIN, Yoram, « The interaction between customary international law and treaties », *RCADI*, 2006, vol. 322, p. 245-427.
DUPUY, Pierre-Marie, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 9-133.
DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, vol. 297, p. 15-489.
EAGLETON, Clyde, « International organization and the law of responsibility », *RCADI*, 1950, vol. 76, p. 319-425.
EUSTATHIADES, Constantin T., « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale, nouvelles tendances », *RCADI*, 1953, vol. 84, p. 397-633.
FREEMAN, Alwyn W., « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *RCADI*, 1955, vol. 88, p. 261-416.
GARCIA-AMADOR, Fransisco V., « State responsibility : some new problems », *RCADI*, 1958, vol. 94, p. 365-491.
GRAEFRATH, Bernard, « Responsibility and damages caused : relationship between responsibility and damages », *RCADI*, 1984, vol. 185, p. 9-149.
GROS HESPIELL, Hector, « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme – Analyse comparative », *RCADI*, 1989, vol. 218, p. 167-412.
KELSEN, Hans, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, vol. 84, p. 1-203.
KELSEN, Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, vol. 14, p. 227-331.
KELSEN, Hans, « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », *RCADI*, 1932, vol. 42, p. 117-351.
MORELLI, Gaetano, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1956, vol. 89, p. 437-604.
QUADRI, Rolando, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1964, vol. 113, p. 237-484.
REUTER, Paul, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961, vol. 103, p. 425-656.
REUTER, Paul, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *in* P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 377-560.
RIAD, Fouad A.M., « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *RCADI*, 1963, vol. 108, p. 561-691.

SCELLE, Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, vol. 46, p. 327-703.
SICILIANOS, Linos-Alexandre, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *RCADI*, 2008, vol. 339, p. 9-436.
STERN, Brigitte, « La responsabilité internationale des Etats : perspectives récentes », *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international*, 2003, vol. VII, p. 645-721.
TRIEPEL, Hans, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, vol. 1, p. 77-121.
ZEMANEK, Karl, *La responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite ainsi que pour fait non internationalement illicite. Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris*, Paris, Pedone, 1987.
ZICCARDI, Piero, « Règles d'organisation et règles de conduite en droit international : le droit commun et les ordres juridiques », *RCADI*, 1976, vol. 152, p. 119-376.
ZOLLER, Elizabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, 2002, vol. 294, p. 39-166.

3. Articles

ADAM, Stanislas et KRENC, Frédéric, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal des tribunaux*, 2006, vol. 125, p. 85-87.
AKEHURST, Michael, « State responsibility for the wrongful acts of rebels – An aspect of the Southern Rhodesian problem », *BYBIL*, 1970, p. 49-63.
ALLAND, Denis, « Observations sur le devoir international de protection de l'individu », *in Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 13-30.
ALTIPARMAK, Kerem, « *Bankovic* : an obstacle to the application of the European Convention on Human Rights in Iraq ? », *Journal of Conflict and Security Law*, 2004, p. 213-251.
ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto, « International State responsibility for acts of non-state actors : the recent standards set by the international Court of Justice in *Genocide* and why the WTO appellate body should not embrace them », *Syracuse journal of international and comparative law*, 2007-2008, vol. 35, p. 1-25.
AMERASINGHE, Chittharanjan Félix, « Imputability in the law of State responsibility for injuries to aliens », *Revue égyptienne de droit international*, 1966, vol. 22, p. 91 et s.
AMERASINGHE, Chittharanjan Félix, « Liability to third parties of member States of international organizations : practice, principle and judicial precedents », *AJIL*, 1991, vol. 85, p. 259-280.
ANDREOPOULOS, George J., « On the accountability of non-State armed groups », *in* G. Andreopoulos, Z.F. Kabasakal et P. Juviler (dir.), *Non-State actors in the human rights universe*, Bloomfield, Kumarian press, 2006, p. 141-163.
ANDREOPOULOS, George, KABASAKAI, Zehra F. et JUVILER, Peter, « Rethinking the human rights universe : conclusion », *in* G. Andreopoulos, Z.F. Kabasakal et P. Juviler (dir.), *Non-State actors in the human rights universe*, Bloomfield, Kumarian press, 2006, p. 331-337.
ANZILOTTI, Dionisio, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 et 285-309.

APRAXINE, Pierre, « Violation des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des Etats au regard de la Convention européenne », *RTDH*, 1995, p. 13-32.
ARANGIO-RUIZ, Gaetano, « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *OZoff.R*, 1975, vol. 26, p. 3-63, 265-406.
ARANGIO-RUIZ, Gaetano, « State fault and the forms and degrees of international responsibility : questions of attribution and relevance », *in Le droit international au service de la paix et du développement, Mélanges en l'honneur de Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 25-41.
ARANGIO-RUIZ, Gaetano, « Dualism revisited. International law and interindividual law », *Rivista di diritto internationale*, 2003, p. 909-999.
ARAUJO, Robert John, « Objective meaning of constituent instruments and responsibility of international organizations », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 343-353.
ARIAS, Harmodio, « The non-liablity of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war », *AJIL*, 1913, vol. 7, n° 4, p. 724-766.
ASCENSIO, Hervé, « Etat », *in* D. Alland (dir.), *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, p. 97-166.
ASCENSIO, Hervé, « Les Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », *in* H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 715-734.
ASCENSIO, Hervé, « Existe-t-il des organes du droit international ? », *in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2003, vol. 1, p. 1-24.
ASCENSIO, Hervé, « La responsabilité selon la Cour internationale de justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007, p. 285-304.
ASCENSIO, Hervé, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits de l'homme », *in* S.F.D.I., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 105-125.
ASCENSIO, Hervé, « L'entreprise dans la société internationale – Rapport introductif », *in* H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2009, p. 13-41.
ATLAM, Hazem, « International liberation movements and international responsibility », *in* M. Spinedi and B. Simma (dir.), *United nations codification of State responsibility*, New-York, Oceana, 1987, p. 35-56.
AUDEOUD, Olivier, « Les collectivités infra-étatiques dans la vie internationale », *in* S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du 21^{e} siècle*, Paris, Pedone, 1994, p. 139-169.
AUDIT, Mathias, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un Etat », *RCDIP*, 2008, p. 303-311.
BALMOND, Louis, « Observations sur le document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées », *RGDIP*, 2009, p. 113-124.
BARBERIS, Julio A., « Quelques considérations sur le condominium en droit international public », *in* M. G. Kohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 673-684.
BARTOLINI, Giulio, « Il concetto di 'controllo' sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo, (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 25-52.

BARTOLINI, Giulio, « Organi di fatto e responsibilità internazionale », *La Communità internazionale*, 2001, vol. 56, n° 3, p. 435-473.
BATTAGLINI, Giovani, « War against terrorism. *Extra moenia*, self-defence and responsibility : a pure juridical approach », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 135-149.
BEN ACHOUR, Rafaa, « Les opérations de maintien de la paix », *in* J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3e édition, 2005, p. 265-286.
BENOIT, Francis-Paul, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP*, 1957, I, n° 1352.
BENOIT-ROHMER, Florence, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, vol. 64, p. 827-853.
BENVENISTI, Eyal, « Judges and foreign affairs : a comment on the Institut du droit international's resolution on the 'activities of national courts and the international relations of their State' », *EJIL*, 1994, vol. 5, p. 423-439.
BERLIA, G., « De la responsabilité internationale des Etats », *in La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, p. 875 s.
BERLIA, G., « La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat », *RGDIP*, 1937, p. 51 s.
BERNIER, Ivan, « Le GATT et le problème du commerce d'Etat dans les pays à économie de marché : le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada », *C.Y.I.L.*, 1975, vol. 13, p. 98-155.
BESSON, Samantha, « La pluralité d'Etats responsables. Vers une solidarité internationale ? », *Revue suisse de droit international et européen*, 2007, vol. 17, n° 1, p. 13-38.
BHUIYAN, Sharif, « Unreal federal clauses of the World Trade Organization treaty », *Journal of world trade*, 2004, vol. 38, n° 1, p. 123-136.
BIANCHI, Andrea, « The act of State : the State of the act. Judicial interpretation and human rights enforcement », *in* M. G. Kohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 129-150.
BLOKKER, Niels, « Is the autorisation authorized ? Powers and practice of the UN security council to authorize the use of force by 'coalitions of the able and willing' », *EJIL*, 2000, vol. 11, n° 3, p. 541-568.
BOBBIO, Norberto, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in* Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 104-122.
BODANSKY, Daniel et CROOK, John R., « Symposium : The ILC's State responsibility articles. Introduction and overview », *AJIL*, 2002, vol. 96, p. 773-791.
BODANSKY, Daniel et CROOK, John R., « Invoking State responsibility in the twenty-first century », *AJIL*, 2002, vol. 96, p. 798-816.
BOIVIN, Alexandra, « Complicity and beyond : international law and the transfer of small arms and light weapons », *RICR*, 2005, vol. 87, n° 859, p. 467-496.
BOLDT, Nicki, « Outsourcing war – Private military companies and international humanitarian law », *GYIL*, 2004, vol. 47, p. 502-544.
BORIES, Clémentine, « Un nouveau contrôle du droit communautaire par la C.E.D.H. », *RMCUE*, 2009, p. 408-414.

BOULOUIS, Jean, « Note sous Cass. Ch. Mixte, 25 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabres* », *AJDA*, 1975, p. 569.
BOYLE, Alan E., « State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law : a necessary distinction ? », *ICLQ*, 1990, vol. 39, p. 1-26.
BREUER, Marten, « State liability for judicial wrongs and community law : the case of *Gerhard Köbler v. Austria* », *European Law Review*, 2004, vol. 29, n° 2, p. 243-254.
BROWNLIE, Ian, « State responsibility : the problem of delegation », *in* K. Ginther *et al.* (dir.), *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch un politischer realität. Festchrift fur Karl Zemanek*, Berlin, Dunchet et Humbolt, 1994, p. 299-306.
BROWNLIE, Ian, « State responsibility and the international Court of Justice », *in* M. Fitzmaurice and D. Sarooshi (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford, Hart publishers, 2004, p. 11-18.
BROWNLIE, Ian, « The responsibility of States for the acts of international organisations », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 355-362.
BUERGENTHAL, Thomas, « The inter-americain system for the protection of human rights », *Anuario juridico interamericano*, 1982, p. 85-86.
BULTRINI, Antonio, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, vol. 13, p. 5-43.
BUNDU, A. C., « Recognition of revolutionary authorities : law and practice of States », *ICLQ*, 1978, p. 18-45.
BURDEAU, Geneviève, « La situation internationale de l'Etat révolutionnaire et la réaction des Etats tiers », *in* S.F.D.I., *Révolution et droit international*, Paris, Pedone, 1990, p. 163-206.
BURMESTER, Henry, « Federal clauses : an australian perspective », *ICLQ*, vol. 34, 1985, p. 522-537.
CABRAL BARRETO, Ireneu, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit communautaire. Quelques réflexions à propos de l'arrêt *Bosphorus* », *in* M. G. Kohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 55-79.
CAFLISCH, Lucius et CANÇADO TRINDADE, Antônio A., « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, vol. 1, p. 5-61.
CAHIN, Gérard, « L'Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion ? » *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 177-209.
CAHIN, Gérard, « Le droit international et la question de la 'fragmentation' des Etats », *RBDI*, 2007/2, p. 327-364.
CAHIN, Gérard, « Attribution of conduct to the State : insurrectional movements », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 247-256.
CAHIN, Gérard, « The responsibility of other entities – Armed bands and criminal groups », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 331-342.
CALVO, Charles, « De la non-responsabilité des Etats à raison des pertes et dommages éprouvés par des étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerre civile », *RDILC*, 1869, p. 417-427.

CANCADO TRINDADE, Antônio A., « Complementarity between State responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights : the crime of State revisited », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 253-269.
CANNIZARO, Enzo, « Entités non-étatiques et régime international de l'emploi de la force. Une étude sur le cas de la réaction israëlienne au Liban », *RGDIP*, 2007, p. 333-354.
CARILLO-SALCEDO, Juan Antonio, « Article 1 », *in* L.E. Petiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, p. 135-141.
CARON, David D., « The ILC's articles on State responsibility : the paradoxical relationship between form and authority », *AJIL*, 2002, vol. 96, p. 857-873.
CARON, David D., « Attribution amidst revolution : the experience of the Iran-United States claims Tribunal », *ASIL proceedings*, 1990, vol. 84, p. 64-71.
CARON, David, D., « The basis of responsibility : attribution and other trans-substantive rules », *in* R. B. Lillich and D. Magraw (dir.), *The Iran-United States claims tribunal : its contribution to the law of state responsibility*, Irvington-on-Hudson, Transnational publisher, 1998, p. 109-181.
CASSESE, Antonio, « On some problematical aspects of the crime of agression », *LJIL*, 2007, vol. 20, n° 4, p. 841-849.
CASSESE, Antonio, « On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide », *JICJ*, 2007, n° 5, p. 875-887.
CASSESE, Antonio, « The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *EJIL*, 2007, n° 18, p. 649-668.
CASSESE, Antonio « Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" *(dedoublement fonctionnel)* in International Law », *EJIL*, 1990, p. 210-231.
CAYLA, Olivier, « Ouverture : Le jeu de la fiction entre 'comme si' et 'comme ça' », *Droits*, 1995, vol. 21, p. 3-15.
CERONE, John, « Re-examining international responsibility : inter-State complicity in the context of human rights violations », *ILSA journal of international and comparative law*, 2007-2008, vol. 14-2, p. 525-534.
CHALMERS, Jane, « State responsibiliy for acts of parastatals organized in corporate form », *ASIL proceedings*, 1990, p. 60-64.
CHARNEY, Jonathan I. et REISMAN, Michael, « Agora : *Breard*. The facts », *AJIL*, 1998, p. 666-675.
CHARNEY, Jonathan I., « Is international law threatened by international courts and tribunals ? », *RCADI*, 1998, vol. 271, p. 101-382.
CHINKIN, Christine, « A Critique of the public/private dimension », *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 387-395.
CHIRWA, Danwood M., « The doctrine of State responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights », *Melbourne journal of international law*, 2004, vol. 5, p. 1-36.
CHRISTAKIS, Théodore et BANNELIER, Karine, « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? Le contrôle exercé par le Conseil de sécurité sur les Etats autorisés à recourir à la force », *RBDI*, 2004, n° 2, p. 498-527.
CHRISTENSON, Gordon A., « The doctrine of attribution in State responsibility », *in* R. B. Lillich (dir.), *International law of State responsibility for injuries to aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 321-360.
CHRISTENSON, Gordon A., « Attributing conduct to the State : is anything new ? », *ASIL proceedings*, 1990, vol. 84, p. 51-59.

CHRISTENSON, Gordon A., « Attributing act of omission to the State », *Michigan journal of international law*, 1991, vol. 12, p. 312-370.
CIAMPI, Annalisa, « L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 2006, p. 85-116.
CLAPHAM, Andrew, « The 'Drittwirkung' of the Convention », *in* R. St. MacDonald, F. Matscher et H. Petzold (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1993, p. 163-206.
CLAPHAM, Andrew, « The subject of subject and the attribution of attribution », *in* L. Boisson de Chazournes et M. Kohen (dir.), *International law and the quest for its implementation. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, p. 45-58.
COHEN-JONATHAN, Gérard et FLAUSS Jean-François, « A propos de l'arrêt Matthews c/ Royaume-Uni (18 février 1999) », *RTDE*, 1999, p. 637-657.
COHEN-JONATHAN, Gérard et FLAUSS Jean-François, « De l'office de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'arrêt Matthews contre Royaume-Uni du 18 février 1999 », *RUDH*, 1999, vol. 11, p. 253-262.
COHEN-JONATHAN, Gérard, « La responsabilité internationale pour atteinte aux droits de l'homme : sur quelques tendances récentes », *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2003, vol. 2, p. 675-702.
COHEN-JONATHAN, Gérard et FLAUSS, Jean-François, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2004, p. 778-802.
COLIN, Frédéric, « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », *AJDA*, 2007, p. 18-23.
COMBACAU, Jean, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *in Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181.
COMBACAU, Jean et ALLAND, Denis, « 'Primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility : categorizing international obligations », *NYIL*, 1995, vol. 26, p. 81-109.
CONDORELLI, Luigi et BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit humanitaire 'en toutes circonstances' », *in* Ch. Swinarski (dir.) *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, Genève, Martinus Nijhoff, 1984, p. 17-35.
CONDORELLI, Luigi, et DIPLA, Haritini, « Solutions traditionnelles et nouvelles tendances en matière d'attribution à l'Etat d'un fait internationalement illicite dans la convention de 1982 sur le droit de la mer », *in International law at the time of its codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Milan, Giuffré, 1987, vol. 3, p. 65-97.
CONDORELLI, Luigi, « The imputability to States of acts of international terrorism », *Israel Yearbook on human rights*, 1990, vol. 19, p. 233-246.
CONDORELLI, Luigi, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP*, 2002, p. 829-838.
CONDORELLI, Luigi, « Les droits de l'homme à Guantanamo : en attendant la Cour suprême des Etats-Unis », *in Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 445-461.
CONDORELLI, Luigi et KRESS, Claus, « The rules of attribution : general considerations », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 221-236.

CONFORTI, Benedetto, « Exploring the Strasbourg case-law : reflexions on State responsibility for the breach of positive obligations », *in* M. Fitzmaurice et D. Sarooshi (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford, Hart publishers, 2004, p. 129-137.
CONFORTI, Benedetto, « Unité et fragmentation du droit international : 'Glissez, mortels, n'appuyez pas !' », *RGDIP*, 2007, p. 5-18.
CORTEN, Olivier et DUBUISSON, François, « Opération 'Liberté immuable' : une extension abusive du concept de légitime défense », *RGDIP*, 2002, vol. 1, p. 51-77.
CORTEN, Olivier, « L'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire du *Crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)* : vers un assouplissement des conditions permettant d'engager la responsabilité d'un Etat pour génocide », *AFDI*, 2007, p. 249-279.
CORTEN, Olivier, « Le rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie : quel apport au *jus contra bellum* ? », *RGDIP*, 2010, p. 35-61.
COSTA, Jean-Paul, « Qui relève de la compétence de quel(s) Etat(s) au sens de l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *in Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 483-500.
COSTA, Jean-Paul, « L'Etat, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* M. G. Kohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 179-195.
COSTELLO, Cathryn, « The *Bosphorus* ruling of the European court of human rights : fundamental rights and blurred boundaries in Europe », *Human rights law review*, 2006, vol. 6, p. 87-130.
COTTEREAU, Gilles, « Système juridique et notion de responsabilité », *in* S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, p. 3-90.
COULEE, Frédérique, « Collectivités territoriales non étatiques et champ d'application des traités internationaux », *in* S.F.D.I., *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 95-124.
CRAWFORD, James, « Revisiting the draft articles on State responsibility », *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 3, p. 435-460.
CRAWFORD, James et BODEAU, Pierre, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international. Evolution ou bouleversement ? », *RGDIP*, 2000, p. 911-935.
CRAWFORD, James et MAUGUIN, Muriel, « Les collectivités territoriales non-étatiques et le droit international de la responsabilité », *in* S.F.D.I., *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 157-165.
CRAWFORD, James, « The ILC's articles on responsibility for internationally wrongful acts : a retrospect », *AJIL*, 2002, vol. 96, p. 874-890.
CRAWFORD, James, « Treaty and contract in investment arbitration », *Arbitration international*, 2008, p. 351-374.
CROQUET, Nicolas, « La responsabilité internationale de l'Etat du fait des particuliers et la notion d'organe de fait à la lumière de l'affaire *Celebici* : innovation ou continuité ? », *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 2002, vol. 41, p. 43-83.
CZAPLINSKI, Wladislaw, « State succession and State responsibility », *CYIL*, vol. 28, 1990, p. 339-359.
D'ARGENT, Pierre, « La réparation des dommages de guerre », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 259-270.

D'ARGENT, Pierre, et D'ASPREMONT, Jean, « La Commission des réclamations Erythrée – Ethiopie : un premier bilan », *AFDI*, 2007, p. 347-396.
D'ASPREMONT, Jean, « La licéité des coups d'Etat en droit international », *in* S.F.D.I., *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 123-142.
D'ASPREMONT, Jean, « Rebellion and State responsibility : wrongdoing by democratically elected insurgents », *ICLQ*, 2009, vol. 58, n° 2, p. 427-442.
DAILLER, Patrick, MOUTIER-LOPET, Anaïs, ROBERT, Anne et MÜLLER, Daniel, « Tribunal irano-américain de réclamations. Chronique n° 4 : La jurisprudence du Tribunal et la question de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat », *AFDI*, 2002, p. 407-454.
DANNENBAUM, Tom, « Translating the standard of effective control into a system of effective accountability : how liability should be apportioned for violations of human rights by member State troop contingents serving as United Nations peacekeepers », *Harvard international law journal*, 2010, p. 113-192.
DAVID, Eric, « La responsabilité des Etats fédéraux dans les relations internationales », *RBDI*, 1983, p. 483-499.
DAVID, Eric, « Primary and secondary rules », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 27-33.
DAVIS, Roy W., « Liability in damages for breach of Community law : some reflections on the question of who to sue and the concept of the State », *European Law Review*, 2006, vol. 31, n°1, p. 69-80.
DE FROUVILLE, Olivier, « Attribution of conduct to the State : private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 257-280.
DE HOOGH, André J.J., « Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on State responsibility, the *Tadic* case and attribution of acts of bosnian serb authorities to the Federal Republic of Yougoslavia », *BYIL*, 2002, vol. 72, p. 255-292.
DE KERCHOVE, Gilles et MAQUARDT, Stéphane, « Les accords internationaux conclus par l'Union européenne », *AFDI*, 2004, p. 803-825.
DE SCHUTTER, Olivier et L'HOEST, Olivier, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 2000, vol. 36, p. 141-214.
DE SCHUTTER, Olivier, « The accountability of multinationals for human rights violations in European law », *in* Ph. Alston (dir.), *Non-State actors and human rights*, Oxford, O.U.P., 2005, p. 227-314.
DE SCHUTTER, Olivier, « The challenge of imposing human rights norms on corporate actors », *in* O. De Schutter (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, p. 1-39.
DE SCHUTTER, Olivier, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH*, 2010, p. 535-571.
DE SENA, Pasquale, « Immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione e responsabilità dello Stato : rapporti e problemi di coordinamento », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 467-499.
DECAUX, Emmanuel, « Le territoire des droits de l'homme », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 65-78.
DELANOY, Louis-Christophe et PORTWOOD, Tim, « La responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement », *Revue de l'arbitrage*, 2005, n° 3, p. 603-643.

DENNIS, Michael J., « Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », *AJIL*, 2005, vol. 99, p. 119-141.
DICKINSON, Laura A., « Accountability of State and non-State actors for human rights abuses in the 'war on terror' », *Tulsa journal of comparative and international law*, 2004, vol. 12, n° 1, p. 53-60.
DOMINICE, Christian, « La responsabilité internationale des Nations unies », *in* J.-P. Cot, M. Forteau et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, vol. 1, p. 141-162.
DOMINICE, Christian, « The international responsibility of the United Nations for injuries resulting from non-military enforcement measures » *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter,* Leiden, Brill, 2005, p. 363-370.
DOPAGNE Frédéric, « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *RBDI*, 2001, vol. 2, p. 492-525.
DORIGO, Stefano, « Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle force di peacekeeping delle Nazioni unite », *RDI*, 2002, vol. 85, p. 903-945.
DUBUISSON, François, « Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme », *in* K. Bannelier, Th, Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre*, Paris, Pedone, 2002, p. 141-157.
DUMBERRY, Patrick, « New State responsibility for internationally wrongful acts by an insurrectional movement », *EJIL*, 2006, vol. 17, n° 3, p. 605-621.
DUPUY, Pierre-Marie, « Reviewing the difficulties of codification : on Ago's classification of obligations of means and obligations of result in relation to State responsibility », *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 371-385.
DUPUY, Pierre-Marie, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats : un bilan », *RGDIP*, 2003, p. 306-347.
DUPUY, Pierre-Marie, « State sponsors of terrorism : issues of international responsibility », *in* A. Bianchi (dir.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 3-16.
DUPUY, Pierre-Marie, « L'Etat et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements », *in* P.-M. Dupuy (dir.), *Common values in international law : essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, p. 297-316.
DUPUY, Pierre-Marie, « Crime sans châtiment ou mission accomplie ? » *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 243-257.
EISEMANN, Pierre-Michel, « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre*, Paris, Pedone, 2002, p. 239-248.
EVANS, Malcom D., « State responsibility and the European Convention on human rights : role and realm », *in* M. Fitzmaurice et D. Sarooshi (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford, Hart publishers, 2004, p. 139-160.
EWING, Anthony P., « Establishing State responsibility for private acts of violence against women under the american Convention on human rights », *Columbia human rights law review*, 1994-1995, vol. 26, p. 751-800.
FATOUROS, Arghyrios A., « Transnational enterprise in the law of State responsibility », *in* R. B. Lillich (dir.), *International law of State responsibility for injury to aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 361-403.

FERDINANDUSSE, Ward, « Out of the black-box ? The international obligations of State organs », *Brooklyn journal of international law*, 2003, vol. 29, p. 45-127.
FORDE, M., « Non-governmental interferences with human rights », *BYBIL*, 1985, vol. 56, p. 233-280.
FORTEAU, Mathias, « La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *RGDIP*, 2003, p. 636-676.
FORTEAU, Mathias, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, p. 737-769.
FORTEAU, Mathias, « Le droit applicable en matière de droits de l'homme aux administrations territoriales gérées par des organisations internationales », *in* S.F.D.I., *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, p. 7-34.
FORTEAU, Mathias, « La CJCE et la CEDH face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations unies. Quelques remarques iconoclastes », *RMCUE*, 2009, p. 397-402.
FOX, Hazel, « The international Court of Justice's treatment of acts of the State and in particular the attribution of acts of individuals to the State », *in Liber amicorum judge Shigeru Oda*, The Hague/London /New York, Kluwer law international, 2002, vol. 1, p. 147-163.
FRIEDMANN, Wolfgang, « The growth of State control over the individual and its effects upon the rules of international State responsibility », *BYBIL*, 1938, p. 118 s.
FRIEDRICH, Jürgen, « UNMIK in Kosovo : struggling with uncertainty », *Max Planck yearbook of United Nations law*, 2005, vol. 9, p. 225-293.
FRIGESSI DI RATTALMA, Marco, « War in Afghanistan, self-defence and questions of attribution of the September-11 attacks to the afghan-taliban regime », *IYIL*, 2003, p. 59-75.
FROWEIN, Joachim A., « Provisional measures by the International Court of Justice - the *LaGrand* case », *ZaöRV*, 2002, vol. 67, p. 55-60.
FRY, James D., « Coercion, causation, and the fictional elements of indirect State responsibility », *Vanderbilt journal of transnational law*, 2007, n° 40, p. 611-642.
GAETA, Paola, « Génocide d'Etat et responsabilité individuelle », *RGDIP*, 2007, p. 273-284.
GAETA, Paola, « On what conditions can a State be held responsible for genocide ? », *EJIL*, 2007, vol. 18, n° 4, p. 631-648.
GAJA, Giorgio, « The review by the European court of human rights of member State's acts implementing European Union law: 'Solange' yet again ? », *in* P.-M. Dupuy (dir.), *Common values in international Law : Essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, p. 517-526.
GAMMANS, Nelson, « The responsibility of the federal government for violations of the rights of the aliens », *AJIL*, 1914, p. 73-80.
GARCIA AMADOR, Fransisco V., « State responsibility in the lights of the new trends of international law », *AJIL*, 1955, vol. 49, p. 339-346.
GARCIA, Thierry, « Le développement du mercenariat et la privatisation de la sécurité », *Arès*, n° 56, vol. 22, décembre 2005, p. 75-82.
GATTINI, Andrea, « Breach of the obligation to prevent and reparation thereof in the ICJ's genocide judgment », *AJIL*, 2007, vol. 18, n° 4, p. 695-713.
GEISS, Robin, « Failed States : legal aspects and security implications », *GYIL*, 2004, vol. 47, p. 457-501.

GESLIN, Albane, « Les personnes morales de droit public et la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions internes », *RGDIP*, 2003, p. 189-202.
GESLIN, Albane, « Réflexions sur la répartition de la responsabilité entre l'organisation internationale et ses Etats membres », *RGDIP*, 2005, vol. 3, p. 539-579.
GOLDIE, L.F.E., « State Responsibility and the expropriation of property », *International lawyer*, 1978, vol. 12, n° 1, p. 63-82.
GOMULA, Joanna, « Responsibility and the World Trade Organization », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 791-801.
GOODHART, Michael, « Human Rights and non-State actors : theoretical puzzles », *in* G. Andreopoulos, Z.F. Kabasakal et P. Juviler (dir.), *Non-State actors in the human rights universe*, Bloomfield, Kumarian press, 2006, p. 23-41.
GOWLLAND-DEBBAS, Vera, « Security Council enforcement action and issues of State responsibility », *ICLQ*, 1994, vol. 43, p. 55-98.
GOWLAND-DEBBAS, Vera, « The limits of unilateral enforcement of community objectives in the framework of UN peace maintenance », *EJIL*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 361-383.
GRAEFRATH, Bernard, « New trends in State responsibility », *in Thesaurus Acroasium. Responsibility of States*, 1993, p. 105-169.
GRAEFRATH, Bernard, « The complicity in the law of international responsibility », *RBDI*, 1996, p. 370-380.
GRANNE, Michael A., « Defining 'organ of a foreign State' under the Foreign Sovereign Immunities Act 1976 », *U.C. Davis law review*, 2008, p. 1-56.
GRARD, Loic, « Aides d'Etat », *Jurisclasseur Europe*, fascicule 1530.
GREENWOOD, Christopher, « State responsibility for the decisions of national courts », *in* M. Fitzmaurice et D. Sarooshi (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford, Hart publishers, 2004, p. 55-73.
GRIEBEL, Jörn et PLÜCKEN, Milan, « New developments regarding the rules of attribution ? The International Court of Justice's decision in *Bosnia v. Serbia* », *LJIL*, 2008, p. 601-622
GROS ESPIELL, Héctor, « International responsibility of the State and individual criminal responsibility in the international protection of human rights », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 151-160.
GUILLAUME, Marc, « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », *AFDI*, 1997, p. 151-166.
GUTTINGER, Phillippe, « Allocation of responsibility for harmful consequences of acts not prohibited by international law », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 515-520.
HAKIMI, Monica, « State bystander responsibility », *EJIL*, 2010, p. 341-385.
HAUPAIS, Nicolas, « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *RGDIP*, 2007, pp. 117-147.
HAYES, Edward T. « Changing notions of sovereignty and federalism in the international economic system : a reassessment of WTO regulation of federal States and the regional and local governments within their territories », *Northwestern journal of international law & business*, 2004, p. 1-35.
HAYES, Edward T., « A comparative analysis of the regulation of State and Provincial governments in NAFTA and GATT », *Chicago journal of international law*, 2005, p. 605-623.

HECQUARD-THERON, Maryvonne, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTDE*, 1990, p. 693-711.
HENAKU, Kofi, « Private enterprises in space related activities : questions of responsibility and liability », *LJIL*, 1990, vol. 3, n° 2, p. 45-58.
HESSBRUEGGE, Jan Arno, « The historical development of the doctrine of attribution and due diligence in international law », *NYUJILP*, 2004, vol. 36, p. 265-306.
HIGGINS, Rosalyn, « The concept of 'the state' : variable geometry and dualist perceptions », *in* L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, p. 547-562.
HIGGINS, Rosalyn, « Issues of State responsibility before the International Court of Justice », *in* M. Fitzmaurice et D. Sarooshi (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford, Hart publishers, 2004, p. 2-9.
HIGGINS, Rosalyn, « The international Court of Justice : selected issues of State responsibility », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 271-286.
HING WEN, Abigail, « Suing the sovereing's servant : the implication of privatisation for the scope of foreign sovereign immunities », *Columbia law review*, 2003, p. 1538-1587.
HOFFMAN, Stanley, « Système fédéral et accords internationaux », *RDP*, 1953, p. 121-156.
HOFFMEISTER, Franck, « Litigating against the European Union and its member States – Who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations ? », *EJIL*, 2010, p. 723-747.
HOPPE, Carsten, « Passing the buck : State responsibility for private military companies », *EJIL*, 2008, vol. 19, p. 989-1014.
HOSTERT, Jean, « Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 », *AFDI*, 1966, p. 92-121.
JINKS, Derek, « State responsibility for the acts of private armed groups », *Chicago journal of international law*, 2003, vol. 4, p. 83-95.
JONES, Oliver, « Implausible deniability : State responsibility for the actions of private military firms », *Connecticut journal of international law*, 2009, p. 239-287.
JORGENSEN, Ninä B., « State responsibility and the 1948 genocide convention », *in* G.S. Goodwin-Gill et S. Talmon (dir.), *The reality of international law. Essays in honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 273-291.
JOURDAIN, Patrice, « Retour sur l'imputabilité », *in Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 511-527.
KABASAKAI, Zehra F., « Looking beyond the State but not ignoring it », *in* G. Andreopoulos, Z.F. Kabasakai et P. Juviler (dir.), *Non-State actors in the human rights universe*, Bloomfield, Kumarian press, 2006, p. 3-21.
KALSHOVEN, Frits, « State Responsibility for warlike acts of the armed forces », *ICLQ*, 1991, vol. 40, p. 827-858.
KAMMERHOFER, Jörg, « The *armed activities* case and non-state actors in self-defence law », *LJIL*, 2007, p. 89-113.
KARAGIANNIS, Syméon, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova* », *RTDH*, 2005, vol. 61, p. 33-120.
KARAGIANNIS, Syméon, « Article 29 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1189-1238.
KARAGIANNIS, Syméon, « Du non étatique à l'étatique : la cruciale question de l'imputabilité d'actes de particuliers en droit international », *in* R. Ben Achour et

S. Laghmani (dir.), *Acteurs non étatiques et droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 161-195.
KARAMAOUN, Nino, « Le contrôle effectué par le juge de Strasbourg sur le droit communautaire : d'un paradoxe à l'autre… », *in* O. Delas, R. Côté, F. Crépeau et P. Leuprecht (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75-126.
KELSEN, Hans, « Collective and individual responsibility for acts of State in international law », *Jewish yearbook of international law*, 1948, p. 226-239.
KERBRAT, Yann, « Réflexions sur les conflits provoqués par les Etats membres des unions partenaires : du différend sur les contre-mesures du Massachusetts à l'encontre de la Birmanie », *in* F. Belaich et M.-F. Labouz (dir.), *Le partenariat de l'Union européene avec les pays tiers : conflits et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 241-260.
KERBRAT, Yann, « Aspect de droit international général dans la pratique des comités établis au sein des Nations unies dans le domaine des droits de l'homme (2006-207) », *AFDI*, 2007, p. 584-607.
KERBRAT, Yann, « Interaction between the forms of reparation », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 573-587.
KERREST, Armel, « D'un droit inter-étatique issu de la guerre froide à l'encadrement des activités privées », *in* S.F.D.I., *Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, Paris, Pedone, 2003, p. 3-16.
KESSEDJIAN, Catherine et SCHREUER, Christoph, « Le projet d'article de la Commission du droit international des Nations unies sur les immunités des Etats », *RGDIP*, 1992, p. 299-341.
KHERAD, Rahim, « La paix et la sécurité internationales à l'épreuve du régime des tâlebân », *in Les Nations Unies et l'Afghanistan*, Paris, Pedone, 2003, p. 45-76.
KLEIN, Pierre, « Vers la reconnaissance progressive d'un droit à des représailles armées ? », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre*, Paris, Pedone, 2002, p. 249-257.
KLEIN, Nathalie, « State responsibility for international humanitarian law violations and the work of the Eritrea/Ethiopia claims commission so far », *GYIL*, 2004, vol. 47, p. 214-266.
KLEIN, Pierre, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix. Etendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *AFDI*, 2007, vol. 53, p. 43-64.
KLEIN, Pierre, « The attribution of acts to international organizations », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 297-315.
KOHEN, Marcelo G., « Les controverses sur la question du 'terrorisme d'Etat' », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre*, Paris, Pedone, 2002, p. 83-93.
KOHEN, Marcelo G., « L'administration actuelle de l'Irak : vers une nouvelle forme de protectorat ? », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 299-315.
KONTOS, Alexis P., « 'Private' security guards : privatized force and State responsibility under international human rights law », *Non-State actors and international law*, 2004, vol. 4, n° 3, p. 199-238.
KOSKENMAKI, Riika, « Legal implications resulting from State failure in light of the case of Somalia », *Nordic journal of international law*, 2004, p. 1-36.

KOVACS, Peter, « Beaucoup de questions et peu de réponses autour de l'imputabilité d'un acte terroriste à un Etat », *European integration studies*, 2002, vol. 1, n° 1, p. 19-28.
KRAJEWSKI, Markus, « Preventive use of force and military actions against non-State actors : revisiting the right of self-defence in insecure times », *Baltic yearbook of international law*, 2005, vol. 5, p. 1-27.
KRESS, Claus, « L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001, vol. 1, p. 93-142.
KRESS, Claus, « The crime of agression before the first review of the ICC statute », *LJIL*, 2007, vol. 20, n° 4, p. 851-865.
KUIJPER, Pieter Jan et PAASIVIRTA, Esa, « Further exploring international responsibility : the European Community and the ILC's project on responsibility of international organizations », *International organizations law review*, 2004, p. 111-138.
KUYPER, Pieter J, « The law of GATT as a special field of international law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international law ? », *NYIL*, 1994, p. 227-257.
LAGRANGE, Evelyne et EISEMAN, Pierre-Michel, « Article 41 », *in* J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3e édition, 2005, p. 1195-1242.
LAGRANGE, Philippe, « Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations unies. Observations à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) sur la recevabilité des requêtes *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, 31 mai 2007 », *RGDIP*, 2008, p. 85-110.
LAGRANGE, Evelyne, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, p. 521-565.
LALY-CHEVALIER, Caroline, « Les opérations militaires et civiles des Nations unies et la Convention européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 2007, p. 627-661.
LANDAU, Jonny, « Functional public authorities after *YL* », *Public law*, 2007, p. 630-639.
LARSEN, Kjetil M., « Attribution of conduct in peace support operations : the 'ultimate authority and control' test », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 3, p. 509-531.
LATTY, Franck, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, p. 467-512.
LAWSON, Rick, « Out of control. State responsibility and human rights : will the ILC's definition of "act of State" meet the challenges of the 21st century ? », in M. Castermans-Holleman (dir.), *The role of the nation-state in the 21st century*, The Hague, Boston, London, Kluwer Law International, 1998, p. 91-116.
LEBEN, Charles, « Les révolutions en droit international : essai de classification et de problématique générale », *in* S.F.D.I., *Révolution et droit international*, Paris, Pedone, 1990.
LEBEN, Charles, « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », *in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2003, vol. 1, p. 131-167.
LEBEN, Charles, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de protection et de promotion des investissements », *AFDI*, 2004, vol. 50, p. 683-714.
LEDUC, Fabrice, « Causalité civile et imputation », *Revue Lamy droit civil*, supplément au n° 40, juillet-août 2007, p. 21-25.
LEMAIRE, Sophie, « La mystérieuse *umbrella clause* (interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 479-502.

LENOBLE, Jacques, « Responsabilité internationale des Etats et contrôle territorial », *RBDI*, 1981-1982, vol. 16, p. 95-110.
LEVASSEUR, Georges, « L'imputabilité en droit pénal », *RSC*, 1983, p. 1-13.
LIANG, Yuen-Li, « Colonial clauses and federal clauses in United nations multilateral instruments », *AJIL*, 1951, vol. 45, p. 108-128.
LIBERTI, Lahra, « La responsabilité des entreprises en droit international : chimère ou réalité ? Introduction : Quelle place pour la responsabilité des entreprises en droit international ? », *International Law FORUM du droit international*, 2005, p. 235-242.
LILLICH, Richard B., « The current status of the law of State responsibility for injuries to Aliens », *in* R.B. Lillich (dir.), *International law of State responsibility for injury to aliens*, Charlottesville, 1983, p. 1-60.
LOEWENSTEIN, Andrew B. et KOSTAS, Stephen A., « Divergent approaches to determining responsibility for genocide. The Darfur Commission of inquiry and the ICJ's judgment in the genocide case », *JICJ*, 2007, n° 5, p. 839-857.
LOOPER, Richard B., « 'Federal State' clause in multilateral instruments », *BYBIL*, 1955, p. 162-203.
MAISON, Rafaëlle, « The 'transparency' of the State », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 717-724.
MALENOVSKI, Jiri, « L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg », *RGDIP*, 2009, p. 754-784.
MALZAHN, Scott M., « State sponsorship and support of international terrorism : customary norms of State responsibility », *Hastings international and comparative law review*, 2002-2003, vol. 26, p. 83-114.
MANPUYA, Auguste, « Responsabilité et réparations dans le conflit des Grands-Lacs au Congo-Zaïre », *RGDIP*, 2004, vol. 3, p. 679-707.
MARCHESI, Antonio, « The distinction between obligations of conduct and obligations of result following its deletion from the draft articles on State responsibility », *in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2003, vol. 2, p. 827-852.
MATRINGE, Jean, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* du 27 juin 2001 », *AFDI*, 2002, p. 215-256.
MCBETH, Adam, « Privatising human rights : what happens to the State's human rights duties when services are privatised ? », *Melbourne journal of international law*, 2004, vol. 5, p. 133-154.
MCGOLDRICK, Dominic, « State responsibility and the International Covenant on Civil and Political Rights », *in* M. Fitzmaurice et D. Sarooshi (dir.), *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, Oxford, Hart publishers, 2004, p. 161-199.
MCILROY, James, « NAFTA and the canadian provinces : two ships passing in the night ? », *Canada-U.S. law journal*, 1997, vol. 23, p. 431-440.
MERON, Theodore, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *BYBIL*, 1957, p. 85-114.
MERON, Theodore, « Extraterritoriality of human rights treaties », *AJIL*, 1989, vol. 78, p. 78-82.
MERON, Theodore, « Classification of armed conflict in former Yugoslavia : Nicaragua's fallout », *AJIL*, 1998, vol. 92, p. 236-242.
MICHOUD, Léon, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *RDP*, 1895, p. 1-31.

MICHOUD, Léon, note sous Cass, civ. 21 mars 1899, *Congrégation des Sœurs de Saint-Joseph, D.*, 1899, p. 449.
MILANOVIC, Marko, « State responsibility for genocide », *EJIL*, 2006, vol. 17, n° 3, p. 553-604.
MILANOVIC, Marko, « State responsibility for genocide : a follow-up », *EJIL*, 2007, vol. 18, n° 4, p. 669-694.
MILANOVIC, Marko, « From compromise to principle : clarifying the concept of State jurisdiction in human rights treaties », *Human rights law review*, 2008, p. 411-448.
MILANOVIC, Marko et PAPIC, Tatjana, « As bad as it gets : The European court of human rights's *Behrami and Saramati* decision and general international law », *ICLQ*, 2009, vol. 58, p. 267-296.
MILANOVIC, Marko, « State responsibility for acts of non-State actors : a comment on Griebl and Plücken », *LJIL*, 2009, p. 307-324.
MOMTAZ, Djamchid, « Attribution of conduct to the State : State organs and entities empowered to exercise elements of governmental authority », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 237-246.
MONTJOIE, Michel, « The concept of liability in the absence of an internationally wrongful act », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 503-514.
MOUTON, Jean-Denis, « La notion d'Etat et le droit international public », *Droits*, 1992, vol. 16, p. 45-58.
MOUTON, Jean-Denis, « L'Etat selon le droit international : diversité et unité », *in* S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du 21e siècle*, Paris, Pedone, 1994, p. 79-106.
MÜLLER, Daniel, « Other specific regimes of responsibility : the Iran-US claims Tribunal », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 843-848.
NAHAPETIAN, Kate, « Confronting State complicity in international law », *UCLA journal of International Law and Foreign Affairs*, 2002, vol. 7, p. 99-128.
NIEMINEN, Katja, « The Rules of attribution and the private military contractors at Abu Ghraib : private acts or public wrongs ? », *FYIL*, 2004, vol. 15, p. 289-319.
NOLLKAEMPER, André, « Attribution of forcible acts to States : connections between the law on the use of force and the law of State responsibility », *in* N. Blokket et N. Schrijver (dir.), *The Security Council and the Use of Force : Theory and Reality : a need for change ?*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 133-171.
NOLLKAEMPER, André, « Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law », *ICLQ*, 2003, vol. 52, p. 615-640.
NOUVEL, Yves, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *in* Ch. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, p. 25-51.
OLIVER, Dawn, « Functions of a public nature under the human rights act », *Public Law*, 2004, p. 329-351.
OLIVER, Dawn, « The frontiers of the State : public authorities and public functions under the Human Rights Act », *Public law*, 2000, p. 476-493.
OPESKIN, Brian R., « Federal States in the international legal order », *NILR*, 1996, p. 353-386.
OPESKIN, Brian R., « The impact of treaties on australian federalism », *Case western journal of international law*, 1995, p. 1-59.
ORAKHELASHVILI, Alexander, « Restricitive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights », *EJIL*, vol. 14, n° 3, 2003, p. 529-568.

PALCHETTI, Paolo, « Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsibilità internazionale degli Stati », M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 3-24.
PANOUSSIS, Ioannis, « L'obligation générale de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence des organes internationaux », *RTDH*, vol. 70, 2007, n° 2, p. 428-461.
PARODI, Florence, « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, 2010, p. 501-534.
PASQUALUCCI, Jo M., « The application of international principles of State responsibility by the Inter-American Court of Human Rights », *in Liber amicorum Hector Fiz-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, vol. 2, p. 1213-1224.
PAULSON, Stanley S., « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits*, 1995, vol. 21, p. 65-81.
PAULSON, Stanley S., « Hans Kelsen's doctrine of imputation », *Ratio juris*, 2001, vol. 14, n° 1, p. 47-63.
PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personnalité morale et volonté », *Droits*, 1999, vol. 28, p. 17-28.
PELLET, Alain, « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, 1996, p. 7-32.
PELLET, Alain, « La codification du droit de la responsabilité internationale : tâtonnements et affrontements », *in* L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, p. 285-304.
PELLET, Alain, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite – et fin ? », *AFDI*, 2002, p. 1-23.
PELLET, Alain, « L'imputabilité d'éventuels actes illicites. Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres ? », *in* C. Tomuschat (dir.), *Kosovo and the international community : a legal assesment*, La Haye/Londres/New York, Kluwer law international, 2002, p. 193-201.
PELLET, Alain, « Les rapports de Roberto Ago à la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *International law FORUM du droit international*, 2002, p. 222-229.
PELLET, Alain, « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : *Requiem* pour le crime », *in Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2002, p. 654-681
PELLET, Alain, et TZANKOV, Vladimir, « L'Etat victime d'un acte terroriste peut-il recourir à la force armée ? », *in Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales, journées d'études franco-allemandes, Paris (29-30 novembre 2002)*, Paris, Pedone, 2004, p. 95-105.
PELLET, Alain, « Constitutionnalisation du droit des Nations unies ou triomphe du dualisme », *RMCUE*, 2009, p. 415-418.
PELLET, Alain, « The definition of responsibility in international law », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 3-15.
PERERA, Srilal M., « State responsibility : ascertaining the liability of States in foreign investment disputes », *Journal of world investment*, 2005, vol. 6, issue 4, p. 499-529.
PEREZ-GONZALEZ, Manuel, « Les organisations internationales et le droit de la responsabilité », *RGDIP*, 1988, p. 63-102.

PESCATORE, Pierre, « La coopération entre la cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel », *RMCUE*, 2003, n° 466, p. 151-159.
PETCULESCU, Ioana, « Droit international de la responsabilité et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilasçu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie* », *RGDIP*, 2005, p. 581-607.
PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo, « The due diligence rule and the nature of international responsibility of States », *GYIL*, 1992, p. 9-51.
POIRAT, Florence, « Personne publique et droit international », *in* A.F.D.A., *La personnalité publique*, Paris, Litec, 2007, p. 213-223.
POTTEAU, Aymeric, « A propos d'un pis-aller : la responsabilité des Etats membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme. Remarques relatives à plusieurs décisions 'post- *Bosphorus*' de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2009, p. 697-716.
POURGOURIDES, Christos, « Zones où la Convention européenne des droits de l'homme ne peut pas être appliquée », *RUDH*, vol. 15, 2003, p. 232-240.
PROULX, Vincent-Joël, « Babysitting rerrorist : should States be strictly liable for failing to prevent transborder attacks ? », *Berkeley Journal of International Law*, 2005, vol. 16, p. 103-125.
PRZETACZNIK, Franciszek, « The international responsibility of States for the unauthorized acts of their organs », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1983, vol. 61, p. 67-80 et 129-160.
QUANE, Hélène, « The Strasbourg jurisprudence and the meaning of a 'public authority' under the Human Rights Act », *Public law*, 2006, p. 106-123.
QUIGLEY, John, « Complicity in international law : a new direction in the law of state responsibility », *BYIL*, 1986, vol. 57, p. 77-131.
REINISCH, August, « The changing international framework for dealing with non-State actors », *in* Ph. Alston (dir.), *Non-State actors and human rights*, Oxford, O.U.P., 2005, p. 37-89.
RESS, Georg, « Problems of extraterritorial human rights violations : the jurisdiction of the European Court of Human Rights », *IYIL*, 2002, vol. 12, p. 51-67.
REUTER, Paul, « Confédération et Fédération : '*vetera et nova*' », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 199-218.
REUTER, Paul, « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », *in Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, p. 389-398.
RIGAUX, François, « International responsibility and the principle of causality », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 81-91.
ROBERT-CUENDET, Sabrina, « Aspects historiques et juridiques de la crise géorgienne d'août 2008 : des conflits interethniques à la guerre ouverte avec la Russie », *AFDI*, 2008, p. 173-196.
ROSS, Alf, « Sur les concepts d''Etat', d''organes d'Etat' en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, vol. 23, p. 131-144.
ROUCOUNAS, Emmanuel, « Non-State actors : areas of international responsibility in need of further exploration », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 391-404.
RUYS, Tom et VERHOEVEN, Sten, « Attacks by private actors and the right of self-defense », *Journal of conflict and security law*, 2005-3, vol. 10, p. 239-320.

SALMON, Jean, « L'intention en matière de responsabilité internationale », *in Le droit international au service de la paix et du développement, Mélanges en l'honneur de Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 413-422.
SARI, Aurel, « Jurisdiction and international responsibility in peace support operations : the *Behrami* and *Saramati* cases », *Human rights law review*, 2008, p. 151-170.
SASSOLI, Marco, « La « guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *CYIL*, 2001, vol. 39, p. 211-252.
SASSOLI, Marco, « La responsabilité de l'Etat pour des violations du droit international humanitaire », *RICR*, 2002, n° 846, p. 401-434.
SASSOLI, Marco, « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions », *in* O. Delas, C. Deblock, *Le bien commun comme réponse à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 303-325.
SAVARESE, Eduardo, « Issues of attribution to States of private acts : between the concept of *de facto* organs and complicity », *IYIL*, 2005, vol. 15, p. 111-133.
SAVARESE, Eduardo, « Complicité de l'Etat dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme. En marge de la décision *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*) », *AFDI*, 2007, p. 280-290.
SCELLE, Georges, « *Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel* », *in Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg*, Frankfurt am Main, 1956, pp. 324-342.
SCHAEFER, Matthew, « Searching for Pareto gains in the relationship between free trade and federalism : revisiting the NAFTA, eyeing the FTAA », *Canada-US law journal*, 1997, vol. 24, p. 441-488.
SCHAUS, Annemie, « Les entités fédérées sont-elles susceptibles d'encourir une responsabilité internationale », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 599-629.
SCHULTE, Constance, « Jurisprudence of the International Court of Justice – Current survey : Order issued in the case concerning the Vienna Convention on consular relations *(Paraguay v. United States of America)* », *EJIL*, 1998, vol. 1, n° 4, p. 761-762.
SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, « Responsibility of member States of an international organization for acts of that organization », *in Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffré, 1987, vol. 3, p. 415-428.
SHRAGA, Daphna, « UN peacekeeping operations : applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damages », *AJIL*, 2000, vol. 94, p. 406-412.
SICILIANOS, Linos-Alexandre, « L'invocation de la légitime défense face aux activités d'entités non-étatiques », *Hague yearbook of international law*, 1989, p. 147-168.
SICILIANOS, Linos-Alexandre, « L'(ir)responsabilité des forces multinationales », *in* L. Boisson de Chazournes et M. Kohen (dir.), *International law and the quest for its implementation. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, p. 95-126.
SILVANIE, Haig, « Responsibility of States for acts of unsuccessful insurgent governments », *AJIL*, 1939, p. 78-103.
SMUTNY, Abby Cohen, « State responsibility and attribution : when is a State responsible for the acts of State enterprises ? », *in* T. Weiler (dir.), *International Investment Law and Arbitration : Leading cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, p. 17-45.
SORENSEN, Max, « Federal States and the international protection of human rights », *AJIL*, 1952, p. 195-218.

SOUMY, Isabelle, « L'effet horizontal de l'article 5 § 1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005 », *RTDH*, 2006, vol. 66, p. 238-251.
SPIELMANN, Dean, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *in* F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 133-174.
SPINEDI, Marina, « State responsibility v. individual responsibility for international crimes : *tertium non datur* », *EJIL*, 2002, p. 895-899.
SPINEDI, Marina, « *Private contractors* : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite de personnes privées ? », *International law FORUM du droit international*, 2005, vol. 7, n° 4, p. 273-280.
SPINEDI, Marina, « La responsabilità dello Stato per comportamenti di *Private* contractors », *in* M. Spinedi, A. Gianelli et M.L. Alaimo (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, Giuffré, 2006, p. 67-103.
SPINEDI, Marina, « On the non-attribution of the Bosnian Serbs' conduct to Serbia », *JICJ*, 2007, n° 5, p. 829-838.
STAHN, Carsten, « 'Nicaragua is dead, long live Nicaragua' – The right to self-defence under article 51-UN Charter and international terrorism », *in* Ch. Walter, S. Vöneki, V. Roben et F. Schorkopf (dir.), *Terrorism as a Challenge for national and international law. Security versus liberty ?*, Berlin, Springer, 2004, p. 827-877.
STARKE, J. G., « Imputability in international délinquencies », *BYBIL*, 1938, p. 104-117.
STEIN, Torsten, « Kosovo and the international community. The attribution of possible internationally wrongful Acts : responsibility of the NATO or of its member States ? », *in* C. Tomuschat (dir.), *Kosovo and the International Community*, The Hague/London/New York, Kluwer law international, 2002, p. 181-192.
STEINBERGER, Eva, « The WTO treaty as a mixed agreement : problems with the EC's and the EC member States' membership of the WTO », *EJIL*, 2006, vol. 17, p. 837-862.
STERN, Brigitte, « La responsabilité internationale, aujourd'hui-demain », *in Perspectives du droit international et européen. Recueil d'études à la mémoire de G. Apollis*, Paris, Pedone, 1992, p. 75-101.
STERN, Brigitte, « Responsabilité internationale », *Répertoire Dalloz de droit international*, 1998.
STERN, Brigitte, « Responsabilité internationale et succession d'Etats », *in* L. Boisson de Chazournes et V. Gowland-Debbas (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, p. 327-355.
STERN, Brigitte, « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, 2001, p. 3-44.
STERN, Brigitte, « Le contexte juridique de 'l'après' 11 septembre 2001 », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre*, Paris, Pedone, 2002, p. 3-32.
STERN, Brigitte, « 11 septembre 2001 : quelles responsabilités juridiques internationales ? », *in Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 2, p. 1467-1497.
STERN, Brigitte, « The elements of an internationally wrongful act », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 193-220.

STRAUS, Michael, « Causation as an alement of State responsibility », *Law and Policy in International Business*, 1984, vol. 16, p. 893-926.
STUMER, « Liability of member States for acts of international organizations : reconsidering the policy objections », *Harvard international law journal*, vol. 48, 2007, p. 553-580.
SUCHARITKUL, Sompong, « State responsibility and international liability : recent developments in the practice of States and international organizations », *in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Scientifica, 2003, vol. 2, p. 893-896.
SUDRE, Frédéric, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *in* P. Mahoney (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Koln, Heymanns, 2000, p. 1359-1376.
SUDRE, Frédéric, « La 'conventionnalité' du système communautaire de protection des droits fondamentaux. Note sous CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande* », *JCP G.*, 2005, II, 10128, p. 1760 s.
TALMON, Stefan, « Responsibility of international organizations : does the European Community require special treatment ? », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 405-421.
TALMON, Stefan, « The responsibility of outside powers for acts of secessionist entities », *ICLQ*, 2009, vol. 58, n°3, p. 493-517.
THURER, Daniel, « The 'failed State' and international law », *RICR*, n° 838, 1999, p. 731-751.
TIGROUDJA, Hélène, « Le régime d'occupation en Iraq », *AFDI*, 2004, p. 77-101.
TOMONORI, Mizushima, « The individual as beneficiary of State immunity ; problems of the attribution of *ultra vires* conduct », *Denver journal of international law and policy*, 2001, vol. 29, p. 261-287.
TOMUSCHAT Christian, « The responsibility of other entities – Private individuals », *in* J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (ed.), *The law of international responsibility* Oxford, O.U.P., 2010, pp. 317-330.
TORO HUERTA, Mauricio Ivan (del), « La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de responsabilidad internacional del estado por actos legislativos : un ejemplo de desarollo jurisprudencial significativo », *in Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos. Liber amicorum Cançado Trindade*, Porto Alegre, Fabris, 2005, vol. 3, p. 473-497.
TOUGAS, Marie-Louise, « La responsabilité internationale d'Etat pour le fait d'entreprises militaires privées », *Annuaire canadien de droit international*, 2007, p. 97-130.
TOWNSEND, Gregory, « State Responsibility for acts of *de facto* agent », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1997, vol. 14, n° 3, p. 635-678.
TRAVALIO, Greg, et ALTENBURG, John, « Terrorism, State responsibility and the use of military force », *Chicago journal of international law*, 2003, vol. 4, p. 97-119.
TREVES, Tulio, « Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer », *AFDI*, 1975, p. 767-783.
TURP, Daniel et ROCH, François, « Article 6 – Convention de 1969 », *in* O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 165-181.
VERHOEVEN, Joe, « L'Etat et l'ordre juridique international. Remarques », *RGDIP*, 1978, p. 749-774.

VILLALPANDO, Santiago M., « Attribution of conduct to the State : how the rules of State responsibility may be applied within the WTO dispute settlement system », *JIEL*, 2005, vol. 5, n° 2, p. 393-420.
VILLEY, Michel, « Esquisse historique du mot responsable », *in Archives de philosophie du droit. La responsabilité*, Paris, Sirey, 1977, p. 45-62.
VINEY, Geneviève, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, 1990, p. 275-291.
VOLKOVITSCH, Michael John, « Righting wrongs : toward a new theory of State succession to responsibility for international delicts », *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, p. 2162-2214.
WAELDE, Thomas W. et WOUTERS, Patricia K., « State responsibility in a liberalised world economy : 'State, privileged and subnational authorities' under the 1994 energy charter treaty », *NYIL*, vol. 27, 1996, p. 143-191.
WECKEL, Philippe, « L'arrêt sur le génocide : le souffle de l'avis de 1951 n'a pas transporté la Cour », *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 305-331.
WEISSBRODT, David, « Non-State entities and human rights within the context of the Nation-State in the 21st Century », *in* P.R. Baer, M. Castermans-Holleman, F. Van Hoof et J. Smith (dir.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 175-195.
WILDE, Ralph, « Enhancing accountability at the international level : the tension between international organization and member State responsibility and the underlying issues at stake », *ILSA journal of international and comparative law*, 2006, 12, p. 395-415.
WILDHABER, Luzius, « The European Convention on Human Rights and international law », *ICLQ*, 2007, vol. 56, p. 217-231.
WILLIAMS, Alexander, « *YL v. Birmingham City Council* : contracting out and 'functions of a public nature' », *European Human Rights law review*, 2008, p. 524-531.
WILLS, Siobhan, « Military interventions on behalf of vulnerable populations : the legal responsibilities of States and international organizations engaged in peace support operations », *Journal of Conflict and Security Law*, 2004, vol. 9, p. 387-418.
WOLFRUM, Rüdiger, « State responsibility for private actors : an old problem of renewed relevance », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 423-434.
YAMADA, Chusei, « Revisiting the International Law Commission's draft articles on State responsibility », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 117-123.
YANOVITCH, Alan et VOON, Tania, « What is the measure at issue ? », *in* A. D. Mitchell (dir.), *Challenges and prospects for the WTO*, Londres, Cameron May, 2005, p. 115-164.
YEE, Sienho, « The responsibility of States members of an international organization for its conduct as a result of membership or their normal conduct associated with membership », *in* M. Ragazzi (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, p. 435-454.
YOUNG, Robert M. et MOLINA, Maria, « IHL and peace operations : sharing Canada's lessons learned from Somalia », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, p. 362-370.
ZARBIEV, Fouad, « Le phénomène de séparatisme devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* », *L'Observateur des Nations unies*, n° 19, 2005, p. 77-97.
ZEDALIS, Rex J., « When do the activities of private parties trigger WTO rules », *JIEL*, 2007, vol. 10, n° 2, p. 335-362.

ZEMANEK, Karl, « State responsibiliy and liability », *in* W. Lang, H. Neuhold et K. Zemanek (dir.), *Environmental Protection and International Law*, London/Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1991, p. 187-198.

4. Documents officiels

a. Commission du droit international

1. Travaux sur la responsabilité des Etats

a. Rapports de F.V. García-Amador

- « Premier rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1956, vol. 2, p. 175-231.
- « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1957, vol. 2, p. 119-146.
- « Troisième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1958, vol. 2, p. 49-76.
- « Quatrième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1959, vol. 2, p. 1-36.
- « Cinquième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1960, vol. 2, p. 38-63.
- « Sixième rapport sur la responsabilité internationale », *ACDI*, 1961, vol. 2, p. 1-56.

b. Rapports de R. Ago

- « Premier rapport sur la responsabilité des Etats – Historique de l'œuvre accomplie jusqu'ici en ce qui concerne la codification du sujet de la responsabilité internationale des Etats », *ACDI*, 1969, vol. 2, p. 129-162 et *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, p. 203-208.
- « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats – L'origine de la responsabilité », *ACDI*, 1970, vol. 2, p. 189-211.
- « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale », *ACDI*, 1971, vol. 2, partie 1, p. 209-289.
- « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite) », *ACDI*, 1972, vol. 2, p. 77-174.
- « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite) », *ACDI*, 1976, vol. 2, partie 1, p. 3-57.
- « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite) », *ACDI*, 1977, vol. 2, partie 1, p. 3-47.

- « Septième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite) », *ACDI*, 1978, vol. 2, partie 1, p. 29-57.
- « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite) », *ACDI*, 1979, vol. 2, partie 1, p. 3-69 et *ACDI*, 1979, vol.2, partie 1, p. 13-84.

c. Rapports de W. Riphagen

- « Rapport préliminaire sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *ACDI*, 1980, vol. 2, partie 1, p. 105-127.
- « Deuxième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *ACDI*, 1981, vol. 2, partie 1, p. 81-105.
- « Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *ACDI*, 1982, vol. 2, partie 1, p. 25-59.
- « Quatrième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *ACDI*, 1983, vol. 2, partie 1, p. 3-25.
- « Cinquième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *ACDI*, 1984, vol. 2, partie 1, p. 1-4.
- « Sixième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *ACDI*, 1985, vol. 2, partie 1, p. 3-20.
- « Septième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1986, vol. 2, partie 1, p. 1-20.

d. Rapports de G. Arangio-Ruiz

- « Rapport préliminaire sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1988, vol. 2, partie 1, p. 6-43.
- « Deuxième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1989, vol. 2, partie 1, p. 1-63.
- « Troisième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1991, vol. 2, partie 1, p. 1-37.
- « Quatrième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1992, vol. 2, partie 1, p. 2-52.
- « Cinquième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1993, vol. 2, partie 1, p. 2-62.
- « Sixième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1994, vol. 2, partie 1, p. 3-22.
- « Septième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1995, vol. 2, partie 1, p. 3-33.
- « Huitième rapport sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1996, vol. 2, partie 1, p. 1-14.

e. Rapports de J. Crawford

- « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, p. 1-78.
- « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/498 (1999), Add.1 à 4.
- « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/507 (2000), Add. 1 à 4.
- « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/517 (2001).

f. Textes et commentaires

- Projet adopté en première lecture, *ACDI*, 1996, vol. 2, partie 2, p. 62-70, avec renvoi aux annuaires pertinents de la C.D.I. pour le commentaire de chacune des dispositions du projet.
- Projet adopté en seconde lecture, *ACDI*, 2001, vol. 2, partie 2, p. 26-154, texte et commentaires.

2. Travaux sur la responsabilité des organisations internationales

a. Rapports de G. Gaja

- « Premier rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/532 (2003).
- « Deuxième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/541 (2004).
- « Troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/553 (2005).
- « Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/564 (2006) Add. 1 et 2.
- « Cinquième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/583 (2007)
- « Sixième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/597 (2008).
- « Septième rapport sur la responsabilité des organisations internationales », A/CN.4/610 (2009).

b. Texte adopté en première lecture

- « Texte du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission en première lecture et commentaires », A/64/10 (2009), p. 21-183.

3. Autres travaux

- Droit des traités :
  - G. Fitzmaurice, « Troisième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1958, vol. 2, p. 24.
- Réserves aux traités :
  - A. Pellet, « Troisième rapport sur les réserves aux traités », *ACDI*, 1998, vol. 2, partie 1, § 182, p. 256.
  - Projet de directive concernant les réserves aux traités, Guide de la pratique, A/65/10 (2010), p. 32-67.
- Droit des immunités :
  - Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, *ACDI*, 1991, vol. 2, partie 2, p. 13-64.
- Droits des actes unilatéraux :
  - Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, A/61/10 (2006), vol. 2, partie 2, p. 369-381.
- Fragmentation du droit international :
  - Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (M. Koskeniemi, dir.), « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 (2006).

b. ONU (autres que documents de la C.D.I.)

GUILLAUME, Gilbert, « Multiplication des instances judiciaires internationales : perspectives pour l'ordre juridique international », discours prononcé devant la Sixième Commission de l'A.G.N.U. le 27 octobre 2000, accessible depuis www.icj-cij.org.
Commission d'enquête sur les attaques armées lancées contre le personnel d'ONUSOM II, S/1994/653, rapport du 24 février 1994.
Groupe de travail sur la détention arbitraire, rapport du 28 décembre 1999, doc. E/CN.4/200/4.
Commission internationale d'enquête sur le Darfour, S/2005/60, rapport du 1er février 2005.
S.G.N.U., « Modèle d'accord entre l'ONU et les Etats membres qui fournissent du personnel et de l'équipement à des opérations de maintien de la paix des Nations unies », A/46/185, rapport du 23 mai 1991.
S.G.N.U., « Commandement et conduite des opérations de maintien de la paix des Nations Unies », A/49/681, rapport du 21 novembre 1994.
S.G.N.U., « Supplément à l'Agenda pour la paix », S/1995/1, rapport du 25 janvier 1995.
S.G.N.U., « Rapport sur le financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies », A/51/389, rapport du 20 septembre 1996.
S.G.N.U., « Situation des droits de l'homme au Timor oriental », A/54/660, 10 décembre 1999.
S.G.N.U., « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux », A/62/62 (2007).

S.G.N.U., « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Observations et renseignements communiqués par les gouvernements », A/62/63 (2007).
S.G.N.U., « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux », A/62/96 (2010).
S.G.N.U., « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Observations et renseignements communiqués par les gouvernements », A/65/86 (2010).

c. Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)

« Les entités fédérées et régionales et les traités internationaux », rapport adopté les 10 et 11 décembre 1999, doc. CDF(2000)-3.
« Avis sur les droits de l'homme au Kosovo : établissement éventuel de mécanismes de contrôle », avis 280/2004, 11 octobre 2004.

d. O.M.C.

Groupe spécial sur les entreprises commerciales d'Etat, *Liste exemplative des relations entre pouvoirs publics et entreprises commerciales d'Etat et des types d'activités auxquelles se livrent ces entreprises*, G/STR/4, 30 juillet 1999.
Groupe spécial sur les entreprises commerciales d'Etat, *Note d'information du Secrétariat sur les opérations des entreprises commerciales d'Etat qui ont trait au commerce international*, G/STR/2, 26 octobre 1995.

e. Autres

Commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 2, 11 janvier 1992, reproduit *in RGDIP*, 1992, p. 266.
Commission I.A.D.H., 30 décembre 2009, rapport intitulé *Honduras : human rights and the* coup d' Etat (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55).
UE, Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, rapport du 30 septembre 2009, vol. 2, ch. 3, p. 127-129 (accessible sur le site de la Mission http://www.ceiig.ch).

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS ..... **I**

SOMMAIRE ..... **III**

INTRODUCTION **1**

Section 1. Isoler l'imputation 4
§ 1. La responsabilité internationale 4
A. Aperçu des fondements et fonctions 4
B. Aperçu du régime général 7
§ 2. Le rôle central de l'imputation d'un fait dans le droit de la responsabilité internationale 10
A. Approches antérieures 10
B. Approche contemporaine 11
Section 2. Situer l'imputation 14
§ 1. L'imputation dans le droit de la responsabilité 14
A. Imputation d'un fait et origine de la responsabilité 15
B. Imputation d'un fait et contenu de la responsabilité 18
C. Imputation d'un fait et imputation d'une responsabilité 19
§ 2. L'imputation dans les autres branches du droit international 22
A. Les fausses ressemblances 22
B. Les vraies ressemblances 24
Section 3. Appréhender l'imputation 26
§ 1. Une opération qui échappe au droit international 26
A. Approches fondées sur le droit interne 27
B. Approche factuelle 29
§ 2. Une opération régie par le droit international 31
A. Approche moniste 31
B. Approches dualistes 32

PARTIE 1. L'IMPUTATION *RATIONE PERSONAE* **37**

TITRE 1. LES ORGANES *DE JURE* 45
Chapitre 1. Les démembrements territoriaux *47*
Section 1. Les démembrements territoriaux, organes de l'Etat 48
§ 1. La responsabilité de l'Etat pour le comportement des démembrements territoriaux 48
A. Les travaux de la Commission du droit international 49
1. Première lecture 49
2. Seconde lecture 51
B. La pratique judiciaire 52
1. La pratique de la Cour internationale de Justice 53
2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme 56
a. La pratique du Comité des droits de l'homme 56
b. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme 59
c. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme 61
3. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique 61
a. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations 62
b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements 62
§ 2. Le fondement de la responsabilité de l'Etat pour le comportement des démembrements territoriaux 64
A. La thèse de la responsabilité indirecte 64
B. La thèse de l'unité de l'Etat 66
Section 2. Les démembrements territoriaux, organes particuliers de l'Etat 68
§ 1. Démembrements territoriaux et origine de la responsabilité 68
A. L'exclusion des démembrements territoriaux du champ d'application des obligations de l'Etat 68
1. Les clauses et réserves territoriales 69
a. Les clauses d'inclusion territoriale 69
b. Les clauses et réserves d'exclusion territoriale 72
2. Les clauses et réserves fédérales 74
a. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme 76
b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine du droit économique 78
B. Les obligations internationales des démembrements territoriaux 83
1. La souscription d'obligations internationales par les démembrements territoriaux 84

2. La responsabilité pour violation des obligations des démembrements territoriaux 86
a. La thèse de la responsabilité exclusive de l'Etat 86
b. La thèse de la responsabilité des démembrements territoriaux 88
§ 2. Démembrements territoriaux et contenu de la responsabilité 91
A. La modulation des obligations secondaires 92
1. La pratique des organes de contrôle dans le domaine du droit économique 92
a. La pratique de l'Organe de règlement des différends 92
b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements 95
2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme 96
a. La pratique du Comité des droits de l'homme 96
b. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme 97
c. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme 98
B. La précision des obligations 99
Chapitre 2. Les démembrements fonctionnels *103*
Section 1. Les démembrements fonctionnels, organes de l'Etat 106
§ 1. Les travaux de la Commission du droit international 106
A. Première lecture 106
1. Les démembrements fonctionnels chez R. Ago 106
2. Les démembrements fonctionnels dans le texte adopté en première lecture 108
B. Seconde lecture 110
1. Les démembrements fonctionnels chez J. Crawford 111
2. Les démembrements fonctionnels dans le texte adopté en seconde lecture 113
§ 2. La pratique judiciaire 115
A. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme 116
1. La responsabilité de l'Etat pour le comportement d'entités paraétatiques 117
2. La nature gouvernementale d'entités paraétatiques au sens de l'article 34 C.E.D.H. 119
B. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique 122
1. L'application du droit international général par les organes de contrôle dans le domaine économique 122
a. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations 122
b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements 127
c. La pratique de l'Organe de règlement des différends 134
2. L'application de dispositions spéciales par les organes de contrôle dans le domaine économique 135
a. Les dispositions relatives aux entreprises d'Etat et entreprises privilégiées 136
b. Les dispositions relatives aux subventions 142
Section 2. L'identification des démembrements fonctionnels assimilables à des organes de l'Etat 147
§ 1. Les indices structurels 149
A. Le statut de l'entité dans l'ordre interne 149
1. La personnalité juridique de l'entité 149
2. La caractère public ou privé de l'entité 150
B. L'origine de l'entité 153
C. Les relations de l'entité avec les autres organes de l'Etat 155
1. Propriété et financement 155
2. Composition 157
3. Contrôle 158
§ 2. Les indices matériels 161
A. Les pouvoirs détenus 161
B. Les fonctions exercées 163
TITRE 2. LES ORGANES *DE FACTO* 169
Chapitre 1. Les organes de facto *en période de stabilité* *171*
Section 1. L'assimilation d'entités *de facto* à des organes de l'Etat en période de stabilité 171
§ 1. Les individus ou groupes armés 172
A. Les travaux de la Commission du droit international 172
1. Première lecture 172
2. Seconde lecture 174
B. La pratique judiciaire 175
1. La pratique de la Cour internationale de Justice 176
2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme 180
a. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme 180
b. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme 182
§ 2. Les collectivités non reconnues dans l'ordre international 185
A. Les travaux de la Commission du droit international 186
1. Première lecture 186
2. Seconde lecture 188

B. La pratique judiciaire ... 189
1. La République turque de Chypre du Nord ... 191
2. Les entités créées lors de la dissolution de la R.S.F.Y. ... 196
a. La pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ... 196
b. La pratique de la Cour internationale de Justice ... 203
3. Les entités créées lors de la dissolution de l'URSS ... 204
a. La République moldave de Transnistrie ... 205
b. L'Abkhazie et l'Ossétie-du-Sud ... 206
Section 2. L'identification des entités *de facto* assimilables à des organes de l'Etat en période de stabilité ... 210
§ 1. Le critère de la totale dépendance ... 211
A. Un critère strict ... 211
1. Affirmation du critère ... 211
2. Application du critère ... 212
B. Un critère discuté ... 214
1. La pratique antérieure de la Cour internationale de Justice ... 215
2. La pratique des autres organes internationaux de règlement des différends ... 217
§ 2. La technique du faisceau d'indices ... 219
A. Les indices structurels ... 219
1. L'origine de l'entité ... 220
2. Les liens de l'entité avec la structure étatique ... 221
a. L'assistance ... 221
b. La coordination ... 223
c. La subordination ... 224
B. Les indices fonctionnels ... 225
Chapitre 2. Les organes de facto *en période de crise* ... *231*
Section 1. L'assimilation d'entités *de facto* à des organes de l'Etat en période de crise ... 232
§ 1. Les gouvernements *de facto* ... 232
A. Les travaux de la Commission du droit international ... 233
B. La pratique judiciaire ... 234
§ 2. Les mouvements insurrectionnels victorieux ... 236
A. La responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux ... 236
1. Les travaux de la Commission du droit international ... 237
2. La pratique judiciaire ... 239
B. Le fondement de la responsabilité de l'Etat pour le comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux ... 242
Section 2. L'identification des entités *de facto* assimilables à des organes de l'Etat en période de crise ... 246
§ 1. Identification des entités ... 246
A. L'indifférence de la personnalité internationale du mouvement ... 247
B. L'indifférence de la légitimité du mouvement ... 249
§ 2. Identification des comportements ... 250
A. Les travaux de la Commission du droit international ... 251
B. La pratique judiciaire ... 251

PARTIE 2. L'IMPUTATION *RATIONE MATERIAE* ... 257

TITRE 1. LES FAITS DES ORGANES ... 259
Chapitre 1. Les faits accomplis en qualité d'organe ... *261*
Section 1. L'absence de distinction quant à la nature du comportement ... 263
§ 1. Les travaux de la Commission du droit international ... 263
A. L'incertitude née des premiers travaux de la Commission du droit international ... 263
B. La levée de l'incertitude en seconde lecture ... 264
§ 2. La pratique judiciaire ... 265
A. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 265
B. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 267
Section 2. L'absence de distinction quant à la licéité du comportement dans l'ordre interne ... 271
§ 1. L'imputation des comportements accomplis *ultra vires* ... 272
A. L'affirmation de la règle ... 272
B. La confirmation de la règle ... 274
1. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 275
a. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme ... 275
b. La pratique des organes interaméricains de protection des droits de l'homme ... 277
c. La pratique du Comité des droits de l'homme ... 278
2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 279
a. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements ... 279

b. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations 280
c. La pratique de l'Organe de règlement des différends 281
§ 2. Le rejet des exceptions à l'imputation des comportements accomplis *ultra vires* 283
A. Les travaux de la Commission du droit international 283
B. La pratique judiciaire 285
Chapitre 2. Les faits accomplis en une autre qualité *289*
Section 1. Les faits accomplis à titre privé 290
§ 1. Les solutions retenues en application du droit international général 290
A. L'affirmation de la distinction 290
1. Les travaux de la Commission du droit international 291
2. La pratique judiciaire 292
B. Les critères de distinction 293
1. Les éléments non pertinents 294
2. Les éléments pertinents 296
§ 2. Les solutions retenues en application de dispositions particulières 300
A. Le caractère dérogatoire de la règle applicable aux forces armées en campagne 300
B. L'étendue de la dérogation concernant les forces armées en campagne 304
1. Champ d'application *ratione materiae* 304
2. Champ d'application *ratione personae* 306
Section 2. Les faits accomplis pour autrui 309
§ 1. La mise à la disposition d'autrui 311
A. La mise à la disposition d'un Etat 311
1. Les travaux de la Commission du droit international 312
2. La pratique judiciaire 314
a. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme 314
b. La pratique de la Cour internationale de Justice 315
B. La mise à la disposition d'une organisation internationale 316
1. Les travaux de la Commission du droit international 316
2. La pratique judiciaire 320
§ 2. L'action pour le compte d'autrui 329
A. L'action pour le compte d'un autre Etat 329
1. Les travaux de la Commission du droit international 330
2. La pratique judiciaire 332
a. La pratique de la Cour internationale de Justice 333
b. La pratique des organes européens de protection des droits de l'homme 335
B. L'action pour le compte d'une organisation internationale 339
1. Les travaux de la Commission du droit international 339
2. La pratique judiciaire 341
a. L'action pour le compte de l'ONU 341
b. L'action pour le compte de l'Union européenne 351
TITRE 2. LES FAITS DES ENTITES NON ETATIQUES 359
Chapitre 1. Les faits étatiques par nature *361*
Section 1. L'existence de faits étatiques par nature 363
§ 1. Le rôle parfois décisif de la nature d'un fait 363
A. L'habilitation 363
1. Les travaux de la Commission du droit international 364
a. Première lecture 364
b. Seconde lecture 366
2. La pratique judiciaire 368
a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme 368
b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique 371
B. L'absence ou la carence 374
1. Les travaux de la Commission du droit international 375
2. La pratique judiciaire 376
§ 2. Le rôle rarement exclusif de la nature d'un fait 379
A. Les entités qui agissent contre l'appareil étatique 379
1. Les organes d'autres sujets de droit international 380
2. Les individus ou groupes 381
B. Les entités qui agissent avec le consentement de l'Etat 384
1. Les entités qui exercent une puissance publique sur le territoire de l'Etat 384
2. Les entités qui participent à l'exercice de la puissance publique de l'Etat 386
Section 2. L'identification des faits étatiques par nature 390
§ 1. Des faits accomplis dans l'exercice de pouvoirs étatiques 391

A. L'imputation fondée sur la nature des pouvoirs exercés ... 391
1. Les travaux de la Commission du droit international ... 392
2. La pratique judiciaire ... 393
a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 394
b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 395
B. Les pouvoirs considérés comme étatiques aux fins de l'imputation ... 396
1. Les travaux de la Commission du droit international ... 396
2. La pratique judiciaire ... 397
a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 398
b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 399
§ 2. Des faits accomplis dans le cadre de fonctions étatiques ... 401
A. L'imputation fondée sur la nature des fonctions exercées ... 401
1. Les travaux de la Commission du droit international ... 401
2. La pratique judiciaire ... 403
a. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 403
b. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 405
B. Les fonctions considérées comme étatiques aux fins de l'imputation ... 405
1. Les fonctions que l'Etat est tenu d'assurer ... 406
2. Les fonctions considérées comme étatiques en application d'un faisceau d'indices ... 408
Chapitre 2. Les faits étatiques par destination ... 413
Section 1. L'existence de faits étatiques par destination ... 414
§ 1. Les travaux de la Commission du droit international ... 414
A. Première lecture ... 415
B. Seconde lecture ... 418
§ 2. La pratique judiciaire ... 419
A. La pratique de la Cour internationale de Justice ... 419
B. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 423
C. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 425
1. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations ... 425
2. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements ... 426
3. La pratique de l'Organe de règlement des différends ... 426
Section 2. L'identification des faits étatiques par destination ... 433
§ 1. Les faits accomplis pour le compte de l'Etat ... 433
A. Les travaux de la Commission du droit international ... 433
1. Première lecture ... 434
2. Seconde lecture ... 435
B. La pratique judiciaire ... 436
1. La pratique de la Cour internationale de Justice ... 437
2. La pratique des organes de contrôle dans le domaine des droits de l'homme ... 438
3. La pratique des organes de contrôle dans le domaine économique ... 440
a. La pratique du Tribunal irano-américain des réclamations ... 441
b. La pratique des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements ... 441
c. La pratique de l'Organe de règlement des différends ... 442
§ 2. Les élargissements envisagés ... 443
A. Les faits accomplis au cours d'opérations menées sous le contrôle de l'Etat ... 444
1. Les travaux de la Commission du droit international ... 444
2. La pratique judiciaire ... 445
B. L'endossement ... 446

CONCLUSION ... 453

ANNEXE : EVOLUTION DES ARTICLES RELATIFS A L'IMPUTATION DANS LES TRAVAUX DE LA C.D.I. ... V

INDEX THEMATIQUE ... XVII

TABLE DES DECISIONS CITEES ... XXI

BIBLIOGRAPHIE ... XXXVII

TABLE DES MATIERES ... LXXI