



Assemblée générale

Distr. générale
13 mars 2003
Français
Original: anglais/français

Commission du droit international

Cinquante-cinquième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003

Quatrième rapport sur la protection diplomatique

M. John Dugard, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
A. Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires	1–46	2
1. Introduction	1–2	2
2. L'affaire de la <i>Barcelona Traction</i>	3–27	2
3. Options ouvertes à la Commission	28–46	13
B. Projets d'articles sur la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires	47–105	21
1. Article 17	48–56	22
2. Article 18	57–87	26
3. Article 19	88–92	39
4. Article 20 (Continuité de la nationalité des sociétés)	93–105	41



A. Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires

1. Introduction*

1. Les trois précédents rapports soumis par l'actuel Rapporteur spécial¹ et examinés par l'Assemblée générale traitaient de la protection diplomatique des personnes physiques et de la règle de l'épuisement des recours internes. La question de la protection diplomatique des personnes morales a été soulevée de temps à autre au cours des débats à la Commission, mais n'a pas fait l'objet d'une attention particulière. À la cinquante-quatrième session de la Commission, en 2002, des consultations officieuses ont toutefois eu lieu sur la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires².

2. Le présent rapport est entièrement consacré à la question de la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires.

2. L'affaire de la *Barcelona Traction*

3. La protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires a fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires. Toutefois, une décision domine tous les débats sur le sujet : l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*³ (ci-après appelée l'affaire de la *Barcelona Traction*). On ne peut envisager sérieusement de formuler une règle ou des règles sur la question sans avoir examiné à fond cet arrêt de la Cour internationale de Justice, rendu en 1970, ses répercussions et les critiques qu'il a suscitées. Le présent rapport commence donc par un examen de l'arrêt *Barcelona Traction*.

Arrêt de la Cour

4. La *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* était une société constituée en 1911 à Toronto (Canada), où se trouvait son siège, et qui avait des activités commerciales en Espagne. Quelques années après la Première Guerre mondiale, les actions de la *Barcelona Traction* passèrent en grande partie entre les mains de ressortissants belges – personnes physiques ou morales. Au moment critique, 88 % des actions auraient été détenues par des ressortissants belges. Par suite de plusieurs mesures prises par les autorités espagnoles, la société s'est trouvée économiquement défunte. La Belgique – État de nationalité de la majorité des actionnaires – et non le Canada – État de nationalité de la société – a alors engagé une action contre l'Espagne pour obtenir réparation. L'Espagne a opposé quatre exceptions préliminaires au recours de la Belgique, dont deux ont été rejetées en 1964⁴ et les deux autres jointes au fond. L'une de ces dernières concernait le droit de la Belgique d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de ses actionnaires dans une société constituée au Canada. C'est la décision de la Cour

* Le Rapporteur spécial tient à remercier M. Larry Lee et Mme Elina Kreditor, étudiants stagiaires de l'Université de New York, Mme Kym Taylor de l'Université de Cambridge et Mme Raelene Sharp de l'Université de Leiden de l'aide qu'ils lui ont apportée pour l'élaboration du présent rapport.

¹ A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1 (2000); A/CN.4/514 et Corr.1 (2001); A/CN.4/523 et Add.1.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10* (A/57/10), par. 113.

³ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3

⁴ *C.I.J. Recueil, 1970*, p. 5.

internationale de Justice de faire droit à cette exception préliminaire qui constitue le sujet du présent rapport.

5. La Cour a souligné d'emblée qu'elle ne se préoccupait que de la question de la protection diplomatique des actionnaires d'une « société anonyme, dont le capital est représenté par des actions »⁵. Ces sociétés se caractérisent par une nette distinction entre la société et les actionnaires⁶. Lorsque les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un préjudice causé à la société, c'est vers la société que l'actionnaire doit se tourner pour qu'elle forme les recours voulus, car, « bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés⁷ ». Ce n'est que lorsque les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires qu'un actionnaire a un droit de recours indépendant⁸. Ces principes régissant la distinction entre la société et les actionnaires découlent du droit interne et non du droit international⁹.

6. Se fondant sur ces principes généraux de droit existant dans les systèmes de droit interne, la Cour a énoncé la règle selon laquelle le droit d'exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège¹⁰ et non à l'État de nationalité des actionnaires. En concluant de la sorte, la Cour n'a suivi ni les décisions judiciaires relatives à la caractérisation des sociétés ennemies en temps de guerre¹¹ ni la pratique des États consistant à conclure des accords d'indemnisation globale¹², ce qui donne à penser qu'il pourrait peut-être y avoir une règle en faveur de la levée du voile social pour permettre à l'État de nationalité des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique à leur égard. La Cour a reconnu que des accords bilatéraux ou multilatéraux d'investissement pouvaient conférer une protection directe des actionnaires¹³ et qu'il existait une abondante jurisprudence arbitrale générale découlant de l'interprétation de ces traités, qui était la thèse du droit des actionnaires à former des recours¹⁴, mais cela ne prouvait pas qu'il existait une règle de droit international coutumier en faveur du droit de l'État de nationalité des actionnaires d'exercer la protection diplomatique à leur égard. La Cour a écarté toutes ces pratiques et tous ces accords, les considérant comme *lex specialis*.

7. La Cour a admis que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans deux situations : premièrement, lorsque la société a cessé d'exister dans le pays où elle a été constituée¹⁵ – ce qui n'était pas le cas de la *Barcelona Traction*; et deuxièmement, lorsque l'État où la société a été constituée est lui-même responsable d'avoir causé le préjudice à la société et que le seul moyen de défense dont disposent les actionnaires étrangers sur le plan international est de recourir à la protection de leur État de nationalité¹⁶ – ce qui

⁵ C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 40.

⁶ Ibid., p. 34, par. 41.

⁷ Ibid., p. 35, par. 44.

⁸ Ibid., p. 36, par. 47.

⁹ Ibid., p. 37, par. 50.

¹⁰ Ibid., p. 42, par. 70 et p. 46, par. 88.

¹¹ Ibid., p. 39, par. 60.

¹² Ibid., p. 40, par. 61.

¹³ Ibid., p. 47, par. 90.

¹⁴ Ibid., p. 40, par. 63.

¹⁵ Ibid., p. 40 et 41, par. 65 à 68.

¹⁶ Ibid., p. 48, par. 92.

n'était pas le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. (En conséquence, la Cour a rejeté cette exception)¹⁷.

8. L'idée que la protection des actionnaires pourrait être autorisée pour des raisons d'équité a été rejetée par la Cour dans les circonstances de l'affaire dont elle était saisie¹⁸. La Cour a refusé aussi de reconnaître l'existence d'un droit subsidiaire à la protection diplomatique appartenant à l'État de nationalité des actionnaires lorsque, comme dans la présente affaire¹⁹, l'État où la société a été constituée n'a pas voulu exercer sa protection diplomatique à l'égard de la société²⁰.

9. La Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel son arrêt dans l'affaire *Nottebohm*²¹, dans lequel elle considérait comme nécessaire l'existence d'un lien effectif entre un individu lésé et l'État de nationalité cherchant à le protéger, pourrait être appliqué aux sociétés, et que, par conséquent, la Belgique, avec laquelle la *Barcelona Traction* était le plus effectivement liée du fait que ses ressortissants détenaient 88 % des actions de la compagnie, était l'État approprié pour exercer la protection diplomatique. Elle n'a toutefois pas écarté l'idée que le critère du lien effectif puisse être appliqué aux sociétés, puisqu'elle a considéré qu'en l'espèce, il y avait un lien « étroit et permanent » entre la *Barcelona Traction* et le Canada, la société y ayant son siège statutaire et y ayant tenu les réunions de son conseil d'administration pendant de nombreuses années²².

10. Pour parvenir à sa décision selon laquelle l'État où une société a été constituée et non l'État de nationalité des actionnaires de la société est l'État approprié pour exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à la société, la Cour s'est fondée sur plusieurs considérations de principes. Premièrement, lorsque des actionnaires investissent dans une société qui a des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment le risque que la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard²³. Deuxièmement, si l'État de nationalité des actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique, cela risquerait d'ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États, les grandes sociétés ayant fréquemment des actionnaires de nombreuses nationalités²⁴. La Cour a indiqué à cet égard que si l'État de nationalité de l'actionnaire était habilité à agir pour le compte de celui-ci, il n'y avait pas de raison pour que chaque actionnaire ne jouisse pas de ce droit²⁵. Troisièmement, la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique²⁶.

¹⁷ Loc. cit.

¹⁸ Ibid., p. 48, par. 92 et 93 et p. 50, par. 101.

¹⁹ Pour plusieurs raisons, notamment l'absence de traité entre le Canada et l'Espagne reconnaissant la compétence de la Cour internationale de Justice, le Canada n'a pas voulu exercer de recours au nom de la *Barcelona Traction*. Voir *ibid.*, p. 45, par. 81 à 83.

²⁰ Ibid., p. 49, par. 96.

²¹ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

²² *C.I.J. Recueil 1970*, p. 423, par. 70 et 71.

²³ Ibid., p. 35, par. 43, p. 46, par. 86 et 87 et p. 50, par. 99.

²⁴ Ibid., p. 48 et 49, par. 94, 95 et 96.

²⁵ Ibid., p. 48, par. 94 et 95.

²⁶ Ibid., p. 38, par. 53 et p. 50, par. 98.

Opinions individuelles

11. La demande du Gouvernement belge a été rejetée par 15 voix contre une (celle du juge ad hoc belge, M. Riphagen), mais de nombreux juges étaient néanmoins en désaccord avec le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*. En témoigne le fait que huit des 16 juges ont exprimé des opinions individuelles, dont cinq (y compris celles du juge ad hoc, M. Riphagen), étaient en faveur du droit de l'État de nationalité des actionnaires d'accorder la protection diplomatique.

12. M. Tanaka a estimé que « le droit international coutumier n'interdit pas la protection des actionnaires par leur État national même lorsque l'État national de la société possède le droit de protéger celle-ci »²⁷. Il a ajouté :

« Sans doute n'existe-t-il pas de règle de droit international qui autorise deux sortes de protection diplomatique, l'une en faveur d'une société et l'autre en faveur de ses actionnaires, mais il n'y en a pas non plus qui interdise la double protection »²⁸.

D'autres juges – MM. Fitzmaurice, Jessup et Gros – ne sont pas allés aussi loin que M. Tanaka, mais ils étaient manifestement en désaccord avec les principes et le raisonnement ayant amené à l'adoption de l'arrêt à la majorité et ont soutenu que, dans certaines circonstances, en particulier lorsque l'État de nationalité de la société était l'État auteur du fait dommageable²⁹, l'État de nationalité des actionnaires avait le droit d'exercer la protection diplomatique. M. Gros a de plus accusé la Cour de ne pas avoir tenu compte des réalités de l'investissement moderne, déclarant ce qui suit :

« Le fondement d'une règle de droit international économique doit s'attacher aux réalités économiques. Le lien de nationalité pur et simple de la société peut ne recouvrir aucune consistance économique. Entre les deux critères, le juge doit choisir celui qui fait coïncider le droit et les faits : c'est à l'État dont l'économie nationale est atteinte en fait qu'appartient le droit d'agir en justice.³⁰ »

13. Par contre, d'autres juges, MM. Morelli³¹, Padilla Nervo³² et Ammoun³³, ont non seulement approuvé le raisonnement suivi par la Cour, mais rejeté l'idée que l'État de nationalité des actionnaires puisse agir en justice lorsque l'État de nationalité de la société était l'État auteur du fait préjudiciable. M. Padilla Nervo a parlé en faveur des États en développement lorsqu'il a déclaré :

« Ce ne sont pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui ont besoin de protection diplomatique; ce sont plutôt les États pauvres ou faibles où les capitaux sont investis qui ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de

²⁷ Ibid., p. 134. Voir aussi p. 130.

²⁸ Ibid., p. 131.

²⁹ Fitzmaurice, *ibid.*, p. 72 à 75; Jessup, *ibid.*, p. 191 à 194.

³⁰ Ibid., p. 279.

³¹ Ibid., p. 240 et 241.

³² Ibid., p. 257.

³³ Ibid., p. 318.

gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité...³⁴ »

Critique de l'arrêt de la Cour

14. La décision prise par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* a fait l'objet de nombreuses critiques. On trouvera ci-après un exposé de celles qu'il y aurait lieu de prendre en considération si l'on veut formuler une règle satisfaisante en matière de protection diplomatique des sociétés ou des actionnaires, ou des deux.

15. La règle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction* découle des principes généraux du droit des sociétés admis par les nations civilisées et non du droit international coutumier. Si la Cour avait tenu compte de la pratique des États telle qu'elle ressort des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs aux investissements et des accords d'indemnisation globale et des décisions arbitrales interprétant ces instruments au lieu de les écarter comme étant des règles spéciales (*lex specialis*), elle aurait sans doute trouvé des preuves suffisantes de l'existence d'une règle de droit international coutumier en faveur du droit de réclamation des actionnaires. Selon Richard Lillich, la Cour a rejeté sommairement l'ensemble de la pratique traditionnelle internationale régissant le droit de réclamation des actionnaires, la jugeant inapplicable en l'espèce, et a manqué une excellente occasion d'apposer son sceau sur une règle de droit international coutumier qui prend corps concernant ce droit, préférant se fonder exclusivement sur le droit interne régissant les sociétés, conformément auquel un préjudice causé à une société n'engendre généralement pas pour les actionnaires un droit qu'ils peuvent faire valoir en justice³⁵. En formulant cette critique, Lillich se faisait l'écho de la déclaration faite par le juge Wellington Koo lorsque la Cour a été saisie pour la première fois de l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1964, à savoir :

« Nombreux sont les éléments tirés de la pratique des États, des dispositions conventionnelles et des décisions arbitrales qui justifient l'affirmation selon laquelle il existe une règle implicite reconnaissant à un État le droit de protéger ainsi ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, contre un État fautif, que celui-ci soit l'État national de la société étrangère ou non, du chef d'un dommage causé par cet État aux actionnaires et résultant d'un dommage causé par lui à la société³⁶. »

16. L'arrêt *Barcelona Traction* a établi une norme inapplicable³⁷. En pratique, les États n'exerceront pas leur protection diplomatique en se fondant uniquement sur le fait que la société a été constituée conformément à leur droit interne, c'est-à-dire en l'absence d'un lien effectif découlant du fait qu'une part importante des actions de

³⁴ Ibid., p. 248.

³⁵ « The Rigidity of Barcelona » (1971) 65 *A.J.I.L.* 522 à 525, 531. Voir aussi R. Higgins « Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. » (1971) 11 *Virginia Journal of International Law* 327, 331; « Round: Toward More Adequate Diplomatic Protection of Private Claims: "Aris Gloves", "Barcelona Traction" and Beyond » (1971) 65 *American Society of International Law, Proceedings*, 322, 343 (Domke), 344 (Weston), 345 (Caflisch).

³⁶ Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, *Case*. (Exceptions préliminaires), *C.I.J. Recueil 1964*, p. 63.

³⁷ Stanley D. Metzger « Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes – The Relevance of Barcelona Traction » (1971) 65 *A.J.I.L.* 532, 541.

la société est détenue par leurs ressortissants. Il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un État consacre du temps, de l'énergie, de l'argent et son influence politique pour défendre une société qui a subi un préjudice à l'étranger s'il n'a pas de lien matériel avec elle. Inversement, il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un État défendeur accepte de considérer qu'un lien aussi mineur que la constitution d'une société conformément à son droit interne constitue le « lien effectif » nécessaire pour lui conférer la capacité de formuler une réclamation internationale. C'est pourquoi, dans la pratique, de nombreux États ont indiqué qu'ils n'exerceraient pas leur protection diplomatique à l'égard d'une société avec laquelle ils n'ont pas un lien³⁸ du type contrôle économique (participation majoritaire ou propriété réelle), siège social (siège principal ou administratif) ou une combinaison des deux. La pratique postérieure à l'arrêt *Barcelona Traction*, montre que les États se fondent sur des critères variés pour décider de prendre ou non fait et cause pour une société a formulé une réclamation contre un autre État³⁹. Certains, comme le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord⁴⁰ et les États-Unis d'Amérique⁴¹, exigent un lien réel et sérieux avec la société, alors que d'autres mettent l'accent sur le siège social ou le contrôle économique. Bref, les critères que sont le contrôle économique, le siège social ou la participation majoritaire, qui mettent l'accent sur le lien effectif entre l'État qui exerce la protection diplomatique et la société, ont davantage la faveur des États que le lien neutre et ténu que constitue l'octroi de la personnalité juridique.

17. Il ressort de la pratique suivie ultérieurement par les États en matière d'accords d'indemnisation globale et de traités d'investissement que les critiques exposées dans le paragraphe précédent étaient partagées. Dans les rapports intérimaires qu'ils ont soumis au Comité pour la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association du droit international à sa conférence tenue à New Delhi en 2002⁴², les professeurs David Bederman et Julianne Kokott ont tout les deux souligné que les États avaient délibérément réglé leurs affaires de telle sorte que la décision prise par la Cour internationale dans l'arrêt *Barcelona Traction* ne leur soit pas applicable.

Dans son rapport intérimaire intitulé « Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection » (Accords d'indemnisation globale et protection diplomatique), Bederman montre que, conformément aux accords conclus après l'arrêt *Barcelona Traction*, les critères sur lesquels est fondée la capacité des sociétés de formuler des réclamations sont le lieu où se trouve le siège social de la société, le contrôle économique ou la participation majoritaire plus souvent que le pays où elle a été constituée⁴³. En outre, les actionnaires sont généralement autorisés à demander réparation conformément aux dispositions de ces accords relatives au règlement des demandes d'indemnisation concernant les biens, droits, intérêts et prétentions

³⁸ Voir le tableau joint à l'article de Metzger, *ibid.*, 542 et 543, d'où il ressort que, pour qu'une société soit admise au bénéfice de régimes de garanties des investissements, les États exigent généralement qu'il existe un lien réel entre l'État et la société.

³⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd. (1998), p. 487 à 489.

⁴⁰ Voir les règles britanniques de 1985 concernant les réclamations internationales, reproduites dans (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006, 1007 (commentaire relatif à la règle IV).

⁴¹ Voir la déclaration faite par le représentant des États-Unis à la Sixième Commission le 1er novembre 2002, A/C.6/57/SR.23, par. 50 à 56.

⁴² Association de droit international, *Report of the Seventieth Conference, New Delhi* (2002), p. 228.

⁴³ *Ibid.*, p. 252 et 253.

auxquels l'État défendeur a porté préjudice⁴⁴. Ce qui l'amène à conclure que les critères sur lesquels sont fondés la capacité des sociétés et de leurs actionnaires d'agir en justice semblent avoir été considérablement assouplis, si bien que le bien-fondé de la conclusion sur laquelle repose l'arrêt *Barcelona Traction* peut désormais être contesté (au moins d'après ce qu'il ressort des accords d'indemnisation globale)⁴⁵.

Dans son rapport intérimaire intitulé « *The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment* » (Le rôle de la protection diplomatique dans le domaine de la protection des investissements étrangers), Julianne Kokott adopte une position similaire. Elle montre que la nature discrétionnaire de la protection diplomatique et la règle restrictive énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction* ont amené les États à recourir aux traités d'investissements bilatéraux⁴⁶, qui permettent aux investisseurs de régler leurs différends avec l'État hôte avant de recourir à des tribunaux d'arbitrage ad hoc ou au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États⁴⁷. Elle conclue comme suit :

« Il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à dire que la protection diplomatique et les règles régissant la protection des investissements étrangers s'excluent mutuellement. Toutefois, le résultat pourrait paraître décevant du point de vue de celui qui veut soutenir que la protection diplomatique devrait jouer un rôle important dans le droit contemporain des investissements étrangers. L'analyse du régime des traités d'investissements bilatéraux ainsi que des formules multilatérales montre que la protection diplomatique n'occupe pas une place de premier plan parmi les moyens offerts pour régler les différends. En général, les accords, tant bilatéraux que multilatéraux, préfèrent d'autres procédures de règlement des différends et permettent aux investisseurs de recourir à des organes d'arbitrage internationaux. Cela leur confère qualité pour agir en droit international et permet de ne pas avoir à recourir à la protection diplomatique. Il ressort du rapport que cette nouvelle conception des choses offre de nombreux avantages par rapport à la nécessité de s'en remettre au bon vouloir (ou à la capacité) d'un État d'origine d'exercer sa protection diplomatique.

La protection diplomatique semble susciter une forte méfiance, inspirée par ses incertitudes politiques, sa nature discrétionnaire et sa capacité de protéger les actionnaires étrangers conformément à la doctrine de la Cour internationale de Justice. Quelle en est la conséquence? Il semble y avoir deux options différentes. L'une serait que les règles régissant la protection diplomatique soient modifiées de façon à répondre aux demandes des investisseurs. Toutefois, cette option ne semble pas réaliste, parce qu'elle ne tient pas compte de l'existence d'un réseau d'accords bilatéraux, accompagnés d'accords multilatéraux. Tôt ou tard, un successeur à l'Accord multilatéral sur l'investissement verra le jour. La deuxième option, qui est fondée sur ces considérations et qui est plus réaliste, consisterait à accepter qu'en ce qui

⁴⁴ Ibid., p. 253 à 255.

⁴⁵ Ibid., p. 258.

⁴⁶ Ibid., p. 265.

⁴⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159; (1965) 4 *I.L.M.* 524.

concerne les investissements étrangers, le droit qui régissait jusqu'ici la protection diplomatique a été dans une large mesure remplacé par un certain nombre de procédures de règlement des différends prévues dans des traités⁴⁸. »

18. La façon dont la Cour internationale de Justice a traité la question de l'applicabilité de l'affaire *Nottebohm*⁴⁹ à la protection diplomatique des sociétés est loin d'être satisfaisante⁵⁰. D'une part, l'arrêt semble rejeter l'application du « lien effectif » aux sociétés dans sa constatation selon laquelle « sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale⁵¹ » et qu'il ne saurait y avoir d'analogie entre les questions soulevées dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et dans l'affaire *Nottebohm*. D'autre part, la Cour examine les liens entre la *Barcelona Traction* et le Canada – constitution de la société, siège statutaire, comptabilité, registres de ses actionnaires, réunions du conseil d'administration, enregistrement dans les dossiers du fisc canadien – et conclue qu'il s'est créé « un lien étroit et permanent » entre le Canada et la société⁵².

19. Dans leurs opinions individuelles, les juges Fitzmaurice⁵³, Jessup⁵⁴, Padilla Nervo⁵⁵ et Gros⁵⁶ ont soutenu que le principe du « lien effectif » retenu dans l'affaire *Nottebohm* s'appliquait aux sociétés. Se fondant sur la constatation de la Cour qu'il y avait un « lien étroit et permanent » entre le Canada et la société, F. A. Mann a émis l'opinion⁵⁷ que la Cour estimait que l'État de nationalité des actionnaires pouvait avoir un droit de protection, alors que l'État où s'est constituée la société n'avait pas la capacité d'agir pour le compte de la société faute d'un lien suffisant avec elle.

20. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a reconnu que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans trois situations : premièrement, lorsqu'il est porté atteinte aux droits propres des actionnaires⁵⁸; deuxièmement, lorsque la société a cessé d'exister⁵⁹ et, troisièmement, éventuellement, lorsque l'État de nationalité de la société est l'auteur du fait préjudiciable⁶⁰. La Cour n'a examiné de façon satisfaisante aucune de ces exceptions à la règle qu'elle énonce en faveur de la protection diplomatique de l'État où la société a été constituée⁶¹. On examinera plus loin les faiblesses du

⁴⁸ Rapport intérimaire, *supra*, note 42, p. 276 et 277; voir aussi S. D. Murphy « The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice » (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 391, 392.

⁴⁹ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

⁵⁰ Brownlie, *supra*, note 39; Arthur Watts, « Nationality of Claims: Some Relevant Concepts » in: *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (éd. V. Lowe and M. Fitzmaurice), p. 414 à 433.

⁵¹ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 42, par. 70.

⁵² *Ibid.*, p. 42, par. 71.

⁵³ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 186.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 254.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 281.

⁵⁷ « The Protection of Shareholder's Interests in the Light of the Barcelona Traction Case » (1973) 67 *A.J.I.L.* 259, 264, 269, 273.

⁵⁸ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 47.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 40 et 41, par. 64 à 68.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 48, par. 92.

⁶¹ Mann, *supra*, note 57, 265 à 272.

raisonnement de la Cour en la matière lorsqu'on examinera les règles autorisant la protection diplomatique des actionnaires.

21. Enfin, la Cour ne justifie pas suffisamment son raisonnement sur les questions de principe abordées plus haut au paragraphe 10. Pourquoi les actionnaires qui investissent dans une société ayant des activités commerciales à l'étranger devraient-ils courir le risque de voir leurs investissements disparaître? L'existence de traités d'investissement bilatéraux conçus pour protéger les investissements étrangers semble contredire cette idée⁶². Pourquoi la perspective qu'une multiplicité de réclamations soient formulées par des actionnaires contre un État auteur d'un fait préjudiciable devrait-elle « créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales⁶³ »? Pourquoi les règles régissant la double protection applicables aux particuliers et aux organisations internationales⁶⁴ ne devraient-elles pas s'appliquer aussi aux sociétés et aux actionnaires? Il ne suffit pas de dire simplement qu'il n'y a pas d'analogie entre les deux situations⁶⁵.

Autorité de l'arrêt Barcelona Traction

22. Les décisions de la Cour internationale de Justice ne lient pas la Commission du droit international, mais il est compréhensible que cette dernière répugne à aller à l'encontre; il faut néanmoins rappeler qu'elle a, ces dernières années, sérieusement limité la portée d'une décision majeure, l'arrêt *Nottebohm*,⁶⁶ qui faisait autorité depuis plus de 40 ans, et en a expressément rejeté une autre qui faisait autorité depuis plus de 30 ans – celle rendue dans les affaires du *Sud-ouest africain (Deuxième phase)*⁶⁷. L'arrêt *Barcelona Traction* n'est pas sacro-saint ni intangible. La Commission peut donc, après un examen approfondi, décider de ne pas le suivre, que ce soit en raison des critiques – telles que celles exposées ci-dessus – dont il a fait objet, ou parce que apparemment la Cour n'a pas examiné de manière approfondie les problèmes qui se posaient⁶⁸, ou encore parce que, lorsqu'elle l'a rendu, la Cour ne codifiait pas le droit international mais réglait un différent particulier, la « règle » en question devant ainsi être considérée comme concernant des faits particuliers et non comme une règle générale applicable dans toutes les situations. La dernière raison de refuser de suivre la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est dans une certaine mesure étayée par la décision prise dans l'affaire *ELSI* par une chambre de la Cour elle-même⁶⁹.

⁶² Voir l'opinion individuelle du juge Gros, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 275.

⁶³ *Ibid.*, p. 49, par. 96.

⁶⁴ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 185.

⁶⁵ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 38, par. 53.

⁶⁶ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10 (A/57/10)*, par. 280, commentaire de l'article 3 5).

⁶⁷ *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No 10 et rectificatif (A/56/10 et Corr.1)*, par. 77, commentaire de l'article 48, note 766.

⁶⁸ Voir la critique des débats de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* dans l'opinion individuelle de M. Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 86, par. 37.

⁶⁹ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

L'affaire ELSI

23. Bien que dans l'arrêt *Barcelona Traction* la Cour internationale de Justice ait jugé qu'un État dont les nationaux détiennent la majorité des actions d'une société n'est pas habilité à présenter une réclamation pour le préjudice subi par la société elle-même, dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, une chambre de la Cour a autorisé les États-Unis à formuler une demande contre l'Italie à raison de dommages subis par une société italienne dont les actions appartenaient en totalité à deux sociétés américaines. (La Chambre a toutefois rejeté la demande des États-Unis sur le fond, estimant que les actes de l'Italie ne constituaient pas une violation du traité d'amitié, de commerce et de navigation qui était en cause.) Il est surprenant que la Chambre ait évité de se prononcer sur la compatibilité de sa décision avec l'arrêt *Barcelona Traction* alors même que l'Italie avait soulevé une exception formelle, à savoir que la société dont on alléguait que les droits avaient été violés était italienne, et que les États-Unis cherchaient à protéger les droits d'actionnaires de la société⁷⁰.

24. Que l'arrêt *Barcelona Traction* fût pertinent dans l'affaire *ELSI*, c'est ce qu'a souligné M. Oda qui, dans une opinion individuelle, a fait valoir que les sociétés américaines qui étaient propriétaires de la société italienne étaient de simples actionnaires de cette dernière, et que les États-Unis ne pouvaient pour cette raison exercer leur protection diplomatique à leur profit⁷¹. On admet généralement, en se fondant sur le silence de la Chambre, que celle-ci n'a pas accepté cet argument – alors même qu'il repose sur l'arrêt *Barcelona Traction*⁷².

25. Le fait que, dans son arrêt *ELSI*, la CIJ n'a pas évoqué l'arrêt *Barcelona Traction* peut s'expliquer de diverses manières⁷³. Premièrement, il ne s'agissait pas pour la Chambre de la Cour d'évaluer le droit international coutumier (comme dans l'affaire de la *Barcelona Traction*), mais d'interpréter un traité d'amitié, de commerce et de navigation qui, comme un traité bilatéral relatif aux investissements, protégeait les actionnaires américains à l'étranger. Si la Chambre avait jugé la demande des États-Unis irrecevable au motif que les États-Unis ne pouvaient protéger des sociétés américaines détenant des actions dans une société italienne, elle aurait mis en péril la valeur des traités bilatéraux relatifs aux investissements, qui visent notamment à protéger les actionnaires nationaux qui contrôlent des sociétés constituées dans l'État d'accueil des investissements⁷⁴. Deuxièmement, il s'agissait peut-être en l'espèce d'une atteinte aux droits directs des actionnaires – une exception admise dans l'arrêt *Barcelona Traction*⁷⁵.

⁷⁰ Ibid., par. 64 et 79.

⁷¹ Ibid., p. 87 et 88.

⁷² Voir l'opinion dissidente de M. Schwebel, ibid, p. 94; *Oppenheim's International Law*, 9e éd. (dir. publ. R. Jennings et A. Watts), vol. 1, p. 520 ; S. D. Murphy, « The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice », (1991) 16 *Yale Journal of International Law*, p. 420; R. McCorquodale « Expropriation Rights under a Treaty – Exhausted and Naked » (1990), *Cambridge Law Journal*, p. 199; S. A. Kubiakowski, « The Case of ELSI: Toward Greater Protection of Shareholders' Rights in Foreign Investments », (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law*, p. 234; F. A. Mann, « Foreign Investment in the International Court of Justice », (1992) 86. *A.J.I.L.* 92.

⁷³ Voir, de manière générale, sur cette décision, Brigitte Stern, « La protection diplomatique des investissements internationaux », (1990) 116 *Journal de droit international* 897.

⁷⁴ Terry Gill, « ELSI Case », dans (1990) 84 *A.J.I.L.*, p. 249, 257 à 258. Voir également Mann, *supra*, note 72.

⁷⁵ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 47. Voir, sur ce point : Vaughan Lowe, « Shareholders' Rights to

Troisièmement, peut-être la Cour a-t-elle considéré que la société avait cessé d'exister parce qu'elle était entrée en liquidation – une autre exception à la règle générale reconnue dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Quatrièmement, on peut faire valoir⁷⁶ qu'en l'espèce la Chambre a répondu par l'affirmative à la question laissée en suspens dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, celle de savoir si l'État dont les actionnaires ont la nationalité est habilité à les protéger lorsque le préjudice est causé à la société par l'État où celle-ci est constituée.

26. Mais même si on peut expliquer pourquoi, dans l'affaire *ELSI*, la CIJ n'a pas appliqué la règle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction*, le fait est, incontestable, que la Chambre n'a pas repris la règle, la motivation et la doctrine de l'arrêt *Barcelona Traction*. Il est donc compréhensible que l'arrêt *ELSI* ait été perçu comme en retrait par rapport à l'arrêt *Barcelona Traction*⁷⁷.

L'arrêt Barcelona Traction 30 ans après

27. L'arrêt *Barcelona Traction* est sans aucun doute une décision judiciaire importante, mais dont l'importance n'est justifiée ni par le caractère persuasif de sa motivation ni par son souci de protéger l'investissement étranger. La Commission du droit international pourrait donc se sentir tenue de s'en écarter et de formuler une règle correspondant mieux aux réalités des investissements étrangers et encourageant les investisseurs étrangers à préférer, s'agissant d'obtenir réparation, la protection diplomatique à la protection des traités bilatéraux relatifs aux investissements. D'autre part, force est de reconnaître qu'en dépit de ses carences, l'arrêt *Barcelona Traction* est aujourd'hui, 30 ans après, largement considéré non seulement comme un exposé exact du droit de la protection diplomatique des sociétés, mais aussi comme l'expression fidèle du droit international coutumier. La pratique des États dans le domaine de la protection diplomatique des sociétés est donc guidée par cet arrêt⁷⁸. C'est ce qu'a clairement démontré la réponse donnée par les représentants des États à la Sixième Commission à la question de savoir si la règle de l'arrêt *Barcelona Traction* devait être révisée⁷⁹. Sur les 15 représentants qui

Control and Manage: From *Barcelona Traction* to *ELSI* », dans *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, publié sous la direction de N. Ando *et al.* (2002), p. 269. Voir aussi Arthur Watts, « Nationality of Claims: Some Relevant Concepts », dans *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996) (dir. publ. V. Lowe et M. Fitzmaurice), p. 435 (note 56).

⁷⁶ Yoram Dinstein, « Diplomatic Protection of Companies under International Law », dans *International Law: Theory and Practice* (1998) (dir. publ. K. Wellins), p. 512.

⁷⁷ Murphy, *supra*, note 72.

⁷⁸ Voir les règles promulguées par le Gouvernement britannique en 1987 et publiées dans (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006. La règle IV, qui dispose que le Royaume-Uni peut faire sienne la réclamation d'une société constituée au Royaume-Uni, indique expressément, dans son commentaire, qu'elle se fonde sur l'arrêt *Barcelona Traction*.

⁷⁹ Les questions ci-après ont été posées aux États sur ce sujet : « Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a considéré que l'État dans lequel une société est constituée et a son siège a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette société. Ce droit n'est pas dévolu à l'État de nationalité des actionnaires, sauf éventuellement :

- a) Si les droits des actionnaires eux-mêmes ont été directement lésés;
- b) Si la société a cessé d'exister au lieu où elle a été constituée;
- c) Si l'État dans lequel la société a été constituée est l'État responsable d'un acte internationalement illicite contre celle-ci.

Faut-il reconnaître à l'État de nationalité des actionnaires d'une société le droit d'exercer la protection diplomatique dans d'autres cas. Par exemple, l'État de la nationalité de la majorité

ont pris la parole sur le sujet, un seulement⁸⁰ a déclaré que la règle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction* devait être revue. Il est regrettable qu'à l'exception d'un seul, tous ceux qui ont pris la parole sur le sujet aient été des représentants de pays développés. Il n'est toutefois guère vraisemblable que les États en développement accueillent favorablement une règle accordant aux actionnaires des sociétés étrangères une protection plus étendue que celle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction*⁸¹. Si la doctrine des publicistes les plus qualifiés, pour reprendre les termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ne semble pas, d'une manière générale, accepter inconditionnellement l'arrêt *Barcelona Traction*, elle le considère néanmoins comme la décision fondatrice en matière de protection diplomatique des sociétés et comme le point de départ de tout débat sur le sujet⁸².

3. Options ouvertes à la Commission

28. Avant de proposer le texte d'une ou de plusieurs règles sur la nationalité et la protection diplomatique des sociétés ou de leurs actionnaires, il est nécessaire d'explicitier les options ouvertes à la Commission quant à l'État pouvant exercer la protection diplomatique. Elles sont les suivantes :

- 1) L'État où la société a été constituée, sous réserve des circonstances exceptionnelles envisagées dans l'arrêt *Barcelona Traction* pour la protection des actionnaires;
- 2) L'État où la société a été constituée et avec lequel elle a un lien effectif (habituellement sous la forme du contrôle économique), là encore sous réserve des circonstances exceptionnelles envisagées dans l'arrêt *Barcelona Traction* pour la protection des actionnaires;
- 3) L'État du siège social ou du domicile;
- 4) L'État où se trouve le contrôle économique de la société;

des actionnaires devrait-il disposer d'un tel droit? Ou devrait-il avoir ce droit à titre subsidiaire, quand l'État dans lequel la société est constituée refuse ou s'abstient d'exercer lui-même la protection diplomatique? » *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10 (A/57/10)*, par. 28.

⁸⁰ L'Allemagne a décrit la décision rendue dans l'affaire de la *Barcelona Traction* comme « insatisfaisante » et a plaidé en faveur de l'octroi d'un droit subsidiaire de protection des actionnaires (voir, d'une manière générale A/C.6/57/SR.20, par. 25 et 26). Les États-Unis, tout en appuyant l'arrêt *Barcelona Traction*, ont déclaré qu'ils tenaient compte de la nationalité des actionnaires lorsqu'ils décidaient d'exercer ou non leur protection diplomatique, et ils souhaitaient que les actionnaires soient protégés lorsque l'État de la nationalité était lui-même responsable du préjudice subi par la société (A/C.6/57/SR.23, par. 52).

⁸¹ G. Abi-Saab, « The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines » (1971), *Annales d'études internationales*, vol. 97, p. 121 et 122.

⁸² R. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9e éd. (1922), vol. 1, p. 515 à 522; P. Daillier et A. Pellet (dir. publ.), *Nguyen Quoc Dinh's Droit international public*, 6e éd. (1999), p. 773; N. M. Shaw, *International Law*, 4e éd. (1997), p. 566; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd. (1998), p. 491 à 495; P. H. Kooijmans, *International Publiekrecht in Vogelvlucht*, 9e éd. (2002), p. 116; I. A. Shearer (dir. publ.), *Starke's International Law*, 11e éd. (1994), p. 286 et 287; L. C. Caflisch, « The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case », (1971) *31 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, p. 196.

5) L'État où la société a été constituée ou l'État du contrôle économique. Cette solution consacrerait une double protection semblable à celle dont jouissent les personnes physiques ayant une double nationalité;

6) L'État où la société a été constituée, à titre principal, l'État où est situé le contrôle économique jouissant d'un droit subsidiaire de protection au cas où le premier État n'exercerait pas sa protection;

7) Les États nationaux de tous les actionnaires.

Nous allons examiner ces options en détail ci-après.

Option 1 : L'État où la société a été constituée

29. L'État où une société a été constituée a seul le droit d'exercer sa protection diplomatique si un préjudice est causé à cette société, sous réserve des exceptions énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction*, dans le cadre desquelles l'État de la nationalité des actionnaires de la société peut exercer sa protection diplomatique à leur profit. Cette option peut être décrite comme la règle de la *Barcelona Traction*. Ses avantages et inconvénients ont été examinés ci-dessus.

Option 2 : L'État où la société a été constituée et avec lequel elle a un lien effectif

30. L'État dans lequel une société a été constituée *et* avec lequel elle a un « lien effectif » au sens de l'arrêt *Nottebohm* peut exercer sa protection diplomatique au profit de cette société, sous réserve des exceptions reconnues dans l'arrêt *Barcelona Traction* au profit des actionnaires. Dans une certaine mesure, cette option correspond à la pratique des États, nombre d'entre eux se refusant à exercer leur protection diplomatique au profit d'une société avec laquelle ils n'ont pas de lien effectif (majorité du capital, contrôle économique ou siège social)⁸³. Le principal inconvénient de cette règle est que de nombreuses sociétés commerciales sont constituées, pour des raisons fiscales, dans des États avec lesquels elles n'ont aucun lien réel. Aux fins de la protection diplomatique, de telles sociétés sont donc apatrides. Cette conséquence n'a pas semblé troubler les juges Padilla Nervo⁸⁴, Petrén et Onyema⁸⁵. D'autre part, une telle règle irait clairement à l'encontre du raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, qui reposait sur l'idée qu'un État – le Canada – avait le droit de protéger la société⁸⁶, et de « la tendance actuelle du droit international à mieux protéger les individus »⁸⁷. Pour Christopher Stalker, cette règle soulève une autre difficulté :

« Si l'on exige un lien effectif avec l'État où la société a été constituée, la question se pose de savoir à quel moment ce lien doit exister. Est-il exigé au moment de la constitution ou uniquement au moment où son existence est en

⁸³ Voir en outre D. Harris, « The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case », (1969) 18 *I.C.L.Q.* 275.

⁸⁴ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 254.

⁸⁵ Voir Déclaration conjointe de MM. Petrén et Onyema, *ibid.*, p. 52.

⁸⁶ Voir arrêt, *ibid.*, par. 94, dans lequel la Cour déclare que : « Les considérations d'équité ne sauraient exiger plus que la possibilité de voir intervenir un État protecteur... ». Voir également la déclaration de M. Lachs, *ibid.*, p. 52, qui estime que l'existence du droit du Canada à protéger la société « est une base essentielle de la motivation de la Cour ».

⁸⁷ Christopher Stalker, « Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes », (1990) 61 *British Year Book of International Law*, p. 159.

cause (de telle manière qu'il sera reconnu s'il existe au moment du préjudice et de la présentation de la réclamation, même s'il n'existait pas au moment de la constitution), ou doit-il exister sans interruption de la date de la constitution à celle de la présentation de la réclamation⁸⁸? »

Option 3 : l'État du siège social ou du domicile

31. Certains auteurs estiment qu'une société commerciale doit prendre la nationalité de son siège social⁸⁹ ou de son domicile, les critères utilisés dans les pays de droit civil (siège social) et de *common law* (domicile) pour rattacher une société à un État en cas de conflit de lois⁹⁰. Des doutes ont été exprimés sur l'opportunité d'appliquer de tels critères de droit *privé* à un problème de droit international *public*⁹¹. De plus, comme le montre des sentences arbitrales, il y a généralement une relation étroite entre le siège social ou le domicile et le lieu de constitution⁹².

Option 4 : l'État du contrôle économique

32. La thèse selon laquelle c'est l'État où se situe le contrôle économique qui est habilité à exercer sa protection diplomatique jouit d'un appui considérable. Malheureusement, cette thèse repose essentiellement sur des textes législatifs et des décisions judiciaires, pour la plupart postérieurs à la Première Guerre mondiale, qui renaient le critère de contrôle *réel* pour déterminer si une société était une société ennemie⁹³. Comme le déclare D. P. O'Connell, « la théorie du contrôle aux fins de guerre économique est pratiquement inutile comme analogie aux fins de la protection diplomatique⁹⁴ », une opinion que partageait la Cour internationale dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁹⁵.

33. Quelles que soient les insuffisances de cette analogie, il y a de bonnes raisons de proposer que l'État où se situe le contrôle *économique* soit l'État habilité à exercer la protection diplomatique. Cette solution correspond mieux aux réalités

⁸⁸ Ibid., p. 163.

⁸⁹ C. I. J. Recueil 1970, p. 42, par. 70.

⁹⁰ D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd. (1970), vol. II, p. 1041; L. Levy, *La Nationalité des sociétés* (1984), p. 183 à 196; Harris, *supra*, note 83, p. 295 à 301.

⁹¹ Ibid., p. 1041 et 1042.

⁹² C'est la conclusion à laquelle est parvenu Georg Schwarzenberger, *International Law*, vol. 1, 3e éd. (1957), p. 393 à 397, après avoir examiné l'affaire *Canevaro* (c. Pérou), Scott, *Hague Court Reports*, vol. 1, p. 284; *La Suédoise Grammont v. Roller, Mixed Arbitration Tribunals*, vol. 3, p. 570; *Mexico Plantagen G.m.b.H., Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*; 1931-1932, affaire No 135; *F. W. Flack (G. B.) v. United Mexican States, Recueil des sentences arbitrales*, vol. 5, p. 61 (1929); *Madera Company Claim*, *ibid.*, p. 156 (1929); *Interoceanic Railway of Mexico*, *ibid.*, p. 178 (1931).

⁹³ Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and Under International Law* (1987), p. 27 à 29; A. McNair et A. Watts, *Legal Effects of War*, 4e éd. (1960); *Daimler Co. c. Continental Tyre and Rubber Co.* [1916] 2 A. C. 307. Un critère similaire a été employé par l'Organisation des Nations Unies dans sa résolution imposant des sanctions économiques à l'encontre de la Libye, résolution 883 (1993) du Conseil de sécurité en date du 11 novembre 1993. Voir en outre l'examen de cette résolution par V. Mikulka, Rapporteur spécial, dans le quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1998*, vol. II (première partie), document A/C.4/489, par. 15 à 17.

⁹⁴ *International Law*, 2e éd. (1970), p. 1042.

⁹⁵ C. I. J. Recueil 1970, p. 39, par. 60.

économiques de l'investissement étranger, car l'État dont les actionnaires ont la nationalité aura davantage intérêt à obtenir réparation que l'État où la société a été constituée, lequel, à l'instar du Canada dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, peut n'avoir qu'un intérêt marginal à obtenir réparation. La menace, constante en la matière, que l'État, fort de son pouvoir discrétionnaire, n'exerce pas sa protection diplomatique est ainsi substantiellement réduite. En acceptant l'État du contrôle économique comme protecteur de la société, l'on reconnaît l'importance d'un lien effectif ou réel entre l'État protecteur et la personne morale lésée – une considération à laquelle la Cour a été sensible dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁹⁶. De plus, en limitant l'intervention diplomatique à un État, on évite les problèmes de la multiplicité des réclamations qui risquent de se poser si l'État national de chaque actionnaire est autorisé à exercer sa protection diplomatique. Des considérations touchant les droits de l'homme militent également en faveur du critère du contrôle économique, car l'investisseur étranger ne doit pas être laissé sans protection.

34. Comme certains l'ont fait observer⁹⁷, il n'est pas facile de définir le contrôle. Deux critères s'affrontent : la propriété de la majorité du capital, c'est-à-dire la propriété de plus de 50 % des parts, et la propriété du plus fort pourcentage de parts. Si l'on accepte le premier critère, il risque d'y avoir des sociétés apatrides, au nom desquelles aucun État ne pourrait présenter de réclamation. Ainsi, le second critère, qui tend à donner à l'État dont des nationaux ont le plus grand nombre de parts dans la société le droit d'exercer sa protection diplomatique, doit être préféré. À défaut, on pourrait formuler un critère qui tienne compte à la fois des actionnaires majoritaires et de la prépondérance des parts pour évaluer le contrôle. Francisco Orrega Vicunam, dans son rapport sur le thème « The Changing Law of Nationality of Claims (L'évolution du droit de la nationalité des réclamations) » présenté au Comité de la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international, propose la règle ci-après pour attribuer le droit d'exercer la protection diplomatique à l'État du contrôle :

« Le contrôle d'une société étrangère par des actionnaires de nationalités différentes, exprimé par la propriété de 50 % du capital ou de tout autre pourcentage nécessaire pour contrôler la société, peut habiliter l'État national desdits actionnaires à exercer sa protection diplomatique à leur profit ou à considérer la société comme ayant sa nationalité⁹⁸. »

La pratique des États n'est pas uniforme. Certains traités définissent le contrôle sous l'angle de la majorité du capital⁹⁹. D'autres mentionnent simplement

⁹⁶ Ibid., p. 42, par. 70 et 71.

⁹⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd. (1998), p. 487; O'Connell, *supra*, note 90, p. 1042; L. Levy, *supra*, note 90, p. 200 à 224.

⁹⁸ Association de droit international, *Report of the 69th Conference*, Londres (2000), p. 647.

⁹⁹ Voir la Déclaration d'Alger de 1981 concernant le règlement des réclamations États-Unis-Iran (1981), 20 *I.L.M.* 230, qui fait figurer parmi les nationaux les sociétés constituées selon la législation de l'un ou l'autre pays si les nationaux de ce pays détiennent directement ou indirectement dans la société un intérêt « équivalant à 50% ou plus de son capital social » [art. VII 1)]. Voir, sur l'application de cette disposition : *Sola Titles Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* 83 *I.L.R.* p. 465 et 467; *Morrisen-Knudsen Pacific Ltd v. Ministry of Roads and Transportation* (1985), 79 *A.J.I.L.*, p. 146; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil and Islamic Republic of Iran* 84 *I.L.R.* p. 484; *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1984) 23 *I.L.M.*, p. 1106. Voir également l'Accord États-Unis-Pérou

le contrôle et laissent au tribunal compétent le soin d'en déterminer tous les aspects, y compris l'actionnariat¹⁰⁰.

35. L'application du critère du contrôle économique pour déterminer la nationalité d'une société aux fins de la protection diplomatique, outre son imprécision par rapport à la notion de contrôle, est exposée à plusieurs critiques. Elle implique inévitablement des problèmes de preuve, tant du point de vue des faits que de celui du droit. L'arrêt *Barcelona Traction* lui-même montre combien il est difficile d'identifier avec certitude les actionnaires d'une société¹⁰¹. De plus, des problèmes de preuve¹⁰² et des présomptions risquent de faire du contrôle¹⁰³, qu'on l'entende comme la détention de la majorité des parts ou celle du plus grand nombre de parts, un critère encore plus problématique s'agissant de la protection diplomatique des sociétés.

36. Pour la Commission, l'adoption d'une règle en faveur du contrôle économique présente de sérieuses difficultés. Même si avant l'arrêt *Barcelona Traction* le critère du contrôle primait celui du lieu de constitution¹⁰⁴, on peut douter qu'il correspondait alors à une règle du droit international coutumier. A fortiori aujourd'hui, 30 ans après le prononcé de l'arrêt *Barcelona Traction*, ce caractère d'expression du droit coutumier s'est-il affaibli ? Les traités bilatéraux relatifs aux investissements ont peut-être, depuis lors, conforté la notion de protection des actionnaires, mais ils ne sont pas eux-mêmes uniformes à cet égard. De plus, durant les années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Barcelona Traction*, ces traités en sont venus à être perçus comme relevant de la *lex specialis*, et n'ont donc pas affecté l'autorité de cet arrêt. Même si on les considère comme attestant la pratique des États, il est douteux qu'une règle en faveur du contrôle économique bénéficie de nos jours de l'appui de la majorité des États. Si certains États développés pourraient approuver une règle autorisant les réclamations des actionnaires au titre du contrôle économique, rien n'indique qu'il en serait de même des pays en développement. Au contraire, on a fait observer qu'une telle règle amènerait une augmentation du

de 1973 sur le règlement de certaines réclamations; art. 1 : (1974) 68 *A.J.I.L.* 538; Convention portant création de la Commission anglo-mexicaine des réclamations, *United Kingdom Treaty Series*, No 11, 1928, art. 3.

¹⁰⁰ L'article VII 2) de la Déclaration d'Alger (*supra* note 99) définit les demandes des ressortissants des États-Unis comme celles « dont sont indirectement titulaires de tels ressortissants par l'intermédiaire de la propriété d'un capital d'actions ou de toute autre participation à la propriété d'une personne morale, sous réserve que la participation à la propriété desdits ressortissants, pris collectivement, ait été suffisante au moment où la demande est apparue pour contrôler la société et entité en question et, de plus, sous réserve que la société ou autre entité n'ait pas elle-même qualité pour introduire une demande selon les termes du présent accord ».

Sur l'interprétation de cette disposition, voir *R. N. Pomeroy v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 2 Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, Rep. 391, 395 et 396; *Alcan Aluminium Ltd v. Ircable Corporation*, 72 *I.L.R.* 725 (les demandeurs ont été déboutés parce qu'ils n'ont pu établir qu'ils étaient propriétaires de plus de 50 % des actions d'Alcan). Voir en outre C. N. Brower et J. D. Brueschke, *The Iran-US Claims Tribunal* (1998), p. 45 à 51; G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996), p. 47 à 54.

¹⁰¹ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 219 et 220 (M. Jessup). Voir aussi la jurisprudence du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran : *Alcan Aluminium Ltd v. Ircable Corporation*, 72 *I.L.R.* 725, 129; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co and the Islamic Republic of Iran*, 84 (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 180.

¹⁰² *Ibid.*, p. 202 (M. Jessup).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 207 (M. Jessup).

¹⁰⁴ Brownlie, *supra*, note 97, p. 487.

nombre de réclamations formulées par des pays développés au nom de leurs nationaux actionnaires de sociétés ayant des activités dans des pays en développement¹⁰⁵. Ceci n'est probablement qu'une conjecture, mais permet néanmoins de penser qu'une telle règle n'est pas acceptable pour les pays en développement.

37. Si la Commission décide de formuler une règle en faveur du contrôle économique, elle se placera dans le cadre du développement progressif du droit et non de sa codification. Il lui appartient de décider si une telle démarche est justifiée eu égard aux difficultés associées à une telle règle.

Option 5 : L'État où la société a été constituée et l'État du contrôle économique

38. Le droit international autorise l'un ou l'autre des États de la nationalité ou ces deux États à exercer la protection diplomatique dans le cas d'un préjudice causé à un double national¹⁰⁶. De même, le droit international admet qu'un fonctionnaire d'une organisation internationale peut être protégé par l'État dont il est ressortissant, par l'organisation ou par les deux¹⁰⁷. Dans ces conditions, on peut se demander pourquoi la double protection d'une société ne devrait pas être admise afin de permettre soit à l'État où elle a été constituée soit à l'État du contrôle économique d'exercer sa protection diplomatique. Il ne suffit pas de déclarer simplement, comme le fait la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Barcelona Traction*¹⁰⁸, qu'il n'y a aucune analogie entre les cas ci-dessus de double protection et le cas d'une compagnie et de ses actionnaires majoritaires.

39. L'opinion individuelle de MM. Tanaka¹⁰⁹ et Jessup¹¹⁰ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* milite en faveur d'une double protection de ce type. Selon M. Tanaka :

« Sans doute n'existe-t-il pas de règle de droit international qui autorise deux sortes de protection diplomatique, l'une en faveur d'une société et l'autre en faveur de ses actionnaires, mais il n'y en a pas non plus qui interdise la double protection. Le droit présentant ici, semble-t-il, une lacune, il faut la combler par le moyen d'une interprétation qui s'inspire de l'esprit de l'institution de la protection diplomatique elle-même¹¹¹. »

¹⁰⁵ Voir Abi-Saab, *supra* note 81.

¹⁰⁶ Voir l'article 5 du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission en 2002. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10 (A/57/10)*, par. 281, p. 188.

¹⁰⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 186. Après cette décision reconnaissant que deux réclamations pouvaient être présentées au titre du préjudice subi par un fonctionnaire, l'Assemblée générale a autorisé le Secrétaire général à négocier des accords pour concilier l'action de l'Organisation des Nations Unies et les droits que pourraient posséder l'État dont la victime était ressortissante. Voir résolution 365 (IV) de l'Assemblée générale, par. 2. Voir également l'opinion individuelle de M. Jessup, C.I.J. Recueil 1970, p. 199.

¹⁰⁸ Ibid., par. 53 et 98.

¹⁰⁹ Ibid. p. 130 à 133.

¹¹⁰ Ibid., p. 199 à 202.

¹¹¹ Ibid., p. 131. Voir également l'opinion individuelle de M. Wellington Koo, dans *Barcelona Traction (Exceptions préliminaires)*, C.I.J. Recueil 1964, p. 59 à 61.

Une telle double protection ne risque pas de contraindre l'État défendeur à réparer deux fois puisque « [s]i la demande d'un des États aboutit, la demande de l'autre s'éteint parce qu'elle perd son objet¹¹² ».

40. La Commission devrait envisager sérieusement la possibilité d'une double protection. Néanmoins, si elle estime que les critiques adressées au critère de contrôle économique aux paragraphes 32 et 33 ci-dessus sont convaincantes, approuver un tel critère dans le cadre d'une double protection n'aurait aucun sens.

Option 6 : L'État où la société est constituée puis, à défaut, l'État du contrôle économique

41. Est associée à l'option 5 la possibilité d'un droit subsidiaire d'exercer la protection diplomatique, qui naîtrait au profit de l'État du contrôle économique si, et seulement si, l'État où la société a été constituée renonce à son droit d'exercer la protection diplomatique ou n'exerce pas ce droit pendant une longue période, comme l'a fait le Canada dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Une telle possibilité est envisagée par M. Fitzmaurice dans son opinion individuelle dans ladite affaire, lorsqu'il déclare que si l'État où la société a été constituée n'exerce pas sa protection diplomatique « pour des raisons qui le concernent et *qui sont entièrement étrangères aux intérêts de la société* ... alors même qu'il est ou semble être fondé en droit à le faire et que les intérêts de la société l'exigent », l'État national des actionnaires devrait pouvoir agir – de la même manière que « sur le plan interne un semblable refus ou abstention de la part de la direction de la société donnerait normalement aux actionnaires le droit d'agir », soit contre la direction soit contre un tiers¹¹³.

42. L'idée d'un droit secondaire de protection est consacrée dans les procédures de la Commission d'indemnisation des Nations Unies :

« Chaque État peut présenter des réclamations au nom des sociétés ou d'autres entités qui, au moment où la réclamation a été faite, étaient de droit national. Des réclamations ne peuvent être soumises au nom d'une société ou d'une autre entité que par un seul et même gouvernement. Une société ou autre entité serait tenue de prier l'État où elle est constituée de présenter ses réclamations à la Commission. S'agissant d'une société ou d'une autre personne morale de droit privé pour le compte de laquelle l'État dont elle relève au plan juridique ne soumet pas dans les délais prévus au paragraphe 29 la réclamation répondant aux critères applicables, la société ou autre personne morale de droit privé peut soumettre elle-même une réclamation à la Commission dans les trois mois qui suivent¹¹⁴. »

43. Cette option peut faire l'objet de la même critique que l'option 5. Si le critère du contrôle économique est insatisfaisant, il ne devrait pas être retenu, que ce soit comme premier critère ou comme critère subsidiaire de la nationalité. On peut néanmoins faire une objection plus grave. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, un droit subsidiaire

¹¹² Opinion de M. Tanaka, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 130 et 131. Voir également l'opinion de M. Jessup, *ibid.*, p. 200.

¹¹³ *Ibid.*, p. 76. Voir également l'opinion individuelle de M. Wellington Koo dans *Barcelona Traction (Exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 59.

¹¹⁴ Décision 7 du Conseil d'administration, par. 26, S/AC.26/1991/7/Rev.1 (17/3/1992).

ne prend naissance qu'au moment où le droit original cesse d'exister et il sera difficile en pratique de déterminer quand ce droit s'éteint, du fait qu'un État peut ne pas exercer son droit de protéger une société sans avoir l'intention de l'abandonner; telle semblait être la position du Canada dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹¹⁵. On pourrait, certes, écarter cette objection en prescrivant un délai pour l'exercice du droit original, mais on laisserait ce faisant subsister un autre obstacle mis en lumière par la Cour internationale de Justice, à savoir le problème qui se poserait si l'État où la société a été constituée acceptait un règlement jugé insatisfaisant par les actionnaires. L'État du contrôle économique pourrait-il alors formuler une réclamation subsidiaire pour donner effet aux exigences des actionnaires?

Option 7 : Les États nationaux de tous les actionnaires

44. La possibilité que les États nationaux de tous les actionnaires d'une société soient autorisés à exercer leur protection diplomatique a été écartée par la Cour dans son arrêt *Barcelona Traction* :

« La Cour considère que l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels, en ouvrant la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales. Le danger serait d'autant plus grand que les actions des sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains¹¹⁶. »

45. M. Tanaka a souligné qu'une autre opinion¹¹⁷, favorable celle-là à une multiple protection, est défendable, au motif qu'en principe chaque actionnaire devrait avoir droit à la protection diplomatique. Pour lui, cela n'aboutirait pas au chaos, d'abord en raison du caractère discrétionnaire de la protection diplomatique, et deuxièmement parce qu'en pratique, selon toute vraisemblance, les États concernés agiraient de concert. M. Fitzmaurice a adopté une position comparable, et souligné que des demandes multiples ne poseraient problème qu'en ce qui concerne le « *quantum* de la réparation qui serait due aux divers gouvernements ». Il poursuivait comme suit :

« [U]ne fois que l'on aurait admis le principe de réclamations au nom des actionnaires en de semblables circonstances, il ne serait pas difficile de trouver ensuite les moyens d'éviter la multiplicité des *procédures*, car c'est cela qui importe¹¹⁸. »

46. C'est à juste titre que MM. Tanaka et Fitzmaurice soulignent que l'on pourrait éviter la multiplicité des procédures au moyen de négociations entre les actionnaires en concurrence à la suite d'une action commune. Un risque de confusion et de chaos n'en subsiste pas moins. En 1949, Mervyn Jones a mis en garde contre de tels dangers lorsqu'il a écrit que si l'État de la nationalité de chaque actionnaire pouvait exercer sa protection diplomatique :

¹¹⁵ C.I.J. Recueil 1970, par. 96 et 97.

¹¹⁶ C.I.J. Recueil 1970, p. 49, par. 96. Voir aussi l'opinion individuelle de M. Padilla Nervo, p. 264.

¹¹⁷ Ibid., p. 128 à 131.

¹¹⁸ Ibid., p. 77, note 21. Cette opinion est partagée par Rosalyn Higgins, « Case concerning Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd », (1971) 11 *Virginia Journal of International Law*, p. 339. Voir aussi « Panel: – Nationality of Claims – Individuals, Corporations, Stockholders », (1969) 63 *American Society of International Law, Proceedings*, 30.

« le résultat serait, au plan international, aussi chaotique qu'il le serait en droit interne si un groupe d'actionnaires pouvait agir en justice chaque fois que la société a subi un préjudice...

Il n'est pas rare que les actionnaires soient eux-mêmes des sociétés et leur identification risquerait de se prolonger *ad infinitum*; quoi qu'il en soit, en pratique, un tel processus pose des difficultés¹¹⁹. »

L'affaire de la *Barcelona Traction* elle-même démontre amplement à quel point il est difficile d'identifier les actionnaires d'une société multinationale¹²⁰.

B. Projets d'articles sur la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires

47. L'arrêt *Barcelona Traction* est critiquable à plusieurs égards mais n'en est pas moins largement accepté par les États¹²¹. Pour cette raison, et compte tenu des objections formulées à l'encontre des autres critères possibles en matière de nationalité des sociétés¹²², le plus sage semble être de formuler des articles donnant effet aux principes qui y sont exposés. Les projets d'articles qui suivent consacrent tant la règle primaire énoncée dans cet arrêt – à savoir que l'État où la société a été constituée a le droit d'exercer sa protection diplomatique au profit de celle-ci – que les exceptions à cette règle que la Cour reconnaît dans une plus ou moins large mesure.

Troisième partie Personnes morales

Article 17

1. L'État est habilité à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité.

2. Aux fins de la protection diplomatique, l'État national d'une société est l'État où cette société est constituée [et sur le territoire duquel elle a son siège].

Article 18

L'État national des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que :

- a) Si la société a cessé d'exister au lieu de sa constitution; ou**
- b) Si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé.**

¹¹⁹ « Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies », (1949)
26 *British Year Book of International Law*, p. 234 et 235.

¹²⁰ Voir les observations de M. Jessup, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 219 et 220.

¹²¹ Voir par. 29 à 36 ci-dessus.

¹²² Voir par. 29 à 36 ci-dessus.

Article 19

Les articles 17 et 18 sont sans préjudice du droit de l'État national des actionnaires d'une société de protéger ces derniers lorsqu'ils ont été directement lésés par le fait internationalement illicite d'un autre État.

Article 20

Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui était constituée sous l'empire de sa législation au moment où le dommage a été causé et à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée [; étant entendu que lorsque la société cesse d'exister du fait du préjudice, l'État où la société défunte a été constituée peut continuer à présenter une réclamation en ce qui la concerne].

1. Article 17

Article 17, paragraphe 1

L'État est habilité à exercer sa protection diplomatique lorsqu'un préjudice est causé à une société qui a sa nationalité.

48. Le paragraphe 1 de l'article 17 réaffirme le principe énoncé dans l'arrêt *Barcelona Traction*¹²³. Il est calqué sur le paragraphe 1 de l'article 3 du projet d'articles adopté par la Commission en première lecture, aux termes duquel : « L'État habilité à exercer la protection diplomatique est l'État de nationalité ».

49. L'article 2 du projet d'article pose le « droit » de l'État à exercer sa protection diplomatique. Il n'est pas tenu de le faire – un principe qui s'applique de la même manière aux personnes physiques et aux personnes morales. C'est ce qu'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Barcelona Traction* lorsqu'elle a rappelé

« ... que, dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens. Le législateur national peut imposer à l'État l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger. Il peut également accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions. Mais toutes ces questions restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international.

79. L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa

¹²³ C.I.J. Recueil 1970, p. 42 (par. 70) et 46 (par. 88).

demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une liberté d'action totale¹²⁴. »

50. C'est à l'État où la société a été constituée qu'il appartient de décider s'il exercera sa protection diplomatique au bénéfice de celle-ci. Lorsqu'il n'y a pas de lien réel entre l'État et une société qui a sa nationalité, par exemple lorsque la société a été constituée dans cet État pour profiter d'avantages fiscaux, l'État national sera peu enclin à exercer sa protection diplomatique. À cet égard, la relation entre l'État et la société est similaire à celle qui existe entre un État et un navire battant son pavillon de complaisance. L'État sera plus enclin à exercer sa protection diplomatique lorsqu'il existe un lien réel entre lui et la société, ou lorsque la majorité des actionnaires de la société sont ses nationaux. De fait, un État peut déclarer à l'avance qu'il n'exercera sa protection diplomatique que si tel est le cas¹²⁵. Les conditions de ce type visent à guider l'État dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne relèvent pas du droit international. Tel que reflété dans l'arrêt *Barcelona Traction*, le droit international habilite (mais n'oblige pas) l'État à exercer sa protection diplomatique au bénéfice des sociétés constituées sous l'empire de sa législation.

51. Le droit discrétionnaire d'exercer la protection diplomatique, qu'aucune règle du droit international ne contrôle, n'offre guère de sécurité pour les actionnaires qui investissent dans une société en comptant que leur investissement sera protégé par l'État national de la société lorsque celle-ci mène des activités à l'étranger. Pour cette raison, les investisseurs préfèrent la sécurité des traités bilatéraux relatifs aux investissements et encouragent l'État national de la société à conclure de tels accords avec les pays où profits et risques sont importants. Ceci implique que l'on accepte l'évaluation pessimiste de la situation faite par Julienne Kokott : « dans le contexte de l'investissement étranger, le droit classique de la protection diplomatique a dans une large mesure été remplacé par des procédures conventionnelles de règlement des différends »¹²⁶. Cette opinion est dans une certaine mesure étayée dans l'arrêt de la Cour :

« C'est pourquoi, dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et l'État où l'investissement est effectué. Les États assurent de plus en plus fréquemment ce genre de protection dans leurs relations bilatérales ou multilatérales, soit au moyen d'instruments spéciaux soit dans le cadre d'ententes économiques de portée plus générale. Toute une évolution a eu lieu depuis la Deuxième Guerre mondiale en matière de protection des investissements à l'étranger, qui s'est traduite par la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux entre États ou

¹²⁴ Ibid., p. 45, par. 78 et 79.

¹²⁵ Le Gouvernement britannique a promulgué des règles concernant les réclamations internationales qui indiquent qu'il peut faire sienne la réclamation d'une société constituée au Royaume-Uni (règle 80). Le commentaire de cette règle indique toutefois : « Pour décider s'il exercera ou non son droit de protection, le Gouvernement de Sa Majesté peut examiner si la société a en fait un lien réel et substantiel avec le Royaume-Uni » (1988) 37 *I.C.L.Q.*, p. 1007. De même, au cours de l'intervention qu'ils ont faite à la Sixième Commission lors du débat sur la protection diplomatique en 2002, les États-Unis ont déclaré : « Les États-Unis prennent la nationalité des actionnaires en considération lorsqu'il s'agit de décider d'exercer ou non la protection diplomatique au bénéfice d'une société » (A/C.6/57/SR.23, par. 52).

¹²⁶ *Supra*, note 48.

d'accords entre États et sociétés. Ces instruments contiennent des dispositions sur la compétence et la procédure en cas de différends concernant le traitement des sociétés qui investissent par les États où les investissements sont faits. Parfois les sociétés se voient conférer un droit direct de défendre leurs intérêts contre les États par des procédures définies¹²⁷. »

Article 17, paragraphe 2

Aux fins de la protection diplomatique, l'État national d'une société est l'État dans lequel cette société est constituée [et sur le territoire duquel elle a son siège].

52. Cette disposition fait écho au dictum de la CIJ dans l'arrêt *Barcelona Traction* :

« La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège¹²⁸. »

53. Dans la phrase citée dans le paragraphe qui précède, la Cour pose deux conditions à l'acquisition de la nationalité par une société aux fins de la protection diplomatique : constitution, et présence du siège dans l'État où la société a été constituée. En pratique, la législation de la plupart des États exige que les sociétés constituées sous cette législation aient un siège sur le territoire de l'État concerné¹²⁹. Ainsi, la condition concernant le siège semble superflue. La Cour internationale de Justice n'en a pas moins souligné que les deux conditions devaient être réunies lorsqu'elle a déclaré : « Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux¹³⁰ ». Peut-être la Cour voulait-elle voir dans l'exigence d'un siège la nécessité d'un lien tangible, si tenu soit-il, entre l'État et la société. Ceci est confirmé par l'accent qu'elle met sur le fait que le siège de la *Barcelona Traction* était au Canada et que ceci créait, avec d'autres facteurs, « un lien étroit et permanent » entre le Canada et la *Barcelona Traction*¹³¹. En pratique, il semblerait qu'en insistant sur l'existence du siège la Cour ait été mal avisée. La présence du siège sur le territoire de l'État où la société a été constituée est une conséquence de la constitution et non une preuve autonome d'un lien avec cet État. De fait, lorsqu'une société s'immatricule dans un État uniquement pour bénéficier d'avantages fiscaux, ce qui n'est pas rare, le siège statutaire ne sera guère plus qu'une adresse postale. Rien n'empêche de conserver cette exigence *ex abundanti cautela* et de reprendre fidèlement les termes utilisés dans l'arrêt *Barcelona Traction*. D'autre part, la Commission pourra préférer ne pas indiquer qu'outre la constitution, la présence d'un siège est nécessaire.

¹²⁷ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 47, par. 90.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 42, par. 70.

¹²⁹ Le Rapporteur spécial ne prétend pas avoir mené une étude comparative exhaustive sur ce sujet. Un bref tour d'horizon montre néanmoins que telle est la situation en Afrique du Sud (P. Meskin (dir. publ.), *Henochsberg on the Companies Act*, 4e éd. (1985), p. 254), en Espagne [*Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law*, trad. Santiago C. Minguela (1996)], en Irlande (M. Forde *Company Law*, 3e éd. (1999), p. 59) et au Royaume-Uni (*Halsbury's Laws of England* (4e éd.), p. 125).

¹³⁰ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 42, par. 70.

¹³¹ *Ibid.*, p. 43, par. 71.

54. Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la Cour indiquait clairement qu'il n'y avait pas, en droit international, de règles régissant la constitution des sociétés¹³². Il fallait donc se tourner vers le droit interne pour déterminer si une société avait été régulièrement constituée. La Cour a déclaré :

« Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droit des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles¹³³. »

55. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le juge Morelli a déclaré que c'est le droit de l'État défendeur qui devrait régir cette question¹³⁴. Cette opinion n'est pas acceptable, pour des raisons exposées par Christopher Stalker :

« ... il est fondamentalement difficile d'affirmer qu'un État est complètement libre de décider, comme des biens sont importés dans son territoire, à qui lesdits biens appartiennent, en ne tenant compte du droit interne d'aucun autre État. Logiquement, si tel est le cas, non seulement il serait possible (pour utiliser l'exemple de l'affaire de la *Barcelona Traction*) pour l'Espagne de refuser de reconnaître à une société validement constituée sous l'empire de la législation canadienne par des ressortissants belges (et de reconnaître les actionnaires belges comme les propriétaires effectifs), mais elle pourrait, par exemple, "reconnaître" des biens importés sur son territoire par un groupe de ressortissants belges comme appartenant à une société canadienne, alors même qu'en droit canadien une telle société n'existe pas. Si tel était le cas, chaque État pourrait éviter les éventuelles réclamations diplomatiques concernant des actifs apportés sur son territoire par des étrangers en les "reconnaissant" comme les biens de sociétés d'États tiers n'ayant aucun intérêt à les protéger. En "reconnaissant" une société canadienne non existante, l'Espagne, en fait, créerait elle-même la société et lui conférerait la nationalité canadienne. Ceci va à l'encontre de la règle bien établie qu'aucun État ne peut conférer la nationalité d'un autre¹³⁵. »

Il ne semble donc guère douteux que c'est vers le droit de l'État où la société a été constituée que le tribunal saisi doit se tourner pour déterminer si la société a été régulièrement constituée.

56. On a préféré le mot « constituée » au mot « immatriculée ». En pratique, les deux termes sont pratiquement synonymes. Afin d'acquérir une existence sociale

¹³² Voir l'idée de Christopher Stalker selon laquelle les règles du droit international pourraient reconnaître en tant que personne morale aux fins de la protection diplomatique « une entité qui n'a la personnalité juridique au regard du droit interne d'aucun État sur la base d'un principe général du droit selon lequel une collectivité qui existe en réalité en tant qu'entité distincte des membres qui la constituent doit être reconnue comme ayant en droit une existence distincte » : « Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes » (1990) 61 *British Yearbook of International Law*, p. 169.

¹³³ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 33, par. 38; voir également p. 37, par. 50.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 235 et 236. Voir également L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), p. 19.

¹³⁵ *Supra*, note 132, p. 166 et 167.

distincte, une société doit présenter ses instruments constitutifs aux autorités nationales compétentes et les enregistrer auprès de celles-ci. Une fois qu'elle est immatriculée de cette manière, elle est constituée et peut obtenir un certificat l'attestant. Pour faire une analogie avec une personne physique, l'immatriculation est la gestation d'une société; sa constitution, une fois ce processus achevé, est sa naissance; et la délivrance d'un certificat attestant sa constitution est comme celle d'un acte de naissance¹³⁶. C'est pour cette raison qu'on a préféré le mot « constitution ».

2. Article 18

L'État national des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que :

a) **Si la société a cessé d'exister au lieu de sa constitution; ou**

b) **Si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé.**

57. Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice reconnaît que, « dans l'ordre international », il peut y avoir des circonstances spéciales qui « justifient la levée du voile [social] dans l'intérêt des actionnaires¹³⁷ ». Elles limitent néanmoins une telle intervention à deux cas : a) lorsque la société a cessé d'exister et b) lorsque l'État national de la société n'a pas les moyens d'agir pour celle-ci¹³⁸.

Article 18, alinéa a)

L'État national des actionnaires peut intervenir « si la société a cessé d'exister au lieu de sa constitution ».

58. Cette disposition soulève deux questions qui demandent à être examinées soigneusement : premièrement, le sens des termes « a cessé d'exister » et si ce critère est bien celui qu'il convient d'employer, et, deuxièmement, si la disparition de la compagnie doit être déterminée par le droit de l'État où elle a été constituée ou par le droit de l'État dans lequel le préjudice lui a été causé.

59. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, il était admis que l'État national des actionnaires pouvait intervenir si la société n'était plus en mesure d'agir en leur

¹³⁶ L'article 64 de la loi sud-africaine sur les sociétés (loi No 61 de 1973) indique clairement :

1) « Lors de l'enregistrement des statuts d'une société, le Greffier signe un certificat attestant que la société est constituée et y appose son sceau. 2) Un certificat de constitution remis par le Greffier au sujet d'une société atteste de manière concluante, sur simple présentation, et si la preuve d'une fraude n'est pas rapportée, que toutes les prescriptions de la présente loi en ce qui concerne l'immatriculation et les formalités précédant celle-ci ou connexes, ont été accomplies et que la société est une société dûment constituée au regard de la présente loi ». Voir également *Gower's Principles of Modern Company Law*, Paul L. Davies (dir. publ.), 6e éd. (1997), p. 111 : « Si le Greffier estime que les conditions de l'immatriculation sont remplies et que l'objet pour lequel les fondateurs sont associés est licite, il délivre un certificat de constitution signé par lui ou authentifié par son sceau officiel. Ce certificat atteste que la société est constituée et, dans le cas d'une société à responsabilité limitée, qu'elle est à responsabilité limitée; il s'agit en fait de l'acte de naissance de la société en tant qu'organe social à la date mentionnée sur le certificat ».

¹³⁷ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 39, par. 58.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 40, par. 64.

nom. L'opinion selon laquelle le critère à adopter était la question de savoir si la société avait cessé d'exister avait ses partisans¹³⁹, mais la balance semblait pencher en faveur d'un critère moins rigoureux, qui permettrait d'intervenir pour le compte des actionnaires lorsque la société avait « pratiquement cessé d'exister » (« practically defunct »). Ce dernier critère, formulé pour la première fois en 1899 dans l'affaire *Delagoa Bay Railway Co*¹⁴⁰, était appliqué dans la pratique des États¹⁴¹ et jouissait du soutien des auteurs¹⁴².

60. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour fixe un critère plus strict pour déterminer la disparition d'une société. Elle a jugé insuffisants les critères de « paralysie » ou de « situation financière précaire » d'une société¹⁴³. Elle n'a pas non plus retenu comme critère le fait que la société puisse avoir pratiquement cessé d'exister, estimant qu'il manquait « de toute précision juridique »¹⁴⁴. Considérant que « la situation juridique de la société est seule pertinente », la Cour a déclaré :

« Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement¹⁴⁵. »

L'un des juges de la Cour, M. Padilla Nervo, a repris cet argument à son compte dans son opinion individuelle, dans laquelle il déclare ce qui suit :

¹³⁹ Voir la réponse du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord aux États-Unis d'Amérique dans le différend relatif à la *Romano-Americano Company* : « ... Ce n'est pas avant qu'une société ait cessé d'avoir une existence active ou ait été mise en liquidation que les intérêts de ses actionnaires cessent d'être simplement le droit de participer aux bénéfices de la société et deviennent un droit de se partager l'éventuel reliquat de ses actifs » (Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V (1943), p. 843). Le Gouvernement mexicain a adopté une position similaire dans le différend du *Mexican Eagle* : voir Jones, *supra*, note 119, p. 241. Dans un écrit paru en 1968, peu avant que la Cour internationale de Justice ne rende son arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, Eduardo Jiménez de Aréchaga faisait de la perte de la personnalité morale une condition préalable à l'intervention par les actionnaires : « International Responsibility », dans *Manual of Public International Law*, éd. Max Sørensen (1968), p. 531 et p. 579 et 580.

¹⁴⁰ En 1987, le Gouvernement portugais a annulé la concession qu'il avait accordée à une société, constituée conformément au droit portugais mais appartenant à des actionnaires britanniques et américains, pour construire une ligne de chemin de fer de Lourenço Marques (devenu Maputo) à la frontière du Transvaal, et a saisi ses actifs. La Grande-Bretagne et les États-Unis ont protesté contre cette mesure et soutenu qu'ils avaient le droit d'intervenir pour le compte de leurs actionnaires, la société portugaise ayant « pratiquement cessé d'exister » (« practically defunct »). Ce principe a été ultérieurement admis par le Portugal et un tribunal d'arbitrage a été créé, mais uniquement pour se prononcer sur la question de l'indemnisation : affaire *Delagoa Bay Railway Co*, Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 648. Pour un examen complet de cette affaire, voir Mervyn Jones, *supra*, note 119, p. 229 à 231. Cette manière de procéder a été approuvée dans l'affaire *El Triunfo* : Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 649.

¹⁴¹ Voir l'affaire *Baasch & Romer*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 10, p. 723 (1903) (étudiée dans Jones, *supra*, note 119, p. 244 à 246); F. A. Mann, « The Protection of Shareholder's Interests in the Light of the Barcelona Traction Case », (1973) 67 *American Journal of International Law*, p. 259, 267 et 268 (citant l'argument avancé par le professeur Virally pour la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*).

¹⁴² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966), p. 401.

¹⁴³ C.I.J. *Recueil* 1970, p. 40 et 41, par. 65 et 66.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 41, par. 66.

¹⁴⁵ *Ibid.*

« C'est seulement quant une société a été dissoute et qu'elle cesse ainsi d'exister en tant qu'entité juridique distincte que les actionnaires prennent sa place et sont habilités à se partager le reliquat de ses avoirs, une fois les dettes sociales acquittées. C'est donc uniquement le "décès juridique" de la personne morale qui peut donner naissance à de nouveaux droits au profit des actionnaires en leur qualité de successeurs de la société¹⁴⁶. »

D'autres juges étaient moins convaincus du bien-fondé de ce critère : M. Jessup¹⁴⁷ et Fitzmaurice¹⁴⁸ et le juge ad hoc M. Riphagen¹⁴⁹ penchaient en faveur du critère selon lequel la société devait avoir « pratiquement cessé d'exister » (« practically defunct »).

61. Il est surtout reproché à la Cour de ne pas avoir appliqué correctement *aux faits* de l'affaire de la *Barcelona Traction* le critère de la cessation d'existence de la société qu'elle avait adopté¹⁵⁰. Cela n'enlève rien à la valeur du critère proprement dit; en effet, il est plus précis que celui selon lequel la société doit avoir « pratiquement cessé d'exister » (« practically defunct »), mais il est inévitable que la question de savoir s'il a été correctement appliqué dans un cas particulier donne lieu à des divergences d'opinions.

62. Le critère de la cessation d'existence de la société a été adopté en 1995 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Agrotexim* lorsqu'elle a refusé de considérer qu'une société était dans l'impossibilité d'agir en justice en tant que société parce que, tout en étant en liquidation, elle « n'avait pas disparu comme personne morale¹⁵¹ ». Il a été soutenu aussi par le Royaume-Uni dans ses Règles de 1985 applicables aux réclamations internationales, qui n'admettent l'intervention que lorsque la société a « cessé d'exister¹⁵² ».

63. Malheureusement, dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas dit expressément que la société devait avoir cessé d'exister *au lieu de sa constitution* avant que les actionnaires soient en droit d'intervenir¹⁵³. Il semble néanmoins ressortir clairement du contexte de l'affaire dont la Cour était saisie que, dans son esprit, la compagnie devait avoir cessé d'exister dans l'État où elle avait été constituée et non dans l'État où elle avait subi le préjudice. La Cour était disposée à reconnaître que la société avait cessé d'exister en Espagne¹⁵⁴ – opinion partagée par les juges Fitzmaurice¹⁵⁵ et Jessup¹⁵⁶ – mais a souligné que cela ne l'empêchait pas de continuer d'exister au Canada, État où elle avait été constituée, déclarant que :

« En l'espèce, la *Barcelona Traction* est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits

¹⁴⁶ Ibid., p. 256; voir aussi l'opinion individuelle du juge Ammoun, p. 319 et 320.

¹⁴⁷ Ibid., p. 193, citant Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966), p. 401.

¹⁴⁸ Ibid., p. 74 et 75.

¹⁴⁹ Ibid., p. 345.

¹⁵⁰ Voir les critiques de Mann, *supra*, note 141, p. 268.

¹⁵¹ Série A, No 330-A, p. 25, par. 68.

¹⁵² Règle V, reproduite dans (1988) 37 *International and Comparative Law Quarterly* 1007.

¹⁵³ Voir F. A. Mann dans *supra*, note 141, p. 265 : « La Cour n'indique pas sur quel système juridique sont fondées ses conclusions. Est-ce le droit canadien ou le droit espagnol? Ou est-ce le droit international, en particulier la branche concernant la protection diplomatique? »

¹⁵⁴ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 40, par. 65.

¹⁵⁵ Ibid., p. 75.

¹⁵⁶ Ibid., p. 194.

se soient éteints, cette situation indique plutôt que ses droits subsistent tant qu'il n'y a pas de liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister¹⁵⁷. »

64. Une société « naît » dans l'État où elle est constituée lorsqu'elle est enregistrée conformément à la loi et que la personnalité morale lui est octroyée. Inversement, elle « s'éteint » lorsqu'elle est liquidée dans l'État où elle a été constituée, c'est-à-dire l'État qui lui a donné l'existence. Il semble donc logique que ce soit au droit de l'État dans lequel elle a été constituée qu'il appartienne de dire si une société a cessé d'exister et n'est plus capable de fonctionner en tant que personne morale.

Article 18, alinéa b)

L'État national des actionnaires peut intervenir « si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé ».

65. La principale exception à la règle selon laquelle l'État national d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique qu'au bénéfice de ladite société est celle qui autorise l'État national des actionnaires à intervenir lorsque « la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé » (al. b) de l'article 18). Il n'est pas rare qu'un pays importateur de capitaux exige qu'un consortium étranger qui souhaite avoir des activités commerciales sur son territoire les exerce par l'intermédiaire d'une société constituée conformément à son droit¹⁵⁸. Si cet État confisque ensuite les actifs de la société ou lui cause tout autre préjudice, le seul moyen dont dispose la société pour obtenir réparation sur le plan international est l'intervention de l'État national de ses actionnaires. Dans l'article novateur intitulé « Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies » (Réclamations pour le compte de ressortissants qui sont actionnaires dans des sociétés étrangères) qu'il a publié en 1949, Mervyn Jones écrit ce qui suit :

« En pareil cas, l'intervention pour le compte de la société n'est pas possible conformément à la règle ordinaire du droit international, étant donné que les États étrangers ne peuvent pas formuler de réclamations pour le compte d'un ressortissant à l'encontre de son propre État de nationalité. Si on applique la règle ordinaire, les actionnaires étrangers sont à la merci de l'État en question; ils peuvent subir de graves préjudices et se retrouver pourtant sans recours. C'est étendre au droit international la situation qui peut se produire en droit interne lorsque ceux qui devraient défendre les intérêts de la société ne le font pas, soit frauduleusement soit illicitement (par exemple dans l'affaire *Foss c. Harbottle*)¹⁵⁹. »

66. L'existence d'une telle règle est controversée. En outre, certains estiment qu'elle ne doit être admise que soit si la société lésée a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice, soit si elle a « pratiquement cessé d'exister » (« practically defunct »).

67. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a considéré qu'une telle règle était possible, mais ne s'est prononcée ni sur son existence ni sur son étendue. On

¹⁵⁷ Ibid., p. 41, par. 67.

¹⁵⁸ Voir W. E. Beckett, « Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies », (1932) 17 *Transactions of the Grotius Society* 175, 188-189.

¹⁵⁹ (1949) 26 *British Yearbook of International Law* 225, 236.

examinera dans le présent rapport le crédit dont jouissait cette exception avant l'arrêt *Barcelona Traction*, la position de la Cour en la matière, les différentes opinions individuelles s'y rapportant, l'évolution ultérieure de la situation et son état actuel.

Avant l'arrêt Barcelona Traction : pratique, jurisprudence et doctrine

68. L'existence de l'exception avant l'arrêt *Barcelona Traction* est attestée par la pratique des États, les sentences arbitrales et la doctrine, dont Lucius Caflisch a fait une étude approfondie dans *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*¹⁶⁰. La pratique des États et les sentences arbitrales sont toutefois loin d'être claires, comme en témoignent les conclusions divergentes que Jones¹⁶¹ et Jiménez de Aréchaga¹⁶² tirent de leur interprétation.

69. Jones fait état de plusieurs différends dans lesquels le Royaume-Uni ou les États-Unis, ou les deux, ont affirmé qu'il existait une telle exception, notamment dans les affaires concernant la société de chemin de fer de la *Delagoa Bay*¹⁶³, la société *Tlahualilo*¹⁶⁴, la *Romano-Americano*¹⁶⁵ et la *Mexican Eagle (El Aguila)*¹⁶⁶. Aucune de ces affaires, toutefois, n'apporte la preuve concluante de l'existence d'une telle exception. Dans l'affaire de la *Delagoa Bay*, le Royaume-Uni et les États-Unis ont énergiquement affirmé l'existence d'un tel principe lorsqu'ils sont intervenus pour protéger leurs nationaux qui étaient actionnaires d'une société portugaise à laquelle le Portugal lui-même avait causé un préjudice, mais le tribunal arbitral saisi du différend n'avait compétence que pour fixer le montant de la réparation à accorder. Tout au plus peut-on dire que le Portugal a admis le principe en question lorsqu'il a reconnu la validité de la réclamation du Royaume-Uni et des États-Unis¹⁶⁷. Dans les affaires *Tlahualilo* et *Mexican Eagle*, le Gouvernement mexicain a rejeté l'existence de l'exception et il a été finalement recouru d'un commun accord à des mesures de règlement propres aux sociétés¹⁶⁸. En outre, dans le différend qui opposait les États-Unis et le Royaume-Uni dans l'affaire *Romano-Americano*, le Royaume-Uni a nié l'existence d'une telle exception¹⁶⁹. On voit mal comment ne pas être d'accord avec Jiménez de Aréchaga lorsqu'il dit qu'on ne peut donc valablement tirer argument d'une pratique des États aussi limitée et contradictoire¹⁷⁰.

¹⁶⁰ The Hague: Martinus Nijhoff, 1969.

¹⁶¹ *Supra*, note 159.

¹⁶² « International Responsibility », dans *Manual of Public International Law*, éd. Max Sørensen (1968), p. 531, 580 et 581.

¹⁶³ *Supra*, note 140.

¹⁶⁴ Jones, *supra*, note 159, p. 237; Caflisch, *supra*, note 160, p. 194 à 197.

¹⁶⁵ Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841.

¹⁶⁶ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272 à 1274; Jones, *supra*, note 159, p. 241.

¹⁶⁷ Jones, *supra*, note 159, p. 230 et 231.

¹⁶⁸ De Aréchaga, *supra*, note 162, p. 580.

¹⁶⁹ *Supra*, note 165, p. 843.

¹⁷⁰ *Supra*, note 162, p. 580. Voir la conclusion de Caflisch :

« Nous constatons en premier lieu que le principe même de la protection des participations étrangères dans des sociétés relevant de l'État défendeur, admis par la jurisprudence internationale, est confirmé par la pratique des États. D'une part, cette protection n'a été que rarement refusée par l'État national de la personne titulaire de l'intérêt indirect; d'autre part, nous ne connaissons pas de cas où un État défendeur qui s'est opposé à admettre la protection

70. La jurisprudence est tout aussi peu concluante. Les sentences rendues dans les affaires *Alsop*¹⁷¹, *Cerruti*¹⁷², *Orinoco Steamship*¹⁷³ et *Ziat Ben Kiran*¹⁷⁴, qui sont parfois citées à l'appui d'une exception en faveur du droit des actionnaires de demander réparation, n'apportent pas vraiment de force à cet argument¹⁷⁵. Les sentences rendues dans les affaires *Baasch & Romer*¹⁷⁶ et *Kunhardt*¹⁷⁷ sont, au mieux, vagues mais pourraient être interprétées comme étant contre l'exception en question, étant donné que, dans ces affaires comme dans d'autres affaires¹⁷⁸, les commissions mixtes vénézuéliennes ont rejeté les recours formés au nom des actionnaires des sociétés de nationalité vénézuélienne¹⁷⁹. L'affaire *El Triunfo*¹⁸⁰, par contre, apporte un certain appui à l'exception; en effet, dans cette affaire, une majorité des arbitres ont approuvé l'octroi de dommages-intérêts aux États-Unis contre El Salvador, qui était responsable d'un préjudice causé à une société, constituée en El Salvador, dont les actionnaires étaient Américains. Les arbitres ont déclaré ce qui suit :

« Nous n'avons pas examiné la question de savoir si les États-Unis étaient fondés en droit international à présenter une réclamation pour le compte desdits actionnaires de la société El Triunfo, société de droit salvadorien, au motif que la question de ce droit était entièrement réglée dans les conclusions du tribunal d'arbitrage dans la sentence fréquemment citée et sans équivoque rendue dans l'affaire du chemin de fer de la *Delagoa Bay*¹⁸¹. »

71. Le respect du principe posé dans la sentence *Delagoa Bay* a également été exprimé dans la sentence rendue dans l'affaire *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, dans laquelle le tribunal a dit que, dans les affaires concernant le chemin de fer de la *Delagoa Bay* et *El Triunfo*, les actionnaires n'exerçaient pas leurs propres droits, mais les droits que la société, ayant été illicitement dissoute ou spoliée, était dans l'impossibilité de faire valoir; et ... qu'ils tentaient donc de faire valoir non des droits directs et personnels, mais des droits indirects et subrogatifs¹⁸².

72. En résumé, on peut dire que si les précédents n'établissent pas clairement le droit d'un État à prendre fait et cause pour ses ressortissants¹⁸³, en tant

des intérêts indirects ait finalement eu gain de cause », *supra*, note 160, p. 203.

¹⁷¹ *États-Unis c. Chili*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 11 (1911), p. 349; *American Journal of International Law*, No 5 (1911), p. 1079.

¹⁷² *Colombie c. Italie*, *Revue générale de droit international public*, vol. 6 (1999), p. 593.

¹⁷³ *États-Unis c. Venezuela*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 9 (1903), p. 180.

¹⁷⁴ *Royaume-Uni c. Espagne*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2 (1924), p. 729.

¹⁷⁵ Jones, *supra*, note 159, p. 243 et 244; de Aréchaga, *supra*, note 162, p. 581; *Cafilisch*, *supra*, note 160, p. 173, 183 à 187.

¹⁷⁶ *Pays-Bas c. Venezuela*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 10 (1903), p. 723.

¹⁷⁷ *États-Unis c. Venezuela*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 9 (1903), p. 171.

¹⁷⁸ Affaire *Henriquez*, *Pays-Bas c. Venezuela*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 10 (1903), p. 713, affaire *Brewer, Moller & Co.*, *Allemagne c. Venezuela*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 10 (1903), p. 433.

¹⁷⁹ De Aréchaga, *supra*, note 162, p. 581.

¹⁸⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 15 (1902), p. 467; *Moore Digest of International Law*, vol. VI, p. 649; *United States Foreign Relations* (1902), p. 838 à 852.

¹⁸¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 15, p. 479; *United States Foreign Relations* (1902), p. 873.

¹⁸² Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2 (1926), p. 779 à 790.

¹⁸³ De Aréchaga, *supra*, note 162, p. 580.

qu'actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à la société, contre l'État national de la société, certaines des sentences invoquées sont formulées en des termes qui apportent, ne serait-ce que timidement, un certain appui à l'existence d'un tel droit¹⁸⁴.

73. Il est significatif que ce soit dans les sentences relatives aux trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été *obligée* de se constituer dans l'État auteur du préjudice – *Delagoa Bay*, *Mexican Eagle* et *El Triunfo* – que se trouvent les arguments les plus forts en faveur de l'intervention de l'État de nationalité des actionnaires. Rien n'indique dans ces sentences que ledit État n'est en droit d'intervenir que dans cette circonstance, mais il ne fait aucun doute que c'est dans ce cas-là que l'intervention est le plus nécessaire.

À l'argument avancé par le Mexique dans l'affaire de la *Mexican Eagle*, selon lequel un État étranger ne pouvait intervenir pour le compte de ses ressortissants actionnaires d'une société mexicaine, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu ce qui suit :

« Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étranger se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger¹⁸⁵. »

74. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, les auteurs étaient partagés sur la question de savoir si le droit international reconnaissait un droit d'intervention diplomatique au bénéfice des actionnaires d'une société constituée dans l'État auteur du préjudice. Beckett¹⁸⁶, Charles de Visscher¹⁸⁷, Jones¹⁸⁸, Paul de Visscher¹⁸⁹, Petren¹⁹⁰, Kiss¹⁹¹ et Cafilisch¹⁹², étaient d'avis qu'une telle règle existait, alors que de Aréchaga¹⁹³ et O'Connell¹⁹⁴ en contestaient l'existence. Dans son opinion individuelle relative à l'arrêt *Barcelona Traction* (Exceptions préliminaires), en 1964, le juge Wellington Koo a déclaré ce qui suit :

¹⁸⁴ Jones, *supra*, note 159, p. 251 et 257; Cafilisch, *supra*, note 160, p. 192.

¹⁸⁵ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1273 et 1274.

¹⁸⁶ *Supra*, note 158, p. 188 à 194. En l'absence d'une règle de droit international coutumier, Beckett fait découler une telle règle des principes généraux du droit.

¹⁸⁷ « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'État sous la législation duquel la société s'est constituée », (1934) 15 *Revue de droit international et de législation comparée* (3e série) 624.

¹⁸⁸ *Supra*, note 159.

¹⁸⁹ « La protection diplomatique des personnes morales », (1960-I) 102 *Recueil des cours...* 395, p. 478 et 479.

¹⁹⁰ « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », (1963-II) 109 *Recueil des cours...* 492, 506, 510.

¹⁹¹ « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale », dans *La personnalité morale et ses limites* (Université de Paris, Institut de droit comparé, 1960), p. 179 à 210.

¹⁹² *Supra*, note 160.

¹⁹³ *Supra*, note 162.

¹⁹⁴ *International Law*, 2e éd. (1970), p. 1043 à 1047.

« ... La pratique des États, les dispositions conventionnelles et les décisions arbitrales internationales en sont arrivées à reconnaître à un État le droit d'intervenir en faveur de ses ressortissants, actionnaires d'une société qui a été lésée par l'État dont elle possède la nationalité, autrement dit, l'État où cette société a été constituée conformément à la législation locale et dont elle est en conséquence sensée avoir pris la nationalité¹⁹⁵. »

L'affaire de la Barcelona Traction

75. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'Espagne, État défendeur, n'était pas l'État de nationalité de la compagnie qui avait subi le préjudice. La Cour n'avait donc pas été saisie de l'exception dont il est question ici. Elle en a néanmoins fait mention en passant dans les termes suivants :

« Certes, on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un État devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'État des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'État national de la *Barcelona Traction*¹⁹⁶. »

76. Il ressort clairement des passages de l'arrêt de la Cour qui suivent immédiatement la déclaration ci-dessus que la Cour était favorable à l'idée de la protection des actionnaires par leur État de nationalité lorsque l'équité et la raison l'exigeaient; elle s'est en effet exprimée comme suit :

« En revanche, la Cour estime que, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit international exige une application raisonnable. Il a été suggéré que, si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son État national, il pourrait être indiqué, pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assurée par leur propre État national. L'hypothèse envisagée ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire.

Étant donné, toutefois, la nature discrétionnaire de la protection diplomatique, les considérations d'équité ne sauraient exiger plus que la possibilité de voir intervenir un État protecteur, qu'il s'agisse, en vertu de la règle générale exposée plus haut, de l'État national de la société ou, à titre subsidiaire, de l'État national des actionnaires réclamant la protection¹⁹⁷. »

77. Les juges Fitzmaurice¹⁹⁸, Tanaka¹⁹⁹ et Jessup²⁰⁰ se sont prononcés sans réserve en faveur du droit de l'État national des actionnaires d'intervenir lorsqu'un

¹⁹⁵ C.I.J. Recueil 1964, p. 58, par. 20.

¹⁹⁶ C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 92. Voir F.A. Mann, qui a fait observer que la *Barcelona Traction* aurait pu avoir la « nationalité fonctionnelle » de l'Espagne, auquel cas l'exception aurait été applicable; voir *supra*, note 57, p. 272.

¹⁹⁷ C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 93 et 94.

¹⁹⁸ Ibid., p. 72 à 75.

¹⁹⁹ Ibid., p. 134.

²⁰⁰ Ibid., p. 191 à 193.

préjudice est causé à la société par l'État où elle a été constituée. M. Fitzmaurice a déclaré ce qui suit :

« En réalité, il semble qu'il n'y ait qu'un seul type de situation où l'intervention du gouvernement d'actionnaires étrangers soit plus ou moins nettement admise : quand la société intéressée a la nationalité de l'État responsable des actes ou du dommage dont il est fait grief et quand ceux-ci, ou les conséquences qui en découlent, sont de nature à mettre la société dans l'incapacité de facto de protéger ses intérêts et, partant, ceux de ses actionnaires. »²⁰¹

M. Fitzmaurice a concédé que la possibilité que ce type de situation se produise était plus forte lorsque la nationalité de la société ne résultait pas du fait qu'elle s'était « volontairement constituée » dans le pays, mais lui avait été « imposée par le gouvernement de celui-ci ou par une disposition de sa législation locale comme condition préalable à l'exercice de son activité dans le pays ou à l'octroi d'une concession »²⁰². Il n'était néanmoins pas disposé à admettre que le droit de l'État national des actionnaires à intervenir se limitait aux circonstances dans lesquelles c'est « le fait de la constitution locale de la société, le capital étant aux mains d'étrangers » qui compte et non les motifs ou les procédés employés²⁰³.

M. Jessup a exprimé l'opinion que la raison d'être de cette exception tenait « dans une large mesure à des considérations d'équité et le résultat est tellement raisonnable qu'il a été accepté dans la pratique des États »²⁰⁴. Comme M. Fitzmaurice, il a reconnu que « les considérations d'équité sont particulièrement frappantes lorsque l'État défendeur n'admet des investissements étrangers qu'à condition que les investisseurs constituent une société aux termes de son droit national »²⁰⁵, mais il n'a pas limité l'exception à cette circonstance.

78. Par contre, les juges Padilla Nervo²⁰⁶, Morelli²⁰⁷ et Ammoun²⁰⁸ se sont fermement élevés contre cette exception. M. Padilla Nervo a déclaré que l'opinion exprimée par la Cour à ce sujet « ne devait pas être interprétée comme indiquant que cette “thèse” pourrait être applicable dans d'autres cas où l'État dont la responsabilité est alléguée est l'État national de la société »²⁰⁹.

79. L'opinion exprimée par la Cour en la matière est clairement *obiter dictum*²¹⁰, comme l'était son plus célèbre *obiter dictum* sur les obligations *erga omnes* dans le même arrêt²¹¹. On peut néanmoins soutenir qu'en mentionnant une telle exception dans le contexte des principes d'équité et de raison, la Cour a voulu donner à

²⁰¹ Ibid., p. 72, par. 14.

²⁰² Ibid., p. 73, par. 15.

²⁰³ Ibid., par. 16.

²⁰⁴ Ibid., p. 191 et 192.

²⁰⁵ Ibid., p. 192.

²⁰⁶ Ibid., p. 257 à 259.

²⁰⁷ Ibid., p. 240 et 241.

²⁰⁸ Ibid., p. 318.

²⁰⁹ Ibid., p. 257.

²¹⁰ Voir le commentaire de Lucius Caflish lors de l'American Society of International Law Round Table « Toward More Adequate Protection of Private Claims: “Aris Gloves”, “Barcelona Traction” and Beyond », (1971) 65 *Proceedings of the American Society of International Law*, p. 348. Toutefois, Caflish a bien montré que le droit international reconnaît une telle exception.

²¹¹ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33 et 34.

entendre qu'elle était en sa faveur, comme elle l'a clairement fait dans le cas des obligations *erga omnes*²¹².

Évolution de la situation après l'arrêt Barcelona Traction

80. C'est surtout dans le contexte des traités d'investissement que des changements sont apparus après l'arrêt *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'exception en question. Il n'en ressort pas moins une tendance en faveur de la thèse selon laquelle les actionnaires d'une société peuvent intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable d'un préjudice causé à la société.

81. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*²¹³, une chambre de la Cour internationale de Justice a autorisé les États-Unis à formuler une demande en réparation contre l'Italie pour des préjudices subis par une société italienne dont les actions étaient entièrement détenues par deux sociétés américaines. Comme indiqué plus haut²¹⁴, la Cour ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de sa conclusion avec celle à laquelle elle était parvenue dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ni sur la question de l'exception laissée sans réponse dans le même arrêt, en dépit du fait que l'Italie ait objecté que la société dont les droits auraient été violés était constituée en Italie et que les États-Unis cherchaient à protéger les droits d'actionnaires de la société²¹⁵. Il peut y avoir diverses raisons à ce silence²¹⁶, en particulier le fait que la Chambre n'avait pas à évaluer le droit international coutumier, mais à interpréter un traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation, qui prévoyait la protection des actionnaires américains à l'étranger. Par contre, la Chambre était manifestement saisie de la question de l'exception à l'étude, comme en témoigne l'échange d'arguments entre le juge Oda et le juge Schwebel dans leurs opinions individuelles. Au sujet de la tentative des États-Unis de protéger les intérêts de deux sociétés américaines, Raytheon et Machlett, actionnaires de la société ELSI, une société italienne, le juge Oda a déclaré ce qui suit :

« Certes, Raytheon et Machlett pouvaient, en Italie, “constituer, contrôler et gérer” des sociétés desquelles elles détenaient 100 % des actions – comme dans le cas de l'ELSI – mais cela ne saurait signifier que ces sociétés des États-Unis, en tant qu'actionnaires de l'ELSI, puissent revendiquer d'autres droits que les droits d'actionnaires que leur garantissent tant la loi italienne que les principes généraux de droit concernant les sociétés. Les droits de Raytheon et Machlett en tant qu'actionnaires de l'ELSI sont restés les mêmes et n'ont pas été augmentés par le Traité de 1948 (Traité d'amitié, de commerce et de navigation). Les droits de ce genre dont Raytheon et Machlett ont pu jouir en vertu du Traité n'ont pas été violés par l'ordonnance de réquisition puisque celle-ci n'a pas porté atteinte aux “droits propres” desdites sociétés américaines en tant qu'actionnaires d'une société italienne, mais s'adressait à cette société italienne dont elles restaient actionnaires²¹⁷. »

²¹² C'est la conclusion que tire Ignaz Seidl-Hohenveldern dans Round Table, *supra*, note 210, p. 347; *Corporations in and under International Law* (1987), p. 9 et 10.

²¹³ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

²¹⁴ *Supra*, par. 23 à 26.

²¹⁵ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 64 (par. 106) et 79 (par. 132).

²¹⁶ *Supra*, par. 25.

²¹⁷ *C.I.J. Recueil, 1989*, p. 87 et 88.

Le juge Schwebel a répondu ce qui suit :

« ... Dans une large mesure, l'arrêt interprète le Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et l'Italie d'une façon qui le soutient au lieu de le restreindre en tant qu'instrument pour la protection des droits des ressortissants, sociétés et associations des États-Unis en Italie et des droits des ressortissants, sociétés et associations de l'Italie aux États-Unis. Des arguments ont été présentés avec insistance qui, s'ils avaient été retenus, auraient privé le Traité d'une bonne partie de sa valeur. En particulier, on a soutenu que le Traité était, pour l'essentiel, sans rapport avec les réclamations des États-Unis en l'espèce, parce que les mesures prises par l'Italie (notamment la réquisition de l'usine de l'ELSI et de son équipement) affectaient directement non pas des ressortissants ou des sociétés des États-Unis, mais une société italienne, l'ELSI, dont les actions se trouvaient appartenir à des sociétés américaines dont les droits en tant qu'actionnaires étaient, dans une large mesure, hors du champ de la protection assurée par le Traité. La Chambre n'a pas retenu cet argument²¹⁸. »

Les auteurs qui ont étudié la décision de la Cour sont en général d'accord avec le juge Schwebel pour dire que la Chambre a rejeté la position du juge Oda²¹⁹.

82. Il est difficile de dire exactement quelle conclusion doit être tirée de l'arrêt rendu dans l'affaire *ELSI*. Toutefois, l'opinion exprimée par Yoram Dinstein ne manque pas de fondement, à savoir que l'arrêt *ELSI* supprime le point d'interrogation qui subsistait dans l'arrêt *Barcelona Traction* et renforce la position de la majorité des juges qui ont exprimé leurs opinions en faveur de l'exception en question dans la première affaire²²⁰.

83. Dans leur interprétation de la Déclaration d'Alger de 1981 relative au règlement du différend entre les États-Unis et l'Iran²²¹ et de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États²²², les tribunaux se sont montrés enclins à étendre la protection des actionnaires d'une société aux réclamations formulées à l'encontre de l'État où la société a été constituée²²³.

Situation actuelle concernant l'exception

84. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, bien que les opinions soient divisées sur le point de savoir si la pratique des États et les sentences arbitrales la reconnaissait et, dans l'affirmative, dans quelle

²¹⁸ Ibid., p. 94.

²¹⁹ Voir les auteurs cités plus haut dans la note 72.

²²⁰ « Diplomatic Protection of Companies under International Law », dans *International Law: Theory and Practice* (1988) (éd. K. Wellens), p. 505 et p. 512. Voir Brigitte Stern, *supra*, note 73, p. 925 et 926, qui a exprimé le regret que la Chambre n'ait pas clairement répondu à la question.

²²¹ 20 *I.L.M.* 230.

²²² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159; (1965) 4 *I.L.M.* 524.

²²³ Voir *Sedco Inc. c. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, 84 *I.L.R.* 484, 496 (interprétant l'article VII (2) de la Déclaration d'Alger); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. The Government of the Republic of Liberia* (1987) 26 *I.L.M.* 647, 652 à 654 (interprétant l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États).

mesure. *L'obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka ont incontestablement donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, ne serait-ce que dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance. En outre, tant les États-Unis²²⁴ que le Royaume-Uni²²⁵ se sont déclarés en sa faveur.

85. Les auteurs restent divisés sur la question. Certains, comme le juge Morelli²²⁶, souligne qu'il serait « illogique » et « anormal »²²⁷ de tenir un État pour responsable d'un préjudice causé à sa propre nation. Ian Brownlie soutient ce qui suit :

« Il est arbitraire d'autoriser les actionnaires à se démarquer de la société dans cette situation mais pas dans d'autres. Si l'on accepte les considérations de principe générales avancées par la Cour, cette prétendue exception à la règle est écartée²²⁸. »

D'autres auteurs, comme le juge Jessup²²⁹, défendent l'exception pour des motifs d'équité, de raison et de justice²³⁰. Oppenheim ne prend pas fermement position sur la question, mais ajoute qu'« une majorité des juges de la Cour internationale de Justice » était en faveur d'une telle exception²³¹.

86. Comme on l'a indiqué plus haut²³², certains sont d'avis que l'exception ne doit être admise que lorsque la société victime du préjudice a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice ou lorsque la société a « pratiquement

²²⁴ Lors de l'examen du rapport de la Commission par la Sixième Commission en 2002, le représentant des États-Unis a déclaré qu'un État pouvait exercer la protection diplomatique au bénéfice d'actionnaires qui sont ses ressortissants pour des pertes non compensées subies en tant qu'actionnaires d'une société constituée ou enregistrée conformément à la loi dans un autre État, qui est expropriée ou liquidée par l'État où elle est enregistrée ou constituée, ou pour toutes autres pertes directes non compensées (A/C.6/57/SR.23, par. 52).

²²⁵ Conformément aux Règles applicables aux réclamations internationales adoptées par le Royaume-Uni en 1985, lorsqu'un ressortissant britannique a des intérêts, en tant qu'actionnaire ou autrement, dans une société constituée dans un autre État et qui en a donc la nationalité et que ledit État cause un préjudice à la société, le Gouvernement de sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts du ressortissant britannique (Règle VI), reproduite dans (1988) *International and Comparative Law Quarterly* 1007.

²²⁶ Selon le juge Morelli, l'exception en question bouleverserait « complètement le système des règles internationales sur le traitement des étrangers. Il s'agirait en outre d'une déduction tout à fait illogique et arbitraire », *C.I.J. Recueil 1970*, p. 240 et 241.

²²⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd. (1998), p. 495. Voir aussi E. Jiménez de Aréchaga, « General Course in Public International Law », (1978-1) 159 *Recueil des cours* 7, 290; M. Diez de Velasco, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », (1974-1) 141 *Recueil des cours* 87, 166; G. Abi-Saab, « The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines », (1971) *Annales d'études internationales* 97, 116.

²²⁸ *Supra*, note 227, p. 495.

²²⁹ *C.I.J. Recueil, 1970*, p. 191 et 192.

²³⁰ Seidl-Hohenveldern, *supra*, note 212, Caflisch *supra*, note 210, G. Sacerdoti « Barcelona Traction Revisited : Foreign-Owned and Controlled Companies in International Law », dans *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, éd. Y. Dinstein (1989), p. 699 à 703.

²³¹ *Oppenheim's International Law*, 9e éd., eds. R. Jennings et A. Watts (1992), vol. 1, p. 520, note 14.

²³² *Supra*, par. 66.

cessé d'exister » (« *practically defunct* »). Aucune de ces conditions n'est nécessaire. Les auteurs qui sont en faveur de l'exception soutiennent parfois qu'elle est d'autant plus justifiée lorsque la société a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice, mais aucun ne la limite à ce cas-là²³³. Pas plus que ne l'a fait la Cour lorsqu'elle a examiné la question dans l'affaire de la *Barcelona Traction*²³⁴. Quant à l'autre condition, il est vrai que l'exception a parfois été invoquée dans des circonstances où la société avait « pratiquement cessé d'exister²³⁵ ». Par contre, la plupart des commentateurs maintiennent que la limiter de cette manière serait une erreur, parce que ce serait faire preuve d'un manque de compréhension de la raison qui la justifie. Comme l'a dit Mervyn Jones :

« Il semble que, dans les premières sentences arbitrales, l'accent ait été mis à tort, ou à l'excès, sur le fait que la société était en état de dissolution (par exemple dans l'affaire *Delagoa Bay*) et non sur le fait, toujours présent aussi, que le préjudice avait été causé par l'État dont la société avait la nationalité, auquel s'ajoutait l'absence de recours interne utile. Le fait qu'une société soit « défunte », selon le terme employé dans l'affaire de la *Delagoa Bay*, n'est en fait à prendre en considération que dans la mesure où il empêche la société de se prévaloir de la possibilité d'un *recours utile*. C'est cette considération qui est en fait le fondement de l'exception justifiant l'intervention lorsque la société a la nationalité de l'État qui l'opprime²³⁶. »

Recommandation

87. Le Rapporteur spécial appuie sans réserve l'exception énoncée à l'alinéa b) de l'article 18. Elle est en effet largement corroborée par la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine. En outre, elle est justifiée par des motifs d'équité, de raison et de justice. Elle devrait au moins être admise lorsque la société a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice, auquel cas la constitution en fait ce que certains auteurs ont appelé une « société Calvo²³⁷ », c'est-à-dire une société dont la constitution, comme la clause Calvo, a pour objet de la mettre à l'abri des règles du droit international relatives à la protection diplomatique. Il y a lieu de répéter ici la mise en garde du Gouvernement britannique dans l'affaire *Mexican Eagle* :

« Si on admettait la théorie selon laquelle un État peut d'abord exiger qu'un groupement d'intérêts étrangers se constitue en société conformément à son droit interne pour pouvoir exercer son activité, puis invoque le fait que la société relève de son droit interne pour justifier le rejet de l'intervention diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours un moyen d'empêcher les États étrangers d'exercer le droit qui est incontestablement le

²³³ Voir, par exemple, Seidl-Hohenveldern, *supra*, note 212.

²³⁴ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92. Voir aussi les opinions individuelles du juge Fitzmaurice, *ibid.*, p. 73, et du juge Jessup, *ibid.*, p. 192.

²³⁵ Voir l'affaire du chemin de fer de la *Delagoa Bay*, *supra*, note 140; D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd. (1970), vol. 2, p. 1045.

²³⁶ *Supra*, note 159, p. 257. Voir aussi Beckett, *supra*, note 158, p. 190 et 191; Caflisch, *supra*, note 160, p. 203 et 204; Wellington Koo, opinion individuelle, *Barcelona Traction (Exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 58 (par. 21).

²³⁷ P. Reuter, *Droit international public*, 4e éd. (1973), p. 198; Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law* (1987), p. 10; Diez de Velasco, *supra*, note 227, p. 166.

leur en droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs ressortissants à l'étranger²³⁸. »

3. Article 19

Les articles 17 et 18 sont sans préjudice du droit de l'État national des actionnaires d'une société de protéger ces derniers lorsqu'ils ont été directement lésés par le fait internationalement illicite d'un autre État.

88. L'article 19 est une clause de sauvegarde visant à protéger les actionnaires dont les droits propres, par opposition à ceux de la société, ont subi une atteinte. La Cour a reconnu dans l'arrêt *Barcelona Traction* que les actionnaires pouvaient prétendre à la protection diplomatique pour eux-mêmes :

« ... des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires, même si leurs intérêts en souffrent.

... La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant. Il n'y a pas de divergences de vues entre les Parties sur ce point. Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société²³⁹. »

La Cour n'a cependant pas eu à examiner la question plus avant parce que la Belgique a indiqué clairement qu'elle ne fondait pas sa demande sur une atteinte directe aux droits des actionnaires.

89. La question de la protection des droits propres des actionnaires a été examinée, selon certains²⁴⁰, par la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*. Néanmoins, dans cette affaire, les droits en question, par exemple les droits des actionnaires d'organiser, de contrôler et de gérer la société, étaient énoncés dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'il était demandé à la Chambre d'interpréter, et celle-ci n'a pas exposé les règles du droit international coutumier sur ce sujet. Dans l'affaire *Agrotexim*²⁴¹, la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a reconnu les droits des actionnaires à être protégés contre la violation directe de leurs droits, mais a jugé qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation²⁴².

²³⁸ *Supra*, note 185.

²³⁹ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46 et 47.

²⁴⁰ V. Lowe, « Shareholders' Rights to Control and Manage: from *Barcelona Traction* to *ELSI* », dans *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, sous la direction de N. Ando *et al.* (2002), p. 269; A. Watts, « Nationality of Claim: Some Relevant Concepts », dans *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996), p. 435, note 56.

²⁴¹ *Supra*, note 151.

²⁴² La Cour a ajouté :

90. L'article proposé laisse deux questions sans réponse : premièrement, le contenu des droits, à savoir quand une telle atteinte directe intervient; deuxièmement, l'ordre juridique appelé à se prononcer sur ce point.

91. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour mentionne les droits les plus évidents des actionnaires : le droit à un dividende déclaré, le droit de participer aux assemblées générales et d'y voter et le droit à une part des avoirs résiduels de la société à la liquidation. Mais cette liste n'est pas exhaustive, comme la Cour elle-même l'a indiqué. Ceci signifie que le soin est laissé aux tribunaux de déterminer, dans chaque cas d'espèce, les limites de tels droits. Il faut néanmoins veiller à bien séparer les droits des actionnaires de ceux de la société, en particulier en ce qui concerne le droit de participer à la gestion de sociétés. Comme l'a écrit Vaughan Lowe, il faut éviter :

« ... de confondre les droits des actionnaires avec ceux de la société, et d'assimiler la liberté des actionnaires d'exercer des droits de gestion en vertu de la législation de l'État où la société a été constituée au droit supposé des actionnaires à la liberté de gestion dans le cadre du droit international²⁴³ ».

92. Lors de l'examen de l'alinéa a) de l'article 18, qui concerne la dissolution d'une société, on a demandé²⁴⁴ quel était le système juridique le mieux à même de se prononcer à cet égard : celui de l'État de la constitution, celui de l'État fautif ou le droit international. Des questions similaires se posent en ce qui concerne le droit applicable pour déterminer si les droits directs d'un actionnaire ont été violés. Le droit de l'État fautif n'est pas plus utile s'agissant de répondre à cette question qu'il ne l'est s'agissant de décider si une société a cessé d'exister. Il semble que dans la plupart des cas cette question doive être tranchée par la législation de l'État où la société a été constituée, tout comme celle de la dissolution²⁴⁵. Il ressort clairement du dictum de la Cour que pour celle-ci le droit interne, et non le droit international, était l'ordre juridique régissant la question. On pourrait néanmoins invoquer les principes généraux du droit²⁴⁶, en particulier lorsque la société a été constituée dans l'État fautif, pour faire en sorte que les actionnaires étrangers ne fassent pas l'objet d'un traitement discriminatoire.

« La Cour note d'emblée que les requérantes ne se plaignent pas d'une violation de leurs droits en tant qu'actionnaires de la brasserie Fix, comme celui de siéger à l'Assemblée générale et de voter. Leurs griefs se fondent exclusivement sur l'allégation selon laquelle la violation du droit de la brasserie au respect de ses biens aurait porté atteinte à leurs seuls intérêts financiers liés à la baisse de la valeur de leurs actions qui en serait résultée. Assimilant les pertes financière subies par l'entreprise ainsi que les droits de celle-ci aux leurs, elles se prétendent victimes, même indirectes, de la violation alléguée. En somme, elles tentent d'obtenir la levée de la personnalité juridique de la brasserie à leur profit. »

Ibid., p. 23, par. 62.

²⁴³ *Supra*, note 240, p. 283.

²⁴⁴ *Supra*, par. 63.

²⁴⁵ Lowe, *supra*, note 240, p. 278 et 279, déclare que c'est le droit de l'État où la société a été constituée qui doit déterminer les droits juridiques de l'investisseur s'agissant de contrôler la société.

²⁴⁶ Dans son opinion individuelle dans l'affaire *ELSI*, M. Oda a évoqué « les principes généraux du droit concernant les sociétés » s'agissant des droits des actionnaires : *C.I.J. Recueil 1989*, p. 87 et 88.

4. Article 20 (Continuité de la nationalité des sociétés)

Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui était constituée sous l'empire de sa législation au moment où le dommage a été causé et à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée [; étant entendu que, lorsque la société cesse d'exister du fait du dommage, l'État où la société défunte a été constituée peut continuer à présenter une réclamation en ce qui la concerne].

93. La pratique des États, la jurisprudence et la doctrine ne s'intéressent à la continuité de la nationalité en tant que condition de présentation d'une réclamation diplomatique qu'en ce qui concerne les personnes physiques²⁴⁷. On se souviendra que la Commission a adopté le projet d'article ci-après sur ce sujet à sa cinquante-quatrième session, en 2002 :

**« Article 4 [9]
Continuité de la nationalité**

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le dommage a été causé et à cette nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le dommage a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec le dépôt de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un dommage subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité²⁴⁸. »

94. Ce souci de la continuité de la nationalité est compréhensible en ce qui concerne les personnes physiques. Ces personnes changent de nationalité plus fréquemment et plus facilement que les sociétés, par voie de naturalisation, volontaire ou involontaire (par exemple en cas de mariage ou d'adoption) et de succession d'États. De plus, exiger trop vigoureusement que la nationalité soit continue du moment où le dommage s'est produit au moment où la réclamation est présentée peut créer des situations très douloureuses dans les cas individuels où le changement de nationalité est sans lien avec la présentation d'une réclamation diplomatique. Cette considération a motivé l'insertion de l'exception à la règle figurant au paragraphe 2 du projet d'article ci-dessus.

95. Des considérations similaires ne s'appliquent pas dans le cas des sociétés, si la proposition figurant au paragraphe 2 de l'article 17 du présent projet d'articles est acceptée. Aux termes de cette disposition, une société prend la nationalité de l'État

²⁴⁷ Voir, sur ce sujet, l'additif au Premier rapport sur la protection diplomatique du présent Rapporteur spécial, A/CN.4/506/Add.1.

²⁴⁸ Article 4. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10 (A/57/10)*, par. 281, p. 178.

dans lequel elle est constituée, et non celle de l'État dans lequel elle est domiciliée ou dans lequel elle a son siège social ou par lequel elle est économiquement contrôlée. Une société ne peut donc pas changer sa nationalité aux fins de la protection diplomatique en changeant son siège social, son domicile ou le lieu d'où elle est contrôlée²⁴⁹. Elle ne peut changer sa nationalité qu'en se reconstituant dans un autre État, auquel cas elle acquiert une nouvelle personnalité, rompant ainsi la continuité de sa nationalité. Ce principe a été reconnu dans l'affaire *Orinoco Steamship Company*²⁵⁰. Dans cette affaire, une société constituée au Royaume-Uni, l'*Orinoco Steamship Company Ltd.*, a cédé sa réclamation contre le Gouvernement vénézuélien à une société qui lui a succédé, l'*Orinoco Steamship Company*, constituée aux États-Unis. Comme le traité créant la Commission autorisait les États-Unis à présenter une réclamation au nom de leurs nationaux dans de telles circonstances, la réclamation a été admise. Toutefois, l'arbitre, M. Barge a déclaré clairement que, n'était le traité, la réclamation n'aurait pas été admise :

« [I]l est vrai que, selon la règle admise et appliquée du droit international, laquelle est parfaitement conforme aux principes généraux de la justice et parfaitement équitable, les réclamations ne changent pas de nationalité parce que leurs titulaires successifs ont des nationalités différentes, parce qu'un État n'est pas un représentant aux fins des réclamations mais, lui seul, comme un préjudice causé à ses nationaux est un préjudice causé à lui-même, peut demander la réparation du préjudice causé à ses nationaux, et non celle du préjudice causé aux nationaux d'un autre État. Cette règle peut néanmoins être contredite ou même délibérément écartée par un traité²⁵¹. »

96. Le Commissaire vénézuélien, M. Grisanti, d'opinion dissidente, a été plus catégorique à ce sujet lorsqu'il a déclaré :

« C'est un principe du droit international, universellement admis et pratiqué, qui veut que, aux fins d'une réclamation, la protection ne puisse être accordée que par le gouvernement de la nation dont l'auteur de la réclamation a originellement acquis le droit de présenter celle-ci ou, en d'autres termes, qu'une réclamation internationale doit être détenue par la personne qui a conservé sa propre nationalité depuis que ladite réclamation est apparue jusqu'à la date de son règlement final, et que seul le gouvernement du pays de cette personne a le droit de demander le paiement au titre de ladite réclamation, pour le compte de l'auteur de celle-ci. De plus, en l'espèce, le titulaire initial des réclamations est la société Orinoco Shipping and Trading Company (Limited), une société anglaise, et celle qui exige le paiement est la société Orinoco Steamship Company (Limited), une société américaine; et comme les réclamations ne changent pas de nationalité du seul fait que leurs titulaires successifs ont des nationalités différentes, il est clair comme le jour que la Commission mixte américano-vénézuélienne qui en est saisie n'est pas compétente pour connaître des ces réclamations²⁵²... »

²⁴⁹ C'est là une raison supplémentaire de préférer que l'État de la constitution soit l'État national. L'adoption de l'État du siège social, du domicile ou du contrôle économique comme État de nationalité causerait de graves problèmes de continuité de la nationalité, comme l'a montré Eric Wyler, *La Règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990), p. 105 à 108.

²⁵⁰ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 9, p. 180 (1903).

²⁵¹ *Ibid.*, p. 192.

²⁵² *Ibid.*, p. 184.

Le fait est que les sociétés à responsabilité doivent leur existence à la loi conformément à laquelle elles ont été constituées, et elles ne peuvent donc avoir d'autre nationalité que celle de ladite loi. La transformation de la société originelle, qui est anglaise, en la société réclamante, qui est nord-américaine, ne peut avoir d'effet rétroactif et donner au tribunal compétence pour connaître de réclamations qui appartenaient originellement à la première société, car cela reviendrait à écarter des principes fondamentaux ou à leur porter atteinte²⁵³. »

97. C'est uniquement en cas de succession d'État qu'un État peut, peut-être, changer de nationalité sans changer de personnalité juridique²⁵⁴. Néanmoins, même dans ce cas, il peut y avoir des problèmes touchant la survie de la société et l'application de la règle de la continuité. C'est ce qu'illustre l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*²⁵⁵ dans laquelle l'Estonie soutenait qu'elle avait succédé à une société de la Russie tsariste opérant sur son territoire et que ceci lui permettait de formuler une réclamation contre la Lituanie. Bien que la Cour permanente de Justice internationale n'ait pas rendu de décision sur ce sujet²⁵⁶, elle a souligné certaines des difficultés inhérentes à une telle situation dans les termes suivants :

« Le motif sur lequel la société se fonde pour revendiquer la ligne de chemin de fer est qu'elle prétend être la même société que la société russe, ou le successeur de celle-ci. La question de savoir s'il en est ou non ainsi implique une décision sur l'effet des événements survenus en Russie à l'époque de la révolution bolcheviste et de la législation qui y fut édictée; car on a allégué que ces événements et cette législation avaient mis fin à l'existence de la société, et qu'ils avaient laissé la dévolution des biens de la société situés hors de Russie à l'application de la loi du pays où les biens étaient situés. Or, cette question influe directement sur celle de savoir s'il existait, à l'époque des actes exercés par la Lituanie et qui donnent naissance à la présente réclamation, un ressortissant estonien dont le Gouvernement estonien pût à bon droit épouser la cause²⁵⁷. »

98. Dans tous les cas, il semble approprié d'exiger qu'un État qui exerce sa protection diplomatique au bénéfice d'une société prouve que celle-ci avait sa nationalité au regard de sa législation tant au moment où le dommage est intervenu qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Ceci laisse toutefois une question sans réponse : si la société cesse d'exister au lieu où elle a été constituée du fait d'un dommage causé par le fait internationalement illicite d'un autre État, une réclamation contre l'État auteur de ce fait doit-elle être présentée par l'État national des actionnaires, conformément à l'alinéa a) du projet d'article 18, ou peut-elle l'être par l'État national de la société défunte? Pour replacer la question dans le contexte de l'affaire de la *Barcelona Traction* : si la société *Barcelona Traction* avait

²⁵³ Ibid., p. 186.

²⁵⁴ Voir, d'une manière générale, sur le sujet *D. P. O'Connell, State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Internal Relations, p. 537 à 542. Voir aussi *Quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'État*, A/CN.4/489, où sont mises en lumière les difficultés en ce qui concerne la nationalité des personnes morales en relation avec la succession d'État.

²⁵⁵ *C.P.J.I. Recueil, série A/B 76*, p. 4 (1939)

²⁵⁶ Ibid., p. 17. La Cour a joint cette question au fond mais a ensuite accueilli l'exception préliminaire de non-épuisement des recours internes.

²⁵⁷ Ibid., p. 17. Voir également l'opinion dissidente de M. van Eysinga, *ibid.*, p. 33 et 35, et l'opinion individuelle de M. Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 101 et 102.

cessé d'exister au Canada du fait du préjudice que lui avait causé l'Espagne, la réclamation aurait-elle été complètement transférée à la Belgique, l'État national des actionnaires? Ou le Canada aurait-il conservé son droit de présenter une réclamation pour le compte de la société défunte? Seul? Ou avec la Belgique?

99. Les difficultés inhérentes à une telle situation tant pour la société que pour les actionnaires ont été évoquées dans l'arrêt *Barcelona Traction* par MM. Jessup et Gros, et par M. Riphagen, juge ad hoc. M. Jessup a souligné que cette affaire, dans laquelle une société étrangère a été détruite par un acte de confiscation d'un État étranger suivi d'une dissolution dans son propre État, était une anomalie. « Ici » déclare-t-il « certaines doctrines affirmeraient que d'ordinaire c'est à l'État A – l'État où la société a été constituée – qu'appartient le droit d'accorder la protection diplomatique. Mais, par hypothèse, la société a été dissoute par l'État A, de sorte qu'une demande en justice ne peut pas être introduite au nom de la société²⁵⁸ ». Par suite, l'État dans lequel la société a été constituée ne remplit pas les conditions exigées par la règle de la continuité, à savoir que la société ait sa nationalité tant au moment du dommage qu'au moment de la présentation de la réclamation. Mais les actionnaires ne satisfaisaient pas non plus à ces conditions puisque, « au moment de l'acte illicite (la "confiscation"), ils n'avaient pas d'intérêt patrimonial et, par conséquent, en vertu de la règle de la continuité, on ne saurait dire que la demande ait eu à l'origine la nationalité requise²⁵⁹ ».

100. Monsieur Gros a argué que le seul moyen de sortir de cette impasse était de permettre tant à l'État où la société a été constituée qu'à l'État national des actionnaires d'exercer la protection diplomatique :

« ... la thèse de l'arrêt admettant la possibilité d'action pour l'État des actionnaires au cas de disparition de la société manque de logique car, dans cette hypothèse, l'État de la société qui a entamé une action ne peut en être débouté par la disparition de la société. Et même si cette action a été entamée après la disparition de la société, on voit mal pourquoi l'État de la société ne pourrait réclamer contre l'acte illicite qui est à l'origine de la disparition. Alors si, en ce cas, les deux États peuvent agir, n'est-ce pas que la règle générale du droit à agir de l'État de la société n'est pas une règle exclusive²⁶⁰? »

101. Monsieur Riphagen, juge ad hoc, a estimé que la position de la Cour selon laquelle le droit des actionnaires de présenter une réclamation ne naissait qu'avec la « dissolution » de la société était irréaliste et insatisfaisante. Il a déclaré ce qui suit :

« Sur le plan du droit privé interne ce n'est pas l'entrée en liquidation qui fait naître un droit de chaque actionnaire sur une partie des biens de la société : c'est seulement à la *fin* de la liquidation qu'un reliquat d'actif éventuel est distribué parmi les actionnaires. D'autre part, la liquidation était toujours *postérieure* aux mesures de l'État tenu pour responsable sur le plan international de sorte que ces mesures n'ont pas pu porter atteinte aux droits des actionnaires sur le plan du droit privé interne.

...

²⁵⁸ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 193.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 277.

L'arrêt constate (par. 66) que "seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société". Il n'est pas expliqué dans l'arrêt comment alors, après la disparition juridique de la société, l'action d'un *autre* gouvernement que "le gouvernement de la société" puisse être compatible avec la règle de la continuité! En réalité, l'intérêt juridiquement protégé de cet autre État, donc aussi les obligations vis-à-vis de l'État qui a pris les mesures incriminées, doivent exister sur le plan international, avant la disparition et indépendamment de la disparition de la société sur le plan du droit interne, disparition qui n'est qu'une des conséquences ultérieures *possibles* de ces mesures²⁶¹. »

102. Des difficultés de ce type ont aussi été rencontrées par les tribunaux²⁶² et les publicistes²⁶³.

103. Pour le Rapporteur spécial, la solution de ce problème ne réside pas dans une règle technique et logique²⁶⁴ qui définirait le moment précis où la société cesse d'exister, moment où le droit de l'État national de la société d'exercer la protection diplomatique pour le compte de celle-ci cède la place au droit de l'État national des actionnaires. Il serait préférable d'élaborer une règle d'équité qui tienne compte du délai généralement long qui s'écoule entre la date du préjudice et la date de la présentation de la réclamation et de la difficulté qu'il y a à déterminer le moment précis où les droits des actionnaires se substituent à ceux de la société. De plus, une telle règle devrait être sans préjudice des intérêts de la société et des actionnaires. La condition posée à l'article 20 contient une telle règle en ce qu'elle permettrait à l'État national de la société de continuer à protéger celle-ci après qu'elle a cessé d'exister du fait du préjudice qui lui a été causé. Néanmoins, cette condition n'aurait pas pour conséquence d'exclure le droit de l'État national des actionnaires de présenter une réclamation lorsque la société a cessé d'exister, bien qu'une stricte application de la règle de la continuité puisse empêcher cet État de protéger les actionnaires si (comme ce sera généralement le cas) le dommage est intervenu avant la dissolution de la société.

104. Une conséquence nécessaire de cette proposition est qu'il existera une « période grise », c'est-à-dire une période durant laquelle aussi bien l'État national de la société que l'État national des actionnaires pourront intervenir. En théorie, rien ne s'oppose à cette dualité de réclamations. La protection diplomatique des doubles nationaux par deux États, ou des fonctionnaires internationaux par leur organisation et l'État de leur nationalité montre qu'une telle solution n'est pas contraire aux règles en vigueur²⁶⁵. Elle ne devrait pas non plus poser de problèmes en pratique. Il

²⁶¹ Ibid., p.346.

²⁶² Voir l'affaire *Kunhardt (États-Unis c. Venezuela)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 9, p. 171 (1903), et en particulier l'opinion dissidente du commissaire vénézuélien, M. Paúl, p. 180; *F. W. Flack, on behalf of the Estate of the late D. I. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 5 (1929), p. 63. Wyler soutient que l'affaire *ELSI* (1989) (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 15) aurait aussi pu soulever des problèmes de ce type; *supra*, note 249, p. 200 et 201.

²⁶³ Beckett, *supra*, note 158, p. 191; *Caflish, supra*, note 160, p. 206 et 207; Wyler, *supra*, note 249, p. 197 à 202.

²⁶⁴ Voir, à l'appui d'une telle approche, les opinions individuelles de MM. Fitzmaurice (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 101 et 102) et Jessup (*ibid.*, p. 202 et 203) jointes à l'arrêt *Barcelona Traction*.

²⁶⁵ Voir ci-dessus, par. 34. Voir aussi L. C. Caflish, « The Protection of Corporate Investments

est probable que les deux États exerceront leur protection et agiront avec prudence lorsqu'ils feront les réclamations de leurs nationaux durant cette « période grise ». De plus, comme M. Jessup l'a souligné dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

« S'agissant de deux interventions diplomatiques justifiables, interventions différentes mais simultanées, à propos du même acte prétendument illicite, le défendeur peut écarter un réclamant s'il montre qu'il est parvenu à un règlement complet avec l'autre²⁶⁶ ».

105. L'article 20 (y compris la condition qui y figure) traite de la règle de la continuité en ce qui concerne les *sociétés*. L'article 4 du présent projet d'articles traite de la règle de la continuité en ce qui concerne les personnes physiques. Ses dispositions s'appliquent également aux actionnaires lorsqu'il s'agit de personnes physiques. Il ne semble donc pas nécessaire d'élaborer une règle distincte sur la continuité en ce qui concerne les actionnaires. Lorsque l'État national des actionnaires veut intervenir au profit de ceux-ci dans les circonstances visées aux articles 18 b) et 19 et, dans la plupart des cas, à l'article 18 a) (sous réserve de la « période grise » évoquée au paragraphe 85), les conditions requises à l'article 4 concernant la continuité doivent être réunies.

Abroad in the Light of the *Barcelona Traction* Case », (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, p. 193.

²⁶⁶ C.I.J. *Recueil* 1970, p. 200.