

Document:-
A/CN.4/SR.2757

Compte rendu analytique de la 2757e séance

sujet:
Protection diplomatique

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2003, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>)*

26. L'autre exception est celle qui autorise l'État national des actionnaires à intervenir si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé. C'est l'exception la plus importante à la règle consacrée dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Il n'est pas rare qu'un État exige des étrangers établis sur son territoire qu'ils y exercent leurs activités commerciales par l'intermédiaire d'une société constituée conformément à son droit. Si cet État (souvent un pays en développement) confisque ensuite les actifs de la société ou lui cause tout autre préjudice, le seul moyen dont elle dispose pour obtenir réparation sur le plan international est l'intervention de l'État national de ses actionnaires. Cette règle est controversée. Certains estiment qu'elle ne doit être admise que si la société lésée a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice ou si elle a «pratiquement cessé d'exister». La Cour, dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a considéré qu'une telle règle était possible mais ne s'est prononcée ni sur son existence ni sur son étendue. Afin d'examiner les arguments qui militent pour et contre cette exception, il convient de se pencher sur le crédit dont elle jouissait avant l'arrêt *Barcelona Traction*, son traitement dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, puis l'évolution de la situation après l'arrêt rendu dans cette affaire.

27. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'existence de cette exception est attestée par la pratique des États, les sentences arbitrales et la doctrine. La pratique et les sentences arbitrales sont toutefois loin d'être claires. Les arguments les plus forts en faveur de cette exception se trouvent dans les sentences relatives aux trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice – *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, *Mexican Eagle* et *El Triunfo Company*.

28. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a soulevé la possibilité de cette exception, puis a estimé qu'il était inutile qu'elle se prononce à ce sujet puisqu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une affaire où l'État où la société avait été constituée (le Canada) avait lésé cette société. Mais il est clair que la Cour était plutôt favorable à cette exception, et cela est souligné par un certain nombre de juges, comme sir Gerald Fitzmaurice, qui a déclaré que cette règle faisait clairement partie du droit international coutumier. Par contre, les juges Padilla Nervo, Morelli et Ammoun se sont fermement élevés contre celle-ci.

29. Après l'arrêt *Barcelona Traction*, c'est surtout dans le contexte de l'interprétation des traités d'investissement que l'on trouve un certain appui en faveur de ce principe. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ a autorisé les États-Unis à protéger les actionnaires américains d'une société italienne constituée et enregistrée en Italie qui avait été lésée par le Gouvernement italien. En l'espèce, la chambre ne traite pas de cette question mais elle était clairement présente à l'esprit de certains des juges, comme en témoigne l'échange d'arguments entre le juge Oda et le juge Schwebel dans leurs opinions individuelles, le juge Schwebel se montrant très favorable à cette exception. Il est difficile de savoir quelle conclusion tirer de l'arrêt rendu dans l'affaire *ELSI*. Il semble toutefois que cet arrêt renforce la position de la majorité des juges qui se sont déclarés favorables à l'exception en question dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

30. En somme, avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, quoique les opinions fussent divisées à son sujet. L'*obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles de certains de ses juges ont donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, notamment dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance. En outre, tant les États-Unis que le Royaume-Uni se sont déclarés en sa faveur. Actuellement, les auteurs restent divisés sur la question. Le Rapporteur spécial propose quant à lui à la Commission d'accepter cette exception, qui ne devrait pas être limitée aux cas dans lesquels la société victime du préjudice a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice, mais devrait s'appliquer aussi aux situations dans lesquelles la société n'a pas «pratiquement cessé d'exister». Si toutefois la Commission avait des réserves sur cette exception, il serait très difficile d'écartier le cas dans lequel la société a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice pour pouvoir y mener des activités commerciales.

La séance est levée à 11 h 30.

2757^e SÉANCE

Mercredi 14 mai 2003, à 10 heures

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pamboutchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (*suite*) [A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1², A/CN.4/L.631]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. BROWNLIE dit que le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/530 et Add.1) est utile, bien documenté et de la même qualité que la présentation qu'en a faite le Rapporteur spécial, qui a clairement indiqué qu'il limitait son étude aux sociétés commerciales. Pour M. Brownlie, une telle limitation n'est guère justifiée, et il espère qu'elle ne sera pas trop vigoureusement mise en œuvre. D'autres organes – villes, autorités locales,

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 7 et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

² Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie).

universités, associations professionnelles ou organisations non gouvernementales – peuvent avoir besoin d’une protection diplomatique, et certaines affaires importantes mettent en cause des universités et des villes, par exemple Ratibor.

2. De nombreux traités bilatéraux sur les investissements sont maintenant signés, et l’on peut se demander dans quelle mesure ce phénomène traduit la genèse d’un droit international coutumier. Il y a actuellement bien plus de 2000 de ces traités, mais la quantité ne fait pas nécessairement la qualité, et il faut encore découvrir l’*opinio juris*. Il semblerait que lorsque les traités bilatéraux sur les investissements aboutissent effectivement à une procédure d’arbitrage dans le cadre de laquelle on applique à la fois la loi de l’État défendeur et le droit international public, ils ont un effet extraordinairement déséquilibrant. Une sentence arbitrale récente, qui n’a pas encore été rendue publique, illustre cet état de choses. Les traités bilatéraux sur les investissements soulèvent donc de très graves problèmes de principe.

3. L’affaire de la *Barcelona Traction* est un élément important de la jurisprudence relative à la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial demande si la Commission est liée par l’arrêt de la CIJ en l’affaire de la *Barcelona Traction*, mais le problème ne se pose pas: cette décision a été débattue en profondeur par deux importantes équipes de juristes internationaux, elle fait partie des textes et doit être prise très au sérieux. L’affaire *ELSI* doit aussi être prise au sérieux. À l’évidence, elle repose sur une action liée à un traité bilatéral d’amitié, et les prétendues incohérences entre l’arrêt *ELSI* et l’arrêt *Barcelona Traction* ne doivent pas préoccuper indûment la Commission.

4. La question de politique est un élément central de la décision *Barcelona Traction*. La CIJ, parfois accusée de ne pas tenir compte du facteur politique, l’a, en cette occasion, manifestement fait, estimant que si le détenteur de parts au porteur, qui sont sur le marché pendant de longues périodes, sort de dessous le manteau de la société pour formuler une réclamation, ceci créerait une instabilité considérable. Il serait difficile pour les États et d’autres de savoir exactement qui sont leurs visiteurs économiques, et il y aurait une population de détenteurs de parts au porteur en perpétuelle mutation. Il est clair qu’il s’agit d’une importante question qui touche la politique ainsi que l’ordre public. À en juger d’après le paragraphe 10 du rapport, le Rapporteur spécial semble avoir accepté dans ses grandes lignes le raisonnement politique de l’arrêt *Barcelona Traction*.

5. La première partie de l’article 17 pose de sérieux problèmes que le Comité de rédaction devra examiner. L’article 18 énonce la proposition selon laquelle les actionnaires ne bénéficient pas de la protection diplomatique et leurs réclamations ne sont pas recevables si elles sont isolées de leur relation avec une société. L’alinéa *a* indique l’exception: la société doit avoir cessé d’exister au lieu de sa constitution. Cette exception, qui n’est pas controversée et semble reposer sur le bon sens, ne pose aucune difficulté à M. Brownlie. Toutefois, pour certains, une approche plus souple est préférable, qui ménage à l’actionnaire une protection distincte et la reconnaissance de ses intérêts lorsque la société existe en principe mais

est pratiquement défunte. Il n’a pas d’idée bien arrêtée sur cette question, mais il semble qu’elle puisse être débattue.

6. Une seconde exception, énoncée à l’alinéa *b* de l’article 18, à savoir le cas où la société a la nationalité de l’État responsable du dommage qui lui a été causé, est extrêmement controversée et M. Brownlie est contre cette disposition. Tous les éléments sont soigneusement examinés aux paragraphes 65 à 87 du rapport, mais il n’y en a guère justifiant cette exception. Il indique que dans un passage d’un de ses ouvrages, *Principles of Public International Law*, cité en partie au paragraphe 85, il a écrit que l’exception, si elle existait, était anormale puisqu’elle ne tenait pas compte de la règle traditionnelle selon laquelle un État n’est pas coupable de violation du droit international lorsqu’il blesse un de ses nationaux, et que si l’on acceptait les considérations de principe générales avancées par la CIJ dans l’affaire de la *Barcelona Traction*, alors l’exception en question ne se justifiait pas³.

7. Sous réserve de ces observations, les articles 17 et 18 sont prêts à être renvoyés au Comité de rédaction.

8. M. PELLET dit qu’il est un chaud partisan de l’alinéa *b* de l’article 18 mais qu’il exposera ses vues ultérieurement. Il souhaiterait pour le moment obtenir de M. Brownlie des éclaircissements au sujet de la déclaration de celui-ci selon laquelle certaines municipalités ou universités peuvent avoir besoin d’une protection diplomatique. Certaines universités ne sont pas publiques mais privées, bien entendu, mais les municipalités sont toujours des émanations de l’État et donc elles ne peuvent être victimes d’aucun préjudice direct, ni avoir besoin d’une protection diplomatique, puisqu’elles font partie de l’État et que celui-ci agit en leur nom.

9. M. BROWNLIE dit que, s’agissant d’une institution placée sous le contrôle direct de l’État, ce que dit M. Pellet est exact. Tel n’est cependant pas le cas de nombreuses universités ou établissements de niveau inférieur dans lesquels l’État a peut-être un intérêt très indirect mais qui, au moins aux fins du droit interne, sont des établissements privés. Si des actions en justice devant les tribunaux ukrainiens avaient été possibles à l’époque de la catastrophe de Tchernobyl, par exemple, elles auraient été difficiles parce que l’établissement responsable du réacteur était en fait un établissement de droit privé. Il y a de nombreux autres établissements qu’il est difficile de classer dans le secteur public ou dans le secteur privé.

10. En réponse à une nouvelle question de M. PELLET, M. Brownlie dit qu’il n’est pas facile, même en droit public comparé, de définir le statut juridique des autorités locales. En droit anglais, elles ne sont aucunement une simple émanation de l’État: en dehors de Londres, elles ne sont pas contrôlées par l’État.

11. Le PRÉSIDENT dit que si les autorités locales agissent en tant qu’organe de l’État, l’État peut agir directement dans l’exercice de sa responsabilité et la protection diplomatique n’intervient pas. La protection diplomatique est une voie indirecte permettant de protéger des personnes physiques ou morales qui ont la nationalité de l’État.

³ Voir I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford University Press, 1998, en particulier p. 495.

12. M. KOSKENNIEMI dit qu'on applique deux logiques opposées au problème. S'agissant du paragraphe 85 du rapport, il aimerait savoir pourquoi M. Brownlie pense que les principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction* prévalent sur le souci particulier exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 65, dans lequel il défend l'exception consacrée à l'alinéa *b* de l'article 18 en invoquant très clairement des principes différents: «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 droit». Le Rapporteur spécial dit que l'État peut ensuite prendre des mesures douteuses vis à vis de ladite société et que la porte serait ouverte à un déni de justice en l'absence d'une exception comme celle qui est proposée à l'alinéa *b* de l'article 18.

13. M. BROWNLIE dit que dans les cas les plus graves il y a attaque directe contre les intérêts de l'actionnaire, mais si l'actionnaire est de la même nationalité que la société, un problème de principe majeur se pose. Il y a deux niveaux d'argument, l'un touchant le paramètre de la protection ou de la non-protection des actionnaires, et l'autre le paramètre plus général de la manière dont l'État traite ses propres nationaux. Il n'est pas étonnant que cette question ait donné lieu à de grandes divergences de vues au sein de la doctrine: de nombreux internationalistes n'aiment pas cette exception.

14. M. KAMTO dit que le Rapporteur spécial a présenté un rapport complet et rigoureux sur un sujet difficile, la protection diplomatique des sociétés.

15. Au paragraphe 10, on peut lire qu'il existe le risque «que la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique [...]», et il s'agit assurément d'une erreur: c'est de l'État national de la société et non de la société elle-même qu'on veut parler. Le paragraphe 27 est tellement bien équilibré qu'on voit mal de quel côté penche le Rapporteur spécial. Si, comme il le dit plus loin et comme l'implique l'article 17, l'arrêt *Barcelona Traction* est obsolète et ne reflète plus le droit contemporain des investissements internationaux, alors le droit doit être développé sur la base de la pratique suivie dans les traités bilatéraux et multilatéraux sur les investissements, en vue de codifier la protection diplomatique des actionnaires, sous certaines conditions. Si, par contre, l'arrêt *Barcelona Traction* correspond toujours au droit coutumier, il faudra réaliser un équilibre.

16. Il est difficile d'imaginer que, pour obtenir une indemnisation, des investisseurs étrangers préférèrent la protection diplomatique à la protection que leur offrent les traités sur les investissements. Une telle protection est souvent extrêmement large, prévue dans des compromis d'arbitrage que des décisions arbitrales récentes ont qualifié de semés de pièges pour les États. Quoiqu'il en soit, cette protection est beaucoup plus facile à mettre en œuvre que la protection diplomatique, comme en témoignent les décisions récentes du CIRDI.

17. On ne peut aujourd'hui raisonner comme l'a fait le juge Padilla Nervo dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt *Barcelona Traction*. À l'époque, il était

sans aucun doute correct de dire que c'était les États les plus pauvres ou les plus faibles dans lesquels étaient réalisés les investissements qui avaient besoin de protection. Ils ont toujours besoin de protection, mais le contexte économique a changé. La mondialisation aidant, les investissements vont dans tous les sens, et de nombreux investisseurs privés ou publics de pays en développement investissent dans d'autres pays en développement.

18. Le Rapporteur spécial a évoqué le risque d'apatridie si l'on conserve le critère du lien effectif. Celui-ci a pourtant été retenu dans l'arrêt *Barcelona Traction* bien que dans des termes différents de ceux de l'arrêt *Nottebohm*, ce qui est normal puisqu'on avait, dans ce dernier, affaire à une personne physique et non morale. La question est de savoir si la Commission veut encourager le phénomène des paradis fiscaux, même indirectement, en écartant formellement l'exigence d'un lien effectif. M. Kamto ne le souhaite pas, d'autant plus que l'arrêt *Barcelona Traction* va dans le sens contraire.

19. La protection des actionnaires dans le sens de l'exception envisagée par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* est essentielle lorsque l'État qui a causé le préjudice à la société est l'État national de celle-ci. Le Rapporteur spécial propose que la Commission consacre cette exception, lorsque la société a été contrainte de se constituer suivant le droit interne de l'État d'accueil de l'investissement. Cette exigence ne paraît pas nécessaire, excepté au sens où, sans elle, l'investisseur aurait pu aller ailleurs. L'investisseur a toujours le choix de ne pas investir dans tel ou tel pays, mais ce qui importe ici c'est de donner un filet de protection à l'actionnaire qui autrement serait complètement spolié sans même avoir une chance de présenter son cas devant un tiers objectif, en l'occurrence une juridiction internationale.

20. Dans certains cas, l'investisseur ne peut attendre aucune aide de l'État, comme il ressort de l'affaire *Biloune*. M. Biloune, de nationalité syrienne, avait résidé au Ghana pendant 22 ans avant d'en être expulsé en 1987. Il y avait fondé une société dont il possédait 60 % des actions. Cette société avait conclu des accords avec des partenaires ghanéens pour la construction d'un complexe hôtelier à Accra. Invoquant l'absence de permis de construire, les autorités avaient fait arrêter les travaux et démolir une partie des constructions. M. Biloune avait alors été arrêté, et détenu pendant 13 jours avant d'être expulsé. Est-il concevable que la société de M. Biloune, qui a fait faillite depuis, eût pu obtenir la protection diplomatique de l'État dont elle avait la nationalité? Dans un tel cas, l'actionnaire, et assurément un actionnaire majoritaire, devrait pouvoir demander la protection diplomatique de son État national, qui pour M. Biloune était la Syrie. Une telle possibilité devrait être encouragée, d'autant plus que, selon certains textes internationaux comme la loi uniforme sur le droit des sociétés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, il est maintenant possible d'avoir une société unipersonnelle ayant une personnalité juridique différente de celle de son actionnaire unique.

21. M. Brownlie a raison de soulever la question de la protection des actionnaires en droit international, mais protéger des actionnaires étrangers n'est pas la même chose que protéger des nationaux. C'est la société, et non

l'actionnaire étranger, qui a la nationalité de l'État d'accueil de l'investissement. Pour ce qui est des actionnaires nationaux, ils devraient pouvoir protéger leurs droits dans l'État de nationalité dans le cadre de la législation interne. Les actionnaires nationaux sont assujettis au droit applicable aux nationaux. Ainsi, il y a différentes procédures, selon la nationalité de l'actionnaire; c'est la seule manière d'éviter la question de principe soulevée par M. Brownlie. Toutefois, cela ne doit pas empêcher la Commission d'envisager la protection diplomatique au profit des actionnaires étrangers.

22. M. Kamto souscrit au libellé de l'article 17, mais préférerait qu'on supprime les mots entre crochets. L'article 18 est acceptable, mais il faut fixer un délai à l'alinéa *a*. Si une société fait faillite, elle ne peut solliciter la protection diplomatique indéfiniment. Peut-être le délai devrait-il commencer à courir à partir de la date à laquelle la société est déclarée en faillite. De même, à l'alinéa *b*, on devrait prévoir un «délai raisonnable» pour l'exercice de la protection diplomatique.

23. M. PELLET dit qu'il souscrit presque totalement aux observations de M. Kamto, et en particulier à sa défense de l'alinéa *b* de l'article 18. Mais il se demande pourquoi, soudainement, la question des délais doit être évoquée au sujet de la protection des actionnaires d'une société. On peut la poser pour l'ensemble du sujet de la protection diplomatique. Il s'agit de savoir si la protection diplomatique peut être exercée indéfiniment. Toutefois, l'impact juridique de l'écoulement du temps est un problème si général en droit international qu'il n'est pas sûr qu'il doive être reflété dans le projet d'articles.

24. M. KAMTO pense que comme l'article prévoit une exception à la règle, la Commission doit à tout le moins fixer un délai raisonnable. Un tel recours ne devrait pas être à la disposition des actionnaires étrangers indéfiniment. Toutefois, si les membres de la Commission ne sont pas de cet avis, il n'insistera pas.

25. M. MOMTAZ dit qu'il suppose que l'objectif d'un tel délai est d'empêcher une prolifération des réclamations des États nationaux des actionnaires.

26. M. Sreenivasa RAO croit comprendre que M. Kamto dit que si une société est constituée dans un État donné, elle a la nationalité de cet État et si un préjudice lui est causé par un acte de cet État, c'est devant les tribunaux nationaux de celui-ci qu'elle doit se pourvoir. Or l'alinéa *b* de l'article 18 définit la mesure dans laquelle un État étranger doit être autorisé à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux qui sont actionnaires d'une société constituée dans un État étranger. Un État ne peut exercer sa protection diplomatique que si la personne lésée est son national. Les actionnaires ne doivent pas être traités comme un groupe distinct ni bénéficier d'une protection distincte. La Commission ne parle pas d'individus pris séparément de la société elle-même. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial a souligné que la personnalité d'une société est différente de celle de ses actionnaires. Ainsi, si la protection diplomatique est liée à la personnalité de la société, comment des étrangers qui sont actionnaires d'une société peuvent-ils bénéficier d'une protection diplomatique distincte? Si la Commission décide que l'État a le droit d'exercer sa protection

diplomatique au profit de ses nationaux qui sont actionnaires d'une société constituée dans un pays étranger, elle créera des problèmes, comme M. Kamto ne l'ignore pas.

27. M. KAMTO, répondant à M. Sreenivasa Rao, dit que le Rapporteur spécial a voulu retenir les exceptions envisagées dans l'arrêt *Barcelona Traction*. C'est la bonne approche, parce qu'elle correspond à la situation dans laquelle se trouve aujourd'hui la communauté internationale. La Commission ne peut faire comme si le droit des investissements n'avait pas de règles particulières. L'investissement étranger n'a pas le même statut dans l'ordre juridique de l'État d'accueil. Il peut avoir le même statut si la société a été créée conformément aux règles du droit international, mais le fait demeure que l'investissement étranger jouit toujours d'une protection particulière, que ce soit dans le cadre d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux investissements ou grâce à la protection diplomatique. La question est de savoir comment une société peut épuiser les recours internes si elle subit un préjudice dans l'État d'accueil, comme dans l'affaire *Biloune*. On voit mal comment quelqu'un qui est jeté en prison puis expulsé pourrait épuiser les recours internes.

28. Même si l'on suppose que les recours internes peuvent être épuisés et que les droits de la société ne sont pas suffisamment protégés, les actionnaires étrangers doivent s'adresser à leur État national pour obtenir la protection dont ils ne bénéficient pas dans le cadre du droit interne. Dans l'affaire *Biloune*, peut-être les nationaux ghanéens titulaires des 40 % restants des actions de la société auraient-ils pu introduire une instance au Ghana; M. Biloune aurait pu essayer de le faire de l'étranger, mais il n'avait guère de chances d'obtenir gain de cause. Il doit bien exister un moyen de fournir une protection en droit international dans de tels cas.

29. M. PELLET dit que les observations de M. Kamto ne clarifient pas le problème. Il serait préférable d'introduire la possibilité de l'épuisement des recours internes. La Commission doit examiner les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique est possible, c'est-à-dire dans lesquelles l'exercice des recours internes n'a aucune chance de succès, ce à quoi songe M. Kamto lorsqu'il parle de l'affaire *Biloune*. Un autre exemple est celui de l'affaire *Diallo*, qui est pendante devant la CIJ. La question qui se pose est celle d'une société qui a la nationalité de l'État d'accueil. En principe, la protection diplomatique ne peut être exercée, parce que la condition énoncée à l'article 17, reprise de l'arrêt *Barcelona Traction*, n'est pas satisfaite. La question se pose uniquement lorsqu'un actionnaire étranger, qui peut être ou ne pas être majoritaire, fait l'objet de poursuites et ne peut exercer ses droits. Dans de tels cas, l'alinéa *b* de l'article 18 est un filet de protection indispensable. Toutefois, ce n'est pas l'épuisement des recours internes qui est en cause, mais bien l'autre condition de l'exercice de la protection diplomatique, à savoir la nationalité. Si la Commission se limite au principe énoncé dans l'arrêt *Barcelona Traction* et exprimé à l'article 17, l'actionnaire ne bénéficiera d'aucune protection, et la société est parfaitement opaque. Si la société qui est victime d'un fait internationalement illicite de l'État d'accueil a la nationalité de cet État, alors l'alinéa *b* de l'article 18 est justifié. La Commission devrait faire comme si les recours internes avaient été – ou ne pouvaient être – épuisés.

30. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle souscrit aux dispositions proposées par le Rapporteur spécial aux articles 17 et 18 et qu'elle est favorable à la suppression des mots figurant entre crochets à la fin du paragraphe 2 de l'article 17, parce qu'elle découle logiquement des termes de cette disposition.

31. Pour justifier son choix de la règle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction*, le Rapporteur spécial indique que cette règle demeure la pratique de la plupart des États. Analysant l'arrêt en question, le Rapporteur spécial souligne que la CIJ était divisée et qu'elle aurait pu tenir compte du traitement réservé aux sociétés ennemies en temps de guerre, de la pratique des États en matière de règlement dans le cadre d'accords forfaitaires, des traités d'investissement et des sentences arbitrales, y compris celle rendue dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*. Il y a aussi eu un débat sur la pratique des accords bilatéraux sur les investissements, les études de Bederman et Kokott⁴ et l'affaire *ELSI*, qui concernent en substance la même situation. Les nombreux exemples donnés sont source de confusion et auraient pu aboutir à la conclusion exactement opposée. Même des arguments juridiques comme ceux tirés de l'équité, l'harmonisation avec le lien effectif retenu dans l'affaire *Nottebohm* et des questions d'analogie avec la double nationalité des personnes physiques auraient pu être cités. Mme Escarameia approuve néanmoins le choix fait par le Rapporteur spécial pour l'article 17, car c'est la meilleure solution dans le monde contemporain: un choix d'orientation plutôt que fondé sur une nécessité juridique.

32. L'option de l'État national des actionnaires risque d'entraîner des procédures longues et complexes, voire le chaos. L'État national des actionnaires créera aussi des problèmes avec la règle de la continuité de la nationalité, parce que les actions changent très rapidement de mains.

33. L'option de l'État du contrôle économique (par. 32 du rapport) n'est pas claire. Le Rapporteur spécial a à cet égard évoqué les actionnaires majoritaires, mais parfois détenir 1 % des actions est plus important pour un État qu'en détenir 30 % pour un autre. Tout dépend de l'État. Ainsi, la règle de l'État du contrôle économique risque d'être injuste, car elle risque d'avoir davantage d'impact sur les économies d'États qui n'ont pas le contrôle économique et qui sont les plus susceptibles d'avoir besoin d'une protection.

34. Si l'on adopte l'idée du lien effectif avec l'État, la plupart des sociétés deviendront apatrides, parce qu'en pratique, elles n'auront aucune possibilité d'obtenir la protection diplomatique. Comme l'a noté M. Kamto à juste titre, la Commission ne peut assurément pas encourager le recours aux paradis fiscaux mais elle ne veut pas priver les sociétés de la possibilité d'une protection diplomatique. Une double protection des actionnaires – par l'État du lieu de constitution et par leur État national – causerait également de nombreux problèmes. La solution *Barcelona Traction* demeure la plus sûre, la plus claire et la plus facile à mettre en œuvre tout en étant celle qui crée le moins de confusion.

35. Pour ce qui est de l'alinéa *a* de l'article 18, demander qu'une société ait cessé d'exister revient peut-être

à placer le seuil trop haut. Il serait préférable d'utiliser les mots «pratiquement défunte» comme dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, ou l'expression «[privé] de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société» comme dans l'arrêt *Barcelona Traction*. De cette manière, la société n'aurait pas effectivement cessé d'exister, mais serait simplement devenue non fonctionnelle, ce qui empêche tout recours.

36. L'alinéa *b* de l'article 18 pose un problème d'équité. Si la société est contrainte d'acquiescer la nationalité de l'État dans laquelle elle est constituée, un mécanisme équivalent à la «clause Calvo»⁵ entrera en jeu, parce que la société sera privée de toute protection. Ceci est fréquent, et le rapport cite de nombreux exemples, notamment les affaires du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, du *Mexican Eagle* et d'*El Triunfo Company*. Il faut conserver ces exceptions importantes, ne pas le faire serait injuste pour les sociétés. Si l'on admet ces exceptions et si la Commission décide que l'État national de l'actionnaire est habilité à exercer sa protection diplomatique, la question se pose de savoir quel État: tous ou juste ceux qui ont le contrôle économique? Le Rapporteur spécial semble songer à tout État national de n'importe quel actionnaire. En principe, Mme Escarameia ne s'y oppose pas, mais il est peut-être préférable de faire mention du contrôle économique de la société, une notion qui devra alors être définie.

37. M. BROWNLIE, évoquant la question de l'équité abordée par Mme Escarameia lorsqu'elle a mentionné la seconde exception prévue à l'article 18, dit qu'il voit mal comment l'équité s'applique en l'espèce. Vivons-nous dans un monde dans lequel il est obligatoire d'importer des capitaux étrangers? Au contraire, les investisseurs sont libres et peuvent choisir d'investir comme il leur semble bon. Si on leur dit qu'une société locale doit être constituée, il n'est pas inéquitable qu'ils aient à satisfaire certaines conditions. L'équité doit valoir pour tous. Du fait des traités bilatéraux sur les investissements et en raison d'autres influences, la règle de l'épuisement des recours internes est de toute façon fréquemment inapplicable, et l'État d'accueil des capitaux étrangers est souvent confronté à une procédure d'arbitrage obligatoire. Il est étrange de dire qu'il s'agit d'une question d'équité. Les investisseurs doivent prendre certains risques. L'attitude des investisseurs formulant des réclamations dans le cadre de traités bilatéraux relatifs aux investissements consiste à dire qu'ils bénéficient d'une sorte de garantie et que si les choses se passent mal, ils vont recevoir des dommages-intérêts massifs, susceptibles de représenter un pourcentage considérable de l'économie locale. Il importe donc d'être très prudent lorsque l'on fait intervenir des considérations d'équité.

38. M. Sreenivasa RAO dit qu'il souscrit à certaines des observations de M. Brownlie. Le souci exprimé par le Rapporteur spécial au sujet de l'apatridie de certaines sociétés, que Mme Escarameia a évoquée, est un problème si on l'envisage isolément. Par contre, dans le cadre du développement économique, et étant donné les politiques des pays s'efforçant d'attirer les investissements, les arrangements contractuels actuellement conclus que ce

⁴ Voir 2756^e séance, note 5.

⁵ Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, par. 174 à 182, p. 206 à 208.

soit sous la forme d'accords relatifs aux investissements ou sous d'autres formes, les conditions contractuelles rigoureuses imposées à l'État d'accueil et la menace de dommages-intérêts massifs en cas d'arbitrage, la question de l'apatridie ne semble pas poser problème. L'apatridie est une situation dans laquelle il n'existe aucun autre recours et nul n'est prêt à défendre la cause de la personne lésée, qui n'a aucune manière d'être indemnisée en cas de préjudice grave.

39. Les nationalisations sont-elles fréquentes de nos jours, et quelle est la gravité du problème que pose l'apatridie dans un tel cas? Si elle veut parler d'équité, la Commission doit analyser la question. Dans certains cas, de lourds dommages-intérêts sont demandés aux États, au détriment de l'économie locale – d'où la nécessité d'être prudent lorsqu'on essaie de prévenir l'apatridie à l'alinéa *b* de l'article 18.

40. M. SEPÚLVEDA pense avec M. Sreenivasa Rao que la question de l'apatridie n'est pas pertinente, parce que la société doit avoir la nationalité de l'État dans lequel elle a été constituée conformément à la législation de cet État. Elle n'est donc pas sans défense, et diverses formes de recours lui sont ouvertes, y compris le recours à l'arbitrage international obligatoire prévu par les traités bilatéraux relatifs à la protection des investissements étrangers. Mais un autre élément n'a pas été suffisamment pris en considération: l'État dans lequel la société a été constituée dispose d'un appareil judiciaire permettant de régler les différends. M. Kamto a cité un cas extrême dans lequel la justice interne n'intervenait pas, mais dans l'immense majorité des cas, ce système fonctionne bien et, de ce fait, les sociétés qui sont constituées, immatriculées et domiciliées dans l'État d'accueil ont des recours internes à leur disposition. Ce n'est que dans les cas exceptionnels qu'il est nécessaire de faire appel à un tribunal arbitral international ou de solliciter la protection diplomatique.

41. M. DUGARD (Rapporteur spécial), souscrivant aux observations faites par M. Sepúlveda en réponse à M. Sreenivasa Rao, dit que la question de l'apatridie ne se pose pas: la société est constituée dans l'État sur le territoire duquel elle mène ses activités commerciales, donc elle a la nationalité de cet État. De même, les actionnaires ne sont pas apatrides, car ils ont la nationalité de l'État dont ils sont ressortissants. Comme l'a fait observer M. Sepúlveda, dans la plupart des cas la société disposera effectivement de recours dans le cadre du droit de l'État d'accueil. Ce n'est que lorsque ces recours ont été épuisés et que justice n'a pas été faite que l'alinéa *b* de l'article 18 s'appliquera.

42. M. PELLET fait sien le raisonnement du Rapporteur spécial. Dans la situation normale envisagée dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la société A a la nationalité de l'État B et subit un préjudice dans l'État C, l'actionnaire étant un actionnaire de l'État B. Dans la situation envisagée à l'alinéa *b* de l'article 18, l'actionnaire est toujours un actionnaire de l'État B, mais la société A a la nationalité de l'État dans lequel elle a subi un préjudice. Pour faire une analogie avec l'affaire de la *Barcelona Traction*, la différence est la suivante: la société n'est plus une société canadienne mais une société espagnole et, si elle a été constituée en Espagne, la situation n'est plus du tout la même. Soulever la question de l'apatridie

ne fait que compliquer les choses, puisqu'une société ne peut être apatride. Si on laisse cette question de côté, Mme Escarameia a raison et, d'un point de vue purement formaliste, il s'agit, comme l'a dit M. Sepúlveda, d'une question purement interne pour l'État qui a causé le préjudice à la société. Si, par contre, on va au-delà de ces considérations purement formalistes, il ne s'agit plus d'un problème interne, parce que la présence d'un actionnaire a internationalisé un problème interne. Dans de telles conditions, il est équitable de recourir à la formule prévue à l'alinéa *b* de l'article 18, la jurisprudence *Barcelona Traction* n'étant plus applicable parce que la société est espagnole et l'actionnaire continue d'être belge.

43. Mme ESCARAMEIA dit que ce qu'elle a voulu dire – et ce qu'a dit le Rapporteur spécial dans son rapport – est qu'une telle situation correspondrait virtuellement à une situation d'apatridie, au sens où la société n'aurait aucun État pour la protéger. L'alinéa *b* de l'article 18 s'applique dans une situation très extrême, lorsque les recours internes ne peuvent être épuisés ou ont été épuisés, lorsqu'on ne peut recourir à l'arbitrage obligatoire et lorsque la société n'a absolument aucune protection parce qu'elle a la même nationalité que l'État qui lui a causé le préjudice. La Commission souhaite-t-elle ou ne souhaite-t-elle pas protéger le capital et les investissements d'une société qui se trouve dans cette situation; elle doit à cet égard prendre une décision de principe.

44. M. Sreenivasa RAO dit que lorsqu'il a soulevé la question de l'apatridie, il parlait au sens figuré. Si le scénario envisagé à l'alinéa *b* de l'article 18 est exclus, on risque, à en croire, s'il a bien compris, certains membres, d'être dans une situation assimilable à une situation d'apatridie.

45. M. KOLODKIN dit que Rapporteur spécial a bien défini la portée de son rapport et du projet d'articles. Ce rapport contient un exposé relativement clair d'un aspect du droit international coutumier qui est prêt à être codifié. Il n'est toutefois pas sûr que l'on puisse dire la même chose de la protection diplomatique d'autres entités. Selon lui, le rapport consacre assez de place à une analyse de l'arrêt *Barcelona Traction*, puisque c'est l'affaire à l'occasion de laquelle les principes généraux régissant la protection diplomatique des sociétés commerciales ont été formulés. Le Rapporteur spécial s'est peu étendu dans son analyse sur l'affaire *ELSI*, avec raison: cette affaire traite des conséquences de l'application spécifique d'un traité international existant, et donc pour l'essentiel de l'application de la *lex specialis*.

46. L'analyse faite par le Rapporteur spécial des diverses formulations possibles de la norme en matière de protection diplomatique des sociétés est très utile, et permet d'évaluer les approches actuelles de la question, en premier lieu en doctrine. Mais, et ce n'est pas le moins important, les conclusions du Rapporteur spécial méritent d'être appuyées dans leur ensemble.

47. Premièrement, M. Kolodkin souscrit à la démarche générale et à la méthode adoptée, et peut appuyer la proposition faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 47 d'élaborer des articles sur la base des principes formulés dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Il est important que cette

approche soit également compatible avec les vues des États, à tout le moins telles qu'elles se sont exprimées à la Sixième Commission.

48. Deuxièmement, sur le fond, il serait juste de commencer par codifier la règle qui veut que le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'une société appartient à l'État dont cette société a la nationalité, avant de formuler des exceptions – pour les cas où ce droit peut appartenir à l'État de nationalité des actionnaires. Pour M. Kolodkin, l'article 17 ne pose pas de problème, mais il a quelques doutes en ce qui concerne les exceptions. Comme l'a à juste titre noté le Rapporteur spécial, ces exceptions ont été admises par la CIJ dans l'arrêt *Barcelona Traction*, mais à des degrés différents. Il faut toutefois noter que cette partie de la décision de la Cour a suscité des opinions divergentes. Les exceptions sont formulées à l'article 18, mais peut-être aussi prévues à l'article 19. S'il en est ainsi, il est peut-être souhaitable de ne pas séparer les dispositions des articles 18 et 19. Toutefois, d'autres membres peuvent ne pas être du même avis, et M. Kolodkin s'en remet au Rapporteur spécial pour ce qui est de la présentation.

49. L'alinéa *a* de l'article 18 ne lui pose pas de problèmes fondamentaux, même si le libellé de la disposition pourrait être amélioré sur des points mineurs. Toutefois, il a quelques doutes en ce qui concerne l'alinéa *b*. Le champ d'application de l'exception devrait peut-être être limité à la situation dans laquelle la législation du pays hôte – le pays qui accueille les investissements – exige qu'une société soit constituée localement. Dans un tel cas, l'exception prévue à l'alinéa *b* de l'article 18 serait tout à fait justifiée. La Commission aurait aussi raison de se contenter de codifier les principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*, tels que le Rapporteur spécial les a notés au paragraphe 27 de son rapport, car cette décision reflète le droit international coutumier. Les articles 17 et 18 peuvent donc être renvoyés au Comité de rédaction.

50. M. GAJA dit que, bien que le Rapporteur spécial se soit déclaré réticent s'agissant de s'attaquer au sujet de la protection diplomatique des personnes morales, son quatrième rapport est jusqu'à présent son meilleur. M. Gaja se félicite en particulier de la clarté avec laquelle il y expose les options ouvertes à la Commission, et les arguments de principe pour et contre chacune des solutions possibles.

51. M. Gaja indique que ses seules connaissances en la matière sont celles qu'il a acquises en assistant Roberto Ago lorsque celui-ci a plaidé sur la question de la protection diplomatique des actionnaires dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, et par le fait qu'il a été ultérieurement l'un des conseils dans l'affaire *ELSI*, bien qu'en cette occasion il n'ait pas plaidé sur la question à l'examen. Dans un cas comme dans l'autre, il était au service de l'État défendeur – ce qui influence peut-être son attitude.

52. Il souscrit à l'approche du Rapporteur spécial consistant à s'inspirer de l'arrêt *Barcelona Traction* pour élaborer ses propositions. Bien que certains commentateurs aient tenté de tirer de l'arrêt *ELSI* des éléments sur la base desquels revenir sur ce qui a été dit par la CIJ dans l'arrêt *Barcelona Traction*, il estime qu'il n'y a pas grand chose à tirer de l'affaire *ELSI* aux fins qui sont celles de la Commission. Dans cette affaire, la compétence de la

Cour était limitée à l'interprétation ou l'application du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique et la République italienne⁶ – un des nombreux traités de ce type conclus par les États-Unis d'Amérique durant la période qui a immédiatement suivi la seconde guerre mondiale. Les États demandeur et défendeur s'accordaient pour dire que le traité conférait des droits aux actionnaires mais ils n'étaient pas d'accord sur l'étendue de ces droits. Par exemple, les droits des actionnaires d'organiser, de contrôler et de gérer une société en vertu de l'article III du Traité comprenaient-ils le droit à ce que les actifs de la société ne fassent pas l'objet d'une réquisition? La Chambre n'a pas jugé nécessaire de conclure sur l'étendue des droits, mais elle a laissé entendre dans certains passages de l'arrêt qu'une interprétation plus large de cette disposition conventionnelle était plus acceptable. L'arrêt *Barcelona Traction*, qui concerne le droit international général, a effectivement été cité, bien qu'en passant, dans les conclusions des parties, mais il ne peut guère être considéré comme décisif aux fins de l'interprétation du traité en cause. Il est tout à fait compréhensible que les traités bilatéraux relatifs aux investissements ainsi que les traités d'amitié, de commerce et de navigation accordent aux actionnaires une protection plus large que celle que leur accorde le droit international général.

53. S'agissant de la règle fondamentale tirée de l'arrêt *Barcelona Traction* par le Rapporteur spécial à l'article 17, M. Gaja ne s'oppose pas à ce que l'on supprime l'un des deux critères formels énoncés dans cet arrêt, à savoir le critère, actuellement placé entre crochets, du siège social. Comme l'a noté le Rapporteur spécial, le siège social se trouve généralement dans l'État où la société a été constituée. Pour M. Gaja, la principale raison pour laquelle la Cour a déclaré qu'aussi bien le lieu de la constitution que le siège social devaient se trouver dans l'État exerçant la protection diplomatique est que les pays de droit civil tendent à accorder de l'importance au lieu où se trouve le siège, alors que les pays de *common law* préfèrent le critère du lieu de la constitution, en particulier en cas de conflit de lois. La Commission peut très bien accepter un critère unique, et le choix du lieu de la constitution semble justifié compte tenu de sa prédominance croissante dans d'autres domaines du droit.

54. D'autre part, M. Gaja hésiterait à omettre, de la règle générale, toute référence à l'existence d'un lien effectif entre la société et l'État de nationalité. Premièrement, il comprend le paragraphe 70 de l'arrêt *Barcelona Traction* comme ayant posé cette condition, constatant seulement qu'«aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale» [p. 42 de l'arrêt]. Ainsi, le critère a en fait également été utilisé par la Cour, comme on l'a noté, en particulier, dans l'opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice.

55. De plus, du point de vue des principes, les raisons qui militent en faveur de l'abandon d'une référence à l'effectivité du lien en ce qui concerne la nationalité des personnes physiques ne jouent pas pleinement s'agissant des sociétés. Dans de nombreux États, la constitution n'est pas subordonnée à un lien substantiel entre la société et l'État

⁶ Signé à Rome le 2 février 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 79, n° 1040, p. 171).

où elle est constituée. Ainsi, la constitution représente un lien beaucoup plus ténu que la nationalité entre l'individu et l'État. Certes, comme l'a noté le Rapporteur spécial, en l'absence de lien effectif, il est peu probable que l'État du lieu de la constitution exerce sa protection diplomatique. Toutefois, cela ne semble pas une raison suffisante pour dire que l'État où la société a été constituée peut exercer sa protection diplomatique. Ainsi, M. Gaja est favorable à l'introduction sous une forme ou sous une autre d'un élément en ce sens.

56. S'agissant des exceptions, comme d'autres membres M. Gaja n'a aucune objection particulière à l'encontre de l'alinéa *a* de l'article 18, bien qu'il soulève certaines questions de rédaction et de fond. Quant à l'alinéa *b* de l'article 18, premièrement, la Cour a été beaucoup moins affirmative en ce qui concerne cette exception dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Pour ce qui est de l'alinéa *a*, certains éléments du paragraphe 66 de l'arrêt donnent à penser, certes implicitement, que la Cour est favorable à cette exception. Toutefois, pour ce qui est de la seconde exception, dans un passage cité au paragraphe 75 du quatrième rapport, la Cour ne l'appuie pas comme le font les juges Fitzmaurice, Tanaka et Jessup dans leurs opinions individuelles. On se souviendra aussi que M. Padilla Nervo a confirmé que le passage en question n'impliquait pas l'existence d'une exception plus générale – une opinion compréhensible, étant donné la position de ce juge quant au droit international général relatif à la protection des actionnaires. Ainsi, l'exception prévue à l'alinéa *b* de l'article 18 ne trouve pas de fondement solide dans l'arrêt *Barcelona Traction*.

57. Sur le plan des principes, l'exception, si on la conserve, doit être soumise à des conditions. La plupart des investissements qui donnent lieu à des faits illicites sont effectués par des sociétés constituées dans l'État d'accueil des investissements, même si elles peuvent faire partie d'un groupe de sociétés dont le siège est ailleurs. De ce fait, dans la majorité des cas, c'est l'exception plutôt que la règle qui s'appliquera. Il est vrai, comme l'indique le rapport et comme on l'a dit lors du débat, que dans de nombreux cas les investisseurs étrangers potentiels sont tenus de constituer une société dans l'État d'accueil. Ceci peut être un des éléments de l'équité. Or, si l'exception prévue à l'alinéa *b* de l'article 18 est adoptée et en vient à être acceptée comme faisant partie du droit international général, l'État d'accueil aura tout intérêt à subordonner la possibilité d'investir à la condition, non que la société soit constituée localement, mais qu'elle soit constituée ailleurs, de manière qu'elle ne relève pas de l'exception ouvrant la voie à la protection de tous les actionnaires.

58. Enfin, M. Gaja partage les doutes exprimés par Mme Escameia en ce qui concerne la référence générale aux «actionnaires». Cette référence, compréhensible dans le cadre de l'alinéa *a* de l'article 18, devrait peut-être, à l'alinéa *b* du même article, être limitée afin que les États nationaux d'actionnaires minoritaires ne puissent intervenir.

59. M. PELLET dit qu'il semble généralement admis que la détermination de la nationalité des sociétés est un problème de droit interne. M. Gaja a expliqué que les droits internes varient à cet égard et se rangent dans deux grandes catégories: les pays de *common law*, qui

sont favorables au critère du lieu de la constitution, et les pays de droit civil ou romano-germanique, qui sont favorables au critère du lieu du siège social. Ce que M. Pellet ne comprend pas, c'est la conclusion que M. Gaja tire de cette observation, à savoir que le critère du siège social devrait être abandonné en faveur de celui du lieu de la constitution. Cette position est d'autant plus regrettable que M. Gaja vient du pays où est né le droit romain. M. Pellet ne comprend pas pourquoi M. Gaja veut se livrer lui-même aux lions et se placer sous la protection de l'impérialisme de la *common law*. Il n'y a aucune raison d'accorder la primauté à l'un ou l'autre des deux systèmes possibles. Il est absolument indispensable, au paragraphe 2 de l'article 17 de conserver les mots «et sur le territoire duquel elle a son siège», en remplaçant la conjonction «et» par «ou» pour tenir compte du fait que les deux systèmes sont également valides.

60. M. GAJA dit que tous les pays «latins» ne souscrivent pas au critère du siège social. En droit italien, par exemple, l'article 25 de la loi 218 (1995) sur le droit international privé retient le critère du lieu de la constitution.

61. Quant à l'alternative que constitueraient les deux critères, l'arrêt *Barcelona Traction* vise «l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et* sur le territoire duquel elle a son siège» [par. 70, p. 42].

62. La question est de savoir si c'est réellement le droit interne qui confère leur nationalité aux sociétés. M. Gaja a des doutes à cet égard en ce qui concerne les personnes morales par opposition aux personnes physiques. Le système d'attribution de leur nationalité aux sociétés varie selon, par exemple, que l'on se place du point de vue du droit fiscal, du droit des investissements ou du droit des sociétés.

63. M. MELESCANU note que M. Gaja a souscrit à l'idée exprimée par Mme Escameia que la protection diplomatique puisse être exercée au profit des actionnaires par l'État représentant les actionnaires majoritaires. Si la Commission retient cette idée, elle se heurtera à un problème posé par les systèmes juridiques de tous les pays qui ont une économie de marché opérationnelle, à savoir l'existence de lois spéciales protégeant les actionnaires minoritaires. Si la Commission veut introduire la notion d'actionnaires majoritaires, elle devra se pencher sur d'autres questions, y compris les droits des actionnaires minoritaires.

64. M. Melescanu est impressionné par le raisonnement de M. Gaja en ce qui concerne le paragraphe 24 du rapport. Il est lui aussi convaincu que si la Commission décide d'énoncer une exception claire comme celle qui est prévue à l'alinéa *b* de l'article 18, elle se trouvera face à des situations exceptionnelles. Par exemple, pour éviter les actions en protection diplomatique fondées sur cette exception, les États pourront être tentés d'exiger des sociétés qu'elles se constituent dans un autre pays. Ceci risquerait aussi d'affecter l'approche opposée, que M. Melescanu appuie, consistant à élaborer le projet d'articles à partir des principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*.

65. M. KAMTO, se référant à la proposition tendant à supprimer les mots figurant entre crochets au paragraphe 2 de l'article 17, dit que les critères de l'État de

la constitution et de l'État du siège social se cumulent et ne constituent pas une alternative. Les deux critères sont clairement énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*, qui utilise la conjonction «et» et non «ou». La Commission ne peut prendre le droit interne comme point de départ; elle doit partir du problème existant en droit international pour le résoudre. Si elle ne conserve que le critère de l'État où la société a été constituée, cela aura pour effet indirect d'encourager les paradis fiscaux: les sociétés seront constituées dans un État et mèneront leurs activités dans un autre. La Commission ne doit pas encourager de telles pratiques en adoptant une règle qui s'écarte des critères clairement énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*, qui doit être le point de départ du projet d'articles.

66. L'exception prévue à l'alinéa *b* de l'article 18 risque d'inciter les États à exiger des sociétés étrangères qu'elles se constituent ailleurs pour éviter les actions en protection diplomatique. Toutefois, M. Kamto ne voit pas ce que les États auraient à y gagner puisque le pays dans lequel la société a son siège pourrait exercer sa protection diplomatique. Les États pourraient échapper à des actions en protection diplomatique des actionnaires, mais ils ne pourraient échapper complètement aux actions en protection diplomatique.

67. Quant à l'idée de limiter la protection aux actionnaires majoritaires, non seulement elle complique les choses mais elle est aussi discriminatoire. M. Kamto appuie l'idée de M. Momtaz d'imposer un délai raisonnable pour l'exercice de la protection diplomatique en vertu de l'alinéa *b* de l'article 18 et il estime que la Commission devrait examiner cette idée.

68. M. CHEE, se référant à l'alinéa *b* de l'article 18, demande à M. Gaja quel État autre que l'État d'accueil peut causer un préjudice aux actionnaires. D'après sa propre expérience, il songe par exemple à l'Accord entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement de la République populaire de Hongrie en vue de l'encouragement et de la protection réciproque des investissements, il semble que les parties ont pour pratique d'aller directement à l'arbitrage s'il y a un désaccord d'interprétation, ce qui rend la protection diplomatique inutile.

69. M. GAJA, répondant à M. Chee, convient que dans la plupart des cas, mais non dans tous, c'est l'État d'accueil qui cause le préjudice. M. Kamto espère décourager les sociétés de se constituer dans des pays avec lesquels elles n'ont aucun lien. Toutefois, l'établissement d'un siège est tout à fait formel. Si la Commission acceptait que l'État où la société est effectivement installée et à partir duquel elle est effectivement contrôlée exerce la protection diplomatique, elle appliquerait un critère opposé à celui énoncé dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Si une société peut être protégée par l'État de nationalité de ses actionnaires, l'État d'accueil ne gagnera pas grand-chose en demandant à la société de prendre sa nationalité. L'intérêt d'un État d'accueil serait de poser comme condition que la société ne soit pas constituée dans l'État national des actionnaires. Là encore, une société peut estimer que l'exercice de la protection diplomatique est une éventualité assez improbable pour qu'elle ait plus à gagner, d'un point de vue fiscal, à se constituer dans un pays dont les lois sont bienveillantes.

70. M. MANSFIELD remercie le Rapporteur spécial de son rapport très complet et de son excellente introduction. Le rapport montre clairement que l'arrêt *Barcelona Traction* doit être le point de départ de toute entreprise de codification. Les critiques adressées à cet arrêt, exposées en détail aux paragraphes 14 à 21 du rapport, sont certainement importantes. De fait, la règle exposée dans l'arrêt s'écarte de plus en plus de la conduite effective des États parce que les sociétés continuent de se constituer, pour des raisons fiscales, dans des lieux avec lesquels elles n'ont guère ou pas du tout de liens. Elles ont effectivement décidé que les avantages fiscaux étaient plus importants que la possibilité de bénéficier de la protection diplomatique et ont jugé plus utile de faire fond sur des arrangements conclus par leurs États dans le cadre de traités bilatéraux relatifs aux investissements.

71. La Commission est confrontée à un dilemme: soit elle codifie les règles sur la base de l'arrêt *Barcelona Traction*, en sachant que ces règles n'ont guère de rapport avec la pratique actuelle des États, soit elle essaye d'élaborer une nouvelle base ou une base complémentaire pour l'exercice de la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, mais sans que cette nouvelle règle soit solidement fondée sur la pratique actuelle des États et alors que rien n'indique qu'elle donnerait davantage d'importance à la protection diplomatique dans la vie des États et des sociétés ou même qu'elle serait souhaitable.

72. M. Mansfield souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la meilleure chose à faire est d'élaborer des projets d'article sur la base des principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Si, à l'avenir, des changements intervenus dans le commerce amènent les sociétés à attacher plus d'importance à la protection diplomatique qu'elles le font actuellement, c'est à elles et à leurs actionnaires qu'il appartiendra de choisir comme lieu de constitution un pays avec lequel elles ont un lien effectif et qui serait prêt à exercer sa protection diplomatique à leur bénéfice. Si, par contre, elles préfèrent obtenir des avantages fiscaux en se constituant dans des pays avec lesquels elles n'ont guère ou pas du tout de liens et de compter sur la protection que leur garantissent les traités bilatéraux relatifs aux investissements, c'est elles qui auront choisi. Si les États eux-mêmes voient des avantages à modifier la règle fondamentale énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction*, ils peuvent toujours envisager de conclure un traité multilatéral à cet effet. L'un des avantages qu'il y a à faire reposer le projet d'articles de la Commission sur l'arrêt *Barcelona Traction* est qu'on pourrait ainsi amener les gouvernements à se demander s'ils veulent proposer une modification à cette règle compte tenu de la grande diversité de traités bilatéraux relatifs aux investissements qui sont en vigueur. Jusqu'ici, le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission donne à penser qu'ils ne le souhaitent pas.

73. Pour ce qui est des projets d'article, les réserves qu'entretenait initialement M. Mansfield au sujet de l'exception prévue à l'alinéa *b* de l'article 18 ont été renforcées par ce qu'ont dit M. Brownlie et d'autres membres. Apparemment, comme le note le Rapporteur spécial au paragraphe 87 de son rapport, une telle exception est fondée en équité lorsqu'une société a été contrainte de se constituer dans l'État à l'origine du préjudice. Toutefois, les investisseurs ont le choix d'accepter ou non

une telle condition. M. Mansfield n'est pas certain qu'un argument d'équité significatif intervienne en l'espèce et il n'est pas encore totalement persuadé de la nécessité de cette exception. Cela étant, il pense que les articles 17 et 18 devraient être renvoyés au Comité de rédaction. Pour les raisons données au paragraphe 56 du rapport, il estime que la suppression des mots figurant entre crochets au paragraphe 2 de l'article 17 se justifie pleinement. Toutefois, le Comité de rédaction pourra examiner si, compte tenu des différentes possibilités existant en droit civil et en *common law*, il peut être opportun de retenir les deux critères.

74. M. KATEKA dit que, lorsqu'il a présenté son rapport stimulant, le Rapporteur spécial a demandé à la Commission de décider si oui ou non elle souhaitait suivre l'arrêt *Barcelona Traction*. Il estime personnellement que cet arrêt devrait être le point de départ de l'élaboration par la Commission du projet d'articles sur la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires. En dépit des nombreuses critiques que cet arrêt a suscitées, dont les principales sont qu'il a créé une norme inutilisable, qu'il a méconnu des considérations de principe comme la double protection et la multiplicité des réclamations et que la Cour a mal apprécié la pertinence de l'arrêt *Nottebohm*, M. Kateka souscrit à l'opinion exprimée au paragraphe 27, à savoir que l'arrêt *Barcelona Traction* constitue un exposé exact du droit de la protection diplomatique des sociétés et une expression fidèle du droit international coutumier.

75. L'arrêt *Barcelona Traction* reflète aussi les différences culturelles et idéologiques existant entre les huit juges qui ont rédigé des opinions individuelles. Les juges originaires de pays exportateurs de capitaux ont appuyé le droit de l'État national des actionnaires d'invoquer la protection diplomatique, tandis que les juges originaires de pays en développement ont affirmé que ce n'était pas les actionnaires qui avaient besoin d'être protégés mais les États faibles ou pauvres où étaient effectués les investissements. Ces États doivent être protégés contre les groupes financiers puissants ou contre les pressions diplomatiques injustifiées de gouvernements du Nord.

76. À cet égard, M. Kateka constate que la mondialisation est inévitable et que, de ce fait, la situation s'est modifiée depuis que l'arrêt *Barcelona Traction* a été rendu. Ceci ne change rien au fait que la mondialisation est inéquitable pour les pays faibles. Pour prendre l'investissement étranger direct comme seul exemple, l'Afrique subsaharienne reçoit moins de 2 % de l'investissement étranger direct mondial, et 80 % de ces 2 % vont en Afrique du Sud et au Nigéria exclusivement. Il ne faut pas mettre un terme à la mondialisation, mais il est essentiel de faire en sorte que nul ne reste à la traîne.

77. Un appui en faveur des pays exportateurs de capitaux a aussi été exprimé par David Bederman et par Juliane Kokott, qui est citée au paragraphe 17 comme ayant conclu que la protection diplomatique avait été marginalisée par les traités bilatéraux relatifs aux investissements parce que les investisseurs se méfiaient de ses incertitudes politiques et de sa nature discrétionnaire et préféreraient opter pour l'arbitrage international. Pour M. Kateka, ces craintes des investisseurs ne sont pas justifiées. Les accords bilatéraux de protection et de

promotion des investissements, associés à une législation nationale sur la garantie des investissements, continuent d'attirer les investisseurs et le recours à l'arbitrage international dans le cadre de ces accords ne doit pas nécessairement supplanter la protection diplomatique. M. Kateka s'inquiète donc que l'on cite Juliane Kokott au paragraphe 51 lorsqu'elle déclare que «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»⁷. Les traités ne remplacent pas la coutume: celle-ci comme ceux-là existent côte à côte. Quoi qu'il en soit, la Cour a jugé dans l'arrêt *Barcelona Traction* que les traités d'investissement relevaient de la *lex specialis*, un sujet sur lequel le Rapporteur spécial a indiqué qu'il présenterait un rapport distinct.

78. Au paragraphe 22 du rapport, le Rapporteur spécial semble inciter la Commission à se rebeller contre la CIJ en disant que les décisions de cette dernière ne lient pas la Commission et que la Commission a sérieusement limité la portée d'une décision de la Cour et en a expressément rejeté une autre. M. Kateka soupçonne que lorsqu'il conclut que «l'arrêt *Barcelona Traction* n'est pas sacro-saint ni intangible», le Rapporteur spécial entend voir quelle est la réaction de la Commission. Il estime, quant à lui, que le paragraphe 22 va peut-être un peu trop loin. Les limitations apportées par la Commission ont pris principalement la forme de commentaires et l'attaque frontale apparente à laquelle se livre le Rapporteur spécial contre la Cour rappelle à M. Kateka le regret exprimé par le juge Fitzmaurice: pour ce dernier, les rédacteurs de la Charte des Nations Unies, et donc du Statut de la Cour, avaient eu tort, à l'Article 38 du Statut, de faire des décisions judiciaires, y compris celles de la Cour, un moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit. Si les décisions judiciaires avaient été mises sur le même pied que les traités et le droit coutumier, la Cour aurait peut-être joui d'un plus grand respect. Nonobstant les observations de M. Brownlie concernant la Cour et sa manière de prendre ses décisions, M. Kateka juge qu'il n'est pas approprié que la Commission conteste ouvertement la Cour.

79. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a proposé sept options dont certaines, la 2 et la 5 par exemple, se chevauchent. M. Kateka se félicite que le Rapporteur spécial soit favorable à l'option 1, à savoir l'État où la société a été constituée, qui est fondée sur la règle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Le paragraphe 1 de l'article 17 ne pose pas de problème à M. Kateka, qui préférerait par contre que les mots figurant entre crochets au paragraphe 2 soient supprimés. Cette préférence n'est toutefois pas influencée par le débat qui a eu lieu à la Commission sur l'opposition entre droit civil et *common law*. Pour ce qui est de l'exception prévue à l'alinéa a de l'article 18, il faut espérer que le Rapporteur spécial indiquera clairement dans un commentaire que l'expression «a cessé d'exister» doit être interprétée comme elle l'est au paragraphe 67 de l'arrêt *Barcelona Traction*, à savoir qu'une société continue d'exister même lorsqu'elle est en règlement judiciaire; elle cesse d'exister uniquement lorsqu'elle est liquidée. Le Rapporteur spécial estime que l'exception prévue à l'alinéa b de l'article 18 est

⁷ J. Kokott, loc. cit. (2756^e séance, note 5), p. 277.

la plus importante, et c'est celle dont trois juges ont dit dans l'affaire de la *Barcelona Traction* qu'elle reflétait le droit international coutumier. M. Kateka se demande comment l'on peut dire que deux règles contradictoires de droit international coexistent, et il s'oppose à l'inclusion de cette exception dans le projet d'articles. Il croit comprendre que la troisième exception, concernant les cas dans lesquels les droits directs des actionnaires ont subi une atteinte, fait l'objet d'un article qui n'a pas encore été présenté. Les articles 17 et 18 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

80. M. DUGARD (Rapporteur spécial) confirme que la troisième exception fait l'objet de l'article 19.

81. M. CHEE, se déclarant surpris par la préférence exprimée par M. Kateka pour la suppression des mots figurant entre crochets au paragraphe 2 de l'article 17, dit qu'il croit comprendre qu'il s'agit d'une citation littérale de l'arrêt *Barcelona Traction*.

82. M. DUGARD (Rapporteur spécial) confirme qu'il en est bien ainsi mais dit que la Commission doit décider si elle veut ou non se conformer à cet arrêt dans le projet d'articles en cours d'élaboration.

La séance est levée à 13 heures.

2758^e SÉANCE

Vendredi 16 mai 2003, à 10 h 5

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Yamada.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Groupe de planification, M. Melescanu, à annoncer la composition du Groupe.

2. M. MELESCANU (Président du Groupe de planification) dit que le Groupe de planification sera composé des membres suivants: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Pellet,

M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda et M. Yamada. Il rappelle qu'il est très souhaitable que les rapporteurs spéciaux et le Rapporteur de la Commission participent aux travaux du Groupe.

Protection diplomatique¹ (suite) [A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1², A/CN.4/L.631]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

3. M. KOSKENNIEMI dit que le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/530 et Add.1) examine de façon approfondie deux problèmes qui peuvent prêter à controverse, et tout d'abord, celui de la nationalité de la société. Sur ce point, le Rapporteur spécial invite la Commission à adopter le principe établi dans l'arrêt *Barcelona Traction*, à savoir que l'État national d'une société est l'État où celle-ci a été constituée. L'autre problème est le cas visé à l'alinéa *b* de l'article 18, c'est-à-dire celui où la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé. La position qu'on adopte sur ces problèmes dépend de la façon dont on envisage l'activité des entreprises aujourd'hui et de la situation particulière considérée. En effet, si l'on pense aux grandes multinationales ayant des stratégies mondiales, on aura tendance à vouloir éviter à l'État hôte d'être assailli par un grand nombre de réclamations formulées pour le compte d'actionnaires étrangers. Si l'on envisage au contraire le cas de petites sociétés d'économies en développement, on a tendance à penser que ce sont les actionnaires qui ont besoin d'une protection. Dans la mesure où ce sont les grandes sociétés qui dominent aujourd'hui l'économie mondiale, le premier point de vue tend à prévaloir, au détriment peut-être de la protection des actionnaires de petites sociétés. M. Koskenniemi aurait aimé trouver un libellé permettant d'introduire dans les projets d'articles 17 ou 18 les notions d'«équité» et d'application «raisonnable». Toutefois, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, les règles en la matière sont largement couvertes par des traités bilatéraux d'investissement, de sorte que le droit énoncé par la Commission n'aura qu'un caractère supplétif. Par ailleurs, il estime que la Commission n'est pas liée par les arrêts de la CIJ, et en particulier par l'arrêt *Barcelona Traction*, ces arrêts ne valant que pour le raisonnement suivi par la Cour. Il doute également qu'on puisse se fonder, pour définir le droit coutumier, sur les accords d'indemnisation globale et les clauses des traités d'investissement bilatéraux, dans la mesure où les conventions en question ne font que refléter le résultat de négociations bilatérales et d'arbitrages et ne se prêtent pas, par conséquent, aux généralisations.

4. En ce qui concerne le projet d'article 17, il reprend en son paragraphe 1, le principe consacré par l'arrêt *Barcelona Traction*, selon lequel l'État de nationalité est l'État où la société a été constituée. Ce principe a été critiqué car on a pu juger nécessaire qu'il existe un lien effectif

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 7 et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

² Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie).

* Reprise des débats de la 2751^e séance.