

Document:-
A/CN.4/SR.2759

Compte rendu analytique de la 2759e 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>)*

2759^e SÉANCE

Mardi 20 mai 2003, à 10 h 5

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, 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. ADDO, félicitant le Rapporteur spécial de son rapport très complet et fouillé (A/CN.4/530 et Add.1), dit qu'il souscrit pleinement aux observations concernant le projet d'article 17, qui à son avis représente la *lex lata* et doit être codifié. Il souscrit aussi à ce qui est dit au paragraphe 47 du rapport, à savoir que bien que critiqué à plusieurs égards, l'arrêt *Barcelona Traction* n'en est pas moins largement accepté par les États. L'article 17 devrait donc être renvoyé au Comité de rédaction.

2. L'article 18, par contre, pose problème. Pour ce qui est de l'alinéa *a*, peut-être le Rapporteur spécial voudra-t-il expliquer pourquoi, dès lors que la société cesse d'exister au lieu de sa constitution, l'État national des actionnaires devrait automatiquement exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ceux-ci. M. Addo aurait pensé que les actionnaires ont le droit à une part des actifs de la société en liquidation et que le liquidateur de celle-ci s'en occuperait une fois qu'elle a cessé d'exister. Les actionnaires peuvent et doivent avoir un accès direct au liquidateur pour régler toute question en suspens. De fait, les actionnaires peuvent tenter une action contre le liquidateur et vice versa. Si les actionnaires directement affectés dans leur droit à une part du reliquat des actifs de la société en liquidation peuvent prendre contact eux-mêmes avec le liquidateur pour s'occuper de ces questions, il n'est nul besoin pour l'État de la nationalité des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique à leur profit. Ce n'est que lorsque les actionnaires ont épuisé sans succès tous les recours qu'ils pouvaient avoir face au liquidateur que leur État national peut intervenir pour leur compte.

3. Comme M. Brownlie, M. Addo est opposé à l'alinéa *b* de l'article 18, une disposition qui est bien trop controversée pour être codifiée et qui ne repose pas sur

un fondement solide. Au paragraphe 73, le Rapporteur spécial cite plusieurs affaires qui selon lui étaieraient l'intervention de l'État national des actionnaires, alors que l'on a montré que ces affaires ne font pas autorité. Selon le *Digest of International Law* de Moore, l'intérêt pour agir des auteurs de la réclamation dans l'affaire du *Chemin de fer de Delagoa Bay* a été admis par le Portugal dans le compromis, et la sentence reposait donc sur l'accord en question et non sur le droit international³. Comme l'affaire *El Triunfo Company* était une affaire de protection d'actionnaires directement affectés dans leurs droits, elle ne peut être invoquée à l'appui de l'alinéa *b* de l'article 18. Dans l'ouvrage *Manual of Public International Law* de Sørensen, de Aréchaga cite plusieurs sentences arbitrales qui rejettent expressément des demandes présentées pour le compte d'actionnaires contre l'État national de la société⁴.

4. Le Rapporteur spécial lui-même déclare au paragraphe 66 de son rapport que l'existence d'une telle règle est controversée. Au paragraphe 68, il affirme que l'existence d'une telle exception avant l'arrêt *Barcelona Traction* est attestée par la pratique des États, les sentences arbitrales et la doctrine, mais il poursuit en disant que cette pratique et ces sentences sont toutefois loin d'être claires. Au paragraphe 69, après avoir cité plusieurs différends lors desquels le Royaume-Uni ou les États-Unis avaient soutenu l'existence d'une telle exception, il fait observer qu'aucune de ces affaires n'apporte la preuve concluante de l'existence de cette exception et conclut, comme Jiménez de Aréchaga, qu'on ne peut valablement tirer argument d'une pratique des États aussi limitée et contradictoire. Au paragraphe 70, un certain nombre de décisions judiciaires sont citées comme étant aussi peu concluantes, mais on peut lire dans le résumé figurant au paragraphe 72 que si les précédents n'établissent pas clairement le droit d'un État à prendre fait et cause pour ses ressortissants, en tant qu'actionnaires d'une 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 droit.

5. La pratique des États étant limitée et contradictoire, les décisions judiciaires peu concluantes, et les sentences arbitrales incertaines, il est assez stupéfiant qu'au paragraphe 87 du rapport, le Rapporteur spécial appuie l'exception énoncée à l'alinéa *b* de l'article 18 au motif qu'elle est largement corroborée par la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine. M. Addo ne partage pas cette opinion. Au lieu de codifier cette exception, la Commission devrait laisser les États conclure des traités bilatéraux relatifs aux investissements ainsi que des traités multilatéraux. Il souscrit à l'opinion de Juliane Kokott, citée au paragraphe 17, à savoir que l'analyse du régime des traités d'investissement bilatéraux ainsi que des formules multilatérales montre que la protection diplomatique n'occupe pas une place de premier plan parmi

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).

³ Voir J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, Washington, United States Government Printing Office, 1906, p. 647 et suiv.

⁴ Voir E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», *Manual of Public International Law*, sous la direction de M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 531.

les moyens offerts pour régler les différends⁵. Il s'agit d'une réalité: les traités de protection et de promotion des investissements font partie de la pratique internationale contemporaine.

6. En 1981, dans un article du *British Year Book of International Law*, Mann a cité l'Allemagne, la Suisse, la France et le Royaume-Uni parmi les pays ayant conclu des traités bilatéraux relatifs aux investissements qui permettent aux investisseurs de régler leurs différends en la matière avec l'État hôte devant des tribunaux arbitraux ad hoc ou le CIRDI⁶. En octobre 1995, le Royaume-Uni avait conclu de tels traités bilatéraux avec quelque 35 États, pour la plupart des pays en développement. Dans le même temps, l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) propose des mécanismes de garantie des investissements qui assurent les investissements privés à l'étranger, sa principale fonction étant de garantir les investissements contre les risques non commerciaux dans les pays d'accueil. Quatre catégories de risques sont mentionnées dans la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements: a) le transfert de risque, qui se produit lorsque le pays d'accueil décide d'imposer des restrictions sur les opérations de change et les virements; b) l'expropriation, qui prive l'investisseur de sa propriété ou du contrôle de celle-ci; c) la rupture de contrat; et d) les guerres ou désordres civils dans le pays d'accueil. L'AMGI compte actuellement 161 membres, dont 139 sont des pays en développement, et est ouverte à tous les membres de la Banque mondiale. Ceci montre qu'il y a une autre manière d'envisager la question qui pourrait ne pas nécessiter de codification.

7. M. Kamto a cité l'affaire *Biloune* pour justifier l'appui qu'il apporte à l'alinéa b de l'article 18. Toutefois, après avoir lu cette décision lui-même, M. Addo peut dire qu'il ne s'agit pas d'une affaire de protection diplomatique. Il s'agit d'un différend en matière d'investissement qui a été porté devant la Cour permanente d'arbitrage. Le fait important dont M. Kamto n'a pas tenu compte est que, dans cette affaire, l'accord relatif aux investissements conclu entre la société Marine Drive Complex Ltd. company et le Ghana Investment Centre contenait une clause d'arbitrage et de règlement des différends. Son article 15 prévoyait une procédure de règlement amiable et, en cas d'échec de celle-ci, le recours à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le Code des investissements ghanéen contient des dispositions comparables. Il est ainsi erroné de supposer que *Biloune* et sa société avaient été laissés sans recours. Cette affaire ne peut donc être invoquée à l'appui de l'alinéa b de l'article 18. Au contraire, elle justifie son exclusion. Dans sa quasi-totalité, la pratique des États préfère les accords bilatéraux sur les investissements accompagnés de mécanismes multilatéraux de garantie des investissements. Enfin, l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle l'exception énoncée à l'alinéa b de l'article 18 recueille un large appui dans la pratique des États repose sur la pratique de deux États, le Royaume-Uni et les États-Unis, alors que même ces pays ont, dans des affaires importantes, rejeté des réclamations fondées sur cette exception.

⁵ J. Kokott, loc. cit (voir 2756^e séance, note 5), p. 276.

⁶ F. A. Mann, «British treaties for the promotion and protection of investments», *BYBIL 1981*, vol. 7, p. 241.

8. En résumé, on peut rappeler la conclusion de Juliane Kokott, citée au paragraphe 17, selon laquelle l'option la plus réaliste consisterait à accepter qu'en ce qui 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 traités. Pour les raisons qu'il a exposées, M. Addo ne peut appuyer l'alinéa b de l'article 18.

9. M. KAMTO dit qu'à sa connaissance M. Addo n'avait jamais entendu parler de l'affaire *Biloune* jusqu'à ce que lui-même la mentionne. Il n'a jamais nié que l'affaire ait été réglée par l'arbitrage ou que des procédures de règlement des différends aient été disponibles. Il avait exposé les faits de la cause uniquement pour montrer ce qui pouvait arriver à un actionnaire sans aucune protection.

10. M. MOMTAZ, relevant l'idée de M. Addo selon laquelle il existe une autre manière d'envisager la question des exceptions qui ne nécessiterait pas de codification, demande à M. Addo quelle approche il propose.

11. M. ADDO dit qu'il n'a pas proposé d'autre approche. Tout ce qu'il a dit est que la Commission devrait abandonner les exceptions qu'elle tente de codifier parce que les États utilisent plus volontiers les traités bilatéraux sur les investissements et les accords multilatéraux pour régler les problèmes pouvant se poser.

12. M. DUGARD (Rapporteur spécial) demande si M. Addo propose que ce qui est actuellement *lex specialis* devienne *lex generalis* et que le problème soit régi simplement par des traités bilatéraux sur les investissements.

13. M. ADDO dit qu'il suffit de codifier l'article 17. L'alinéa b de l'article 18 n'a pas de fondement solide qui justifie sa codification et il devrait être abandonné. M. Addo pourrait accepter l'alinéa a de l'article 18 si on lui donne des explications quant au rôle du liquidateur.

14. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, félicitant le Rapporteur spécial de son introduction à un excellent rapport, dit que la principale question à laquelle doit répondre la Commission est celle de savoir si elle doit suivre le précédent *Barcelona Traction* en particulier et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. Bien qu'il ait fait l'objet de critiques, dont certaines figurent dans les opinions individuelles de certains juges et sont exposées en détail aux paragraphes 8 et suivants du rapport, cet arrêt marque une étape importante dans l'étude de la protection des personnes morales.

15. Lorsqu'on élabore des règles, il faut tenir compte de l'évolution intervenue depuis 1970 dans les relations économiques internationales en général et dans le domaine de l'investissement étranger et de sa protection en particulier. L'ordre juridique interne créé en réaction à cette évolution a une influence majeure sur les relations juridiques internationales, telles qu'elles sont reflétées dans des accords bilatéraux et multilatéraux de protection. Ces accords sont devenus importants et dans certains cas indispensables pour attirer les capitaux dans les pays en développement, bien que ceux-ci ne soient plus les seuls pays à accueillir l'investissement étranger. Comme le montrent les investissements réalisés aux États-Unis par

la société vénézuélienne CITGO, les flux d'investissement vont dans les deux sens.

16. Il existe une relation importante entre l'ordre juridique interne et les accords de protection des investissements d'une part et les règles générales de la protection diplomatique de l'autre. Toutefois, à la différence d'autres membres de la Commission, M. Rodríguez Cedeño pense que cette relation ne doit pas être supplétive, au risque d'accroître le rôle des systèmes juridiques internes et des accords bilatéraux dans la définition des normes de protection des investissements étrangers. Cette relation devrait être complémentaire. La mise en place de mécanismes conventionnels visant à protéger les investisseurs étrangers ne doit pas remplacer la protection diplomatique, qui demeure le cadre juridique général.

17. Le Rapporteur spécial propose plusieurs options sur lesquelles la Commission pourrait faire reposer son projet d'articles. La plus acceptable, l'option 1, qui réaffirme le principe énoncé dans l'arrêt *Barcelona Traction*, à savoir que seul l'État de nationalité est habilité à exercer sa protection diplomatique, fait l'objet du paragraphe 1 de l'article 17, qui peut être renvoyé au Comité de rédaction. Celui-ci pourrait, dans la version espagnole, procéder au changement proposé par M. Sepúlveda, à savoir remplacer les mots *tendrá derecho a ejercer* par *está facultado para ejercer*. Le paragraphe 2, qui devrait être placé dans un article consacré aux définitions, est aussi acceptable. L'État national d'une société est l'État dans lequel celle-ci est «constituée» plutôt qu'«immatriculée». Les deux mots peuvent sembler synonymes, mais c'est à juste titre que la CIJ a utilisé le premier dans divers paragraphes de son arrêt *Barcelona Traction*. Les crochets figurant au paragraphe 2 devraient être supprimés, même si, ce faisant, on ne répondra pas à la question importante de savoir si les critères de la constitution et du siège social sont cumulatifs ou alternatifs. Le Rapporteur spécial pense qu'ils sont cumulatifs, mais d'autres membres de la Commission, comme M. Momtaz, estiment qu'ils sont alternatifs. Il est clair qu'il faut réfléchir plus avant à la question.

18. Le problème de la protection diplomatique des actionnaires, envisagé aux paragraphes 57 et suivants du rapport, est nettement différent de celui de la protection de la société en tant que personne morale. Les principes généraux du droit international applicables en l'espèce et confirmés par une pratique généralisée n'autorisent pas l'État national des actionnaires à exercer sa protection diplomatique à leur profit. Le paragraphe 1 de l'article 18 reprend ce principe et découle de l'arrêt de la CIJ en l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans lequel la Cour a jugé que le Gouvernement belge ne pouvait intervenir au nom d'actionnaires belges d'une société canadienne, alors même que ces actionnaires étaient belges. Accepter, à titre de principe, que l'État national des actionnaires puisse intervenir au profit de ceux-ci, ouvrant ainsi la voie à une multiplicité de réclamations concurrentes, risque de créer un climat de confusion et d'incertitude dans les relations économiques internationales. Ce principe peut néanmoins souffrir des exceptions. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour s'est demandé si une exception pouvait être faite au profit du Gouvernement belge pour d'autres motifs que la personnalité juridique de la société. En l'occurrence, les exceptions proposées reposent sur des accords bilatéraux conclus entre l'investisseur

et l'État d'accueil, ou entre cet État et l'État national de la société, des accords qui contiennent des dispositions sur la compétence et sur le règlement des différends découlant du traitement accordé par l'État d'accueil aux sociétés ayant investi sur son territoire.

19. La Cour a clairement indiqué que la première exception, énoncée à l'alinéa *a* de l'article 18, correspond au cas où la société a cessé d'exister ou est économiquement défunte, un élargissement significatif du critère. La seconde exception envisagée dans l'arrêt *Barcelona Traction* correspond au cas où l'État national de la société n'est pas habilité à agir au nom de celle-ci. L'alinéa *a* de l'article 18 est d'une manière générale acceptable, bien que l'expression «a cessé d'exister», s'agissant d'une société, doive être interprétée au sens large, à savoir comme allant au-delà de la faillite pour englober des situations dans lesquelles la société ne peut plus agir pour d'autres raisons, et il convient de l'indiquer dans le commentaire.

20. Comme d'autres, M. Rodríguez Cedeño pense qu'il faut supprimer la seconde exception, malgré la recommandation figurant au paragraphe 87 du rapport. Il n'accepte pas l'argument du Rapporteur spécial figurant au paragraphe 65, selon lequel le seul moyen dont dispose la société pour obtenir réparation sur le plan international est l'intervention de l'État national de ses actionnaires. C'est dans le contexte d'une société constituée selon le droit interne, régie par un ordre juridique interne, que les réclamations et l'indemnisation doivent être envisagées. Il serait dangereux de permettre à un État d'intervenir dans de tels cas, bien que l'on puisse tirer certaines conclusions de décisions judiciaires internationales comme l'arrêt *ELSI*, rendu dans une affaire dans laquelle les sociétés actionnaires étaient des sociétés étrangères. Quoiqu'il en soit, M. Rodríguez Cedeño ne voit pas en quoi une telle exception est utile, en particulier dans le contexte de l'investissement étranger dans les pays en développement.

21. M. GALICKI félicite le Rapporteur spécial de son rapport consacré à l'un des problèmes les plus controversés que soulève le sujet de la protection diplomatique. Le paragraphe 1 de l'article 17 énonce le principe selon lequel les États ont le droit d'exercer leur protection diplomatique au bénéfice de sociétés qui ont leur nationalité, et ce principe est généralement incontesté, mais il n'y a pas de pratique unifiée des États ni de jurisprudence à l'appui d'un principe comparable de non-exercice de la protection diplomatique au profit des actionnaires des sociétés, ou d'éventuelles exceptions à un tel principe.

22. Au paragraphe 22 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne que l'arrêt *Barcelona Traction* n'est pas sacro-saint, mais il admet au paragraphe 3 que cette décision domine tous les débats sur le sujet et qu'on ne peut envisager sérieusement de formuler des règles sur la question sans avoir examiné à fond cet arrêt, ses répercussions et les critiques qu'il a suscitées. C'est au paragraphe 96 de cette décision que la Cour a formulé l'argument crucial selon lequel l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme telle «ouvr[irait] la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, [ce qui] pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales» [p. 49 de l'arrêt].

23. Au paragraphe 70 de l'arrêt, la Cour déclare que le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'une société est traditionnellement attribué à l'État où ladite société a été constituée et dans lequel elle a son siège social, deux critères qui ont été confirmés par une longue pratique et de nombreux instruments internationaux. Elle a néanmoins aussi admis que des liens supplémentaires ou différents sont parfois exigés pour que la protection diplomatique puisse être exercée [p. 42 de l'arrêt]. Le Rapporteur spécial a passé en revue les options possibles quant à l'État habilité à exercer sa protection diplomatique en cas de préjudice causé à une société. Le choix de l'État de la nationalité, reflété au paragraphe 1 de l'article 17, semble pleinement justifié. De fait, l'article 3 élaboré par la Commission en ce qui concerne la protection diplomatique des personnes physiques, dans la deuxième partie du projet d'articles⁷, désigne l'État national comme l'État habilité à exercer sa protection diplomatique. Logiquement, le même critère d'un lien juridique de nationalité doit s'appliquer à toute personne morale directement affectée par un préjudice causé par un fait internationalement illicite. Cette approche uniforme devrait permettre d'appliquer à la fois aux personnes physiques et morales les autres règles qui seront formulées par la Commission en ce qui concerne la protection diplomatique.

24. La définition de l'État national d'une société proposée au paragraphe 2 de l'article 17 semble acceptable, peut-être moyennant une correction. Les mots figurant entre crochets en ce qui concerne l'État sur le territoire duquel la société a son siège devraient être conservés, en sus de l'État où la société a été constituée: dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a utilisé ces deux critères indifféremment. Toutefois, dans le cadre du développement progressif du droit international, la conjonction «et» devrait être remplacée par «ou». Il ne semble guère pratique d'exiger que les deux critères soient satisfaits, étant donné en particulier les différences existant entre les droits internes des États sous l'empire desquels la constitution ou l'immatriculation a habituellement lieu. En outre, comme M. Sreenivasa Rao l'a relevé, les mots «immatriculation» et «constitution» sont souvent utilisés indifféremment.

25. En acceptant que le lien de nationalité entre une société et l'État où elle a été constituée ou immatriculée suffit pour habiliter cet État à exercer sa protection diplomatique, le Rapporteur spécial a laissé de côté toutes les autres options présentées, comme celle de l'État du lien effectif, l'État du domicile ou l'État du contrôle économique. Comme l'a souligné à juste titre M. Sreenivasa Rao, il est rare que les États présentent des réclamations pour le compte de sociétés si d'autres conditions que la constitution ou l'immatriculation ne sont pas remplies. Peut-être tous les critères autres que la constitution ou l'immatriculation ne doivent-ils pas être rejetés en totalité. La possibilité de combiner les critères est défendue par certains publicistes et même par certains juges dans l'opinion individuelle qu'ils ont jointe à l'arrêt *Barcelona Traction*, et elle permettrait de remédier à l'inefficacité que M. Koskeniemi reproche au critère du lieu de la constitution.

26. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a jugé qu'un État dont des nationaux détenaient la majorité des actions d'une société ne pouvait présenter une réclamation pour les dommages subis par la société elle-même. L'article 18 reprend la thèse de la Cour, et les alinéas *a* et *b* reflètent les deux situations d'exception également visées par la Cour, dans lesquelles l'État national des actionnaires est habilité à exercer sa protection diplomatique. En dépit de toutes les critiques adressées à la Cour pour la position qu'elle a prise dans l'arrêt *Barcelona Traction*, cette décision doit demeurer le fondement du travail de codification de la Commission. La position opposée qu'a prise la Cour dans l'affaire *ELSI* peut être justifiée pour les diverses raisons données au paragraphe 25 du rapport, mais elle ne doit pas servir de base à un principe général de codification. Admettre d'une manière générale la possibilité pour l'État national des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique pourrait entraîner un problème grave, à savoir un conflit de compétences entre les deux États habilités à exercer leur protection diplomatique, l'État national de la société et l'État national de ses actionnaires. Le problème peut en outre être rendu plus complexe par la possibilité de compétences concurrentes entre différents États nationaux de différents groupes d'actionnaires.

27. De plus, la nationalité des actionnaires ou d'une majorité d'actionnaires peut changer, et elle ne peut donc être un critère stable s'agissant du droit à l'exercice de la protection diplomatique. Enfin, admettre d'une manière générale que l'État national des actionnaires peut exercer sa protection diplomatique aurait des conséquences fâcheuses importantes dans les domaines économique et politique. Certaines catégories de personnes pourraient ainsi se voir conférer une protection internationale spécifique pour des raisons économiques, à savoir parce qu'elles sont propriétaires d'actions, et non pour les raisons traditionnelles tenant à la nationalité. Dans des situations extrêmes, le droit de l'État national des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique risquerait d'être privilégié au détriment de celui de l'État sur le territoire duquel les sociétés ont été constituées ou immatriculées.

28. Si la possibilité de la protection diplomatique des actionnaires peut être rejetée en tant que règle générale, il semble raisonnable et pratique d'accepter l'existence de certaines situations exceptionnelles dans lesquelles les États nationaux des actionnaires peuvent exercer leur protection. M. Galicki approuve pleinement cette position, reflétée aux alinéas *a* et *b* de l'article 18, qui envisagent deux situations dans lesquelles les États nationaux de sociétés ne peuvent pas exercer leur protection diplomatique au profit desdites sociétés. L'exercice complémentaire de la protection diplomatique par les États nationaux des actionnaires, qui risqueraient à défaut de voir leurs intérêts légitimes laissés sans aucune protection étatique, semble pleinement justifié dans de telles situations. Les mécanismes prévus dans les accords bilatéraux, et même multilatéraux, pour la protection des investissements étrangers peuvent n'être pas toujours suffisants.

29. Les critiques adressées à l'alinéa *b* de l'article 18 sont difficiles à accepter, car on imagine mal un État qui a causé un préjudice à une société possédant sa nationalité s'empresse d'exercer sa protection diplomatique au profit de ladite société. Dans son arrêt *Barcelona Traction*,

⁷ Voir *supra* la note 1.

la Cour a indiqué qu'elle appuyait d'une manière générale l'exception prévue à l'alinéa *b* de l'article 18 en disant que des considérations d'équité pourraient justifier la possibilité d'une protection des actionnaires en question par leur propre État national. Comme il est dit au paragraphe 87 du rapport, cette exception est largement appuyée dans la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine. Même si elle n'est pas totalement prête à être codifiée, cette exception doit être envisagée de manière favorable dans le cadre du développement progressif du droit international.

30. M. Galicki se réserve le droit de donner une évaluation finale des articles 17 et 18 une fois que les articles 19 et 20 auront été présentés. Cette réserve ne change toutefois aucunement son opinion favorable des propositions présentées par le Rapporteur spécial. Il est convaincu que les articles 17 et 18 doivent être renvoyés au Comité de rédaction.

31. M. GAJA, se référant à la proposition de M. Galicki tendant à utiliser le mot «ou» dans la partie du paragraphe 2 de l'article 17 qui figure entre crochets, donc à transformer le critère énoncé dans l'arrêt *Barcelona Traction* en deux critères, note que dans ce cas l'État concerné peut choisir un de ces deux critères. Toutefois, même alors, une société pourrait bénéficier d'une double protection, créant ainsi la situation d'interventions concurrentes à laquelle M. Galicki a fait allusion. Une société, si elle est désireuse de bénéficier de la protection diplomatique, pourrait avoir un siège dans un État dans lequel le siège est le fondement de la protection diplomatique, mais être constituée dans un État où le lieu de constitution est retenu à cette fin. Le danger que recèle l'introduction de cette alternative est qu'une pluralité d'États seraient habilités à exercer leur protection diplomatique sur la base de la nationalité.

32. M. PELLET dit qu'il est tout à fait d'accord avec M. Galicki et que les arguments de M. Gaja ne l'ébranlent pas. Il est fermement convaincu que le seul critère de la constitution n'est pas suffisant. Dans un projet comme celui qui est à l'examen, d'une importance seulement marginale au regard du problème essentiel de la nationalité des sociétés, il n'y a aucune raison de forcer les États à appliquer le système du siège ou du lieu de constitution. Le raisonnement de M. Gaja peut être inversé: si la conjonction qui figure actuellement dans le texte, «et», est conservée, il y a un risque de déni de justice, en ce que, si une société ne satisfait pas aux deux critères, elle ne peut bénéficier de la protection diplomatique.

33. M. GALICKI dit qu'il souscrit à ces arguments. Dans des situations extrêmes, le cumul des critères pourrait signifier qu'aucun État n'est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société constituée dans un État mais ayant son siège dans un autre.

34. M. KAMTO dit qu'il est tout à fait d'accord avec M. Gaja. Lorsqu'elle envisage la possibilité de combiner les critères, la Commission doit tenir compte des situations dans lesquelles une société peut n'être pas à même de bénéficier de la protection diplomatique. Tel est le cas lorsqu'une société qui a profité de ses investissements dans un pays donné a tout intérêt à établir son siège ailleurs, pour des raisons fiscales ou autres; tel qu'il est

actuellement formulé, le paragraphe 2 de l'article 17 a le mérite de prendre position contre cette pratique, à laquelle les sociétés recourent de plus en plus fréquemment. La législation interne ne résout pas entièrement le problème. La législation interne d'un État peut proclamer que si une société est immatriculée dans cet État, ce dernier a le droit d'exercer sa protection diplomatique, et celle de l'État du lieu de constitution peut dire la même chose. C'est pourquoi M. Kamto estime que la Commission doit faire un choix de principe, et non être motivée uniquement par des considérations juridiques: quels signes souhaite-t-elle adresser aux sociétés qui sont constituées aux Bermudes mais ont leur siège à Londres? Personnellement, il pense que l'arrêt *Barcelona Traction* peut servir de base, puisqu'il envisage la combinaison des critères et non leur application alternative.

35. M. GAJA dit qu'il est parmi les nombreux membres qui sont favorables à la suppression pure et simple des mots entre crochets. Il n'est pas favorable à la combinaison des deux critères. Toutefois, les États n'ont généralement aucune obligation en droit international à l'égard de sociétés nationales, donc il n'y a aucune question de déni de justice. Il ne s'agit pas nécessairement d'identifier un État qui pourrait dans toutes les circonstances exercer sa protection diplomatique au profit d'une société.

36. M. ADDO dit qu'il appuie les vues de M. Gaja. Si une société, après avoir été constituée dans un pays, est immatriculée dans un autre, quelle forme doit prendre cette immatriculation? L'État d'immatriculation ne devrait pas être habilité à exercer sa protection diplomatique au profit de la société.

37. M. CHEE félicite le Rapporteur spécial de son rapport bien structuré et qui contient une masse de données tirées de la doctrine et de la jurisprudence. Trente années se sont écoulées depuis que l'arrêt *Barcelona Traction* a été rendu, et l'on estime que cette décision a confirmé la règle traditionnelle du droit international public selon laquelle la protection diplomatique doit être exercée uniquement au profit des sociétés ayant la nationalité de l'État qui l'exerce mais non des actionnaires étrangers. Comme le Rapporteur spécial le fait observer au paragraphe 22 de son rapport, les décisions de la CIJ ne lient pas la Commission. L'arrêt *Barcelona Traction* a été beaucoup critiqué, spécialement par les universitaires. Depuis lors, les relations économiques internationales se sont beaucoup développées en raison des flux d'investissements étrangers.

38. Herbert Briggs a souligné à juste titre en 1970 que le droit international n'avait pas évolué davantage s'agissant de protéger les intérêts des actionnaires, en particulier si l'on songe à la croissance des investissements étrangers et aux activités des holding multinationales durant les 50 dernières années⁸.

39. Plusieurs systèmes sont apparus depuis l'arrêt *Barcelona Traction* pour protéger les investissements et les actionnaires étrangers, par exemple les traités bilatéraux sur les investissements, les mécanismes de règlement des différends, notamment l'arbitrage, et le CIRDI, qui confèrent aux individus et aux sociétés le droit d'engager

⁸ H. W. Briggs, «Barcelona Traction: the *jus standi* of Belgium», *AJIL*, vol. 65, n° 2, avril 1971, p. 341.

une action contre un État fautif pour faire exécuter un contrat. Dans le cadre de la procédure de règlement forfaitaire, qui constitue une autre possibilité, l'intéressé peut se mettre d'accord avec des organismes nationaux, comme, aux États-Unis, la Foreign Claims Settlement Commission. Il existe un système analogue au Royaume-Uni. Un autre mécanisme de protection des biens appartenant à des étrangers est la procédure d'arbitrage *sui generis* du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, qui fonctionne comme la Commission générale des réclamations constituée par les États-Unis et un certain nombre d'États d'Amérique latine en 1930.

40. La Commission devrait envisager sérieusement de choisir l'une des sept options proposées par le Rapporteur spécial au paragraphe 28 de son rapport. En ce qui concerne l'application de la doctrine du lien effectif aux sociétés (option 2), le Rapporteur spécial a souligné au paragraphe 18 de son rapport que, sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale. La CIJ a rejeté l'application de la doctrine du lien effectif aux sociétés. On peut lire en outre sous la plume du juge Jennings que l'analogie entre la nationalité des personnes physiques et la nationalité des personnes morales est souvent trompeuse et que les règles du droit international fondées sur la nationalité des personnes physiques ne sont pas toujours applicables sans modification en ce qui concerne les sociétés⁹.

41. M. Chee n'a rien contre l'article 17 et pense que l'on devrait supprimer les crochets qui figurent à la fin du paragraphe 2. La Cour a ajouté une condition d'immatriculation à la condition de constitution pour prévenir les opérations commerciales frauduleuses.

42. Quant à l'article 18, M. Chee préfère le critère de «cessation d'existence» à celui de la «quasi-faillite». Toutefois, aux termes de l'article 878 du Code de commerce espagnol, cité par F. A. Mann dans un article publié dans l'*American Journal of International Law*¹⁰, une fois que la faillite a été déclarée le failli ne peut administrer ses biens, et tous ses actes de disposition et d'administration accomplis après que les effets de la faillite deviennent rétroactifs sont nuls et non avendus. Ainsi, le critère de la «quasi-faillite» peut être préféré à celui de la «cessation d'existence» et doit être dûment pris en considération.

43. L'arrêt *Barcelona Traction* était motivé par des considérations procédurales, par exemple la question de l'intérêt pour agir, et non par des motifs de fond. Les faits ont été sacrifiés à la logique du droit et c'était un simulacre de justice. Dans cette affaire, une grosse somme était en jeu, quelque 88 % des actionnaires étaient belges et ils avaient été privés de leurs droits de propriété et autres au motif, procédural, que la Belgique n'avait pas intérêt pour agir. On imagine difficilement que l'Espagne n'était pas au courant de la nationalité de la société *Barcelona Traction*. Cela rappelle à M. Chee une observation du juge Holmes, selon laquelle la définition du droit était fonction de l'expérience de la vie et

non de la logique du droit. Il était donc grand temps de revoir l'arrêt *Barcelona Traction* en tenant compte de l'évolution récente. Dans un article de l'ouvrage *International Law: Theory and Practice*, publié en 1998, Yoram Dinstein souligne qu'à une époque où les investissements internationaux sont massifs – et ne cessent de croître – les filiales implantées localement font fonction d'agents de sociétés mères étrangères, que causer un préjudice à une filiale locale revient en fait à causer un préjudice à la société mère étrangère, que le droit international devait permettre de «lever le voile» de la filiale locale pour protéger effectivement les biens des étrangers, et que seule cette «levée du voile» fait véritablement apparaître les circonstances dans lesquelles une filiale locale appartient à une société mère étrangère ou à d'autres actionnaires¹¹. Pour M. Chee, il faut en tenir dûment compte pour évaluer l'arrêt *Barcelona Traction* dans le cadre des relations économiques internationales contemporaines.

44. M. ECONOMIDES dit que le Rapporteur spécial, bien qu'il se montre quelque peu sévère dans son excellent rapport s'agissant de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*, a pleinement repris le principe énoncé dans cet arrêt à l'article 17 et s'est efforcé d'introduire des exceptions à ce principe en se fondant sur ce que la Cour semble avoir accepté implicitement en 1970. Il y a donc une certaine incohérence entre ces critiques et l'adoption intégrale de la solution retenue par la Cour, d'autant plus que le Rapporteur spécial note au paragraphe 27 de son rapport que «l'arrêt *Barcelona Traction* est aujourd'hui, 30 ans après, largement considéré non seulement comme un exposé exact de la protection diplomatique des sociétés, mais aussi comme l'expression fidèle du droit international coutumier». En outre, M. Economides n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial lorsque celui-ci dit que les décisions de la Cour ne lient pas la Commission (par. 22). Au contraire, les décisions de la Cour, lorsqu'elles disent et appliquent le droit international, en particulier le droit coutumier, lient la Commission en tant qu'organe de codification du droit international. Ce n'est que lorsqu'elle décide de s'écarter de telle ou telle décision coutumière au nom du développement progressif du droit que la Commission peut le faire, en expliquant pourquoi elle choisit une règle nouvelle.

45. Pour pouvoir évaluer avec une plus grande exactitude les tendances récentes de la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, il aurait été souhaitable de disposer de davantage de renseignements que ceux qui figurent au paragraphe 17 du rapport en ce qui concerne le nombre des accords d'indemnisation forfaitaire – et leurs solutions spécifiques – conclus après l'arrêt *Barcelona Traction*.

46. M. Economides dit qu'il approuve le paragraphe 2 de l'article 17, étant entendu que l'État dans lequel la société est constituée est le même que celui sur le territoire duquel elle a son siège. Mais dans le cas exceptionnel où une société est constituée dans un État et a son siège dans un autre, des problèmes se poseraient, parce qu'aucun des deux États ne pourrait remplir les deux

⁹ Voir *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., sous la direction de R. Jennings et A. D. Watts, vol. I (*Peace*), Harlow, Longman, 1992, p. 860 et 861.

¹⁰ F. A. Mann, «The protection of shareholders' interests in the light of the *Barcelona Traction* case», *AJIL*, vol. 67, n° 2, avril 1973, p. 261.

¹¹ Voir Y. Dinstein, «Diplomatic protection of companies under international law», *International Law: Theory and Practice*, sous la direction de K. Wellens, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 505, en particulier p. 515.

conditions énoncées au paragraphe 2, et ainsi cette disposition ne pourrait s'appliquer. Dans de tels cas, la société n'aurait aucun État national susceptible d'exercer sa protection diplomatique en sa faveur, ce qui serait inacceptable. En remplaçant le mot «et» par «ou», comme on l'a proposé, on conférerait le droit d'exercer la protection diplomatique simultanément à deux États: l'État sur le territoire duquel la société a été constituée et l'État sur le territoire duquel se trouve son siège. Ce ne serait pas judicieux, compte tenu du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*. On voit mal pourquoi pratiquement toutes les sociétés devraient avoir un seul État de nationalité alors que quelques-unes, sans doute les plus rusées, pourraient en avoir deux. La solution la plus commode et la plus prudente serait d'accepter la proposition du Rapporteur spécial et de ne conserver que le premier critère, et d'expliquer dans le commentaire que l'autre critère est superflu parce que le siège d'une société est presque toujours dans l'État où elle a été constituée. Il faudrait aussi ajouter que si une société a son siège dans un autre État, le premier critère prime le second, et donc que l'État national de la société est l'État dans lequel elle a été constituée et non celui sur le territoire duquel elle a son siège.

47. L'alinéa *a* de l'article 18 est trop restreint. M. Economides propose d'ajouter les mots «en droit ou en fait» avant les mots «cessé d'exister». Les mots «en fait» visent le cas où une société connaît de telles difficultés que, bien que non encore dissoute sur le plan juridique, elle n'est en réalité plus capable de se défendre en tant que personne morale. D'autre part, M. Economides est très réservé en ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 18: il ne constitue pas une exception mais une nouvelle règle relevant du développement progressif du droit. Une telle règle, qui s'appliquerait certainement plus fréquemment que la règle de base énoncée à l'article 17, va plus loin que le but proposé et risque de poser problème; elle est controversée et devrait être supprimée, d'autant plus que, comme l'ont à juste titre souligné MM. Sepúlveda, Sreenivasa Rao, Addo et d'autres, l'arbitrage international en matière d'investissements et le droit interne offrent en l'occurrence des garanties plus que suffisantes.

48. Pour M. Economides, le projet d'articles sur la protection diplomatique devrait contenir une clause disposant qu'il ne s'applique pas si des textes internationaux contraignants pour la protection des droits de l'homme ou des investissements ouvrent des voies de recours spéciales.

49. L'article 17 devrait être renvoyé au Comité de rédaction, tout comme les articles 18 et 19, car ces derniers peuvent peut-être être réunis et devraient être examinés ensemble.

50. M. FOMBA dit que l'excellent rapport du Rapporteur spécial envisage quatre questions de fond: la définition de la nationalité des sociétés et son attribution, la protection diplomatique des sociétés, la protection diplomatique des actionnaires de sociétés et la pertinence des solutions proposées aux articles 17 et 18.

51. Sur le premier point, le principe fondamental est celui qui régit la nationalité des personnes physiques, à savoir que l'État territorialement souverain est seul

compétent pour déterminer la nationalité d'une société. Il y a deux critères pour conférer la nationalité: le lieu où se trouve le siège, qui est utilisé dans les pays de droit civil, et le lieu où la société a été constituée, qui a la faveur des pays de *common law*. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a formellement reconnu l'existence de ces critères, mais sans exprimer de préférence.

52. Le droit international ne contrôle pas l'effectivité du lien rattachant la société à l'État territorial: la CIJ a adopté une approche différente de celle retenue dans l'affaire *Nottebohm*. L'approche formelle adoptée par la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction* a été dans une certaine mesure écartée par le droit international, et notamment par la Convention créant l'Agence multilatérale de garantie des investissements et par les traités bilatéraux sur la protection de l'investissement étranger privé.

53. S'agissant de la protection diplomatique des sociétés en tant que telles, la Cour a énoncé la règle selon laquelle 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. Cette règle correspond au droit international coutumier, mais sans préjuger la perspective de l'évolution du lien dialectique entre celui-ci et le processus conventionnel.

54. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a exclu la protection diplomatique au profit des actionnaires pour des raisons critiquables à maints égards. Une telle protection serait légitime, non pas en tant que principe, mais comme exception applicable dans certaines circonstances particulières.

55. Dans l'ensemble, l'article 17 est acceptable. Puisque l'arrêt *Barcelona Traction* a reconnu les deux critères énoncés au paragraphe 2, les crochets devraient être supprimés et le mot «et» remplacé par «ou» pour mieux traduire l'approche alternative. L'article 18 est lui aussi acceptable dans l'ensemble, puisqu'il traduit le principe de la légitimité d'une protection exceptionnelle des actionnaires. À l'alinéa *a*, il faudrait supprimer les mots «au lieu de sa constitution» et conserver l'exception prévue à l'alinéa *b*.

56. M. Kamto s'est interrogé sur la nécessité de prévoir ou non des délais. Comme l'a dit M. Pellet, il s'agit d'un problème général en droit international. Mais dans le projet à l'examen il y a peut-être une raison particulière de préciser la portée *ratione temporis* du droit d'exercice de la protection diplomatique.

57. En ce qui concerne la forme, M. Melescanu a proposé de fusionner les articles 17 et 18 pour mieux faire apparaître la cohérence entre le principe et ses exceptions. Pour M. Fomba, les deux dispositions devraient demeurer distinctes et être renvoyées au Comité de rédaction.

58. M. PELLET dit que les réactions au quatrième rapport du Rapporteur spécial l'embarrassent. Il est de ceux qui approuvent l'ensemble des projets d'article soumis et qui souhaitent qu'ils soient renvoyés au Comité de rédaction. Ceci étant, il trouve le Rapporteur spécial «trop honnête». Il n'est pas douteux qu'il appartient au Rapporteur spécial de fournir à la Commission tous les renseignements nécessaires pour permettre aux membres de se faire une opinion. Sur ce point, le Rapporteur spécial

est irréprochable, et il donne tous ces éléments avec honnêteté et rigueur. Pourtant, il le fait de manière indiscriminée, sans donner d'indications et sans expliquer pourquoi il a retenu telle ou telle solution plutôt qu'une autre. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 17, le Rapporteur spécial propose à la Commission de retenir le principe adopté par la CIJ dans l'arrêt *Barcelona Traction*; mais, pour en arriver là, il a examiné sept options dont il souligne les avantages et les inconvénients respectifs, mais sans justifier sa préférence, aussi fondée soit-elle.

59. M. Pellet voudrait tenter d'expliquer pourquoi il partage les préférences du Rapporteur spécial. Premièrement, il pense lui aussi que l'arrêt *Barcelona Traction* constitue inévitablement le point de départ de toute réflexion sur le sujet à l'examen. Dans son arrêt de 1970, la Cour a examiné en détail tous les aspects du problème et s'est même prononcée, par voie d'*obiter dictum*, sur des questions qu'il ne lui était pas indispensable de traiter pour régler l'affaire, une démarche louable que, malheureusement, la Cour a ces derniers temps abandonnée. Sa position avait été éclairée par de très longues plaidoiries disséquant toutes les facettes de l'affaire. Comme le Rapporteur spécial, M. Pellet considère que l'arrêt *ELSI* peut éclairer certains aspects particuliers de l'arrêt *Barcelona Traction*, mais que la solution ne repose pas moins sur une *lex specialis*, ce qui rend toute généralisation difficile.

60. Comme l'explique le Rapporteur spécial, la Cour, lorsqu'elle a rendu son arrêt, a privilégié le double critère de la constitution et/ou (M. Pellet indique qu'il reviendra sur ce «et/ou») du siège social. Au-delà de considérations purement techniques sur lesquelles il reviendra également, le seul véritable concurrent à ce critère, dont il faut reconnaître qu'il est assez formaliste, est celui du contrôle économique.

61. Et, en apparence, ce critère se défend assez bien. Après tout, dans le monde moderne, l'investissement, et en particulier l'investissement étranger, constitue un élément fondamental de la richesse des nations. Et ce qui compte ici, c'est la réalité économique: peu importe qu'un investisseur belge ou français ou nigérian passe par une société immatriculée au Canada ou aux Bahamas pour investir en Espagne, aux États-Unis ou au Tchad; si cet investissement est victime d'un fait internationalement illicite de la part du pays d'accueil, c'est en définitive l'État d'origine réel de l'investissement, en d'autres termes l'État des actionnaires, dont l'économie subira un préjudice, comme l'a fait observer la Cour au paragraphe 86 de son arrêt. Plusieurs des plaidoiries prononcées dans l'affaire le montrent de manière très frappante, alors qu'un tel raisonnement, capitaliste, néolibéral et axé sur l'économie, était sans doute moins évident il y a plus de 30 ans qu'aujourd'hui.

62. Contrairement à ce qu'écrit le Rapporteur spécial au paragraphe 36 de son rapport, M. Pellet ne pense pas que les pays en développement et les pays industrialisés aient des intérêts fondamentalement divergents à cet égard. Les véritables raisons d'écarter le critère du contrôle économique sont ailleurs et, curieusement, le Rapporteur spécial ne les évoque pas clairement, alors même que la Cour les énonce de la manière la plus nette dans son arrêt de 1970.

63. La première de ces raisons est purement pratique et de bon sens. Dans le monde capitaliste contemporain, il est ordinairement difficile, voire impossible, de «traquer» l'origine réelle des capitaux d'une société. La plupart des actionnaires de la *Barcelona Traction, Light and Power Company* étaient belges, mais il ne s'agissait pas forcément de personnes physiques, et les sociétés entrant dans le capital de chacune de ces sociétés «belges» actionnaires étaient peut-être françaises, ou américaines, ou indiennes. Au paragraphe 87 de son arrêt, la Cour déclare: «en ce qui concerne les investissements, l'appartenance effective à une société doit être prouvée. Cette preuve [...] est parfois très difficile à faire, en particulier quand des entreprises complexes sont en jeu» [p. 46]. Elle poursuit, au paragraphe 96: «Le danger serait d'autant plus grand que les actions des sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains» [p. 49]. Ceci est même plus vrai aujourd'hui qu'en 1970.

64. La seconde raison de rejeter, dans son principe, le critère du contrôle économique, est plus politique ou plus morale que pratique. Le Rapporteur spécial semble s'inquiéter, notamment aux paragraphes 10 et 21 de son rapport, de ce que le critère de la constitution et/ou du siège social puisse laisser les actionnaires sans protection. Il semble ainsi faire preuve de scrupules excessifs. Les actionnaires peuvent, dans leur sagesse capitaliste, préférer constituer une société dans un pays autre que le leur pour maximiser leurs profits; et, de fait, c'est à eux qu'il appartient d'agir au mieux de leurs intérêts dans le meilleur des mondes capitalistes. Mais ils ne peuvent avoir le beurre (probablement sous la forme d'un régime fiscal plus avantageux) et l'argent du beurre (la «proximité» avec leur État national qui, probablement, peut leur faire espérer un exercice plus actif, plus effectif du droit, et pas du devoir, de protection diplomatique qui appartient à l'État [voir par. 94 de l'arrêt *Barcelona Traction*]). Comme la Cour l'a à juste titre relevé au paragraphe 99 de son arrêt, dans un passage que ne cite pas le Rapporteur spécial: «Il convient d'observer aussi que les fondateurs d'une société orientée vers des activités internationales doivent tenir compte du fait que les États ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la protection diplomatique à leurs ressortissants. En établissant une société dans un pays étranger, ses fondateurs sont normalement mus par des considérations spéciales; il s'agit souvent de profiter d'avantages fiscaux ou autres offerts par l'État hôte. Il ne semble aucunement inéquitable que les avantages ainsi obtenus aient pour contrepartie les risques créés par le fait que la protection de la société et donc de ses actionnaires est ainsi confiée à un État autre que l'État national de ces derniers» [p. 50].

65. Ce sont ces considérations, et non celles avancées par le Rapporteur spécial, qui amènent M. Pellet à appuyer les conclusions auxquelles celui-ci parvient et qui se traduisent par le projet d'article 17.

66. Pour ce qui est de la rédaction de cette disposition, le paragraphe 1 ne pose pas de problème, étant entendu que le préjudice dont il est question doit avoir été causé par un fait internationalement illicite. Mais ceci est probablement implicite et sera rappelé dans les commentaires.

67. En ce qui concerne la justification du libellé du paragraphe 1 de l'article 17, le Rapporteur spécial invoque,

au paragraphe 51 de son rapport, «l'évaluation pessimiste» faite par Juliane Kokott, selon laquelle «le droit classique de la protection diplomatique a dans une large mesure été remplacé par des procédures conventionnelles de règlement des différends»¹², une hypothèse qu'avait également évoquée la Cour au paragraphe 90 de l'arrêt *Barcelona Traction*. Cette tendance est incontestable, mais M. Pellet ne voit pas du tout en quoi sa prise en considération est «pessimiste». Au contraire, la conclusion d'accords bilatéraux établissant précisément les droits des différents acteurs des investissements internationaux et créant des mécanismes de règlement des différends effectifs et efficaces est, en soi, une bonne chose, même si M. Pellet a des préventions idéologiques contre certaines des règles figurant dans les conventions contemporaines de protection des investissements. Quoiqu'il en soit, cette réserve n'affecte pas son approbation du paragraphe 1 du projet d'article 17 tel qu'il est proposé.

68. Le paragraphe 2 de l'article 17 ne pose pas non plus de problème de principe. Mais, et il l'a déjà dit en plusieurs occasions, M. Pellet est extrêmement préoccupé par la mise entre crochets de l'expression «et sur le territoire duquel elle a son siège». Certains membres de la Commission semblent se considérer comme des législateurs internes, par opposition à internationaux, et pour M. Pellet, cela est totalement inacceptable. Quoi que disent certains membres, la détermination de la nationalité des sociétés relève essentiellement de la compétence interne des États. Ceci est vrai pour les personnes physiques, comme la Cour l'a rappelé dans l'affaire *Nottebohm*, cela l'est aussi pour les sociétés, dont la Cour a également rappelé, aux paragraphes 39 à 43 de son arrêt *Barcelona Traction*, que leur statut juridique relevait du droit interne et même, pour l'essentiel, de la compétence interne. De même que la nationalité des individus est déterminée en fonction de deux principaux critères, alternatifs, le système du *jus soli* et celui du *jus sanguinis*, évoqués à l'article 3 du projet, de même le rattachement national des sociétés dépend, alternativement aussi, de deux systèmes principaux, le lieu de la constitution et le lieu du siège social, étant entendu que de nombreux États empruntent dans des mesures diverses à l'un ou à l'autre de ces systèmes. Contrairement à ce qu'écrit le Rapporteur spécial au paragraphe 53 de son rapport, la Cour n'a pas été «mal avisée» d'insister sur le critère du siège social parallèlement à celui de la constitution. Elle a tout simplement été respectueuse des systèmes juridiques des États qui utilisent l'un ou l'autre de ces deux critères ou les combinent. Contrairement au Rapporteur spécial et à d'autres membres de la Commission qui voudraient imposer leur propre système, celui de la constitution, au reste du monde, la Cour a aussi respecté le principe énoncé au paragraphe 38 de son arrêt de 1970 – que le Rapporteur spécial cite d'ailleurs au paragraphe 54 de son rapport – selon lequel la reconnaissance de la compétence essentiellement interne des États en ce qui concerne la création de sociétés anonymes «nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne».

69. Contrairement à ce que semblent croire ou veulent faire croire certains membres, les droits internes ne sont pas uniformes à cet égard. En gros, les pays anglo-saxons se fondent sur le système de la constitution, et les pays

de droit civil penchent vers le système du siège social ou siège réel. Il convient de noter en passant que la description qui figure dans l'arrêt *Barcelona Traction* n'est pas satisfaisante en anglais, car le terme «siège social» serait mieux rendu par *headquarters*. Il est vrai que l'Italie, sous l'influence éclairée de M. Gaja, a rejoint le système de la constitution, mais ce n'est sûrement pas une raison suffisante pour obliger d'autres États à s'aligner sur le droit anglo-américain. La Commission devrait laisser cela à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et prendre note, sagement, du fait qu'il existe deux systèmes, comme la CIJ l'a fait, sagement, en 1970.

70. Il est vrai que la formule qu'elle a employée au paragraphe 70 de son arrêt et que le Rapporteur spécial cite partiellement au paragraphe 53 de son rapport pose problème. La Cour écrit en effet: «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 siège» [p. 42]. Il y a bien «et». Toutefois, lorsqu'on lit le passage où figure cette phrase, on est amené à se demander si la Cour elle-même n'avait pas à l'esprit deux critères alternatifs. En tout cas, aux yeux de M. Pellet, c'est bien ce dont il s'agit.

71. Il suggère donc avec beaucoup d'insistance au Rapporteur spécial et au Comité de rédaction de conserver le membre de phrase entre crochets et de lever l'ambiguïté créée par la formule utilisée par la CIJ dans l'arrêt *Barcelona Traction*, en remplaçant la conjonction «et» par «ou», comme M. Galicki et d'autres l'ont proposé. C'est le seul moyen de respecter la juridiction essentiellement nationale des États dans un des rares domaines où elle subsiste encore. Et M. Pellet ne voit pas au nom de quoi ses collègues «anglo-saxonophiles» imposeraient le critère de la constitution aux États qui demeurent attachés à celui du siège social: même si ceux-ci sont minoritaires et même s'ils ne sont pas parmi les États les plus forts économiquement, même si, techniquement, on peut soutenir que le système de la constitution est préférable – un point sur lequel M. Pellet n'a aucune idée et qui ne l'intéresse pas en tant qu'internationaliste, car la Commission n'est pas compétente pour accorder la préférence à un système par rapport à l'autre. La tâche de la Commission, comme celle de la Cour en 1970, est de noter que les États disposent d'une certaine liberté à cet égard, et il ne voit pas pourquoi elle devrait s'arroger la faculté de limiter cette liberté. La seule autre possibilité serait de ne rien dire du tout, c'est-à-dire de supprimer purement et simplement le paragraphe 2 et de souligner dans les commentaires que la détermination de la nationalité des sociétés relève essentiellement de la compétence des États.

72. Les articles 18, 19 et 20 concernent des exceptions au principe énoncé à l'article 17 qui sont totalement acceptables et méritent d'être approuvées, en ayant à l'esprit que c'est la CIJ elle-même qui a mentionné ces exceptions en 1970 dans son arrêt *Barcelona Traction*, de manière relativement prudente et de nouveau sous la forme d'*obiter dicta*, du fait qu'aucune d'elles n'était applicable aux faits de l'espèce.

73. L'exception envisagée à l'alinéa a de l'article 18 vise le cas où la société a cessé d'exister au lieu de sa

¹² J. Kokott, loc. cit. (voir 2756^e séance, note 5), p. 277.

constitution. Là encore, M. Pellet n'a pas de problème de principe, mais la rédaction de la disposition le laisse quelque peu perplexe. Il est évident que si la société a cessé d'exister, l'État dont elle a la nationalité – que ce soit par l'effet de sa constitution ou de son siège – ne peut plus la protéger. On ne peut protéger un cadavre; au mieux on peut protéger ses ayants droit, qui en l'occurrence sont, *mutatis mutandis*, les actionnaires. Cela étant, M. Pellet se demande si le critère adopté par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* qui, comme l'explique le Rapporteur spécial aux paragraphes 59 et 60, était plus strict que celui qui était appliqué auparavant, n'est pas trop rigide. Comme M. Brownlie, cité par le juge Jessup, comme Paul De Visscher, cité par le juge Fitzmaurice, comme M. Riphagen, dont M. Pellet a relu les opinions personnelles sur la question, il juge préférable de s'en tenir pour l'essentiel à l'idée de l'effectivité de l'entité juridique. Certes, la protection diplomatique repose sur une fiction: une société est en elle-même une fiction juridique à certains égards. Mais lorsque cette fiction ne correspond plus à aucune réalité quelle qu'elle soit, lorsque l'entité juridique n'a plus aucune effectivité, lorsqu'elle est «pratiquement défunte», il faut abandonner la fiction et revenir à la réalité. Toute la question est celle de savoir si la société est ou n'est pas encore en mesure d'agir pour exercer ses droits et défendre ses intérêts. Si elle l'est, il n'y a aucune raison d'abandonner le principe posé à l'article 17. Si elle ne l'est pas, l'exception prévue à l'alinéa a de l'article 18 est nécessaire; mais, telle qu'elle est présentée par le Rapporteur spécial qui se fonde sur l'idée, sinon sur la formulation, de l'arrêt *Barcelona Traction*, cette exception semble assurément trop étroite et formaliste. Il serait préférable de dire que la protection diplomatique peut être exercée pour le compte des actionnaires lorsque «la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société» [par. 66, p. 41] est exclue; ou lorsque la société n'est plus en fait en mesure d'agir pour défendre ses droits et intérêts.

74. D'autre part, M. Pellet ne s'oppose pas à ce qu'on ajoute, comme le propose le Rapporteur spécial, les mots «au lieu de sa constitution», ce qui permet d'éviter des ambiguïtés: par exemple, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le fait que celle-ci ne pouvait agir en Espagne ne devait pas être pris en considération, en tout cas au titre du critère de la nationalité; cette incapacité d'agir en Espagne concernait seulement l'autre condition de l'exercice de la protection diplomatique, à savoir l'épuisement des recours internes.

75. L'alinéa b de l'article 18, qui a posé des problèmes à certains membres, n'en pose pas à M. Pellet. Il est vrai que le Rapporteur spécial montre que la Cour n'a pas pris position en faveur de la règle selon laquelle la protection diplomatique peut être exercée au profit des actionnaires d'une société si celle-ci a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé. Le Rapporteur spécial a aussi montré que les précédents sont ambigus, même s'il semble avoir exagéré quelque peu cette ambiguïté. Mais l'affaire *ELSI* confirme cette opinion, bien que le Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République italienne¹³ n'ait pas joué un rôle exclusif dans le raisonnement de la Chambre. Comme le souligne

le Rapporteur spécial au paragraphe 84 de son rapport et comme plusieurs membres qui ont pris la parole l'ont fait observer pour étayer leurs critiques à l'adresse de l'*obiter dictum* de la Cour de 1970 en l'affaire *Barcelona Traction*, le Royaume-Uni et les États-Unis se sont prononcés en faveur de cette exception. Mais ce n'est tout de même pas parce que les États-Unis sont favorables à une règle de droit international (ou ce qu'ils en laissent subsister) que cette règle est forcément mauvaise! Elle est d'ailleurs reflétée aujourd'hui non pas, comme certains membres le soulignent, dans quelques traités bilatéraux sur les investissements, mais dans des milliers de traités de ce type conclus par tous les États de la communauté internationale, quels que soient leur niveau de développement ou leur orientation idéologique. Cet état de choses consolide le principe énoncé par la Cour en 1970 dans son *obiter dictum*.

La séance est levée à 13 heures.

2760^e SÉANCE

Mercredi 21 mai 2003, à 10 h 5

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, 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. KABATSI constate que le Rapporteur spécial, analysant de manière approfondie et objective le sujet de la protection diplomatique des personnes morales, s'est posé, à juste titre, la question de la nationalité de ces personnes et a opté en l'occurrence pour la réaffirmation du caractère central de la décision de la CIJ en l'affaire de la *Barcelona Traction*. Il pose en effet que, 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, la deuxième condition étant toutefois placée entre crochets dans le texte. De nombreux accords bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements mettent en place d'autres arrangements à l'intention des sociétés, des actionnaires des autres

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).

¹³ Voir 2757^e séance, note 6.