

UNIVERSITÉ PANTHÉON- ASSAS PARIS II
MAGISTÈRE DE JURISTE D'AFFAIRES – D.J.C.E.
MASTER 2 DE DROIT DES AFFAIRES

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIÉTÉS

**L'articulation entre la protection diplomatique des sociétés et celle des
actionnaires dans les sociétés de capitaux**

**Mémoire présenté et soutenu sous la direction de Monsieur le Professeur
Louis d'Avout**

Aurélie Kahn

Mai 2009

L'Université Panthéon-Assas Paris II - Droit, Economie, Sciences Sociales
n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans
ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

Introduction : A propos de la protection diplomatique

Première partie : La protection diplomatique des actionnaires : un droit au conditionnel

A/ La personnalité morale comme obstacle à la protection

- 1°) La consécration d'une règle traditionnelle
- 2°) L'arrêt *Barcelona Traction* en tant que précédent jurisprudentiel

B/ Un droit dérogatoire à la protection

- 1°) Les dérogations et leurs justifications
- 2°) La nature de la protection diplomatique des actionnaires

Seconde partie : La protection diplomatique des actionnaires : un droit illusoire ?

A/ Un mécanisme insuffisamment protecteur : étude de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Barcelona Traction*

- 1°) L'arrêt *E.L.S.I.*
- 2°) L'arrêt *Diallo*

B/ Le mécanisme délaissé de la protection diplomatique

- 1°) La marginalisation de la protection diplomatique
- 2°) Le développement de mécanismes alternatifs de protection des investissements
- 2°) Considérations idéologiques et politiques

Observations finales : notion de contrôle et perspectives d'évolution

Liste des abréviations utilisées

CDI : Commission du Droit International

CIJ : Cour Internationale de Justice

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique

TBI : Traités Bilatéraux d'Investissement

Introduction : à propos de la protection diplomatique

◦ L'actualité de la protection diplomatique

Les récents travaux de la Commission du Droit International ayant mené à l'adoption en 2006 du *Projet d'articles sur la protection diplomatique*¹, témoignent d'un regain d'actualité de la matière. L'attention portée à nouveau à la protection diplomatique trouverait-elle sa cause dans des mutations affectant l'institution ?

On peut s'interroger sur les raisons d'une telle « *codification* » : s'agirait-il de pérenniser ? D'adapter l'institution ? Ces deux options ne semblent pas s'exclure l'une et l'autre.

Sans être révolutionnaire, le projet d'articles, élaboré par la CDI, s'efforce de tenir compte des évolutions du droit international sur la question de la protection diplomatique.

◦ Origines de la protection diplomatique

Les fondements de la protection diplomatique ont été exposés en 1924 par la Cour Permanente de Justice dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*² :

« *C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens (...) cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international* ».

La protection diplomatique trouverait son origine dans l'idée d'une fusion de l'intérêt privé dans l'intérêt étatique. Une question délicate se pose toutefois quant à la nature de la protection diplomatique : est-ce un droit propre de l'Etat ? Un droit de son ressortissant ?

Sans aller jusqu'à observer une subjectivisation de la protection diplomatique, on ne peut ignorer l'influence croissante du « *droit international des droits de l'homme* »³ sur la protection des nationaux à l'étranger, ce qui permet à certains auteurs d'en conclure à un droit de nature « *mixte* »⁴.

La CDI s'est volontairement placée hors du débat d'interprétation, puisqu'elle a formulé le *Projet d'articles* relatif à la protection diplomatique « *de manière à laisser ouverte la question de savoir si l'Etat qui exerce sa protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son national, ou les deux* »⁵.

¹ CDI, 58^e session, 2006, *Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, soumis à l'AG (A/61/10). Rés. AG 62/67 du 6 déc. 2007, Rapport reproduit dans *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II

² *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Rec. Série A, n° 2, p. 12

³ J.F. FLAUSS, Préface à la thèse de S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique*, Th. doct., Droit international, Paris 2, 2006

⁴ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, loc. cit.

⁵ CDI, 58^e session, 2006, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, loc. cit., note 5) sous art. 1, p. 27

Portant définition de la protection diplomatique, l'article 1^{er} du projet se veut bref : « *la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité* »⁶

◦ **Caractères et conditions d'exercice de la protection diplomatique**

L'action en protection diplomatique est avant tout une voie de droit, destinée à obtenir réparation d'un préjudice.⁷

Un Etat peut protéger ses ressortissants lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat. Pour que la protection diplomatique puisse être exercée, il faut que le dommage soit la conséquence d'un comportement de l'Etat hôte contraire au droit international.

Ceci car « *la protection diplomatique ne résulte pas d'obligations des Etats erga omnes* », mais seule la partie envers laquelle existe une obligation internationale peut présenter une réclamation à raison de la violation de cette obligation.⁸

C'est donc la violation d'une obligation internationale qui déclenche le mécanisme de l'exercice de la protection diplomatique. Le déni de justice, la privation de liberté sans jugement, l'expropriation discriminatoire ou arbitraire, la nationalisation et la confiscation sans indemnité en sont des exemples.

Une fois constatée la violation d'une obligation internationale due à un Etat, « *l'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera, et quand il y mettra fin* »⁹. C'est là le caractère discrétionnaire de la protection diplomatique. L'Etat jouit en la matière « *d'une liberté totale d'action* ».¹⁰ Puisque « *les titulaires de droits ne sont aucunement obligés de les exercer* »¹¹, l'Etat peut, en toute liberté, accorder ou refuser la protection diplomatique.

En outre, comme condition essentielle à l'exercice de la protection diplomatique, un Etat ne peut accorder sa protection diplomatique qu'à ses propres ressortissants. La nationalité figure ainsi ce lien nécessaire entre un Etat et une personne privée, aux fins de l'action en protection

⁶ *Ibid*, art. 1, p. 24

⁷ O. FROUVILLE, *Affaire Ahmadou Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique*, Annuaire Français de Droit International LIII, CNRS, Paris, 2007, p. 298

⁸ Ph. FRANCESKAKIS, *Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice*, Rev. Critique D.I.P., I, 1970, p. 641

⁹ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, C.I.J. Recueil, 1955, p. 44

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ *Ibid*.

diplomatique. Pour ce qui est de sa détermination, le principe est qu'il appartient à l'État concerné de déterminer, conformément à son droit interne, qui peut prétendre à sa nationalité.

Enfin, il faut citer la condition d'épuisement des voies de recours internes. Un Etat peut fournir une protection diplomatique et introduire un recours uniquement si la personne concernée a préalablement épuisé à l'étranger toutes les voies de recours internes, dans la mesure où cela était possible et raisonnablement exigible. Cette condition confère à la protection diplomatique un caractère subsidiaire. Il serait en effet prématuré pour un Etat d'invoquer une violation du droit international tant que l'Etat défaillant n'a pas eu l'occasion de réparer les conséquences de la violation. Toutefois, la règle de l'épuisement des voies de recours interne connaît des limites : cette condition n'est pas exigée lorsque les voies de recours sont inexistantes, inefficaces ou insuffisantes.

Soumis à cet ensemble de conditions cumulatives, l'exercice par un Etat de la protection diplomatique demeure un événement exceptionnel.¹² Laissé en outre à la discrétion de l'Etat, on comprend qu'il ne se réalise que rarement.

On retrouve à l'égard des personnes morales, ces conditions préalables à l'exercice de la protection diplomatique. Mais lorsqu'un Etat prétendra exercer sa protection diplomatique en faveur d'une personne morale, l'institution connaîtra nécessairement une adaptation, eu égard à la spécificité du sujet

◦ La protection diplomatique des sociétés

L'exercice de la protection diplomatique s'exerce aussi bien à l'égard des ressortissants personnes physiques d'un Etat que de ses personnes morales. Si les règles essentielles du régime général de la protection diplomatique des personnes physiques sont reprises, cette forme de protection, de par sa spécificité, appelle un aménagement des principes et critères qui la gouvernent¹³.

Le premier aménagement tient à l'appréciation du lien juridique fondant le droit d'action en protection de l'Etat, à savoir le lien de nationalité. Ce lien juridique est apprécié d'abord au regard du droit interne de l'Etat. Sur ce point, les conditions se distinguent de celles appliquées aux personnes physiques.

- La condition de nationalité

Si les sociétés bénéficient, au même titre que les personnes physiques, de la protection diplomatique par leur Etat national, l'action de l'Etat en faveur de son ressortissant suppose l'établissement préalable d'un lien de nationalité.

◦ Détermination du lien de nationalité

Comme pour les personnes physiques, les sociétés ont une nationalité dont l'attribution résulte du droit interne. Le choix du critère de détermination de cette nationalité dépend des options retenues par les Etats.

¹² Ph. FRANCESKAKIS, *Leurs sur le droit international des sociétés de capitaux*, loc. cit., p. 611 et s.

¹³ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, loc. cit., p. 529 et s.

Plusieurs critères sont envisageables en la matière. John Dugard dans son *Quatrième Rapport sur la protection diplomatique*¹⁴, dénombre ainsi sept options. Dans les différentes combinaisons qu'il propose, on retrouve en fait deux critères principaux que sont le siège et le contrôle.

En droit international, deux critères ont été admis comme éligibles à la détermination du lien de nationalité, à savoir le critère du lieu de constitution et celui du siège social¹⁵. La CIJ a ainsi adopté une solution de compromis face à l'opposition irréductible entre les systèmes dits « *de siège réel* » et ceux dits « *d'incorporation* ».

C'est aussi ce double critère qui fut consacré par la CDI dans son projet d'article 9 relatif à la protection diplomatique¹⁶, quoique le critère du siège n'y apparaisse que subsidiaire.

A côté de la règle de principe faisant droit au critère de l'incorporation, est inscrit un régime dérogatoire permettant de reconnaître à un Etat, autre que l'Etat d'incorporation, le droit d'action en protection diplomatique. Sébastien Touzé, y voit un aménagement de la règle de l'effectivité de la nationalité. Il souligne l'avantage de cette solution pragmatique, qui évite de tomber dans les écueils que peuvent susciter une application trop rigoureuse du critère de l'incorporation.¹⁷

○ La règle de l'effectivité de la nationalité

La CIJ, dans l'affaire *Nottebohm*¹⁸, a admis que le manque d'effectivité du lien de nationalité puisse faire obstacle à l'exercice de la protection diplomatique d'une personne physique.¹⁹

Si la pratique des Etats révèle l'exigence de certaines conditions additionnelles à la nationalité pour accorder leur protection diplomatique à des sociétés nationales, la CIJ, qui se borne à relever ces pratiques, n'a entendu consacrer « *aucun critère absolu applicable au lien effectif* ». ²⁰

A noter toutefois que le critère de l'effectivité fondé sur l'arrêt *Nottebohm* est celui qui a suscité le plus de déclarations et opinions individuelles de la part des juges dans l'affaire de la

¹⁴ J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, N.U., CDI, 55^e session, A/CN.4/530, pp. 13-22

¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 fév. 1970, C.I.J. Recueil 1970, p. 43, § 70 : « *aux fins de la protection diplomatique, le droit international se fonde (...) sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège.* »

¹⁶ CDI, 58^e session, 2006, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, loc.cit., art. 9 : « *Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par Etat de nationalité l'Etat sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre Etat ou d'autres Etats et n'exerce pas d'activités importantes dans l'Etat où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre Etat, ce dernier est considéré comme l'Etat de nationalité.* »

¹⁷ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, loc. cit., pp. 538-539

¹⁸ Affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil, 1955, op. cit.

¹⁹ *Ibid.*, p. 20 et s.

²⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 43

Barcelona Traction, montrant sur ce point une Cour divisée²¹.

D'autres questions se posent quant à la transposition aux personnes morales des critères applicables en matière de protection diplomatique des personnes physiques. Il en va ainsi de celle de la continuité de la nationalité.

○ La continuité de la nationalité

Exigée pour les personnes physiques, cette condition s'applique également aux sociétés.

Il y est toutefois fait exception dans le cas où la perte de la nationalité par la société résulterait du préjudice souffert par cette dernière. Ceci permet, en dépit de la perte de la nationalité de la société, de maintenir l'existence d'un droit d'action en protection en sa faveur.²²

Le projet d'article 10§3 adopté par la CDI consacre cette exception lorsqu'il énonce qu'« *un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité à la date du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle avait été constituée* ».

○ Articulation de la protection de la société et de celle de ses actionnaires

Ainsi définit le mécanisme de la protection diplomatique tel qu'applicable aux sociétés, il reste à déterminer l'articulation entre la protection diplomatique de la société et celle de ses actionnaires.

Toute personne morale est une fiction, dont la substance véritable est à rechercher dans les membres qui la composent. Le mécanisme de la protection diplomatique des sociétés est-il à même d'assurer la protection de ces membres ?

Il nous faut ici distinguer selon les formes de sociétés, et le degré d'autonomie que ses fondateurs ont souhaité conférer à l'entité sociale.

Les législations internes, sur lesquelles la règle dégagée en droit international général prend appui, connaissent toutes la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux. Confirmée par la jurisprudence internationale, cette distinction majeure va délimiter le champ de notre étude.

En ce qui concerne les sociétés de personnes, la pratique comme la jurisprudence internationale reconnaissent un droit d'action au profit de l'Etat de nationalité des associés si la société a subi un préjudice, et ceci quelque soit la nationalité de la société. Il est ainsi fait abstraction de la personnalité juridique de la société.²³

²¹ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, A.W. Sijthoff, 1975, Académie de droit international. Recueil des cours ; 141, 1974-I, p. 128

²² S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, loc. cit., pp. 541-545

²³ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc.cit., pp. 116-119

Il en va différemment dans les sociétés de capitaux, qui constitueront l'objet de notre étude. Sur le plan international, ne seront admises en faveur des sociétés de capitaux que les réclamations présentées par l'Etat de nationalité de ces dernières.

Ne pourrait-on pourtant pas admettre que l'actionnaire, qui participe à la vie sociale, puisse dans certaines hypothèses déclencher le mécanisme de la protection diplomatique ?

Il se peut qu'un actionnaire, personne physique comme morale, soit atteint dans ses droits subjectifs propres, distincts de ceux de la société, quand bien même ces droits seraient nés à l'occasion de sa participation à l'activité de la société. On pense notamment aux droits de recevoir des dividendes, au droit de contrôle sur la société via l'exercice des prérogatives attachées au droit de vote. Dans ce cas, l'action en protection diplomatique au profit de l'actionnaire est justifiée. C'est à l'Etat de nationalité de l'actionnaire qu'il reviendra de l'exercer.²⁴

Il se peut également que l'acte internationalement illicite atteigne la société comme telle et ne frappe les actionnaires qu'indirectement en raison de leur participation à l'actif de la société. La société étant comme telle lésée, c'est à elle qu'il reviendra de mettre en œuvre les moyens de procédure à sa disposition pour obtenir réparation.²⁵

Or, en tant que membre du groupement que constitue la société, l'actionnaire subit indirectement mais nécessairement un préjudice lorsque la société fait l'objet d'une atteinte à ses droits propres.

L'actionnaire pourrait-il se prévaloir de son préjudice indirect pour déclencher l'action en protection diplomatique de la part de son Etat national ?

Cette interrogation nous amène à des considérations similaires à celles qui prévalent en droit interne des sociétés. Si en la matière, le droit d'action en réparation d'un préjudice social appartient aux représentants légaux de la société, on reconnaît toutefois dans certaines situations, l'existence d'un droit d'action *ut singuli* au profit des actionnaires, offrant à ces derniers la possibilité d'exercer l'action sociale en réparation du préjudice subi par la société.

Ces considérations similaires révèlent un problème identique, celui de savoir quel degré d'opacité accorder à la personnalité morale.

Dans le domaine de la protection diplomatique des sociétés de capitaux, il existe également des dérogations conditionnées au profit des actionnaires, qui pourront prétendre à une forme de protection internationale de leurs droits et intérêts, tant en cas de préjudice direct qu'en cas de préjudice indirect. Ce régime complémentaire de la protection diplomatique des actionnaires s'enchevêtre avec celui applicable aux sociétés et doit, dans sa mise en œuvre, être apprécié à la lumière de ce dernier.²⁶

²⁴ J.P. HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Th. doct, A Pedone, 1964, p. 145

²⁵ *Ibid.*, p. 146

²⁶ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, *loc. cit.*, p. 553

C'est une question assurément complexe que celle de l'articulation de la protection diplomatique des sociétés de capitaux et celle de leurs actionnaires. L'état du droit en la matière nous sera révélé en premier lieu par l'étude de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice.

L'arrêt *Barcelona Traction* rendu par la CIJ en 1970²⁷, se veut un arrêt rigoureux dans les principes qu'il énonce. Rappelant la distinction entre la personne morale et les membres qui la composent, la Cour refuse que l'Etat de nationalité des associés d'une société de capitaux étrangère puisse intenter une action en protection diplomatique en cas d'atteinte dirigée à l'encontre de la société, quand bien même les actionnaires auraient subi une atteinte indirecte à leurs droits. Mais cette règle stricte se trouve assortie d'exceptions, exceptions qui sont au cœur de l'articulation entre la protection diplomatique de la société et de celle de ses actionnaires.

En dépit d'un principe de base négatif leur refusant le droit de déclencher l'action en protection diplomatique, les actionnaires d'une société de capitaux pourront, dans certaines situations, bénéficier d'un droit d'action (I).

Ce premier arrêt est donc équilibré, en ce qu'il ne ferme pas aux actionnaires d'une société de capitaux, toute possibilité d'action en leur faveur. Il ne fut certes pas fait application en l'espèce des exceptions envisagées, la Cour renvoyant on l'imagine à une application ultérieure par la jurisprudence. Or, aucun des deux arrêts survenus par la suite ne se prononcera sur la valeur, ni sur la portée de telles exceptions.

A défaut d'une application effective des exceptions prévues, et nécessaires pour lui imprimer une certaine souplesse, la règle de principe va se figer dans toute sa rigueur. La protection diplomatique n'étant plus perçue comme un mécanisme permettant de garantir efficacement les droits des actionnaires étrangers d'une société locale, les opérateurs se tourneront vers d'autres mécanismes de protection des investissements et chercheront à placer leurs différends hors du cadre de la protection diplomatique (II).

²⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*

Première partie

La protection diplomatique des actionnaires : un droit au conditionnel

L'arrêt *Barcelona Traction* pose une règle des plus classiques. La CIJ y énonce -ou plutôt y rappelle- le principe de distinction entre la personne morale et ses membres. Lorsqu'une société a été lésée dans ses droits propres par un acte contraire au droit international commis par un Etat, il appartient à l'Etat national de la société d'exercer à son profit l'action en protection diplomatique (A).

La solution de la Cour, qui dans une telle hypothèse refuse aux actionnaires le droit de déclencher l'action en protection diplomatique lorsque de manière indirecte ils ont subi un préjudice, n'est toutefois pas inflexible. La Cour envisage en effet de possibles dérogations à la règle qu'elle énonce (B).

A/ La personnalité morale comme obstacle à la protection

1°) La consécration d'une règle traditionnelle

L'arrêt *Barcelona Traction* n'est pas sorti tout droit du néant : il existe bien un « *avant-Barcelona Traction* », qui s'observe aussi bien dans l'étude de la jurisprudence internationale que dans celle de la pratique des Etats²⁸.

a) Jurisprudence internationale et pratique arbitrale antérieures

L'une des affaires les plus anciennes de la pratique traitant de la protection diplomatique des actionnaires est l'affaire *Antioquia*²⁹, qui dès 1866 amène à distinguer entre les cas où la société a été lésée dans ses droits et les cas où les actionnaires ont été lésés dans leurs propres droits.

Dans l'affaire *Baasch et Römer*³⁰ survenue par la suite, la commission chargée d'examiner le différend opposant le Venezuela aux Pays Bas, qui était saisie des réclamations portées par les actionnaires néerlandais d'une société constituée au Venezuela, a affirmé dans une sentence arbitrale rendue en 1903, son incompétence pour connaître de la réclamation : « *C'est cette société dont les biens ont été lésés [qui] seule peut intenter (...) un recours devant les tribunaux vénézuéliens. (...) Le fait que les actionnaires soient hollandais est irrelevante. Le seul élément à considérer est la nationalité de la société* »

²⁸ J.P. HOCHPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 149

²⁹ J.B. MOORE, *Digest of International Law*, vol. VI, Washington, 1906, p. 644. Suite à l'appropriation, en 1865, par les autorités colombiennes, du bateau *Antioquia*, propriété d'une société colombienne, les actionnaires américains qui avaient demandé la protection diplomatique à leur gouvernement se l'étaient vu refuser au motif que l'actionnaire ne peut pas être protégé contre des actes qui ont causé un préjudice au patrimoine de la société.

³⁰ O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 723-726

Dans l'affaire *Kunhardt*, qui fait également partie des arbitrages vénézuéliens de 1903, la réclamation d'une société américaine, actionnaire majoritaire d'une société anonyme vénézuélienne, fut rejetée en considération du principe selon lequel les réclamations des actionnaires ne peuvent pas être admises pour des dommages causés au patrimoine social, en ce que les actionnaires manquent d'un droit de propriété sur les biens de la société.³¹ L'intégralité des droits sociaux continuant d'appartenir à la société elle-même, l'exercice de l'action sociale ne peut incomber qu'aux organes sociaux.

Ainsi, on observe un premier courant jurisprudentiel, par lequel les Etats se voient refuser la reconnaissance de leur droit d'action en protection diplomatique en faveur de leurs nationaux, actionnaires d'une société étrangère. On y retrouve une vision classique de la personne morale, entité abstraite qui absorbe les individualités.

Il existe à l'inverse une tendance opposée, qui s'attache à considérer, par delà la personnalité morale artificielle de la société, les éléments réels qui la constituent.

Au début du XX^e siècle, c'est dans l'affaire *Delagoa Bay*³² que la doctrine a pu voir un premier précédent favorable à l'existence d'une règle de droit international, selon laquelle l'Etat de nationalité des actionnaires serait légitimé pour protéger diplomatiquement ces derniers, dans les cas où la société aurait la nationalité de l'Etat auteur de l'acte illicite. Il y avait sans doute en l'espèce une configuration bien particulière, puisque les sociétés n'auraient pu obtenir justice d'une autre façon.

L'affaire *El Triunfo*³³ intervenue quelques années plus tard, a donné lieu à une sentence arbitrale sur la base d'une référence formelle à l'affaire de la *Delagoa Bay* : les arbitres semblent y considérer comme un principe reconnu le droit pour un Etat d'intervenir au nom de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère.

Par la suite, d'autres affaires semblent poursuivre cette tendance et reconnaître à l'Etat de nationalité des actionnaires un droit à l'exercice de la protection diplomatique en leur faveur³⁴.

Ce courant jurisprudentiel issu de diverses sentences arbitrales du début du XX^e siècle, sera invoqué par les parties dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. A cela la Cour Internationale de Justice répondra que « dans la majorité des cas les décisions citées se fond[ai]ent sur les instruments qui établissent la juridiction du tribunal [...] et déterminent les droits pouvant

³¹ O.N.U., recueil des sentences arbitrales, vol. IX, pp. 172 ss.

³² *Delagoa Bay Railway Company*, Sentence arbitrale du 29 mars 1900

³³ Sentence arbitrale du 8 mai 1902

³⁴ A titre illustratif mais non exhaustif : affaire *Cerrutti* entre la Colombie et l'Italie, affaire *Alsop*, affaire *Canavero*, affaire *Ziat et Ben Kiran*, affaire *Shufeldt*, affaire *DAPG*, citées par J.P. HOCHÉPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., pp. 158 et s.

bénéficiaire d'une protection, de sorte qu'elles ne sauraient faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce »³⁵

Si la Cour leur refuse une portée générale, on peut toutefois déceler dans ces décisions une préfiguration des exceptions qui seront envisagées dans l'arrêt *Barcelona Traction*, comme dérogation à la règle générale que cet arrêt consacre.

b) L'arrêt *Barcelona Traction*

Cet arrêt marque le premier précédent de la Cour Internationale de Justice sur la question de la protection diplomatique des sociétés de capitaux et de leurs actionnaires. On peut pourtant soutenir que cet arrêt initial n'apporte rien de fondamentalement nouveau.

Si la CIJ se saisit de l'occasion pour réaffirmer avec force les règles dégagées par la jurisprudence internationale depuis le début du XX^e siècle, l'arrêt *Barcelona Traction* n'est en fait ni plus ni moins que la consécration d'un état du droit existant.

Certes, mais nous ne sommes toujours pas revenus sur les principes généraux que pose l'arrêt *Barcelona Traction* et aujourd'hui, près de 40 ans plus tard, l'arrêt *Barcelona Traction* demeure largement considéré non seulement comme un exposé exact du droit de la protection diplomatique des sociétés, mais aussi comme l'expression fidèle du droit international coutumier.³⁶

Il n'est d'ailleurs pas insignifiant que la règle issue de l'arrêt *Barcelona Traction* se trouve reprise par le *Projet d'articles sur la protection diplomatique* élaboré par la CDI.³⁷

Décision fondatrice en matière de protection diplomatique des sociétés, point de départ de tout débat sur le sujet, cet arrêt mérite sans aucun doute une étude approfondie.

- Le contexte

L'affaire soumise à la Cour concernait principalement trois Etats : la Belgique, l'Espagne et le Canada. Elle avait été introduite dès 1962 par une requête du gouvernement belge ayant pour objet la réparation du préjudice prétendument causé par le comportement de divers organes de l'Etat espagnol à des ressortissants belges actionnaires de la société canadienne *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*³⁸ (*La Barcelona Traction*).

Le gouvernement espagnol avait soulevé quatre exceptions préliminaires. Les deux premières furent rejetées, alors que par arrêt du 24 juillet 1964 furent jointes au fond la troisième et la quatrième exception.

Selon la troisième exception préliminaire soulevée par le gouvernement espagnol, le gouvernement belge n'avait pas qualité pour présenter une demande à raison d'un dommage

³⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 41, § 63

³⁶ J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, *loc. cit.*, p. 12

³⁷ CDI, 58^e session, 2006, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, *loc. cit.*, art. 11, p. 59

³⁸ Société constituée en 1911 à Toronto, lieu où se trouvait également son siège social

causé à une société canadienne, quand bien même les actionnaires étaient de nationalité belge. C'est cette troisième exception qui a cristallisé les débats et fonde l'intérêt de l'arrêt au regard de notre étude.

L'objet de la demande présentée par le gouvernement belge, pour le compte des actionnaires belges de la société canadienne était d'«*obtenir réparation du dommage causé à ces personnes par le comportement prétendument contraire au droit international de divers organes de l'Etat espagnol à l'égard de la Barcelona Traction* ».³⁹

Le problème posé, réduit dans les termes de la troisième exception préliminaire, était celui «*du droit pour la Belgique à exercer la protection diplomatique d'actionnaires belges d'une société (...) constituée au Canada, alors que les mesures incriminées ont été prises à l'égard non pas de ressortissants belges mais de la société elle-même* ».⁴⁰

Par son arrêt du 5 février 1970, la Cour Internationale de Justice énonce la règle de principe applicable en la matière : «*s'agissant d'actes illicites dirigés contre une société à capitaux étrangers, la règle générale du droit international n'autorise que l'Etat national de cette société à formuler une réclamation* ».⁴¹

En conséquence la requête du gouvernement belge est rejetée par la Cour.

- **La règle dégagée par la Cour Internationale de Justice**

La Cour a souligné d'emblée qu'elle ne se préoccupait que de la question de la protection diplomatique des actionnaires d'une «*société anonyme, dont le capital est représenté par des actions* », qui se caractérise par «*une stricte distinction entre deux entités séparées* »⁴² que sont la société et les actionnaires.

La vision adoptée par la Cour est on ne peut plus classique. Fidèle aux concepts juridiques, elle distingue nettement entre les droits de la société et ceux des actionnaires, en raison de l'écran que constitue la personnalité de l'entité sociale.⁴³

La Cour se réfère d'abord au droit interne, dont relève en premier lieu l'institution de la société anonyme. Précisons que ce «*droit interne* » auquel la Cour fait référence est à comprendre abstraitement, en ce qu'il renvoie non pas au droit interne d'un Etat donné, mais aux «*règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne* ».⁴⁴

C'est au regard de la structure de la société de capitaux en droit interne qu'il convient d'opérer une distinction entre le préjudice causé à la société et celui causé à l'actionnaire. Dans le cas d'un acte dirigé à l'encontre de la société, si le préjudice causé à celle-ci est direct, le préjudice causé aux actionnaires n'est quant à lui qu'indirect.

³⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 32, § 28

⁴⁰ *Ibid.*, p. 33, § 32

⁴¹ *Ibid.*, p. 47, § 88

⁴² *Ibid.*, p. 34

⁴³ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, Clunet, 1990, p. 922

⁴⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 37

Par cet arrêt, la CIJ opère une nette distinction entre la violation d'un droit de la société et la simple lésion d'un intérêt des actionnaires. Dans l'hypothèse envisagée, ce qui est droit pour la société n'est qu'intérêt pour l'actionnaire. Or, la Cour rappelle que « *la responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé* ». ⁴⁵ Cette distinction qui trouve sa source dans le droit interne, repose sur la séparation de la personnalité de la société de celle de ses actionnaires.

Il en résulte que « *chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés* ». ⁴⁶

Ce n'est que lorsque les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires que ces derniers auront un droit de recours indépendant. ⁴⁷

- Les sources de la règle

Les principes qui régissent la distinction entre la société et les actionnaires procèdent du droit interne, non du droit international. L'arrêt *Barcelona Traction*, ne suggère aucune innovation, mais plutôt la transposition en droit international des principes régissant le droit interne des sociétés. Pour reprendre les termes employés par John Dugard ⁴⁸ : « *la règle énoncée dans l'arrêt Barcelona Traction découle des principes généraux du droit des sociétés admis par les nations civilisées* ».

Pour apprécier la solution proposée par la CIJ il nous faudrait donc au préalable examiner le droit interne des sociétés.

On distingue en droit interne l'atteinte aux droits de la société de l'atteinte aux droits propres des associés. La première pourra être réparée via l'exercice de l'action sociale, alors que la seconde pourra donner lieu à une action individuelle de l'associé, en réparation de son préjudice propre. En vertu du principe général d'interdiction des actions pour autrui, un associé n'est pas normalement recevable à agir en lieu et place du groupement auquel il appartient.

L'action individuelle ne pourra être exercée que par un associé qui s'estime victime d'un préjudice personnel, indépendamment du préjudice supporté par la société.

L'action sociale devra quant à elle être exercée par les représentants légaux de la société au nom de cette dernière : on parle dans ce cas d'action sociale *ut universi*.

⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 36

⁴⁶ *Ibid.*, p. 35, § 44

⁴⁷ *Ibid.*, p. 36

⁴⁸ J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, loc. cit., p. 6

De même qu'il ne faut pas confondre la personne morale des personnes physiques membres de celle-ci, il ne faut pas confondre l'action qui appartient au groupement et les actions individuelles de ses membres.⁴⁹

Le juge Sir Gerald Fitzmaurice⁵⁰ a pu souligner le parallélisme existant entre l'action sociale sur le plan interne et sur le plan international : « *de même qu'aucun actionnaire n'a de recours devant les tribunaux nationaux lorsqu'un acte dommageable [est] commis au préjudice de la société, et que seule cette dernière peut tenter une action par l'intermédiaire de sa direction (...), si un acte illicite préjudiciable à la société ou portant atteinte à ses droits se produit sur le plan international, il n'appartient pas au gouvernement de l'actionnaire, mais en principe à celui de la seule société de présenter une réclamation (...)* »

Il est à noter toutefois qu'en droit interne, certaines situations telles que le défaut d'intervention des organes sociaux, appellent la mise en œuvre de l'action sociale *ut singuli*, par un associé seul, ou *ut plures*, c'est-à-dire par plusieurs d'entre eux.

Un tel mécanisme, qui permet à un ou plusieurs associés de pallier la défaillance des organes sociaux, trouve un écho en droit international dans les exceptions qui seront consacrées par la CIJ en 1970, autorisant dans certaines hypothèses la reconnaissance d'un droit d'exercice de la protection diplomatique par l'Etat de nationalité des actionnaires.

- **Les fondements en droit**

Adoptant une approche négative, nous porterons notre étude sur un fondement qui, bien que vraisemblablement pertinent, ne fut pas retenu en l'espèce, à savoir la notion de contrôle. A aucun moment dans l'arrêt *Barcelona Traction* ce fondement ne fut avancé comme tel. Par son silence, la Cour n'en n'affirme pas moins une nette prise de position.

S'agissant du traitement des sociétés agissant par-delà les frontières, on oppose traditionnellement le système dit du contrôle, au système dit du siège social. Pour décider du traitement qu'il convient d'accorder à une société, le système du contrôle s'attache à l'origine des capitaux.

Cette théorie est certainement séduisante, dans la mesure où elle permet de passer outre les artifices juridiques de la personnalité morale pour se conformer à la réalité.

Cependant, comme l'a exprimé Henri Batiffol : « *plus réaliste, certes, que le siège social, elle diminue corrélativement la prévisibilité* ». ⁵¹ D'où l'idée que la théorie du contrôle, qui permet d'atteindre les actionnaires par la « *levée du voile* » de la personnalité morale, devrait demeurer exceptionnelle.

⁴⁹ Nicolas CAYROL, *Action en justice : habilitations à agir en représentation d'autrui*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, sept. 2007

⁵⁰ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 147

⁵¹ H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., Paris, 1959, n°197, p. 239

Le droit français est acquis à une méthode de traitement international des sociétés fondé sur l'idée de siège et non de contrôle. S'il consacre parfois le critère du contrôle, c'est dans des contextes toujours bien déterminés.

Ainsi, à titre de mesure de rétorsion dans les périodes guerrières ou post-guerrières, il fut fait appel à la théorie du contrôle, de façon à ignorer l'autonomie de la personne morale constituée en vertu de la législation nationale.

A cela s'ajoutent certaines législations spéciales qui de manière expresse réservent l'accès à certains secteurs sensibles tels que l'armement, le nucléaire, ou encore la presse, aux sociétés dont le capital est en tout ou partie détenu par des nationaux.⁵²

Le système du contrôle ne fut jamais en France le système de principe. S'il ressurgit parfois, ce n'est que de manière accidentelle, en vertu d'un droit spécial et exceptionnel, justifié chaque fois par des raisons qui relèvent plus du politique que du juridique.

On décèle bien le danger qu'il y aurait à consacrer le critère du contrôle. Pour reprendre Paul de Visscher : « *Le contrôle est une notion de pur fait qui s'analyse en une influence majoritaire (...) exercée par des facteurs qui relèvent à la fois de l'ordre humain, de l'ordre financier et de l'ordre juridique. Une notion aussi complexe est difficilement appréhensible par le droit, spécialement lorsqu'il s'agit de fonder sur des facteurs aussi fuyants et aussi mouvants un statut juridique général qui réclame une certaine stabilité* ». ⁵³

Dès lors que la détention du contrôle d'une société relève d'éléments de fait qui n'ont rien d'immuable, il existerait un risque que la nationalité de la société devienne variable, emportant changement de la loi applicable à la société au gré de la composition de son actionnariat. On verrait apparaître des problèmes de conflit mobile, relativement à la nationalité de ces personnes morales.

D'où l'idée préférée par la doctrine que le contrôle serait plutôt « *un intérêt non juridiquement protégé qu'un droit pouvant entraîner réparation s'il est violé* ». ⁵⁴

Si la CIJ n'a pas à proprement parlé évoqué la notion de contrôle dans l'arrêt *Barcelona Traction*, on notera que le gouvernement belge avait soulevé la question d'une atteinte au droit de contrôle des actionnaires. Le gouvernement espagnol avait quant à lui contesté qu'il y eut là un droit pouvant être internationalement protégé. Les plaidoiries de MM. Weil et Ago⁵⁵ s'exprimaient en ces termes : « *le contrôle est un pouvoir de fait qui est le résultat de l'exercice normal des droits d'actionnaires* », une « *conséquence politique* » des droits conférés aux actionnaires. Il ne serait pas selon eux une prérogative juridique et ne saurait être exprimé en termes de droit.

⁵² De telles exceptions toutefois s'amenuisent sous la pression du droit communautaire

⁵³ P. de VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, RCADI 1961, Vol. 102, (1961-I), pp. 444-445

⁵⁴ *Ibid.*, p. 395

⁵⁵ CR 69/39, p. 19 et CR 69/40, p. 50

On déduira du silence de la Cour que le contrôle ne confère à son détenteur aucune prérogative juridique protégeable en tant que telle. Il se pourrait néanmoins que le contrôle joue un autre rôle : non plus attributif de droits, ce concept permettrait à l'Etat qui l'invoque - ou plutôt invoque un défaut de contrôle - de refuser d'exercer la protection diplomatique en faveur d'une société ayant sa nationalité, mais non contrôlée par ses nationaux.

La Cour rappelle en effet la pratique de certains Etats, qui consiste à vérifier la nature du contrôle exercé sur une société avant d'accorder leur protection diplomatique, pour ne l'accorder que « *lorsque le siège social, la direction ou le centre de contrôle de cette société se trouve sur leur territoire ou lorsque la majorité ou une partie substantielle des actions appartient à leurs ressortissants* »⁵⁶.

Ainsi le critère du contrôle jouerait un rôle en creux. C'est non pas de son existence mais de son absence que l'on pourrait tirer des conséquences.

Le rejet du critère du contrôle en tant que tel assoit d'autant la rigueur des concepts juridiques, et leur prévalence sur la réalité économique. Dans l'opposition entre la théorie du siège et celle du contrôle, l'arrêt *Barcelona Traction* se positionne, proclamant la victoire de la vision juridique sur la vision économique. On peut lire suite à cet arrêt que « *le conceptualisme juridique a prévalu sur le réalisme* » ou encore trouver parmi les expressions employées par les observateurs, la formule éloquente de « *jurisprudence conceptuelle* ». ⁵⁷

En droit, la Cour a rejeté le fondement du contrôle. Au-delà de ses assises juridiques, ne peut-on pas trouver à l'arrêt *Barcelona Traction* des fondements d'opportunité ?

- **Les fondements en opportunité**

Pour parvenir à sa décision la Cour Internationale de Justice s'est fondée sur plusieurs types de considérations.⁵⁸

En premier lieu, le fait que lorsque des actionnaires investissent dans une société exerçant des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment celui que l'Etat national de la société décide, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard.⁵⁹ La prise de risques est inhérente au développement de l'activité des investisseurs à l'étranger. Or, il peut être utile de rappeler, ainsi que le fait Manuel Diez de Velasco, que : « *la protection diplomatique n'est pas un système d'assurance des investisseurs à l'étranger* »⁶⁰.

Autre considération dont la Cour a tenu compte, celle d'un risque de se trouver confrontée à une multiplicité de réclamations de la part de différents Etats, si l'Etat de nationalité des

⁵⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 43, § 70

⁵⁷ F.A. MANN, « *The Protection of shareholders' interests in the light of the Barcelona Traction case* », AJIL, 1973, p. 274 et W. WENGLER, « *Die Aktievlegitimation zum völkerrechtlichen Schutz von Vermögenanlagen juristischer Personen im Ausland* », Neue Juristische Wochenschrift, 1970, p. 1474, cités et traduits par M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 172

⁵⁸ Relevées notamment dans les commentaires relatifs au *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, CDI, loc.cit., note 2) sous art. 11, pp. 60-61

⁵⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 35, § 43 ; p. 46, § 86-87 ; p. 50, § 99

⁶⁰ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 172

actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique⁶¹. La Cour a en effet indiqué que si l'État de nationalité de l'actionnaire était habilité à agir pour le compte de celui-ci, il n'y avait pas de raison pour que chaque actionnaire ne jouisse pas d'un tel droit.⁶² Les sociétés de taille importante ayant bien souvent des actionnaires de nombreuses nationalités, on perçoit bien le risque dans un tel contexte.

Enfin, la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité de l'une et l'autre de ces entités, à exercer leur protection diplomatique⁶³.

2°) L'arrêt *Barcelona Traction* en tant que précédent jurisprudentiel

A ce jour l'arrêt *Barcelona Traction* demeure un arrêt de principe. Les occasions qui se sont par la suite présentées à la CIJ de se prononcer sur la question de la protection diplomatique des sociétés de capitaux et de leurs actionnaires, furent rares. Elles ont donné lieu à deux arrêts à première vue contradictoires.

a) L'apparent revirement par l'arrêt *E.L.S.I.*

Dans l'affaire dite *E.L.S.I.*⁶⁴ jugée par l'une des chambres de la CIJ, il fut admis que les actionnaires américains d'une société italienne puissent faire valoir des droits sur le plan international, via le mécanisme de la protection diplomatique exercée en leur faveur par les Etats-Unis, à la suite d'une atteinte à la société.

Or, il est un fait significatif, c'est que l'arrêt *E.L.S.I.* ne se positionne pas par rapport à l'arrêt *Barcelona Traction*, pourtant le seul précédent existant en vingt ans. Dès lors que la chambre n'affirme pas explicitement se situer en dehors du cadre de la règle générale, elle laisse supposer que les règles qu'elle dégage auront vocation à s'appliquer de façon générale et donc à supplanter les règles de principe énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction*.⁶⁵

Cependant, pour une majorité de la doctrine, l'arrêt *E.L.S.I.* ne constituait pas un dédit de l'arrêt *Barcelona Traction*, à partir du moment où la Chambre se situait essentiellement sur le terrain de l'application d'un traité bilatéral conclu entre les Etats-Unis et l'Italie, qui reconnaissait certains droits aux investisseurs des deux pays.

Cette interprétation fut confirmée dans l'affaire *Diallo*.

⁶¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, pp. 48-49, § 94 - 96

⁶² *Ibid.*, p. 48, § 94-95.

⁶³ *Ibid.*, p. 38, § 53; p. 50, § 98.

⁶⁴ *Elettronica Sicula Spa (ELSI)*, (Etats Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 15

⁶⁵ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, *loc. cit.*, p. 924

b) L'affaire Diallo

Dans l'arrêt rendu le 24 mai 2007 en l'affaire *Diallo*⁶⁶ la CIJ reprendra son *dictum* de 1970. Pour ignorer le prétendu revirement opéré par l'arrêt *E.L.S.I.*, la Cour argue du contexte conventionnel de ce dernier arrêt, qui ferait obstacle à la modification du droit international général.

Le constat que l'on peut aujourd'hui tirer de cette trilogie est que la règle posée par l'arrêt *Barcelona Traction* est toujours d'actualité. A la suite de l'arrêt *E.L.S.I.* on l'avait crue mourante, mais voilà que l'arrêt *Diallo* lui redonne toute sa vigueur, pour ne pas dire la ressuscite.

Cette règle, qui tire un fondement incontestable dans les principes généraux du droit des sociétés, peut néanmoins perdre dans certaines situations sa justification rationnelle. On songe à des hypothèses dans lesquelles la société en tant que telle ne pourrait vraisemblablement bénéficier d'aucune protection. *Quid* si la société a la nationalité de l'Etat auquel est imputable le fait dommageable ? *Quid* si elle fut dissoute ?

Lorsque la société se trouve dans l'impossibilité d'exercer l'action sociale et ne peut bénéficier en tant que telle d'aucune protection, on peut légitimement s'interroger quant à la nécessité d'attribuer aux actionnaires, à l'image de ce qui est permis en droit interne des sociétés, un droit d'action « *ut singuli* ». ⁶⁷

Prenant en compte de telles considérations, la CIJ reconnaîtra dans l'arrêt *Barcelona Traction* que la règle générale qu'elle expose puisse être assortie de dérogations.

B/ Un droit dérogatoire à la protection

Alors qu'elle vient de consacrer une règle classique mais sévère, la CIJ souligne en se référant au droit interne que « *l'existence indépendante de la personnalité morale ne saurait être considérée comme un absolu. C'est dans cette perspective que l'on a estimé justifié et équitable de « lever le voile social » ou de « faire abstraction de la personnalité juridique » dans certaines circonstances ou à certaines fins* ».

Elle poursuit : « *on peut admettre que la levée du voile, procédé exceptionnel admis par le droit interne à l'égard d'une institution qu'il a lui-même créée, joue un rôle analogue en droit international. Il en découle que, dans l'ordre international également, il peut en principe y avoir des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile dans l'intérêt des actionnaires* ». ⁶⁸

⁶⁶ *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt du 24 mai 2007, C.I.J.

⁶⁷ J.P. HOCHÉPIED transpose ce terme au droit international. *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., pp. 146-147

⁶⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 39, § 58

Quelles sont ces hypothèses dans lesquelles la Cour admet que puisse être opérée cette « *levée du voile* » ?

1°) Les dérogations et leurs justifications

Consciente de la rigueur de la règle qu'elle vient d'énoncer, la CIJ cherchera à l'assortir d'une certaine souplesse, en examinant dans un second temps « *divers autres motifs pour lesquels on pourrait concevoir que le Gouvernement belge soit justifié à présenter une demande pour le compte des actionnaires de la Barcelona Traction* ». ⁶⁹

a) Les exceptions envisagées

Deux cas particuliers, impliquant d'aller au-delà de la personnalité morale, sont d'abord relevés par la Cour :

- Le traitement des biens ennemis dans les traités de paix pendant et après les deux guerres mondiales ⁷⁰

Cette première exception se justifie aisément par son contexte. La législation sur les biens ennemis se voit ici qualifiée d'« *instrument de guerre économique visant à priver l'adversaire des avantages découlant de l'anonymat et de la personnalité distincte des sociétés* » ⁷¹. Il s'agit là d'une hypothèse tout à fait circonstanciée dont on ne saurait tirer une règle générale.

- Les arrangements conventionnels sui generis accordant des indemnités aux actionnaires étrangers de sociétés nationalisées ⁷²

Ces accords relèvent eux aussi d'une catégorie distincte. Leur raison d'être s'explique par une transformation structurelle dans l'économie d'un Etat. Pour reprendre la formule utilisée par la Cour, « *ces accords précis ont été conclus pour répondre à des situations précises* » ⁷³. Ils reposent sur des considérations de politique économique bien plus que sur des raisonnements juridiques.

Ces deux premiers cas tels qu'envisagés par la Cour peuvent sembler bien anecdotiques. « *Il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de procédés bien particuliers découlant de circonstances propres aux situations en cause* ». Du fait de leur nature particulière de *lex specialis*, il ne saurait en être tirée aucune analogie ni conclusion relativement à d'autres domaines. ⁷⁴

D'autres hypothèses, de portée plus générale, sont ensuite envisagées.

⁶⁹ *Ibid.*, § 55

⁷⁰ *Ibid.*, p. 40, § 59-60

⁷¹ *Ibid.*, § 60

⁷² *Ibid.*, p. 41, § 61

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, § 62

- **La protection de l'investissement comme un intérêt directement protégé par le droit international**⁷⁵

Selon l'argument invoqué par la Belgique, son gouvernement aurait qualité pour introduire une réclamation, s'il pouvait établir qu'un de ses droits a été lésé et que les actes incriminés ont entraîné la violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit.

Nous quittons ici le champ de la protection diplomatique des actionnaires en tant que tels pour celle des investissements réalisés par eux, et donc pour une protection indirecte des actionnaires via la protection de leurs investissements.

La question qui se pose alors est celle de l'existence d'un droit propre de l'Etat à la protection en cas d'atteinte à son économie, lorsque des investissements de ses nationaux à l'étranger auraient subi un préjudice.

L'allégation de la Belgique fut rejetée par la Cour, au motif, d'une part que si l'Etat hôte des investissements était tenu de les protéger, il n'en devenait pas pour autant l'assureur des ressources de l'Etat d'origine des investissements. D'autre part, en ce qui concerne les investissements, l'appartenance effective à une économie doit être prouvée. Or, si la protection devait être fondée sur cette appartenance, la difficulté d'en rapporter la preuve serait de nature à priver de réparation un acte illicite commis par un Etat.

- **La possibilité d'une dérogation conventionnelle** permettant la protection des actionnaires par leur Etat de nationalité⁷⁶

La Cour à ce propos prend acte de l'évolution s'étant opérée depuis la seconde guerre mondiale, en matière de protection des investissements à l'étranger. Cette évolution « *s'est traduite par la conclusion de traités [entre les Etats] ou d'accords entre Etats et sociétés. Ces instruments contiennent des dispositions sur la compétence et la procédure en cas de différends concernant le traitement des [investisseurs]. Parfois [ils] se voient conférer un droit direct de défendre leurs intérêts contre les Etats par des procédures définies* ».

Cependant la Cour relève qu'en l'espèce aucun instrument de ce genre n'était en vigueur entre les parties.

La CIJ recherche ensuite s'il n'existerait pas d'autres circonstances spéciales, justifiant une dérogation à la règle générale.

Deux situations particulières retiennent son attention : « *le cas où la société aurait cessé d'exister, et le cas où l'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci* ». ⁷⁷

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 46 et s.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 48, § 90

⁷⁷ *Ibid.*, p. 41, §64

- **Cas où la société aurait cessé d'exister**⁷⁸

La disparition de la société en tant que personne morale implique que la société ait perdu la capacité d'exercer l'action sociale, qu'elle soit de ce fait devenue juridiquement incapable de défendre ses propres droits comme les intérêts de ses actionnaires. Il ne peut s'agir que d'une extinction définitive de la personne morale car « *seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société ; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser* ».

En l'espèce, la situation de faillite de la société ne pouvait être assimilée à son extinction définitive. La société n'ayant pas juridiquement disparu, ses organes pouvaient toujours agir en défense de ses intérêts.

C'est donc dans l'hypothèse où toute possibilité d'action sociale est exclue, alors que les actionnaires ne peuvent compter que sur leurs propres droits, via une réclamation qui sera présentée par leur Etat de nationalité, que l'on pourra admettre la protection de ces derniers. A défaut, les actionnaires se verraient privés de tout droit de demander réparation d'un préjudice qu'ils ont subi, situation assimilable à un déni de justice.

- **L'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci**⁷⁹

Le gouvernement canadien avait exercé pendant des années la protection de la *Barcelona Traction*. Il ne s'agissait donc pas d'un cas où la protection diplomatique aurait été refusée. Si par suite le gouvernement canadien avait cessé d'assurer la protection diplomatique de la *Barcelona Traction*, c'était de son plein gré, sans qu'aucun obstacle juridique ne l'empêche de protéger la société. Rien par conséquent ne venait étayer l'argument selon lequel la seule possibilité d'obtenir réparation pour le tort causé à la *Barcelona Traction* et, à travers elle à ses actionnaires, était que le gouvernement belge saisisse la Cour d'une réclamation.

A en croire le juge Ammoun, la question essentielle de savoir « *si l'Etat national des actionnaires jouit ou non du droit d'endosser la réclamation de ces derniers* » serait une « *question purement juridique sur laquelle la volonté contingente de l'Etat national de la société n'aurait aucun effet* »⁸⁰

Autrement dit, le caractère purement discrétionnaire de la protection diplomatique ne permettrait pas que le défaut d'exercice de ce droit par l'Etat national de la société puisse être jugé par des Etats tiers, et moins encore que son inactivité leur confère un droit quelconque.⁸¹

En vertu de ces considérations, le « *défait de qualité pour agir* » de l'Etat de nationalité de la société ne saurait s'entendre de son simple refus d'exercer la protection diplomatique.

⁷⁸ *Ibid.*, pp.41-42

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 42-46

⁸⁰ *Ibid.*, p. 319 (op. ind. de M. Ammoun)

⁸¹ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc.cit., p. 169

Pour autant, tout un pan de la doctrine a pu considérer qu'il fallait admettre la protection diplomatique des actionnaires si l'Etat national de la société n'était pas légitimé pour exercer la protection diplomatique, c'est à dire lorsque la société manquait d'un lien effectif avec cet Etat.⁸²

Il est de fait une pratique de certains Etats, conditionnant l'exercice de la protection diplomatique à l'existence de liens plus étroits ou différents que la seule exigence de nationalité. Devrait-on pour autant considérer qu'un Etat n'aurait pas « *qualité* » pour agir lorsque ne se trouve pas rempli le critère d'effectivité de la nationalité ?

Cette condition complémentaire, propre à la pratique interne n'est pas semblable à une condition nécessaire sur le plan international. D'ailleurs, la Cour affirme qu'en ce qui concerne la protection diplomatique des personnes morales « *aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale* ». ⁸³

Le défaut de qualité ne s'entend donc pas du non exercice de la protection diplomatique par l'Etat de nationalité de la société, non plus du défaut de légitimité de ce dernier, en application du critère du lien effectif. De sorte que l'hypothèse du « *défaut de qualité* » envisagée par la Cour semble se réduire à une seule situation, celle dans laquelle l'Etat de nationalité serait lui-même à l'origine du préjudice. Comme il n'est pas concevable qu'un Etat puisse agir contre lui-même, celui-ci ne saurait par conséquent avoir qualité pour agir.

Il apparaît ainsi que l'hypothèse apparemment autonome, consistant dans le défaut de qualité pour agir de l'Etat de nationalité de la société, serait à inclure dans la proposition plus générale formulée ultérieurement par la Cour, qui a trait à des raisons d'équité.

- La Cour réserve en effet les derniers paragraphes de l'arrêt à examiner si **l'équité** pourrait, dans certains cas, exiger la protection diplomatique des actionnaires.⁸⁴

Elle invoque une thèse selon laquelle « *l'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société* », bien qu'elle affirme d'emblée que « *cette thèse (...) ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la Barcelona Traction* ».

La configuration imaginée est donc particulière, et nous fait quitter la relation triangulaire telle qu'on la trouve dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, pour une relation cette fois bilatérale. C'est ce contexte que vise Manuel Diez de Velasco par l'expression de « *protection des actionnaires étrangers dans les sociétés locales* ». ⁸⁵ D'après ce même auteur, une application de l'équité afin de permettre la protection des actionnaires ne reposerait sur aucune règle se référant à la protection diplomatique ni à la responsabilité internationale des

⁸² P. de VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales, loc. cit.*

⁸³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit.*, p. 43, § 70

⁸⁴ *Ibid.*, pp.49 et s.

⁸⁵ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, loc.cit.*, p. 163

Etats, mais sur des considérations générales, indépendantes et étrangères à ces dernières règles.⁸⁶

Pourrait-on comme lui soutenir qu'il existe un fondement distinct de l'Equité ?

b) Développements sur l'équité

La Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* affirme qu'elle : « *n'est pas d'avis que, dans les circonstances de [l'affaire], des considérations d'équité soient de nature à conférer qualité pour agir au gouvernement belge* »⁸⁷. Considérant que la protection indirecte que les actionnaires pourraient recevoir de l'Etat national de la société est suffisante pour remplir les exigences minimales de l'équité, elle écarte la possibilité d'un droit de protection diplomatique en faveur des actionnaires d'un Etat tiers. Ceci car des considérations d'équité « *ne sauraient exiger plus que la possibilité de voir intervenir un Etat protecteur* ».

Or, dans le cas d'une atteinte portée aux sociétés locales, il n'existerait, en application de la règle générale, aucun Etat susceptible d'exercer la protection diplomatique, ni en faveur de la société, ni en faveur des actionnaires, pour des dommages que ce même Etat aurait causé aux sociétés.

- L'équité et le droit interne

Lorsque la société est lésée par son Etat de nationalité, elle ne peut se retourner contre lui. Les actionnaires qui ont subi un préjudice indirect ne peuvent donc pas s'appuyer sur une éventuelle action de la société pour obtenir réparation de leur préjudice.⁸⁸

Dans ce cas, « *le sens commun et l'équité* »⁸⁹, voire « *des considérations impérieuses de justice* »⁹⁰ exigeraient la protection des actionnaires.

Sur ce point, on ne peut s'empêcher d'établir un parallèle avec certaines situations qui se rencontrent en droit interne. Dans le cas d'une atteinte portée à une société locale, le fondement du droit d'action en protection diplomatique des actionnaires présente en effet de fortes similitudes avec celui de l'action *ut singuli* en droit interne, à savoir éviter la paralysie voire le déni de justice.

En droit interne des sociétés, l'action sociale qui vise à réparer le préjudice subi par la société doit en principe être exercée par ses représentants légaux.

Mais dans l'hypothèse où la faute aurait été commise par un ou plusieurs dirigeants, il est à craindre que ces derniers négligent d'intenter cette action, dite *ut universi*. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence, puis la loi, ont admis la possibilité que les associés exercent eux-

⁸⁶ *Ibid.*, p. 170

⁸⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 50, § 101

⁸⁸ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, *loc. cit.*, pp. 551-552

⁸⁹ B.W. Beckett, *Diplomatic claims in respect of injuries to Companies*, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, 1931, p. 189

⁹⁰ Ch. DE VISSCHER, *De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel elle cette société s'est constituée*, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 624

mêmes l'action sociale, individuellement⁹¹. Elle est qualifiée, pour cette raison, d'action sociale *ut singuli*. Si l'action est le fait de plusieurs associés, on parlera d'action *ut plures*.⁹² On reconnaît à cette action un caractère subsidiaire : à défaut d'intervention des représentants légaux de la société, l'action sociale pourra être mise en œuvre *ut singuli*, ce qui permet à un associé de pallier la défaillance des organes sociaux et de demander au dirigeant fautif la réparation des dommages subis par la société.⁹³

L'utilité de cette action est évidente. Une action en révocation d'un dirigeant a pu se solder par un échec à cause de la majorité détenue par ce dernier dans le capital, ou de l'appui qu'il a pu recevoir d'autres associés. Pareillement, le nouveau dirigeant peut refuser de poursuivre son prédécesseur coupable de fautes et qui a quitté ses fonctions. L'action sociale se trouve alors paralysée et il est difficile d'entrevoir que le dirigeant fautif engage une action judiciaire contre lui-même. L'action sociale *ut singuli* représente alors la voie de salut.

Envisagées cette fois dans le contexte particulier du droit international, les acteurs certes ont changés, mais les considérations sont similaires, et la question se pose en des termes identiques : comment faire lorsque le représentant légal/ l'Etat de nationalité de la société, auquel le droit reconnaît qualité pour agir en réparation du préjudice social, se trouve être lui-même à l'origine du préjudice subi, autrement dit, lorsque la société se trouve attaquée par son propre défenseur, par le garant de ses droits ?

La réponse apportée dans l'un et l'autre cas sera de reconnaître un droit d'action /de protection en faveur des actionnaires.

Au regard de cette comparaison, on s'aperçoit que l'arrêt *Barcelona Traction*, aussi bien par la règle générale qu'il établit, que par les exceptions qu'il envisage, ne fait que reprendre, pour les transposer en droit international général, les considérations traditionnelles qui fondent les règles du droit interne des sociétés.

Pour Paul de Visscher : « *Dans la matière de la protection diplomatique, ces considérations de justice et de raison sont d'autant plus pertinentes que le droit international laisse aux Etats pleine liberté pour fixer les critères de la nationalité des personnes morales dans lesquelles les intérêts étrangers se trouvent engagés* ». ⁹⁴

- **L'hypothèse de la constitution forcée de la société**

Une controverse est née sur le point de savoir si le lien d'appartenance via la nationalité de l'Etat responsable ne devait pas être mis en relation avec une éventuelle obligation imposée par cet Etat, exigeant que la société ait été constituée conformément à son droit interne.

⁹¹ C.com., art. L 223-22, al. 3, SARL et L 225-252, SA

⁹² A. Constantin, *Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi*, RDS 2001, p. 323

⁹³ JurisClasseur Commercial, Fasc. 1053 : Dirigeants sociaux - Responsabilité civile

⁹⁴ P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales, loc. cit.*, p. 465

Il s'agirait dans l'affirmative de réduire les interventions de l'équité aux hypothèses de constitution forcée de la société sur le territoire d'un Etat donné.⁹⁵

En cas de dommage causé à l'une de ces sociétés, la condition d'acquisition obligatoire de la nationalité de l'Etat défendeur s'opposerait à toute action à son endroit, et par conséquent prêterait toute action en protection de la part de l'Etat de nationalité.⁹⁶

Quelques auteurs, tel que le Professeur Reuter⁹⁷, ont pu voir dans l'exigence consistant pour certains Etats à conditionner l'exercice d'une activité économique sur leur territoire à l'acquisition préalable de leur nationalité, une logique proche de celle qui prévaut dans le cadre de la « *clause Calvo* ».⁹⁸

Manuel Diez de Velasco évoque pour sa part un procédé permettant de « *frustrer unilatéralement* » la possibilité d'exercer la protection diplomatique contre l'Etat auteur du dommage.⁹⁹

C'est cette hypothèse particulière qui avait été envisagée dans le cadre de l'affaire *Petroleo El Aguila S.A.*¹⁰⁰. Face au gouvernement mexicain, se prévalant du fait que la société avait sa nationalité, le gouvernement britannique avait répondu que : « *si l'on devait admettre la thèse selon laquelle un gouvernement peut d'abord subordonner les activités d'intérêts étrangers sur son territoire à une incorporation selon la loi territoriale, et se réclamer ensuite d'une telle incorporation pour faire échec à une réclamation diplomatique étrangère, il est clair qu'il y aurait toujours moyen d'empêcher les Gouvernements étrangers d'exercer les droits indiscutables qu'ils ont en vertu du droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs nationaux à l'étranger* ».

Inspirée peut-être par de telles considérations, la Commission du Droit International a admis dans son Projet d'articles sur la protection diplomatique, que l'Etat de nationalité des actionnaires d'une société puisse exercer sa protection diplomatique à leur égard lorsqu'un préjudice est causé à la société « *si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'Etat qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet Etat était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat* ».¹⁰¹

On peut regretter toutefois que le projet d'article 11 b) réduise l'exception initialement envisagée dans l'arrêt *Barcelona Traction*, et justifiée par la Cour pour des raisons d'équité, à la seule hypothèse de la constitution forcée de la société. En posant cette condition

⁹⁵ Cette condition d'acquisition obligatoire de la nationalité dans la définition d'une dérogation au profit de la protection diplomatique des actionnaires fut notamment défendue par les juges Fitzmaurice et Jessup : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, resp. pp. 72-73 et pp. 191-192

⁹⁶ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, *loc. cit.*, p. 553

⁹⁷ P. REUTER, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, 1973, p. 198

⁹⁸ La clause de renonciation dite « *clause Calvo* », du nom du diplomate argentin Carlos Calvo, est une stipulation contractuelle par laquelle un étranger renonce à demander la protection diplomatique de son Etat de nationalité et accepte de s'en remettre exclusivement aux recours judiciaires internes pour toute plainte concernant l'exécution du contrat.

⁹⁹ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, *loc. cit.*, p. 166

¹⁰⁰ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, Washington, 1967, pp. 1273-1274

¹⁰¹ CDI, 58^e session, 2006, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, *loc. cit.*, art. 11 b), p. 59

additionnelle, la Commission réduit d'autant les possibilités d'une dérogation à la règle générale, pour les limiter aux cas d'injustice les plus flagrants.

Or les concepts d'équité, de justice, de raison, sont des concepts larges et généraux, qui peuvent recevoir aussi bien application en droit interne qu'en droit international. On pourrait de ce fait soutenir que la notion d'équité ne saurait être confinée aux seules limites posées par le projet d'articles.

Le principe de la protection diplomatique des actionnaires apparaît aisément justifiable par des idées d'équité et de justice. Il devient juridiquement acceptable dès que l'on a pris conscience des limites de la personnalité morale. Cependant, le droit des actionnaires à la protection de leur Etat national est soumis dans la pratique à de nombreuses vicissitudes. Une question se pose alors, celle de la nature de ce droit.¹⁰²

2°) La nature de la protection diplomatique des actionnaires

Il n'est pas douteux que dans les hypothèses énumérées, il existe un droit d'action au profit des actionnaires qui auraient subi un préjudice indirect du fait d'un dommage causé à la société.¹⁰³ La question se pose dès lors de déterminer la nature d'un tel droit. Serait-ce une protection alternative ? Subsidaire ? Autonome ?

Plusieurs propositions seront successivement envisagées, reflétant les différentes hypothèses qui ont nourri le débat en la matière.

- Un caractère alternatif : l'hypothèse de droits concurrents

Cette hypothèse sera rejetée par la CDI, se prononçant à propos de l'étendue qu'il convient d'accorder aux considérations d'équité. La Cour adopte à cet égard une vision restrictive qu'elle justifie par les conséquences pratiques auxquelles on aboutirait si on déduisait des considérations d'équité un droit plus large de protection pour l'Etat de nationalité des actionnaires.

En matière d'équité, chacun des actionnaires devrait avoir la même possibilité de bénéficier de la protection diplomatique, quand bien même il ne détiendrait qu'une seule action. Or, l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels, en ouvrant la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, serait de nature à créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales.¹⁰⁴

Pour résoudre les problèmes découlant de la pluralité des réclamations simultanées de la part des Etats nationaux des actionnaires, Algott Bagge proposait, comme condition préalable à l'admissibilité de leur réclamation, la signature d'un accord établissant une coopération entre

¹⁰² J.P. HOCHÉPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 181

¹⁰³ Ibid., p. 179

¹⁰⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 50, § 96

les Etats prétendant exercer leur protection diplomatique¹⁰⁵. Toutefois la conclusion de tels accords serait très difficile, si ce n'est impossible, en raison du nombre d'Etats intéressés.

Sous le projet d'article 11 de la CDI¹⁰⁶, qui reconnaît dans certaines situations le droit pour l'Etat de nationalité des actionnaires d'exercer l'action en protection diplomatique en leur faveur, on peut lire le commentaire suivant : « *les actionnaires d'une société pouvant avoir la nationalité de différents États, plusieurs États [pourront] exercer la protection diplomatique (...). Dans la pratique, cependant, les États coordonneront leurs réclamations et s'assureront que les États dont les nationaux détiennent la majorité du capital social se portent parties requérantes* ». ¹⁰⁷

On peut douter du réalisme de la solution prônée. Hypothèse vraisemblablement impraticable de fait, elle s'apparenterait plutôt à un vœu pieu. Pour ces raisons, il n'apparaît pas souhaitable de reconnaître au droit d'action en protection au profit des actionnaires une nature alternative.

- **Un droit de caractère subsidiaire**

En face de la thèse selon laquelle un droit de protection alternatif pourrait être exercé par l'Etat national de la société ou celui des actionnaires, on a pu soutenir qu'il existait un droit de protection subsidiaire au profit des actionnaires, dans le cas où la protection au profit de la société serait impossible.¹⁰⁸

Au regard des termes qu'elle emploie dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour Internationale de Justice semble envisager un droit de nature subsidiaire, bien qu'elle refuse de reconnaître en l'espèce un tel droit. Elle justifiera par la suite l'une des raisons de son refus, à savoir que : « *L'essence d'un droit subsidiaire est de ne prendre naissance qu'au moment où le droit original cesse d'exister. (...) Comme le droit de protection revenant à l'Etat national de la société ne saurait être tenu pour éteint du fait qu'il n'est pas exercé, il n'est pas possible d'admettre qu'en cas de non-exercice les Etats nationaux des actionnaires auraient un droit de protection subsidiaire par rapport à celui de l'Etat national de la société.* » ¹⁰⁹

Ainsi, à raison notamment du caractère discrétionnaire de la protection diplomatique, il semble bien difficile d'admettre un droit subsidiaire de l'Etat de nationalité des actionnaires à l'exercice de la protection diplomatique en faveur de ces derniers.

Dans le cas d'une atteinte à la société locale, situation justifiant l'intervention de l'Etat de nationalité des actionnaires pour des considérations d'équité, il ne saurait non plus s'agir d'un droit de protection subsidiaire, puisque l'Etat de nationalité de la société n'a pas lui-même dans ce cas qualité pour agir.

¹⁰⁵ A. BAGGE, "Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders", BYIL, 1958, p. 175, cité et traduit par M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 171

¹⁰⁶ CDI, 58^e session, 2006, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, loc. cit., art. 11, p. 59

¹⁰⁷ *Ibid.*, note 3) sous art. 11, p. 61

¹⁰⁸ J.P. HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc. cit., p. 184

¹⁰⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 50, § 96

Sébastien Touzé préfère quant à lui employer le terme de complémentarité, plutôt que de subsidiarité, en ce que le caractère complémentaire du régime envisagé s'inscrirait plus logiquement dans la conception même de la nature de la protection diplomatique, elle-même envisagée comme un mécanisme complémentaire de protection des droits individuels d'origine internationale.¹¹⁰

*« Complémentaire (voire alternatif) et justifié par une protection renforcée des intérêts privés sur le plan international, le régime de la protection diplomatique des actionnaires s'enchevêtre avec celui qui est applicable aux sociétés et doit, quant à sa mise en œuvre, être apprécié à la lumière de ce dernier ».*¹¹¹

- **Une protection autonome ?**

Le Juge Tanaka se montre plus radical lorsque dans son opinion individuelle, il indique que la protection diplomatique des actionnaires ne devrait pas se concevoir comme une protection subsidiaire mais comme une protection autonome. Indépendante de la protection de la société elle-même, elle pourrait exister en dehors de toute circonstance qui entraverait ou paralyserait l'exercice du droit de protection de la société et l'intervention de son gouvernement national.¹¹²

La question de la nature de la protection diplomatique des actionnaires reste donc ouverte. Pour ce qui est de son articulation avec la protection diplomatique de la société, il semblerait au regard de la jurisprudence évoquée, que nous demeurerions dans un cadre classique, celui d'un principe général assorti de dérogations. Les propos de Mervyn Jones sur ce point restent encore pertinents. Au sujet de la pratique favorable au développement de la protection diplomatique des actionnaires, qui avait vu le jour dans la première moitié du XX^e siècle, il y voyait une démonstration de « *l'existence d'une règle d'équité complétant le principe normal du respect de la personnalité juridique des sociétés et y apportant des exceptions dans tous les cas où son application stricte aboutirait à une injustice* »¹¹³

¹¹⁰ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger*, loc. cit., note p. 548

¹¹¹ *Ibid.*, p. 553

¹¹² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 134

¹¹³ MERVYN JONES, "Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies", art. in *British Year Book of International Law*, 1949

La règle consacrée par l'arrêt *Barcelona Traction* s'inspire de celle qui prévaut en droit interne des sociétés : un principe de distinction entre les droits du groupement et ceux de ses membres, assorti toutefois d'exceptions lorsque cela est nécessaire pour éviter la paralysie ou les injustices flagrantes. Cette dialectique du principe et de l'exception contribue à l'instauration d'une solution équilibrée, introduisant une certaine souplesse au sein du mécanisme de la protection diplomatique.

Strict dans son principe, mais pas pour autant inflexible, l'arrêt *Barcelona Traction* ouvrait la voie à de possibles exceptions, renvoyant on l'imagine à une application ultérieure par la jurisprudence.

Or, près de quarante ans plus tard, nous attendons toujours l'arrêt qui établira clairement la validité de ces exceptions et nous éclairera sur leur portée.

Ce n'est pourtant pas à défaut de jurisprudence ultérieure. En effet, à deux reprises, la CIJ a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la protection diplomatique des sociétés de capitaux et de leurs actionnaires. Mais il semblerait qu'elle n'ait pas alors saisi l'occasion pour préciser la portée des exceptions envisagées dès 1970, privant *a posteriori* de toute souplesse la jurisprudence issue de l'arrêt *Barcelona Traction*.

Seconde partie

La protection diplomatique des actionnaires : un droit illusoire ?

Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la CIJ ouvrait la voie à d'éventuelles dérogations à la règle qu'elle énonçait. Si elle ne faisait pas en l'espèce, application des exceptions ainsi entrevues, on pouvait supposer que la jurisprudence ultérieure se prononcerait à la fois sur leur validité et sur leur portée. Solution sévère mais non indérogeable, la jurisprudence *Barcelona Traction* nécessitait que, par une intervention ultérieure, soient explorées les pistes qu'elle avait entrouvertes.

La non-utilisation par la jurisprudence ultérieure de toutes les virtualités de l'arrêt *Barcelona Traction*, reviendra à priver de toute flexibilité la jurisprudence qui en est issue, laquelle demeure dans tout le rigorisme de la solution de 1970. Ce n'est pas l'arrêt en lui-même, mais plutôt le défaut d'exploitation par la jurisprudence ultérieure de toutes les possibilités offertes par l'arrêt *Barcelona Traction*, qui en fait, mais *a posteriori* seulement, un arrêt rigide et insuffisamment protecteur (A).

Cela ne va pas sans répercussions sur le mécanisme de la protection diplomatique. La jurisprudence, en a fait un moyen de protection inadapté. On comprend donc que la pratique cherche à se placer en dehors de ce cadre pour recourir plutôt à d'autres mécanismes de protection des investissements étrangers (B).

A/ Un mécanisme insuffisamment protecteur : étude de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Barcelona Traction*

En dépit d'une solution rigoureuse, l'arrêt *Barcelona Traction* laissait la place à d'éventuelles exceptions, qu'il conviendrait à la jurisprudence ultérieure de confirmer. Cette solution apparaissait de la sorte juste et équilibrée.

Quelle utilisation la jurisprudence réservera-t-elle à cette solution ?

Notre étude se déroulera en deux temps, de façon à envisager chacun des deux arrêts par lesquels la CIJ eu de nouveau à se prononcer sur la question de la protection diplomatique des sociétés de capitaux et de leurs actionnaires.

1°) L'arrêt *E.L.S.I.*¹¹⁴

Le litige en cause dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (E.L.S.I.)* nous replace face à la question des conséquences juridiques pouvant être tirées de l'existence d'un contrôle d'une société nationale par des intérêts étrangers.¹¹⁵

Dans cette affaire, une chambre de la Cour avait autorisé les États-Unis à formuler une demande contre l'Italie à raison de dommages subis par une société italienne dont les actions

¹¹⁴ *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juil. 1989, C.I.J. Recueil 1989

¹¹⁵ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., p. 898

appartenait en totalité à deux sociétés américaines. La chambre avait toutefois rejeté la demande sur le fond, en estimant que les actes de l'Italie ne constituaient pas une violation du Traité d'amitié, de commerce et de navigation qui était en cause.¹¹⁶

Ce qui est pour le moins surprenant, c'est que la Chambre ait évité de se prononcer sur la compatibilité de sa décision avec l'arrêt *Barcelona Traction*, alors même que l'Italie avait soulevé une exception formelle, à savoir que la société dont la violation des droits était alléguée était italienne, tandis que les États-Unis cherchaient à protéger les droits des actionnaires de la société.¹¹⁷

La Chambre dans cet arrêt n'a repris ni la règle, ni la motivation, ni la doctrine de l'arrêt *Barcelona Traction*. Or, à partir du moment où elle n'affirmait pas se situer hors du cadre de la règle générale, la Chambre laissait supposer que les règles dégagées en l'espèce étaient d'application générale, ayant vocation à se substituer aux règles de principe énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction*, autrement dit à opérer un revirement de jurisprudence.

Mais peut-on réellement parler de revirement, quand l'arrêt *E.L.S.I.* n'est en fait « rien de moins qu'une non-application de la règle générale adoptée par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* » ?¹¹⁸

La doctrine s'est rapidement accordée pour minimiser cette nouvelle orientation, imprimée en apparence par l'arrêt *E.L.S.I.*. Au lendemain de cet arrêt, les auteurs déjà s'interrogeaient sur le fait de savoir si, en dépit du revirement affiché, l'arrêt *E.L.S.I.* ne pouvait pas s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence *Barcelona Traction*.¹¹⁹

La pertinence de l'arrêt *Barcelona Traction* dans l'affaire *E.L.S.I.* a été soulignée par le juge Oda. Dans son opinion individuelle, il faisait valoir que les sociétés américaines propriétaires de la société italienne n'en n'étaient que les actionnaires, et que les États-Unis ne pouvaient pour cette raison exercer leur protection diplomatique à leur profit.¹²⁰ De son silence, on déduit généralement que la Chambre n'a pas accepté cet argument, alors même qu'il repose sur l'arrêt *Barcelona Traction*.¹²¹

L'arrêt *E.L.S.I.* s'affranchit en apparence de la règle générale énoncée à l'occasion de l'arrêt *Barcelona Traction*. Comment justifier cette prise de liberté à l'égard du (seul) précédent posé par la CIJ ?

On l'a maintes fois rappelé : l'arrêt fut rendu dans un contexte conventionnel. Pour autant, n'aurait-il pas pu se positionner au regard du droit international général ?

¹¹⁶ J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, loc. cit., p. 11

¹¹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 47, § 87-88

¹¹⁸ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., p. 922

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 47, § 87-88

¹²¹ J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, loc. cit., p. 11

Il paraît à ce stade nécessaire d'envisager les faits pertinents de l'affaire *E.L.S.I.*, afin d'en relever les similitudes et/ou divergences avec l'affaire de la *Barcelona Traction*, et qui soient de nature à justifier, ou bien une application similaire, ou bien une application divergente de la règle issue de ce dernier arrêt.

a) Les faits pertinents dans l'affaire E.L.S.I.

Les faits de l'espèce présentent d'abord certaines similitudes avec ceux de l'arrêt *Barcelona Traction*.

Ainsi, on notera d'emblée que la nationalité des actionnaires y diffère de celle de la société. Cette seule considération aurait pu justifier qu'il soit fait application de la règle générale posée par l'arrêt *Barcelona Traction*, exigeant que pour acte ayant causé un préjudice à la société, seul l'Etat de nationalité de celle-ci puisse exercer l'action en protection diplomatique en sa faveur, à l'exclusion de toute action de la part de l'Etat de nationalité des actionnaires.

Or, il peut être bon de rappeler que l'arrêt *Barcelona Traction* assortit sa règle générale d'exceptions particulières. Si au regard du contexte de l'affaire de telles exceptions n'avaient pas vocation à s'appliquer, une configuration différente aurait pu à l'inverse le justifier. Cette différence de contexte, c'est justement ce qu'offrait l'affaire *E.L.S.I.*.

En effet, nous quittons dans cette espèce la relation triangulaire de l'arrêt *Barcelona Traction* pour une relation qui cette fois est bilatérale, et dans laquelle l'Etat de nationalité de la société se trouve être l'auteur des mesures incriminées dirigées contre la société.

Autre distinction à prendre en considération, les actionnaires belges de la *Barcelona Traction*, détenaient certes la majorité du capital de cette société, mais non sa totalité, comme c'était le cas en revanche dans l'affaire *E.L.S.I.*¹²² Sans nécessairement représenter une justification, cette détention totale de l'entité étrangère permettrait du moins d'expliquer la tendance de la Chambre à opérer une confusion entre le patrimoine de la société et celui de ses actionnaires, là où l'arrêt *Barcelona Traction* veillait à maintenir une nette distinction.

Enfin, si l'arrêt *Barcelona Traction* s'appuie sur le droit international coutumier, l'arrêt *E.L.S.I.* prend quant à lui appui sur des dispositions conventionnelles.

Ces différences dans le contexte tant juridique que factuel de l'affaire, auraient-elles pu justifier que la Chambre se place dans le cadre de l'une (au moins) des exceptions envisagées par la CIJ en 1970 ? Plutôt que d'écarter la règle générale posée par l'arrêt *Barcelona Traction*, la Chambre n'eût-elle pas pu, ou dû explorer les pistes des cas particuliers envisagés dans cette même affaire ?¹²³

A la manière de Brigitte Stern, reprise dans sa démarche par John Dugard, nous adopterons un raisonnement au conditionnel, nous amenant à formuler des hypothèses sur les fondements que la Chambre n'a pas, mais aurait pu utiliser.

¹²² Il est fait état d'une détention de 100% du capital par les actionnaires américains

¹²³ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., p. 924

Nous envisagerons ainsi successivement les hypothèses énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction*, au regard du contexte de l'affaire *E.L.S.I.*¹²⁴

b) **Existence des hypothèses énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction*, dans l'affaire *E.L.S.I.***

- Peut-être s'agissait-il d'abord - et nous serions tentés de dire tout simplement - d'une **atteinte aux droits directs des actionnaires**. Leur droit d'action eût alors été justifié au regard de la règle générale, sans même qu'il fût besoin de recourir à l'une ou l'autre des dérogations envisagées. En cas d'atteinte directe aux droits des actionnaires, c'est à leur Etat de nationalité que serait revenu le droit d'action en protection diplomatique.
- Autre hypothèse envisagée par l'arrêt *Barcelona Traction*, et envisageable dans l'affaire *E.L.S.I.*, celle de **la disparition de la société**. La société *E.L.S.I.* avait fait l'objet d'une liquidation, à la suite de quoi elle avait effectivement, et incontestablement disparue en droit. La chambre aurait donc pu se situer dans le cadre de cette dérogation à la règle générale pour reconnaître le droit d'action en protection diplomatique de l'Etat de nationalité des actionnaires.
- **L'atteinte à une société ayant la nationalité de l'Etat auteur de la mesure incriminée** : la question de la portée devant être donnée à une telle exception n'avait pas été tranchée par l'arrêt *Barcelona Traction*, puisque les faits n'offraient pas alors une telle configuration. Dans l'arrêt *E.L.S.I.*, le contexte était différent et se prêtait cette fois, à ce que la Chambre ou bien confirme, ou bien rejette ladite exception.

Or, la Chambre l'admet de fait, sans la fonder en droit. Ceci est sans doute bien regrettable. Ni confirmation, ni dénégation, la question laissée en suspens dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, de savoir si l'Etat national des actionnaires était habilité à les protéger dans le cas où le préjudice aurait été causé à la société par l'Etat où celle-ci a été constituée, ne se voit ici fournir aucune autre réponse. Cet arrêt ne permet pas d'être fixé sur la règle de droit international général applicable en cas d'investissement direct étranger dans une société nationale.

- **Le contexte conventionnel** : c'est l'application d'un traité d'amitié, de commerce et de navigation signé entre les Etats parties au différent¹²⁵ qui constitue le fondement implicite de l'arrêt. Pour autant, la Chambre n'a pas indiqué en quoi les règles conventionnelles dérogeaient au droit international général. On peut déplorer ces motifs lacunaires. Le Traité ne dérogeant pas *a priori* aux principes généraux du droit international tels que rappelés par l'arrêt *Barcelona Traction*, rien ne faisait semblé t-il obstacle à ce que la Chambre se prononce par rapport au précédent posé par cet arrêt.

Si on ne comprend pas en droit les raisons de cet écart, on comprendra peut-être plus aisément les raisons d'opportunité qui ont guidé la solution de la Chambre. Il ne s'agissait pas pour cette dernière d'évaluer en soi le droit international coutumier, mais bien d'interpréter un traité d'amitié, de commerce et de navigation. Si la Chambre avait jugé la demande irrecevable au motif que les États-Unis ne pouvaient

¹²⁴ Voir sur ce point la démarche de B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, *loc. cit.*, pp. 925 et s.

¹²⁵ Traité d'amitié, de commerce, et de navigation signé le 2 février 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie

protéger des sociétés américaines actionnaires d'une société italienne, elle aurait mis en péril la valeur des traités bilatéraux relatifs aux investissements, qui visent notamment à protéger les actionnaires nationaux détenant le contrôle de sociétés constituées dans l'État d'accueil des investissements.¹²⁶

Il ressort de cet examen que non pas une, mais bien plusieurs des hypothèses envisagées par l'arrêt *Barcelona Traction* comme autant d'éventuelles dérogations à la règle générale, se retrouvent dans l'arrêt *E.L.S.I.* La Cour aurait pu aisément se placer dans le cadre de l'une ou l'autre de ces exceptions et préciser à cette occasion leur portée, chose qui n'avait pas été faite en 1970.

Et pourtant, aucune des exceptions envisagées par l'arrêt *Barcelona Traction* ne fut explicitement avancée comme fondement juridique de la solution énoncée par la Chambre.

c) L'articulation des deux décisions

Cette énumération peut laisser perplexe : autant d'occasions de se prononcer sur la portée des exceptions envisagées par l'arrêt *Barcelona Traction* que la Cour n'a pas saisies, autant d'opportunités d'exprimer d'une façon claire et explicite la position du droit international général au regard de telles exceptions, que la Chambre a pourtant cru bon de pouvoir délaïsser.

La Chambre ne s'est pas une seule fois référée *expressi verbis* à la décision de la CIJ en l'affaire *Barcelona Traction*. Or, il n'est pas indifférent d'appliquer soit la règle générale, soit une exception.

Pourquoi la chambre n'a-t-elle pas simplement déclaré que la règle issue de l'arrêt *Barcelona Traction* était écartée du fait de l'existence de circonstances particulières ? Serait-ce le signe d'une volonté de sa part d'établir une règle nouvelle ?¹²⁷

A cela, on peut opposer la spécificité de l'espèce, notamment son contexte conventionnel, qui ferait obstacle à la consécration d'une nouvelle règle de droit international général. C'est d'ailleurs cette raison qui fut avancée par la doctrine pour refuser à l'arrêt *E.L.S.I.* la portée d'un revirement.

Pourtant, le Traité en lui même ne portait pas atteinte aux principes généraux du droit international. Ce n'est donc pas le Traité qui permettrait en soi de justifier la solution adoptée par la Chambre. L'examen de cet arrêt révèle ainsi de multiples contradictions.

¹²⁶ Terry Gill, "ELSI Case", A.J.I.L., 1990, p. 249 ; 257-258

¹²⁷ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., pp. 931-935

d) L'apport de l'arrêt E.L.S.I.

Cet arrêt *a priori* progressif confère un droit de protection aux actionnaires, là où l'arrêt *Barcelona Traction* leur refuse. Pour autant, représente-t-il vraiment une avancée ?

On a d'abord affirmé que cet arrêt renforçant la protection des actionnaires, imprimait une « *nouvelle orientation* » à la matière.¹²⁸ Certes à première vue, cet arrêt semble progressif. Mais son erreur – qui par la suite s'avérera lourde de conséquences, au regard de l'évolution du droit international général – est de ne s'être pas prononcé par rapport au précédent de l'arrêt *Barcelona Traction*. Alors que dans un second temps l'arrêt *Diallo* ramènera l'arrêt *E.L.S.I.* dans la droite ligne de cette jurisprudence, il sera trop tard. La chambre dans l'arrêt *E.L.S.I.* a manqué de se prononcer sur la portée des exceptions envisagées par l'arrêt *Barcelona Traction*, et de ce fait même, prive le droit international général de la souplesse qu'elle aurait pu lui insuffler.

Si la Chambre a, dans l'arrêt *E.L.S.I.*, perdu plus d'une opportunité de se prononcer sur la portée des exceptions envisagées par l'arrêt *Barcelona Traction*, l'arrêt *Diallo*, se montre encore plus décevant peut être.

2°) L'arrêt Diallo

Alors que la chambre, dans l'arrêt *E.L.S.I.*, ne s'était pas positionnée par rapport au précédent de l'arrêt *Barcelona Traction*, et par sa généralité semblait poser une nouvelle règle de droit, l'arrêt rendu dans l'affaire *Diallo* refuse ce label de revirement à l'arrêt *E.L.S.I.*, confirmant l'opinion de la doctrine sur ce point.

Ayant levé presque vingt ans d'incertitude quant à l'éventualité d'un revirement, et réduisant du même fait la portée de l'arrêt *E.L.S.I.*, la Cour se trouve libre d'opérer alors un retour à la règle posée par l'arrêt *Barcelona Traction*. Dans l'arrêt *Diallo*, elle redonne toute sa vigueur – et sa rigueur – à la règle de droit international général. Comment justifier un tel '*retour aux sources*' ?

a) Les faits de l'affaire Diallo

Un citoyen guinéen, installé en République Démocratique du Congo (R.D.C.), y avait fondé deux sociétés, dont il était le gérant majoritaire. La Guinée dans cette affaire, entendait exercer la protection diplomatique en faveur de son ressortissant à raison de la violation de trois catégories de droits prétendument violés, à savoir les droits individuels de M. Diallo en tant que personne, ses droits propres d'associé, et les droits des deux sociétés « *par substitution* ».

La R.D.C., contestant la recevabilité de la requête guinéenne, avait notamment soulevé une exception préliminaire ayant trait à l'absence de qualité pour agir du gouvernement guinéen, dans la mesure où les droits dont il cherchait à assurer la protection seraient des droits appartenant aux deux sociétés de nationalité congolaise, et non à M. Diallo.

¹²⁸ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., p. 935

La Cour reprend à l'occasion de l'affaire *Diallo*, son *dictum* de 1970, rappelant qu'en matière de protection diplomatique, le principe, tel qu'il fut souligné dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est que : « *La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent* ». ¹²⁹ L'exception d'irrecevabilité soulevée par la R.D.C. sera de ce fait retenue.

Ainsi la Cour a fait appel au *dictum* de l'arrêt *Barcelona Traction*, qui en près de quarante ans n'a pas pris une ride. Sortie indemne de la jurisprudence *E.L.S.I.*, la règle de principe posée à l'occasion de l'arrêt *Barcelona Traction* est reprise par la Cour comme fondement de sa solution dans l'affaire *Diallo*.

Opérant un retour à la rigueur des principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*, l'arrêt *Diallo* n'aurait-il pas pu au contraire en exploiter les éventuelles dérogations ?

b) L'arrêt Diallo face à l'équité

Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée invoquait les exceptions envisagées dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Elle soutenait que dans cette affaire, la Cour avait évoqué la possibilité d'une exception fondée sur des raisons d'équité, permettant de déroger à la règle générale de la protection d'une société par son Etat national, « *lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société* ». Selon la Guinée, la pratique ultérieure à l'arrêt de la *Barcelona Traction* aurait dissipé toute incertitude sur la positivité de l'exception.

Ainsi, la Guinée recherchait en l'espèce une application positive des exceptions envisagées par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, appelant expressément la Cour à se prononcer sur la portée de telles exceptions.

A cela, la Cour répondra que : « *Depuis son dictum dans l'affaire [de la Barcelona Traction] elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir s'il existe bien, en droit international, une exception à la règle générale (...) qui autoriserait une protection des actionnaires par leur propre Etat national «par substitution», et quelle en serait la portée* ». La Cour en revient donc au principe général issu de l'arrêt *Barcelona Traction*, selon lequel le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national.

L'arrêt *Barcelona Traction* se trouve remis à l'honneur, occupant une place centrale dans les débats. Il n'était pas contesté que cet arrêt *Barcelona Traction* fut en l'espèce pertinent. Quant à l'« *épisode* » *E.L.S.I.*, auquel il est fait référence, il se trouve rapidement écarté, en ce que, nous dit la Cour, « *la Chambre s'était] fondée (...) sur un traité* »

Après presque de vingt ans de doute, nous voici donc fixés sur la portée de l'arrêt *E.L.S.I.*. Ramené à un rôle secondaire, il est tout à la fois justifié par son contexte conventionnel, et enfermé dans les limites de ce même contexte. Une autre certitude nous est donnée : la jurisprudence *Barcelona Traction* n'est pas morte.

¹²⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 36, § 46, cité par *Ahmadou Sadio Diallo*, C.I.J., *loc. cit.*, p. 30, § 86

Ayant écarté un hypothétique revirement par l'arrêt *E.L.S.I.*, la Cour procède ensuite à l'examen de l'exception invoquée par la Guinée au regard du droit coutumier, puisque cet Etat faisait valoir que l'existence de la règle de la protection par substitution et son caractère coutumier avaient été confirmés par de nombreuses sentences arbitrales et que la pratique ultérieure à l'arrêt de la *Barcelona Traction* aurait dissipé toute incertitude sur la positivité de l'exception.¹³⁰ Pourtant, l'examen de la Cour ne se révélera pas conclusif en faveur de l'existence d'une exception permettant une protection par substitution des actionnaires.

Puis la Cour recherche s'il n'existerait pas en droit international coutumier une règle de protection de portée plus limitée, ce qui l'amènera à examiner la règle formulée par la CDI dans son Projet d'articles sur la protection diplomatique. Il « *ne semble cependant pas* »¹³¹ de l'avis de la Cour, que cette règle ait vocation à s'appliquer dans le cas d'espèce. La Cour conclut donc à l'irrecevabilité de la requête.

L'arrêt *Diallo* apparaît comme tel décevant. Sur la question laissée en suspens par l'arrêt *Barcelona Traction* de la validité des exceptions à la règle qu'il posait, l'arrêt *E.L.S.I.* était resté muet. La réponse apportée par l'arrêt *Diallo* demeure quant à elle insatisfaisante.¹³²

Pourquoi la Cour n'a-t-elle pas saisi l'occasion qui se présentait pour se prononcer sur la validité et la portée de ces exceptions au regard du droit international général ?

Le motif avancé par la Cour à titre de justification est qu'elle « *n'a pas eu l'occasion de se prononcer* ». ¹³³ Voilà une explication bien frustrante. Alors que l'arrêt *Barcelona Traction* ouvrait des portes, il semblerait qu'avec l'arrêt *Diallo* on se heurte à un mur. Cette démission de la juridiction, qui par deux fois a manqué de se prononcer, prive d'évolution le droit international général sur la question.

Si l'on en croit la déclaration du juge ad hoc Mahiou la Cour aurait pourtant pu exploiter les hypothèses envisagées dans l'arrêt *Barcelona Traction* comme autant de possibles dérogations à la règle générale.

c) Existence des hypothèses énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction*, dans l'affaire *Diallo*

- La disparition de la société

D'après le juge ad hoc Mahiou, l'une des deux sociétés aurait disparue du fait des agissements des autorités congolaises. Dans le cas où une telle hypothèse serait confirmée, il n'y aurait plus alors de possibilité pour cette société de faire valoir directement ses droits, ce qui serait de nature à priver son actionnaire unique de tout recours, si on lui refusait le bénéfice de la protection diplomatique.¹³⁴

¹³⁰ Ahmadou Sadio Diallo, C.I.J., *loc. cit.*, pp. 28-29

¹³¹ *Ibid.*, p. 31, § 92

¹³² O. FROUVILLE, *Affaire Ahmadou Diallo*, *loc. cit.* p. 319

¹³³ Ahmadou Sadio Diallo, C.I.J., *loc. cit.*, p. 30, § 87

¹³⁴ Ahmadou Sadio Diallo, C.I.J., *loc. cit.*, déclaration de M. le juge ad hoc Mahiou, p. 4, § 12

- Les raisons d'équité

Dans l'affaire *Diallo* comme dans l'affaire *E.L.S.I.*, on retrouve une configuration bilatérale opposant l'Etat national des actionnaires, qui prétend exercer la protection diplomatique en faveur de ces derniers, à l'Etat national de la société, également auteur de la mesure incriminée dirigée contre la société.

C'est cette même configuration qui avait été envisagée à l'occasion de l'arrêt *Barcelona Traction* comme susceptible de justifier la protection des actionnaires par leur Etat national, cela pour des raisons d'équité.

Après avoir éludé la question de la validité d'une telle exception au regard de sa jurisprudence, la Cour en rejette l'application en l'espèce en se fondant sur le projet d'articles de la CDI. L'article 11 b) dudit projet permet en effet à l'Etat national des actionnaires d'exercer la protection diplomatique en leur faveur seulement dans une hypothèse bien particulière, laquelle ne semble pas, de l'avis de la Cour, correspondre au cas d'espèce.¹³⁵ Ainsi la Cour s'est prononcée sur la validité de l'exception telle que formulée par le projet d'articles.

La formulation des exceptions dans le projet d'articles

Deux hypothèses sont consacrées par le Projet d'articles, comme permettant à l'Etat de nationalité des actionnaires d'une société d'exercer sa protection diplomatique en leur faveur lorsqu'un préjudice est causé à la société. Si ces hypothèses se veulent être une reprise de celles qui furent envisagées par l'arrêt *Barcelona Traction*¹³⁶, on peut toutefois s'interroger sur cette fidélité.

La première hypothèse qui se voit consacrée a trait à la disparition de la société, situation déjà envisagée par l'arrêt *Barcelona Traction*. Le projet d'article 11 a) précise toutefois que la société doit avoir cessé d'exister « *pour un motif sans rapport avec le préjudice* ». Cet article 11 a) est à lire en relation avec l'article 10 § 3 du même projet d'articles, qui admet quant à lui le droit pour l'Etat de nationalité de la société d'agir en protection diplomatique en faveur de celle-ci alors même qu'elle aurait cessé d'exister, à condition que la perte de nationalité soit une conséquence directe de l'acte dommageable.¹³⁷

La seconde hypothèse envisagée par la CDI est la suivante : « *Si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État* ». ¹³⁸

¹³⁵ *Ibid.*, p. 31

¹³⁶ CDI, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, loc.cit., note 3) sous art. 11, p. 61 : « *Dans l'affaire de la Barcelona Traction, la Cour a admis que l'État de nationalité des actionnaires pourrait exercer la protection diplomatique à leur égard dans deux situations (...) Ces deux exceptions, qui n'ont pas été examinées de façon approfondie par la Cour dans cette affaire parce qu'elles n'étaient pas pertinentes en la matière, sont reconnues aux alinéas a et b du projet d'article 11.* »

¹³⁷ *Ibid.*, art. 10 § 3 et art. 11 a)

¹³⁸ *Ibid.*, art. 11 b)

Ainsi le projet d'articles pose une condition additionnelle à celle envisagée par la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction*, puisqu'il ne permet à l'Etat national de nationalité des actionnaires d'exercer la protection diplomatique en leur faveur seulement dans une hypothèse bien particulière, à savoir que la constitution de la société dans le pays d'accueil auteur de la mesure incriminée lui ait été imposée.

La Cour dans l'arrêt *Diallo* se défile, elle se retranche derrière le Projet d'articles de la CDI, s'appuyant non pas sur la définition de l'exception telle qu'elle l'avait formulée dans l'arrêt *Barcelona Traction*, mais sur la formulation plus restrictive qu'en a donné la CDI. Par ce biais, la juridiction évite de se prononcer au regard du droit international général et refuse de préciser l'état de sa jurisprudence.

Il est enfin à relever que le cas de figure particulier envisagé par le projet d'articles « *ne semble cependant pas* », de l'avis de la Cour, correspondre à celui auquel elle avait affaire en l'espèce.¹³⁹

On pourrait toutefois soutenir le contraire et reprocher à la Cour de n'avoir pas été au bout de son raisonnement. Les conditions telles qu'envisagées dans le cadre restrictif du projet d'articles, se seraient en effet, de l'avis du Juge ad hoc Mahiou, trouvées réunies en l'espèce.

Le juge guinéen indique dans une déclaration que « *Certes, le choix de la nationalité congolaise aurait été fait par M. Diallo (...) mais il apparaît contestable de conclure que c'est un libre choix (...). La liberté de choix est plus une apparence qu'une réalité lorsque l'on analyse le droit congolais qui impose d'avoir à la fois le siège administratif et social au Congo dès lors que le principal siège d'exploitation est situé dans ce pays (...). Par conséquent, (...) cette affaire se situe dans la perspective de l'article 11 b) du projet de la CDI* ».

Au regard de cet argument, le raisonnement emprunté par la Cour apparaît tronqué. On peut ressentir jusqu'à un certain malaise face à cette motivation elliptique. Certes, mais l'arrêt *Diallo* se présente avant tout comme un arrêt décevant.

d) Un arrêt décevant

Dernier-né de cette trilogie d'arrêts rendus par la CIJ, l'arrêt *Diallo* fait état d'une jurisprudence très frileuse et se montre, de toutes ces décisions, sans doute la plus restrictive.

L'arrêt *Diallo*, qui se replace dans le cadre de la jurisprudence issue de l'arrêt *Barcelona Traction*, ne se prononce pas pour autant sur la portée des exceptions envisagées par cet arrêt. Esquivant la question sans réellement en débattre il nous laisse finalement dans l'expectative, nous donnant l'impression d'un retour en 1970.

L'arrêt *Barcelona Traction* ouvrait des portes, que la jurisprudence ultérieure a pris le soin de fermer une à une. Il y avait pourtant matière à se prononcer sur l'applicabilité des exceptions.

¹³⁹ Ahmadou Sadio Diallo, C.I.J., *loc. cit.*, p. 31, § 92

Le contexte, dans l'affaire *Diallo* comme dans l'affaire *E.L.S.I.*, s'y prêtait sans aucun doute. Pourquoi dès lors ne pas avoir ou bien consacré, ou bien rejeté les exceptions en se fondant sur la jurisprudence de la Cour ?

La Cour n'a pas pris parti sur la portée de sa propre jurisprudence. S'appuyant non pas sur la définition de l'exception telle que formulée par l'arrêt *Barcelona Traction*, mais sur celle plus restrictive qu'en a donné la CDI, la Cour s'astreint à une autolimitation frustrante, comme si elle refusait à sa jurisprudence de se préciser.

Or, la CIJ demeure l'organe légitime chargé de dégager, via sa jurisprudence, les règles générales du droit international. Même si à la lettre « *la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litiges et dans le cas qui a été décidé* »¹⁴⁰, la CIJ a pris l'habitude de procéder par référence à ses motifs antérieurs. Ses arrêts qui contiennent des propositions de caractère général, sont tenus comme des précédents judiciaires, susceptibles d'éclairer sur l'état du droit international. Ainsi, quiconque cherche à établir l'état du droit international peut s'appuyer sur les arrêts de la Cour comme étant le reflet de l'état du droit international.¹⁴¹

Alors qu'elle aurait pu, à l'occasion de l'affaire *Diallo*, se prononcer sur l'état du droit international général, la Cour y adopte une attitude d'autolimitation.

Les raisons d'une autolimitation

Une explication pourrait être avancée, suivant laquelle la CIJ aurait souhaité laisser aux Etats, saisis du projet d'articles de la CDI sur la définition de la protection diplomatique, le soin d'indiquer la solution à retenir sur la base des propositions de la Commission, sans faire elle-même œuvre de législateur.¹⁴²

Cette attitude de démission de la part des juges apparaît délibérée, et il semblerait qu'elle doive être rattachée au phénomène de délaissement qui menace le mécanisme de la protection diplomatique. Consciente d'un tel phénomène, et du développement parallèle de mécanismes alternatifs de protection des investissements, la Cour aurait pu tout aussi bien user de son autorité en vue de promouvoir les exceptions entrevues dans l'arrêt *Barcelona Traction*, et ainsi contribuer à une adaptation positive du mécanisme de la protection diplomatique.

Alors même que la protection diplomatique passe aujourd'hui pour un mécanisme trop strict, inadapté, la Cour semble paradoxalement avoir pris le parti de lui préserver intacte toute sa rigidité. Sensibilisée aux inconvénients que présente l'institution et qui conduisent à son délaissement, la CIJ l'abandonne à sa rigueur, comme si elle cherchait à lui porter le coup fatal.

Mais ne serait-ce pas plutôt un mal pour un bien ? La solution de la Cour permet en effet de ne pas teinter le mécanisme de la protection diplomatique, qui demeure ainsi dans la pureté de ses principes.

¹⁴⁰ Art. 59 du statut de la CIJ

¹⁴¹ Ph. FRANCESCOAKIS, *Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux*, loc. cit., p. 613

¹⁴² *Ahmadou Sadio Diallo*, C.I.J., loc. cit., déclaration de M. le juge ad hoc Mahiou, p. 2, § 5

Quoi qu'il en soit, en refusant de déformer l'institution, la Cour Internationale de Justice a très probablement contribué à encourager le mouvement observé dans la pratique, qui déjà se détournait de la protection diplomatique pour succomber aux charmes des autres mécanismes de protection des investissements.

B/ Le mécanisme délaissé de la protection diplomatique

Dès l'arrêt *Barcelona Traction* la CIJ opérait le constat suivant : « *Compte tenu (...) de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, (...) compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des Etats, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international.* »¹⁴³

Ainsi la Cour semblait y reconnaître les limites de sa propre jurisprudence, eu égard au mécanisme de la protection diplomatique.

1°) La marginalisation de la protection diplomatique

Le véritable fondement de la règle posée en 1970 par l'arrêt *Barcelona Traction* serait à rechercher dans des considérations d'opportunité, à savoir que les Etats ne se montrent pas favorables à la protection des investisseurs étrangers par le biais de la protection diplomatique.¹⁴⁴ Cette considération expliquerait que le mécanisme se trouve délaissé au profit d'autres moyens de protection des investissements.

Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour décrivait ce processus dont elle apparaît fort consciente :

« *Dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et l'Etat où l'investissement est effectué. Les Etats assurent de plus en plus fréquemment ce genre de protection dans leurs relations bilatérales ou multilatérales.* »¹⁴⁵

En conséquence, le rôle joué par la protection diplomatique se trouverait de fait marginalisé, pour n'apparaître seulement que comme un pis-aller, un mécanisme « *par défaut* ».

En 2007, la Cour se rend à l'évidence : « *le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants* ».¹⁴⁶

Quels sont ces « *régimes conventionnels* » évoqués par la Cour ?

¹⁴³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., pp. 47-48

¹⁴⁴ O. FROUVILLE, *Affaire Ahmadou Diallo*, loc. cit., p. 315

¹⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, loc. cit., p. 48, § 90

¹⁴⁶ *Ahadou Sadio Diallo*, C.I.J., loc. cit., p.30, § 88

2°) Le développement de mécanismes alternatifs de protection des investissements

Le droit classique étant considéré comme insuffisant en la matière, le renforcement de la protection des investissements a emprunté d'autres voies que celle de la protection diplomatique. C'est ainsi que l'on a assisté, tout au long du XX^e siècle, au développement de mécanismes de protection en marge de la protection diplomatique.

Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour constate que « *Toute une évolution a eu lieu depuis la deuxième guerre mondiale en matière de protection des investissements à l'étranger, qui s'est traduite par la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux entre Etats ou d'accords entre Etats et sociétés* ». ¹⁴⁷

Ceci nous permet de dresser une typologie, en prenant appui sur les trois catégories de mécanismes citées.

a) Typologie des régimes conventionnels

- Les traités multilatéraux

On peut à ce sujet évoquer surtout des tentatives de réglementation multilatérale de la protection des investissements.

L'une des premières, et des plus notables, est sûrement le projet de Convention adopté par le Conseil de l'OCDE en 1967. ¹⁴⁸ Demeuré à l'état de projet faute de ratification, son rôle n'est toutefois pas négligeable puisqu'il sert aujourd'hui de modèle à de nombreux accords bilatéraux. ¹⁴⁹

Toujours dans le cadre de l'OCDE, l'Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI), dont un forum de négociations en place de 1995 à 1998 avait permis la création, sera à son tour désavoué.

Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger élaborés en 1992 au sein de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), constituent une autre source d'inspiration pour la rédaction d'accords sur la protection de l'investissement.

- Les accords entre Etats et sociétés

Les relations entre l'investisseur et son Etat d'origine : à côté de la protection diplomatique, il existe des systèmes de garantie publique, par lesquels les Etats assurent sous certaines conditions les investissements de leurs nationaux à l'étranger pour des risques non commerciaux. Il peut s'agir de garanties générales, ou bien ne couvrant que certains types de

¹⁴⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 48, § 90

¹⁴⁸ Projet de convention sur la protection des biens étrangers, adopté en 1967 par le Conseil de l'OCDE

¹⁴⁹ M. SALEM, *Investissement étranger et droit international*, in *Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 375

risques.¹⁵⁰ L'obtention d'une garantie est souvent subordonnée à l'existence préalable d'un accord spécial entre l'Etat garant et l'Etat d'accueil de l'investissement.¹⁵¹

Les relations entre l'investisseur et l'Etat d'accueil recouvrent des instruments divers : accords de développement, contrats transnationaux ou internationaux, contrats d'Etat etc. Outre les dispositions des législations nationales sur les investissements étrangers, qui peuvent offrir certains avantages (notamment fiscaux), l'existence de dispositions conventionnelles destinées à préserver les investisseurs étrangers des pertes en rapport avec des décisions ou troubles politiques des Etats hôtes, constitue une pratique ancienne, qui a pu donner lieu à des aménagements directs des rapports entre l'investisseur et l'Etat d'accueil, par la conclusion d'un contrat d'investissement ad hoc.¹⁵² Un tel mécanisme d'engagement contractuel opère soustraction d'un investisseur à la législation de l'Etat d'accueil. Par ce biais, l'Etat consent à associer une personne privée étrangère à la définition du régime juridique de l'investissement qu'elle effectue.¹⁵³

- Les traités bilatéraux

Il existe aujourd'hui un large réseau de conventions bilatérales d'encouragement et de protection des investissements, conclues depuis la fin des années 1950. On parle plus généralement de TBI, traités bilatéraux d'investissement, conclus entre deux Etats.

b) Traités bilatéraux d'investissement et développement de la jurisprudence arbitrale

Alors que jusqu'aux années 1970 le contentieux international des investissements restait peu fréquent, l'apparition massive de conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements s'est traduite par une croissance des arbitrages y afférents. En effet les TBI ouvrent généralement un recours à l'arbitrage pour un contentieux mixte entre l'Etat hôte d'une part, et l'investisseur étranger d'autre part.

On parle à ce propos, et pour en souligner la spécificité, d'arbitrage « *transnational* ». Ce terme consacré désigne un arbitrage commercial international entre un Etat et une personne privée étrangère.¹⁵⁴

c) L'arbitrage transnational CIRDI

La Convention de Washington du 18 mars 1965 qui a créé le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) a eu pour objet d'organiser un arbitrage spécialisé entre un Etat partie à la Convention et un investisseur privé ressortissant d'un autre Etat contractant, à l'exclusion de tout autre recours des parties à l'arbitrage, ainsi

¹⁵⁰ En France, le système de garantie ne couvre que certains types de risques limitativement énumérés et ne bénéficie qu'aux investissements nouveaux

¹⁵¹ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc.cit., p. 175

¹⁵² B. OPPETIT, *Les sociétés multinationales et les Etats nationaux*, in *Mélanges D. Bastian*, Librairies techniques, 1974, p. 170

¹⁵³ M. SALEM, *Investissement étranger et droit international*, loc. cit., pp. 382-384

¹⁵⁴ B. STERN, *Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?*, in *Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 225

que de l'Etat national de l'investisseur, qui renonce à exercer sa protection diplomatique, sauf si l'autre Etat ne se conforme pas à la sentence rendue.¹⁵⁵

L'investisseur, qui gagne un accès direct aux organes internationaux de solution des différends, se trouve ainsi promu comme acteur immédiat du droit international, à condition toutefois d'être ressortissant d'un Etat contractant.¹⁵⁶

L'article 25 § 2 b de la Convention de Washington nous éclaire sur l'identité de cet investisseur à qui s'étend la compétence du Centre. Il peut s'agir de « *toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend (...) et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend (...) que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.* »

Il est à noter que par la prise en compte du critère du contrôle, la Convention de Washington admet en matière d'arbitrage CIRDI ce que refuse la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en matière de protection diplomatique.

L'article 26 de la Convention ne manque pas non plus d'intérêt. Aux termes de cet article « *Le consentement des parties à l'arbitrage [CIRDI] est (...) considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours* ».

L'article suivant précise qu'« *Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique (...) au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre (...) à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend* ».¹⁵⁷

Ainsi, dans le cas où les parties ont donné leur consentement à un arbitrage CIRDI, le mécanisme de la protection diplomatique se voit expressément écarté. On rejette par ce biais la possibilité d'un contentieux interétatique, que représenterait l'action en protection diplomatique, afin de rester dans ce cadre spécifique d'un arbitrage « transnational » entre un Etat et un particulier.

Face au développement de ces nombreux mécanismes alternatifs, qui aujourd'hui viennent supplanter la protection diplomatique, celle-ci tend à n'être plus considérée comme un instrument permettant de garantir efficacement la protection des investissements étrangers.

La CIJ n'aurait elle pas pu tirer profit du développement parallèle de ces mécanismes, pour adapter l'institution de la protection diplomatique ?

¹⁵⁵ Selon la définition donnée par I. FADLALLAH, *La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI*, *Gazette du Palais*, juil. 2008, n°184, p.30

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965, Art. 27

d) Le refus d'intégration de la pratique conventionnelle et de la jurisprudence y afférente

L'application des textes conventionnels par les tribunaux d'arbitrage s'est traduite - phénomène légitime en droit international - par un développement normatif du droit international des investissements.

Dès l'arrêt *Barcelona Traction* de 1970, la Cour le reconnaît : « *il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international* »¹⁵⁸

Dans la même perspective, on peut évoquer l'argument de la Guinée dans l'affaire *Diallo*, soutenant que la pratique générale aurait donné naissance à une nouvelle norme coutumière.

Il est une disposition, qui figure à l'article 38§1 du Statut de la CIJ, selon laquelle « *l'interprétation du droit international tient compte des décisions judiciaires* ». Or la particularité de la matière du droit international des investissements réside dans la portée des obligations tirées par les tribunaux.

Cependant la Cour rejette l'argument. Le développement des pratiques conventionnelles en matière de protection des investissements « *ne suffi[raient] pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé* ». Il en va de même des arbitrages invoqués par la Guinée, qui « *relève[raient] eux aussi de régimes particuliers* ». ¹⁵⁹

Ainsi se trouve soulevée avec une acuité toute particulière la question des sources du droit international et de sa formation.

Dans le sens de la solution de la Cour, on pourrait soutenir que toute convention est inspirée par considérations propres, des motifs contingents. L'échec des processus d'adoption d'accords multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers semblerait d'ailleurs conforter cette position.

A l'inverse, on pourrait argumenter que l'existence à ce jour d'un réseau dense de conventions bilatérales, a contribué à l'apparition d'une théorie homogène du droit international des investissements, ceci notamment en raison de stipulations récurrentes (obligation de traitement juste et équitable, clause de traitement national, clause de la nation la plus favorisée, interdiction d'expropriation sans indemnité juste, immédiate et effective etc.). L'apparition de clauses types, les similitudes dans la conception et la formulation des conventions bilatérales du fait de leur commune inspiration du projet OCDE de 1967, et enfin la parfaite identité des conventions conclues par les pays membres de l'OCDE¹⁶⁰, permettent de s'interroger quant à l'existence effective de normes coutumières.

¹⁵⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, pp. 47-48

¹⁵⁹ *Ahmadou Sadio Diallo*, C.I.J., *loc. cit.*, p. 31, § 90

¹⁶⁰ M. SALEM, *Investissement étranger et droit international*, *loc. cit.*, p. 379

Le paradoxe relevé par Olivier de Frouville mérite d'être repris : « avec l'augmentation du nombre de traités bilatéraux d'investissement et l'établissement d'une jurisprudence constante reconnaissant un droit à réparation aux actionnaires pour des préjudices causés aux sociétés, la *lex specialia* tend à se généraliser et le droit international général à se spécialiser ». ¹⁶¹ Reprenant le constat opéré par le Tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *CMS contre Argentine* ¹⁶², l'auteur en conclut « il faut se résoudre à l'idée que la règle coutumière ne régit plus qu'une matière résiduelle ; le droit 'commun' est conventionnel »

Ainsi donc il faudrait accepter cet état des faits. Doit-on pour autant en déduire la désuétude du mécanisme de la protection diplomatique en ce qui touche à la protection des investissements étrangers ?

e) Un mécanisme désuet ?

John Dugard, dans son *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, affirmait que « ***l'arrêt Barcelona Traction a établi une norme inapplicable*** ». ¹⁶³ Doit-on y voir la raison de cette désaffection à l'égard de l'institution ?

Ce qui est certain, c'est que les Etats ont préféré instauré par voie conventionnelle des régimes dérogatoires, basés sur des critères excluant la solution de la CIJ et adoptant des solutions plus flexibles.

Ainsi, cette « *norme inapplicable* » dénoncée par John Dugard aurait conduit les Etats à appréhender la protection diplomatique comme une institution inadéquate, impossible à adapter de manière efficace avec le domaine économique.

Sur l'actualité de la protection diplomatique dans ce cadre, Julianne Kokott se montre perplexe. Dans son *Rapport intérimaire sur le rôle de la protection diplomatique dans le domaine de la protection des investissements étrangers*, elle démontre que la nature discrétionnaire de la protection diplomatique et la règle restrictive énoncées dans l'arrêt *Barcelona Traction* ont amené les États à recourir aux traités d'investissements bilatéraux qui permettent aux investisseurs de régler leurs différends avec l'État hôte avant de recourir à des tribunaux d'arbitrage ad hoc ou selon le mécanisme d'arbitrage CIRDI. Elle conclut comme suit : « *L'analyse du régime des traités d'investissements bilatéraux ainsi que des formules multilatérales montre que la protection diplomatique n'occupe pas une place de premier plan parmi les moyens offerts pour régler les différends. En général, les accords (...) préfèrent d'autres procédures de règlement des différends et permettent aux investisseurs de recourir à des organes d'arbitrage internationaux. Cela leur confère qualité pour agir en droit international et permet de ne pas avoir à recourir à la protection diplomatique (...)* La protection diplomatique semble susciter une forte méfiance, inspirée par ses incertitudes politiques, sa nature discrétionnaire et sa capacité de protéger les actionnaires étrangers

¹⁶¹ O. FROUVILLE, *Affaire Ahmadou Diallo*, loc. cit., p. 319

¹⁶² *Affaire CMS c. Argentine*, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République d'Argentine, 25 sept 2007, § 45 : "To some extent, diplomatic protection is intervening as a residual mechanism to be resorted to in the absence of other arrangements recognizing the direct right of action by individuals..."

¹⁶³ J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, loc. cit., p. 6

*conformément à la doctrine de la Cour internationale de Justice. Par conséquent, il semble y avoir deux options différentes. La première serait que les règles régissant la protection diplomatique soient modifiées de façon à répondre aux demandes des investisseurs.(...) La deuxième option 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 ».*¹⁶⁴

La seconde option peut apparaître toutefois excessive. On peut lui opposer que quelque soit le développement concurrent des mécanismes de protection des investissements étrangers, la protection diplomatique demeure l'*ultima ratio*, sur laquelle les Etats peuvent toujours se fonder pour invoquer la responsabilité internationale d'un autre Etat.¹⁶⁵ Ainsi, à la seconde option, il faudrait plutôt préférer la première, à savoir non pas écarter, mais adapter l'institution.

3°) Considérations idéologiques et politiques

a) Des conflits de systèmes et d'intérêts

La CIJ, dans l'arrêt *Barcelona Traction* reconnaît que : « *le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts. Des rapports essentiellement bilatéraux sont en cause, où les droits des Etats qui exercent la protection diplomatique et des Etats à l'égard desquels une protection est demandée ont dû être également sauvegardés* ». ¹⁶⁶

Ces « *conflits de systèmes* » dont la Cour fait état mènent de fait les parties à placer leurs différends hors du cadre de la protection diplomatique. Ainsi l'évolution du droit doit-elle être mise en relation avec ces considérations de fait, de nature plus politique et économique que juridique.

En 1970, alors qu'elle se prononce dans le cadre de l'affaire *Barcelona Traction*, la CIJ doit prendre en compte le contexte juridico-politique de son époque. Lorsqu'elle évoque « *des importants événements survenus depuis cinquante ans* »¹⁶⁷, on peut y voir une référence à peine voilée au phénomène de décolonisation qui a marqué la seconde moitié du XX^e siècle. Cette accession de nouveaux Etats à l'indépendance, et la proclamation par ces Etats de leur souveraineté sur leurs ressources, a bien souvent conduits ces derniers à dénoncer la protection diplomatique comme instrument d'une politique impérialiste.

Les nationalisations massives qui ont suivi ce mouvement d'indépendance ont suscité en corollaire la méfiance des Etats développés, ce qui a amené ces derniers à préférer la voie des négociations bilatérales.

¹⁶⁴ J. KOKOTT, Interim Report on « *The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment* », in *International Law Association, Report of New Delhi Conference, 2002*, pp. 276-277, cité et traduit par J. DUGARD, *Quatrième Rapport sur la Protection Diplomatique, loc. cit.*, p. 8

¹⁶⁵ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger, loc. cit.*, p. 537

¹⁶⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, *loc. cit.*, p. 48, § 89

¹⁶⁷ *Ibid.*

Ainsi, Etats développés comme Etats en développement se sont montrés hostiles à l'accroissement du rôle de la protection diplomatique comme instrument de protection des investisseurs étrangers.¹⁶⁸ La Cour Internationale de Justice ne pouvait feindre d'ignorer cet état de fait.

Confrontée à ces intérêts certes contradictoires, mais unis pourtant dans leur volonté de cantonner le rôle de la protection diplomatique dans le domaine économique, la Cour s'est inclinée.

b) Une méfiance partagée envers la protection diplomatique

S'il demeure sur le fond, ce conflit d'intérêts a pris une nouvelle forme. On oppose aujourd'hui les pays exportateurs aux pays importateurs de capitaux. Cette opposition Nord/Sud, donne lieu à des rapports ambigus, qui sont à la fois de méfiance et de dépendance.¹⁶⁹

Prenant l'exemple de l'implantation d'une firme multinationale dans un Etat donné, que ce soit un pays industrialisé ou en voie de développement, Bruno Oppetit relève d'abord des objectifs antinomiques. Les pays hôtes redoutent en général que l'activité de firmes multinationales sur leur territoire n'entraîne leur sujétion industrielle et leur dépendance technologique. En outre, ils peuvent craindre que l'implantation de ces firmes ne vienne contrarier leurs politiques en matière sociale, économique, ou encore monétaire.

A l'inverse, en termes purement économiques, l'activité des sociétés multinationales se révèle le plus souvent bénéfiques pour les Etats d'accueil. Ainsi l'attitude des Etats d'accueil à l'égard des groupes multinationaux oscille entre dispositions protectrices voire hostiles, et mesures favorables.

Ce conflit d'intérêts permet d'éclairer les décisions de la CIJ prises en matière de protection diplomatique des investisseurs.

Suite à l'arrêt *E.S.L.I.*, on peut lire dans un commentaire de Brigitte Stern que : « *la Chambre a instauré un nouvel équilibre entre les intérêts du pays d'origine des capitaux et ceux du pays d'accueil* ». ¹⁷⁰ Or, en l'espèce, il s'agissait bien d'un problème d'investissement Nord/Nord. Il n'est d'ailleurs probablement pas anodin que l'affaire ait été jugée par une chambre composée de juges possédant tous, à l'exception de son Président, la nationalité de pays du Nord.

La jurisprudence *E.L.S.I.* n'aura pourtant pas fait long feu, et le retour à la jurisprudence *Barcelona Traction* opéré en 2007 par l'arrêt *Diallo* ne va pas en faveur des pays exportateurs de capitaux. Leurs ressortissants, actionnaires de sociétés implantées à l'étranger, se trouveront dans une situation bien précaire au regard du mécanisme de la protection diplomatique. Privés de la possibilité de demander l'intervention en leur faveur de leur Etat de

¹⁶⁸ O. FROUVILLE, *Affaire Ahmadou Diallo*, loc. cit., pp. 315-316

¹⁶⁹ B. OPPETIT, *Les sociétés multinationales et les Etats nationaux*, loc. cit., pp. 163-164

¹⁷⁰ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., p. 903

nationalité (sauf dans quelques hypothèses exceptionnelles), les investisseurs chercheront tout naturellement à bénéficier d'autres moyens de protection. Ces mécanismes alternatifs de protection des investissements étrangers répondent quant à eux dans l'ensemble aux intérêts des pays exportateurs de capitaux.¹⁷¹

c) Quelles perspectives d'avenir ?

Dans son *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, intervenant en amont du projet d'articles de la CDI, John Dugard exprime les possibilités qui s'offrent à la Commission : « *L'arrêt Barcelona Traction est sans aucun doute une décision judiciaire importante, mais dont l'importance n'est justifiée ni par le caractère persuasif de sa motivation ni par son souci de protéger l'investissement étranger. La Commission du droit international pourrait donc se sentir tenue de s'en écarter et de formuler une règle correspondant mieux aux réalités des investissements étrangers et encourageant les investisseurs étrangers à préférer, s'agissant d'obtenir réparation, la protection diplomatique à la protection des traités bilatéraux relatifs aux investissements.* »¹⁷²

Ce n'est pourtant pas l'adoption d'une telle « *règle correspondant mieux aux réalités des investissements étrangers et encourageant les investisseurs (...) à préférer (...) la protection diplomatique* » qui fut retenue. Au regard du Projet d'articles de la CDI, tel qu'adopté en 2006, il semblerait bien au contraire que la Commission ait montré encore moins de souplesse que la jurisprudence de la CIJ en la matière, ajoutant encore des conditions à celles envisagées par la Cour pour que soit reconnu le droit d'action en protection diplomatique de l'Etat national des actionnaires étrangers d'une société victime d'un préjudice.

Ainsi il semblerait que l'on aille vers encore plus de rigueur, dès lors que le projet d'articles sur lequel la CIJ tend désormais à s'appuyer, montre encore moins de faveur que la Cour à la protection diplomatique des actionnaires étrangers d'une société de capitaux.

Observations finales : notion de contrôle et perspectives d'évolution

Pour éviter des ingérences dans la souveraineté économique des Etats faisant largement appel aux capitaux étrangers, la Cour Internationale de Justice a, dans l'arrêt *Barcelona Traction*, posé des principes clairs, (ré)affirmant la distinction entre une société et ses actionnaires, avec la distinction corrélative entre les atteintes aux droits de la société et celles aux simples intérêts des actionnaires. Elle a de même affirmé non pertinent le critère du contrôle pour l'octroi de la nationalité d'une société.

Ainsi la jurisprudence de la CIJ, imitée dans cette tendance par la CDI dans son Projet d'articles relatif à la protection diplomatique fait état de solutions strictes, issues d'un respect rigoureux du conceptualisme juridique au détriment du réalisme économique.

¹⁷¹ M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, loc.cit., p. 179

¹⁷² J. DUGARD, *Quatrième Rapport sur la Protection Diplomatique*, loc. cit., p. 12

Plutôt que cette fidélité aux concepts juridiques, n'aurait-il pas été souhaitable d'adopter une vision plus économique ?

On en revient à la question du rôle qu'il convient (ou non) d'accorder à la notion de contrôle. Au cœur de l'articulation entre les rapports de la société et de ses actionnaires, on retrouve cette notion sous-jacente à toutes les analyses. Selon le rôle qu'on lui confère, on passe de la plus stricte orthodoxie juridique à la prise en compte de la réalité économique. C'est en déplaçant ce curseur, en accordant un rôle plus ou moins grand au critère du contrôle, que l'on pourrait envisager des perspectives d'évolution.

La véritable question est ainsi d'idéologie. On retombe sur le vieil affrontement entre les tenants de la théorie du siège et celle du contrôle.

En faveur de la théorie du contrôle, on peut lui reconnaître un intérêt du point de vue du traitement des groupes internationaux de sociétés. Cette théorie permet en effet de réunifier sous une loi unique l'entreprise globale, constituée de la société mère et de ses filiales.

On observe aujourd'hui une tendance dans les relations économiques internationales, à la prise en compte du contrôle pour en faire une source de droits et/ou d'obligations.¹⁷³ Il en va ainsi dans les rapports entre une société mère et ses filiales. On peut également penser aux textes internationaux dans lesquels la notion de contrôle donne lieu à des droits juridiquement protégés sur le plan international, ainsi par exemple l'article 25 de la Convention de Washington établissant le CIRDI.¹⁷⁴

Source de droits, la notion de contrôle peut également se révéler source d'obligations. On songera alors à l'utilisation de la notion de contrôle au sein des groupes de sociétés, afin de pouvoir engager la responsabilité d'une société mère pour des actes commis par ses filiales.

En matière de protection diplomatique des sociétés cependant, la CIJ se refuse à la prise en compte de cette réalité économique.

Conditionnant le droit d'action en protection diplomatique au profit d'une société, les critères consacrés par la Cour Internationale de Justice comme attributifs de la nationalité, à savoir la constitution et le siège social, n'apparaissent pas pertinents sur le plan économique pour apprécier le lien existant entre une société et un Etat. De tels critères pourraient même aboutir à priver de protection les filiales de droit local de sociétés multinationales, qui seraient contrôlées jusqu'à 100 % par la société mère.¹⁷⁵

Faudrait-il introduire une dose de réalisme pour adapter l'institution à la configuration actuelle d'une économie mondialisée ? La question reste ouverte.

¹⁷³ B. STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, loc. cit., p. 940

¹⁷⁴ V. p. 46

¹⁷⁵ J. CHAPPEZ, *La protection diplomatique*, op.cit., p. 20, § 105

Une seule certitude : que d'évolutions depuis 1965, lorsque Jiménez de Aréchaga voyait dans les normes régissant le droit de la protection diplomatique « *un modus vivendi, un compromis bien équilibré développé de façon pacifique et graduelle et accepté tant par les Etats intéressés à agrandir le domaine de la protection diplomatique que par les Etats intéressés à réduire ce domaine* ». ¹⁷⁶

¹⁷⁶ E. Jiménez de Aréchaga, *Diplomatic protection of shareholders in International Law*, in *Philippine International Law Journal*, 1965, p. 98, cité et traduit par M. DIEZ DE VELASCO, *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, *loc.cit.*, p. 173

Index

Arbitrage transnational CIRDI.....	46
Arrêt Barcelona Traction	13
Arrêt <i>Diallo</i>	20, 37
Arrêt <i>E.L.S.I.</i>	19, 32
<i>Clause Calvo</i>	27
Constitution forcée.....	27
Contrôle	16, 46, 52
Disparition de la société.....	23, 35, 39
Equité.....	25, 38, 40
Nationalité.....	6
continuité de la nationalité.....	8
détermination du lien de nationalité.....	7
effectivité de la nationalité.....	7
Nature de la protection diplomatique.....	28
alternative	28
autonome	30
complémentaire.....	30
subsidaire.....	29
Protection diplomatique.....	4
Sociétés de capitaux.....	9
Sociétés de personnes	8
Traité d'amitié, de commerce et de navigation.....	33, 35
Traités bilatéraux d'investissement	45
<i>Ut singuli</i>	9, 26
<i>Ut universi</i>	15, 26

Bibliographie et sources

DUGARD (John), *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, N.U., CDI, 55^e session, A/CN.4/530 (http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_530.pdf)

DIEZ DE VELASCO (Manuel), *La Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, A.W. Sijthoff, 1975, Académie de droit international. Recueil des cours ; 141, 1974-I, pp. 87-185

FADLALLAH (Ibrahim), « La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI », *Gazette du Palais*, 2 juil. 2008, n°184, p.30

FRANDESCAKIS (Phocion), « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice », *Rev. Critique D. I. P.*, I, 1970

FROUVILLE (Olivier de), « Affaire Ahmadou Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *Annuaire Français de Droit International* LIII, CNRS Editions, Paris, 2007

HOCHEPIED (Jean-Pierre de), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Th. doct, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, Ed. A Pedone, 1964

LEBEN (Charles), « L'évolution du droit international des investissements », *Journal de CEPMLP*, Vol. 7, n°12, oct. 2000

TOUZE (Sébastien), *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique*, Th. doct., Droit international, Paris 2, 2006

OPPETIT (Bruno), « Les sociétés multinationales et les Etats nationaux », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, vol.1, Librairies techniques, 1974, pp. 161 à 175

SALEM (Mahmoud), « Investissement étranger et droit international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, pp. 367 à 388

STERN (Brigitte), « La protection diplomatique des investissements internationaux », *Journal de droit international*, 1990, pp. 897 et s.

STERN (Brigitte), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, pp. 223-243

VISSCHER (Paul de), « La protection diplomatique des personnes morales », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1961, Vol. 102, t. I, pp. 399- 506

Sur le droit interne

CAYROL (Nicolas), « Action en justice : habilitations à agir en représentation d'autrui », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, sept. 2007

CONSTANTIN (Alexis), « Nature et régime de l'action sociale ut singuli. Articulation avec l'action sociale ut universi », *Revue des sociétés*, 2001

SORTAIS (Jean-Pierre), « Protection des minoritaires, droit d'intenter une action contre les dirigeants », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, Janv. 1993

Jurisprudence et textes

Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), arrêt du 24 mai 2007, CIJ, Exceptions préliminaires

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 fév. 1970, C.I.J. Recueil 1970

Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI), (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juil. 1989, C.I.J. Recueil 1989

Code de Commerce, art. L 223-22, al. 3 ; art. L 225-252

Commission du Droit International, *Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, 58^e session, 2006, soumis à l'Assemblée générale (A/61/10). Rapport reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2).

Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats

Site de la Commission du Droit International : <http://www.un.org/law/ilc/>

Table des matières

Sommaire.....	3
Liste des abréviations utilisées	3
Introduction : à propos de la protection diplomatique	4
◦ L’actualité de la protection diplomatique.....	4
◦ Origines de la protection diplomatique	4
◦ Caractères et conditions d’exercice de la protection diplomatique	5
◦ La protection diplomatique des sociétés	6
◦ Articulation de la protection de la société et de celle de ses actionnaires	8
Première partie - La protection diplomatique des actionnaires : un droit au conditionnel	11
A/ La personnalité morale comme obstacle à la protection	11
1°) La consécration d’une règle traditionnelle.....	11
a) Jurisprudence internationale et pratique arbitrale antérieures.....	11
b) L’arrêt <i>Barcelona Traction</i>	13
- Le contexte.....	13
- La règle dégagée par la Cour Internationale de Justice	14
- Les sources de la règle.....	15
- Les fondements en droit.....	16
- Les fondements en opportunité.....	18
2°) L’arrêt <i>Barcelona Traction</i> en tant que précédent jurisprudentiel.....	19
a) L’apparent revirement par l’arrêt <i>E.L.S.I.</i>	19
b) L’affaire <i>Diallo</i>	20
B/ Un droit dérogatoire à la protection	20
1°) Les dérogations et leurs justifications.....	21
a) Les exceptions envisagées	21
- Le traitement des biens ennemis dans les traités de paix	21
- Les arrangements conventionnels sui generis accordant des indemnités aux actionnaires étrangers de sociétés nationalisées.....	21
- La protection de l’investissement comme un intérêt directement protégé.....	22
- La possibilité d’une dérogation conventionnelle	22
- Cas où la société aurait cessé d’exister	23
- L’Etat national de la société n’aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci	23
b) Développements sur l’équité	25

La Protection Diplomatique des sociétés

- L'équité et le droit interne	25
- L'hypothèse de la constitution forcée de la société	26
2°) La nature de la protection diplomatique des actionnaires.....	28
- Un caractère alternatif : l'hypothèse de droits concurrents	28
- Un droit de caractère subsidiaire	29
- Une protection autonome ?	30
Seconde partie - La protection diplomatique des actionnaires : un droit illusoire ?.....	32
A/ Un mécanisme insuffisamment protecteur : étude de la jurisprudence postérieure à l'arrêt <i>Barcelona Traction</i>	32
1°) L'arrêt <i>E.L.S.I.</i>	32
a) Les faits pertinents dans l'affaire <i>E.L.S.I.</i>	34
b) Existence des hypothèses énoncées dans l'arrêt <i>Barcelona Traction</i> , dans l'affaire <i>E.L.S.I.</i>	35
- L'atteinte aux droits directs des actionnaires.....	35
- La disparition de la société.	35
- L'atteinte à une société ayant la nationalité de l'Etat auteur de la mesure incriminée	35
- Le contexte conventionnel.....	35
c) L'articulation des deux décisions	36
d) L'apport de l'arrêt <i>E.L.S.I.</i>	37
2°) L'arrêt <i>Diallo</i>	37
a) Les faits de l'affaire <i>Diallo</i>	37
b) L'arrêt <i>Diallo</i> face à l'équité	38
c) Existence des hypothèses énoncées dans l'arrêt <i>Barcelona Traction</i> , dans l'affaire <i>Diallo</i>	39
- La disparition de la société	39
- Les raisons d'équité	40
d) Un arrêt décevant.....	41
Les raisons d'une autolimitation.....	42
B/ Le mécanisme délaissé de la protection diplomatique.....	43
1°) La marginalisation de la protection diplomatique	43
2°) Le développement de mécanismes alternatifs de protection des investissements	44
a) Typologie des régimes conventionnels.....	44
- Les traités multilatéraux.....	44
- Les accords entre Etats et sociétés.....	44
Les relations entre l'investisseur et son Etat d'origine	44
Les relations entre l'investisseur et l'Etat d'accueil	45
- Les traités bilatéraux.....	45
b) Traités bilatéraux d'investissement et développement de la jurisprudence arbitrale.....	45

La Protection Diplomatique des sociétés

c) L'arbitrage transnational CIRDI.....	45
d) Le refus d'intégration de la pratique conventionnelle et de la jurisprudence y afférente	47
e) Un mécanisme désuet ?.....	48
3°) Considérations idéologiques et politiques	49
a) Des conflits de systèmes et d'intérêts	49
b) Une méfiance partagée envers la protection diplomatique	50
c) Quelles perspectives d'avenir ?	51
Observations finales : notion de contrôle et perspectives d'évolution.....	51
Index	54
Bibliographie et sources	55
Table des matières	57

Annexes

Annexe 1 : Résumé de l'arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, du 5 février 1970, C.I.J.

Annexe 2 : Résumé de l'arrêt *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, (États-Unis d'Amérique c. Italie), du 20 juillet 1989, C.I.J.

Annexe 3 : Résumé de l'arrêt rendu sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), du 24 mai 2007, C.I.J.

Annexe 4 : *Projet d'articles sur la protection diplomatique* de la Commission du Droit International. Deuxième partie, chapitre III, articles 9 à 12.

Annexe 5 : Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965. Articles 1^{er}, 25, 26, et 27