

OBSERVATIONS SUR LE FONDEMENT DE
LA PROTECTION DIPLOMATIQUE
DES ACTIONNAIRES DE SOCIÉTÉS ANONYMES

par

Charles DE VISSCHER

Professeur à l'Université de Louvain

Président d'honneur de l'Institut de Droit international

L'arrêt rendu le 5 février 1970 par la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction* ne mettra pas fin à une longue controverse qui remonte à la fin du XIX^e siècle.

L'arrêt, dans ses positions classiques, met l'accent sur le besoin de *certitude du droit*. Cette certitude, il ne la tient pour assurée que par un renvoi ou référence qui subordonne l'exercice de la protection diplomatique, institution de droit international, à la structure de la société anonyme selon « les règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme » (arrêt n° 50). Règles qui se caractérisent par la séparation complète de la société, personnalité juridique, d'avec les actionnaires, ceux-ci n'ayant aucun droit ni à l'actif social tant que la société subsiste, ni à la réparation d'un fait illicite qui, bien qu'atteignant la société, ne les atteint pas eux-mêmes comme tels. Le fait illicite ne peut léser en leur chef que des « intérêts », non pas des droits. Réserve faite de cas particuliers (disparition en droit ou en fait de la société, absence chez l'Etat dit national de la qualité pour agir en faveur de la société) qui autorisent exceptionnellement la « levée du voile corporatif », les actionnaires qui s'estiment lésés ne disposent que des recours de droit interne; ils demeurent sans recours dans le plan du droit international (arrêt n° 78).

En définitive cette configuration des rapports selon le droit interne fixe les limites du droit à la protection diplomatique.

C'est à ce niveau que s'établit la divergence fondamentale entre l'arrêt et les opinions individuelles de plusieurs juges. L'arrêt parle bien de la protection diplomatique comme d'un « droit propre de l'Etat », expression que la Cour permanente de Justice internationale avait très expressément entendu préciser

en parlant du droit de l'Etat « de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international ». Les opinions individuelles en font état de leur côté, mais pour lui assigner un fondement tout différent, une dimension nouvelle.

Pour certains juges, en effet, en particulier pour M. André Gros, la formule classique du « droit propre de l'Etat de faire respecter le droit international », qui servait naguère à « expliquer le rôle de l'Etat dans l'action sur le plan international par rapport à la situation de l'individu » (opinion n° 5) a pris dans notre économie industrielle planifiée « une réalité qui dépasse la justification procédurale de son origine ». Le droit propre de l'Etat dans l'exercice de la protection diplomatique apparaît ici comme l'une des formes que revêt le contrôle de l'Etat sur le développement de l'économie nationale. Dès lors, les investissements de certaines grandes sociétés, particulièrement des sociétés *holding*, n'apparaissent plus comme des opérations isolées et il n'est plus permis d'envisager les rapports entre investisseurs privés et l'Etat comme de simples rapports de droit interne tant en ce qui concerne l'Etat de l'investisseur que l'Etat où se fait l'investissement.

Se ralliant à cette façon de voir, le juge Jessup ramène la notion du « droit propre de l'Etat » à l'intérêt que présente pour celui-ci le contrôle d'investissements à l'étranger dont l'importance pour son économie nationale est telle qu'ils peuvent être considérés comme des « intérêts d'Etat ».

Des vues analogues se retrouvent dans l'opinion individuelle du président de la Cour, M. Bustamante y Rivero.

Ces représentations du fondement du droit étatique à l'exercice de la protection diplomatique sont significatives de l'évolution politique et économique de l'institution depuis la fin du siècle dernier. A une représentation « assez simpliste » (Jessup) qui envisageait le préjudice causé au moindre de ses ressortissants comme un préjudice à l'Etat, voire même à son honneur, aurait succédé dans la jurisprudence de la Cour permanente la notion abstraite et quelque peu désincarnée d'un droit à faire respecter le droit international. Celle-ci, à son tour, se présente dans certaines opinions individuelles avec un contenu qui se veut éminemment concret et désormais mieux adapté à la planification de la vie économique internationale, « le rapport individuel actionnaire-société étant confondu dans le phénomène de l'investissement global » (André Gros, n°8).

*
**

La Cour n'a pas été sans se rendre compte que le jeu d'une institution internationale comme la protection diplomatique appellerait logiquement quelque « institution correspondante » (arrêt n° 50) de droit international plutôt que le recours ou référence à des notions de droit interne dont la stricte application l'a conduite au refus de toute protection des actionnaires. Elle se défend

néanmoins d'avoir créé ainsi « une situation où la violation du droit reste sans remède, autrement dit une situation de vide juridique » (arrêt n° 80).

C'est pourtant cette conséquence du renvoi au droit interne qui, aux yeux de plusieurs juges, dénote « l'état non satisfaisant du droit international actuel », tout comme elle a conduit d'autres à assigner à la protection diplomatique un fondement absolument différent de celui de l'arrêt.

Ici, comme dans toutes les situations où s'accuse soit quelque « vide » dans le droit positif, soit le sentiment d'une imperfection de la *lex lata*, on voit intervenir les *jugements de valeur*¹. Le juge Sir Gerald Fitzmaurice n'hésite pas à déclarer que « le droit international actuel a pour conséquence inadmissible que des intérêts importants peuvent ne bénéficier d'aucune protection ». Son opinion, longuement et fortement motivée, est un appel pressant à une application équitable du droit, « le droit et l'équité ne pouvant réaliser la justice que si on les laisse se compléter mutuellement ».

Pour le juge André Gros, l'application faite ici par l'arrêt à la société *holding* que constitue la Barcelona Traction aboutit à donner naissance à « une forme de propriété non protégée pour des raisons propres au régime juridique des rapports entre la société anonyme et ses actionnaires.

Pour le juge Tanaka, la société n'étant autre chose qu'un « moyen » ou procédé technique destiné à servir des intérêts humains, ceux des membres qui la composent, sa personnalité ne saurait mettre obstacle à la protection diplomatique de ces derniers.

Cette protection, pour le juge Jessup, s'exerce là où un lien de rattachement, dont l'effectivité est démontrée par l'importance de la participation au capital social, autorise à parler d'un « centre d'autorité », en d'autres termes, d'un aspect du contrôle. Il n'hésite pas à conclure que la thèse de l'arrêt entraîne « des effets manifestement fâcheux » et à déclarer qu'il ne peut croire que le droit international oblige à donner une telle solution au problème soumis à la Cour en l'affaire de la Barcelona Traction.

Tandis que ces opinions s'appliquent sous des formes diverses à éliminer ou à atténuer les rigueurs des conséquences d'une séparation complète de la personnalité morale d'avec les actionnaires, le juge Morelli n'entend pas s'en départir. Son opinion s'attaque à l'idée qui est à la base des opinions individuelles de ses collègues : celle de la nécessité « d'une protection quelconque des intérêts des actionnaires par le droit international », protection qu'il déclare nettement n'avoir « aucun caractère de nécessité » sinon « dans les limites et conditions qui sont fixées par le droit international lui-même » telles qu'il les expose dans son opinion personnelle (opinion n° 10).

¹ Cf. SALMON, Jean, dans le recueil « Problèmes de lacunes en droit », page 325.

L'arrêt, dans quelques considérations finales, envisage le problème du fondement de la protection diplomatique en se plaçant à un point de vue différent, c'est-à-dire « en faisant abstraction du droit interne ». Il souligne, et ceci à bon droit, les difficultés de faire la preuve de l'appartenance effective des investissements à une économie nationale donnée. Difficultés particulièrement lourdes dans un cas tel que celui de la Barcelona Traction où des entreprises complexes entrent en jeu et qui, dans certains cas, pourraient finalement conduire à des situations où aucune protection diplomatique ne pourrait être exercée et où le mal resterait sans remède.

La Cour se déclare consciente de la profonde évolution intervenue depuis cinquante ans dans la nature des investissements privés. Elle estime que « 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 ». Elle souligne le développement de cette pratique, attestée par des instruments qui parfois confèrent aux sociétés « un droit direct de défendre leurs intérêts contre les Etats par des procédures définies ». En même temps, elle constate qu'aucun instrument de ce genre n'était en vigueur entre les Parties à l'instance.

Cette décision dont l'étroitesse est évidente se termine sur cette vue d'avenir.