

LA NOTION DE REFERENCE (RENOI)  
AU DROIT INTERNE DANS LA PROTECTION  
DIPLOMATIQUE DES ACTIONNAIRES  
DE SOCIETES ANONYMES

par

Charles DE VISSCHER

Professeur à l'Université de Louvain  
Président d'honneur de l'Institut de Droit international \*

En 1968, le professeur Paul Reuter observait que l'ensemble des questions soulevées par la mise en œuvre de la protection diplomatique des personnes morales était « au cœur de l'affaire de la *Barcelona Traction* pendant devant la Cour internationale de Justice et projetait son ombre sur toute la littérature publiée sur ce sujet depuis 1956 »<sup>1</sup>. Les profondes divergences qui, lors du prononcé de l'arrêt (5 février 1970), se sont fait jour au sein de la Cour témoignent de la persistance comme de la gravité du problème.

L'arrêt, on le sait, a fait dépendre le droit à la protection diplomatique des actionnaires des conséquences d'une référence au droit privé de la société anonyme. C'est sur cette référence que l'arrêt est construit. C'est selon le bien-ou mal-fondé de cette référence qu'il faut l'apprécier. Les très nettes oppositions que le recours à la référence a rencontrées chez plusieurs juges conduisent à le reconsidérer sous un jour nouveau.

Pour apprécier l'utilisation par l'arrêt de la référence au droit interne des sociétés anonymes il convient avant tout de se faire une idée claire de la notion même de référence, ainsi que des limites à son utilisation.

\* Le présent article fait suite à celui paru dans cette *Revue*, 1970/2, pp. I-IV, sous le titre : « Observations sur le fondement de la protection diplomatique des actionnaires de sociétés anonymes. »

<sup>1</sup> REUTER, P., *Droit international public*, Paris (P.U.F.), 1968, n. 164.

On est fondé à parler de référence (ou renvoi) quand la mise en application d'une norme relevant d'un ordre juridique donné exige le recours à une notion relevant d'un autre ordre juridique<sup>2</sup>. Ainsi, quand le juge international décide de la qualification d'un Etat à exercer sa protection diplomatique en faveur d'un individu, il vérifie au préalable si cet individu est bien le ressortissant de cet Etat selon son droit interne. Dans cet examen « incidentel » le recours aux données du droit interne a une fonction simplement auxiliaire : le renvoi est ici formel; il implique un lien de coopération. Un tel lien ne se conçoit pas quand, en raison de la diversité complète des matières, tout lien de cet ordre fait défaut.

La référence qui est à la base de l'arrêt du 5 février 1970 n'a pas tenu compte de cette exigence fondamentale. L'arrêt transpose dans le plan de la protection diplomatique, qui est celui du droit international public, les effets que le droit privé interne attache à la séparation de la personnalité morale de la société anonyme d'avec les actionnaires, cette séparation comportant, d'une part, la protection des tiers et, d'autre part, la protection des actionnaires au sein de la société. Il s'agit là d'intérêts et de préoccupations dont le principe directeur est tout à fait étranger à celui de la protection diplomatique quand l'Etat qui y prétend fonde cette protection sur un déni de justice impliquant, comme dans l'espèce, violation du droit international. La transposition admise par l'arrêt des données du droit privé interne ne pouvait conduire la Cour qu'à dénier aux actionnaires tout droit à la protection diplomatique.

La thèse a trouvé son expression la plus rigide dans l'opinion individuelle du juge Morelli pour qui « l'existence même de l'obligation internationale » ne peut se concevoir ici, la norme internationale concernant le traitement des étrangers ne trouvant application que dans la mesure où les intérêts en cause ont déjà trouvé une certaine protection dans l'ordre juridique interne. Qu'on le veuille ou non, le jeu d'une institution internationale se trouve subordonné ici aux données du droit interne.

L'éminent juge ne s'est pas arrêté aux jugements de valeur, de justice ou d'équité, qui ont tenu une large place dans les opinions individuelles de ceux de ses collègues qui tiennent pour « insatisfaisant » l'état actuel du droit. Pousant jusqu'au bout son raisonnement, il n'hésite pas à nier « la nécessité d'une protection quelconque des intérêts des actionnaires par le droit international » (Opinion n° 10). Aboutissement logique, mais trop mécanique d'une dialectique abstraite qui se referme sur elle-même.

Vainement a-t-il été fait état dans la même opinion des références que comporte l'application de certains traités, tels que les traités d'extradition et les traités relatifs à la reconnaissance des jugements étrangers. Le rapprochement n'est aucunement pertinent. Il est par trop clair que dans ces cas les références se

<sup>2</sup> ANZILOTTI, D., *Cours de Droit international*, p. 59.

justifient par des intérêts communs dont le processus même du règlement conventionnel atteste l'existence : intérêts de la collaboration judiciaire dans le premier cas, de la répression pénale dans le second. Ce qu'il eût fallu démontrer, c'est qu'entre les données de droit interne qui président au régime des sociétés anonymes et la mise en œuvre de la protection diplomatique il existe des rapports communs de finalité autorisant à envisager ces données comme nécessaires à la mise en œuvre de la protection internationale. Une telle preuve ne pouvait être faite. Il a été justement relevé qu'il s'agit de « deux ensembles de règles répondant à des exigences tout à fait différentes; leurs objets et leurs buts sont différents; ils se sont développés dans des milieux différents »<sup>3</sup>.

La Cour s'est-elle rendu compte de cette absence de matière commune ? On serait porté à le croire quand on se reporte au n° 50 de son arrêt où, pour justifier le recours aux institutions internes, elle fait état de « l'inexistence en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel ». Et quand, pour remédier à cette situation, l'arrêt déclare que le droit international ne peut que se référer « à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme », il saute aux yeux que la difficulté n'est aucunement surmontée. Quelle que puisse être la généralité de leur diffusion, ces règles sont et restent des règles de droit privé, uniquement applicables aux rapports de droit privé. Le plan interne où elles se situent n'a rien de commun avec celui du traitement international des étrangers qui est celui de la protection diplomatique.

Il n'est pas sans intérêt de relever que le juge Sir Gerald Fitzmaurice, qui avait abordé le problème en s'appliquant à tenir compte de la nécessité de prendre en considération la société anonyme « telle qu'elle est dans son système d'origine qui est un système de droit privé », n'a pas tardé à se rendre compte que le parallélisme auquel devrait conduire la référence ne se réalise pas ou ne se réalise que très imparfaitement et à constater qu'arrivé à un certain stade « quelque chose ne va plus, que l'analogie s'effondre » du fait que certains tempéraments admis en faveur des actionnaires par le droit interne ne se retrouvent pas ou ne se retrouvent pas suffisamment dans le domaine international (Opinion n° 8). Il est ainsi amené à reconnaître que le procédé de la référence aboutit ici à sacrifier les intérêts légitimes des actionnaires, à voir dans l'action ce que le juge André Gros a qualifié « comme une forme de propriété non protégée ».

Les positions prises par plusieurs juges au sujet de la référence au droit interne s'inspirent de points de vue assez divers.

Pour Sir Gerald Fitzmaurice la référence utilisée dans l'arrêt conduit dans le plan international à des conséquences manifestement contraires à l'équité. Le transfert que cette référence implique se traduit ici par un manque de corres-

<sup>3</sup> Opinion individuelle de M. Riphagen, juge *ad hoc*.

pondance qui fausse la structure de la société, le droit interne admettant ici en faveur des actionnaires des tempéraments à « l'hégémonie » de la personnalité morale qui ne se retrouvent pas dans le plan international. Tout en insistant vigoureusement sur cette faiblesse du procédé, l'éminent juge n'entend pas contester qu'il procède d'une conception stricte du droit, tel qu'il existe *de lege lata*. Mais ces effets il les tient ouvertement pour non satisfaisants, le droit lui paraissant ici tributaire de l'équité. Point de vue qui le conduit à rappeler la sage observation de Max Huber dans ses Rapports sur les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc :

« Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts nationaux liés à des intérêts appartenant à des personnes de nationalités différentes. »

La très intéressante opinion individuelle du juge Tanaka procède d'une optique sensiblement différente. Plus radicale, elle repose sur la notion de la validité relative des deux ordres juridiques. Chacun ayant ses fins propres, les concepts qu'il utilise sont limités à ces fins. La personnalité juridique de la société anonyme n'a de signification qu'en tant que technique juridique destinée à assurer son existence et son fonctionnement sur le plan du droit interne. Elle n'est pas une fin en soi, mais seulement un moyen destiné à servir les intérêts de ses membres, intérêts humains qui restent la fin suprême de tout droit, alors même que la poursuite de ces intérêts s'effectue sous le couvert du régime de la personnalité morale. L'impénétrabilité du voile de la personne morale, notion utile et même nécessaire aux fins du droit commercial interne, ne peut mettre obstacle à l'exercice de la protection diplomatique, le droit international, droit réaliste qui s'attache à la substance des choses, ne se laissant pas arrêter par les étroitesse d'une technique dont l'usage doit rester limité au droit interne.

Cette savante analyse conduit le juge Tanaka à reconnaître aux actionnaires un « statut de protection indépendante » et à rejeter le système de référence adopté par la majorité des juges.

Après avoir brièvement observé que les droits que l'on fait respecter par la protection diplomatique ne sont aucunement identiques à ceux qui découlent du droit interne et qu'ils se situent sur des plans différents, le juge Jessup rencontre l'argumentation de l'arrêt déduite de la référence selon laquelle les actions ne peuvent en droit international jouir d'un droit à réparation par la raison qu'un tel droit n'est pas généralement admis en droit interne (Opinions nos 15 et 16). Mais, au lieu de passer à l'examen critique du procédé de la référence comme tel, il se borne à déclarer qu'en fait certaines législations ouvrent aux actionnaires un certain droit à réparation. Quant à l'exercice de la protection diplomatique, il le fait dépendre de la présence d'investissements suffisamment importants pour mettre en jeu les intérêts de l'économie nationale de l'Etat dont les actionnaires ont la nationalité, ce qui le conduit à préconiser le critère bien connu du contrôle (Opinion n° 61).

Le degré le plus extrême de la dissidence est atteint dans l'opinion individuelle très suggestive et novatrice du juge André Gros. Elle prend son point de départ dans les transformations historiques du rôle des sociétés anonymes. La société anonyme ne serait plus, dans les mœurs contemporaines, qu'un procédé de placements, que, dans une économie désormais planifiée, l'Etat surveille et dirige en tant qu'éléments de son économie nationale. A ce titre, il aurait pour « fonction normale » d'empêcher que ceux-ci ne soient lésés ou détruits par des décisions contraires au droit. Telle étant la base actuelle du droit de l'Etat à exercer la protection diplomatique, on ne peut interpréter les faits de la cause en fonction des rapports classiquement établis entre individus et sociétés anonymes tels que les concevait une économie libérale qui a disparu avec la deuxième guerre mondiale. Du même coup, il faut écarter « le renvoi (référence) qui aboutit en l'espèce à établir une supériorité du droit interne sur le droit international, ce qui est une véritable négation de celui-ci ». Dans une affaire comme celle de la *Barcelona Traction* où un Etat invoquait un déni de justice, il ne peut suffire de dire qu'un droit national établissant une certaine relation juridique — en l'espèce la relation actionnaires, société anonyme — cette relation, par l'effet du renvoi au droit interne, s'impose avec la même force juridique au juge international. Le refus de protection opposé aux actionnaires serait, en définitive, fondé sur un motif devenu inexact aujourd'hui « car la nature juridique des rapports entre la société et l'actionnaire n'a plus aucune mesure avec les textes législatifs du XIX<sup>e</sup> siècle » (Opinion n° 13).

L'opinion dissidente du juge *ad hoc* Riphagen contient des observations très pertinentes au sujet de l'utilisation par l'arrêt du procédé du renvoi. Ce procédé est à exclure là où il s'agit non des rapports de droit interne entre la société, ses dirigeants et actionnaires, mais des rapports mutuels qu'entretiennent les Etats relativement au traitement dû aux étrangers. De tels rapports, dictés par les exigences spécifiques de la communauté internationale, relèvent directement du plan du droit international coutumier. Le grief de déni de justice, articulé en l'espèce par le gouvernement belge, en fournissait une application particulièrement nette. Il n'est donc pas possible de s'en tenir simplement à la personnalité juridique selon le droit interne, de lui reconnaître « le dernier mot », alors que cette transposition se heurte non seulement à des sujets de droit différents, mais aussi à la présence d'une « matière différente ». Sur ce point, qui est au centre du débat, l'opinion dissidente du juge *ad hoc* rejoint les vues des juges Tanaka et André Gros.

L'impression laissée par l'arrêt du 5 février 1970 est assez déconcertante. Jusqu'à présent, les auteurs qui avaient défendu une conception libérale des intérêts des actionnaires se bornaient à mettre à l'abri des effets de la personnalité morale selon le droit interne quelques cas, présentés comme exceptionnels, parfois contestés d'ailleurs, où l'équité leur paraissait commander une dérogation à la référence au droit interne. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, c'est le principe même de cette référence qui s'est trouvé contesté de façon catégorique

dans des opinions individuelles si fortement motivées qu'on ne peut guère imaginer que le juge international puisse désormais, en des circonstances semblables, statuer dans les termes de l'arrêt du 5 février 1970.

Mais le procès ainsi fait à la référence laisse subsister une difficulté tout à fait fondamentale devant laquelle le système de l'arrêt retrouve, dans l'état actuel du droit, des avantages indéniables de sécurité juridique. Le droit à la protection diplomatique doit être fondé, de l'avis unanime, sur l'appartenance effective des investissements à l'économie nationale d'un Etat déterminé. Seul ce lien de rattachement permet d'identifier les actionnaires bénéficiaires éventuels de la protection. Et ce lien doit être *prouvé*. C'est sur la difficulté de cette preuve que la thèse du gouvernement belge a échoué, ainsi que le démontre, en dépit de profondes divergences doctrinales à d'autres égards, l'accord unanime des juges du siège sur le dispositif de l'arrêt.

En définitive, la difficulté ne pourra être surmontée que par une réglementation conventionnelle dont la Cour n'a pas hésité à évoquer la nécessité : arrêt n° 90 :

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