

REVUE

DE

DROIT INTERNATIONAL

ET DE

LÉGISLATION COMPARÉE

FONDÉE PAR MM. ROLIN JAEQUEMYS, ASSER ET WESTLAKE.

PUBLIÉE SOUS LE PATRONAGE DE

MM.

Le baron E. ROLIN JAEQUEMYS,
Juge à la Cour permanente de Jus-
tice internationale, membre et an-
cien président de l'Institut de droit
international;

Paul HYMANS, ministre d'État, pro-
fesseur à l'Université de Bruxelles;

James Brown SCOTT, ancien prési-
dent de l'Institut de droit interna-
tional, président de l'Institut amé-
ricain de droit international;

MM.

Le baron Albéric ROLIN, professeur
émérite de l'Université de Gand,
président d'honneur de l'Institut de
droit international;

A. de LAPRADELLE, professeur à la
faculté de droit de Paris, membre
de l'Institut de droit international;

George Grafton WILSON, professeur
à Harvard University, membre de
l'Institut de droit international;

Et sous la direction de M. Charles DE VISSCHER,
Professeur à l'Université de Gand, Membre de la Cour permanente d'Arbitrage.
Secrétaire général de l'Institut de droit international,
Membre correspondant de l'Académie Royale de Belgique.

Avec le concours de la Fondation Universitaire de Belgique.

DIRECTION DE LA REVUE : 200, AVENUE LONGCHAMP, BRUXELLES

Administration :

GEORGES VAN CAMPENHOUT, 22, rue des Paroissiens, Bruxelles

LA HAYE
BELINFANTE FRÈRES

PARIS
A. PEDONE

TOUS DROITS RÉSERVÉS

DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES ACTIONNAIRES D'UNE SOCIÉTÉ CONTRE L'ÉTAT SOUS LA LEGISLA- TION DUQUEL CETTE SOCIÉTÉ S'EST CONSTITUÉE.

par **Charles DE VISSCHER,**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Louvain,
Membre de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye,
Secrétaire Général de l'Institut de droit international.

La question qui fait l'objet de cette étude présente un grand intérêt à la fois pratique et doctrinal. Elle tient une place importante, encore qu'assez mal définie, dans l'histoire des réclamations diplomatiques et a retenu, à diverses reprises, l'attention des tribunaux internationaux. Longtemps dominée — et obscurcie — par une conception théorique erronée des effets de la personnalité morale des sociétés et de leur nationalité, elle appelle une mise au point de ces notions qui seule permet d'expliquer la tendance incontestable de la pratique actuelle à reconnaître le droit à la protection diplomatique des actionnaires d'une société par l'Etat dont ceux-ci sont les ressortissants contre l'Etat sous la loi duquel cette société s'est constituée.

BIBLIOGRAPHIE :

BECKETT (W. E.), « Diplomatic claims in respect of injuries to companies » (*Transactions of the Grotius Society*, 1931, p. 175); BORCHARD (E.), « The diplomatic protection of citizens abroad » (New-York, 1915) et « Rapport à l'Institut de droit international sur la Protection diplomatique des nationaux à l'étranger », *Ann. de l'Institut*, t. 36, vol. I (sess. de Cambridge, 1931), p. 256 et suiv., et t. 37 (sess. d'Oslo, 1932), p. 235 et suiv.; *Commission mixte Etats-Unis d'Amérique-Allemagne*. Déc. administr. n° 7 (*Am. J. of intern. law*, vol. 20, 1926, p. 171 et spécial. p. 185-186); *Commission des Réparations-Etats-Unis d'Amérique*, Sentence arbitrale du 5 août 1926 (*Am. Journal of international law*, vol. 22, 1928, p. 404 et plus spécialement p. 410-414); CUO (M. E.), « La nationalité des sociétés » (Paris, 1921); DARRAS (A.) « L'affaire Cerruti », dans *Rev. Gén. de droit international public*, 1899, p. 533; DE VISSCHER (Ch.), « La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des cours anglaises » (*Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1917, p. 501 et suiv.); HUBER (Max), *Rapports sur les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc* (La Haye, 1925), p. 185; HYDE (Ch. Cheney), *International*

Le cas envisagé est nettement distinct de certaines situations avec lesquelles il importe de ne pas le confondre. Il s'agit ici de la protection des actionnaires et non de celle de la société comme telle. D'autre part, les faits qui pourraient motiver l'exercice de cette protection sont imputables à l'Etat même sous le régime duquel la société s'est constituée. C'est cette dernière particularité qui confère à notre hypothèse sa physionomie juridique spéciale et son intérêt pratique. En effet, lorsque les faits dommageables sont imputables à un Etat tiers (c'est-à-dire à un Etat autre que celui dont la société a adopté le régime légal et acquis — pour nous servir d'une expression courante dont nous démontrerons l'ambiguïté — la nationalité), les actionnaires bénéficient de la protection qui est assurée à la société comme telle, en tant du moins que celle-ci représente dans une proportion suffisante des intérêts nationaux ⁽¹⁾, par l'Etat dont elle a adopté

law chiefly as interpreted and applied by the United States (Boston, 1922), vol. I, §§ 277, 279 et 280; MAZEAUD (L.), « De la nationalité des sociétés » (*Journal du droit international*, 1928, p. 30 et suiv.); MOORE (J. Bassett), *A Digest of international law*, t. III, § 485 et t. VI, § 985; NIBOYET (J. P.), *Manuel de droit international privé* (2^e édit., 1928), n° 298 et suiv. et *Répertoire de droit international*, v° « Sociétés en droit international », n° 12 et suiv.; du même auteur : « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? » dans *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1927, p. 402 et suiv.; NIELSEN (Fred. K.), *International law applied to reclamations mainly in cases between the United States and Mexico* (Washington, 1933), p. 55 et suiv.; PEPEY (A.), *La nationalité des sociétés* (Paris, 1920); PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé* (Paris, 1924), t. II, p. 778 à 783; RAESTAD (A.), « La protection diplomatique des nationaux à l'étranger » (*Revue de droit international*, Paris), 1933, p. 525-531; RALSTON (Jackson H.), *The Law and Procedure of international tribunals*, 1926, n° 275-278; *Recueil des arbitrages internationaux* de A. DE LAPRADELLE et N. POLITIS, Paris, 1924, t. II, note doctrinale, p. 590-592; RUNDSTEIN (S.), *Rapport du Comité d'experts pour la codification de la S. D. N. sur la nationalité des sociétés commerciales et leur protection diplomatique* (1927); SCHELLE (G.), « L'affaire de la « Orinoco Steam Ship » (*Rev. Gén. de droit international public*, 1911, p. 164 et plus spécialement p. 171 et suiv.); *Société des Nations. Conférence pour la codification du droit international. Bases de discussions*, t. III; TRAVERS (M.), « La nationalité des sociétés commerciales », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1930, vol. 33, p. 1 et suiv.; WITENBERG (J. C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1932, vol. 41, p. 72-76. — Cfr. la monographie toute récente de A. P. SERENI, mentionnée *infra* note 36.

⁽¹⁾ Ainsi que nous le verrons plus loin, cette protection n'est exercée même en faveur de sociétés dites nationales qu'à la condition que la part d'intérêt des nationaux représente une proportion suffisante du capital social.

la législation. Ici cette protection est évidemment exclue, les mesures dommageables procédant du fait même de cet Etat.

Les circonstances de fait qui donnent fréquemment naissance à des situations semblables sont bien connues. Certains pays ont besoin de l'assistance de capitaux étrangers pour assurer l'exploitation de leurs services publics ou la mise en valeur de leurs richesses naturelles. L'investissement de ces capitaux trouve souvent sa contre-partie dans l'octroi à un groupement étranger d'une concession, celle-ci étant fréquemment subordonnée à la constitution du groupement concessionnaire en une société soumise au régime légal de l'Etat concédant. Si cette société acquiert ainsi la nationalité nominale du pays où elle poursuit son exploitation, les réalités économiques ne s'en trouvent pas modifiées. Sous l'abstraction de la personnalité juridique, c'est le capital étranger, détenu par des actionnaires étrangers, qui soutient l'entreprise et dirige son activité.

On peut concevoir qu'en pareil cas la nationalité toute théorique de la personne morale n'offre aux actionnaires qu'une sauvegarde souvent illusoire contre les agissements des autorités de l'Etat dont la société a adopté la législation et sur le territoire duquel se poursuit son exploitation. Mais que cette nationalité théorique qui, sur le terrain des faits, s'avère impuissante à protéger les véritables intéressés, s'affirme, sur le terrain du droit, capable d'empêcher leur juste indemnisation, c'est ce que l'esprit se refuse à admettre.

Des considérations impérieuses de justice et de raison inclinent actuellement la pratique à accueillir en pareil cas la protection diplomatique des actionnaires. Nous en examinerons plus loin le développement et les manifestations diverses dans l'ordre de la pratique gouvernementale, de l'arbitrage et des conventions diplomatiques (*infra*, sub I). Cette évolution en faveur d'une protection internationale des actionnaires s'est trouvée longtemps contrariée par une conception erronée de la personnalité morale et de la nationalité des sociétés, conception qui tendait à établir une séparation absolue entre l'entité juridique et les éléments qu'elle recouvre et qui aboutissait à sacrifier à l'abstraction les réalités. Nous établirons (*infra*, sub II) que, déjà mal fondée dans l'ordre

du droit privé, cette conception ne peut être transportée dans l'ordre du droit public et qu'en particulier le droit international, toujours plus soucieux de la substance que de la forme, se libère peu à peu des entraves d'une doctrine hautement artificielle pour s'inspirer essentiellement dans ce domaine des principes de l'équité⁽²⁾.

I

LA PRATIQUE INTERNATIONALE.

Un examen attentif de la pratique gouvernementale en matière de protection diplomatique et de la jurisprudence des Commissions mixtes et des tribunaux arbitraux démontre que si, dans certains cas, les intérêts des actionnaires ont été sacrifiés à la considération de la personne morale de la société, plus nombreux et surtout plus récents sont les précédents favorables à la recevabilité de l'action internationale lorsque les intérêts nationaux engagés dans une société étrangère présentent une importance, sinon prépondérante, du moins suffisamment grande et que le préjudice causé est imputable à l'Etat même sous la législation duquel la société s'est constituée.

Le refus de protection diplomatique opposé, en 1866, par le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, M. Seward, dans l'affaire de l'*Antioquia* est toujours cité à l'appui de la première opinion. Cette décision représente, en effet, assez exactement la théorie qui s'attache exclusivement à la nationalité de la personne morale. Dans cette affaire, la société étant colombienne, le Secrétaire d'Etat déclara qu'elle devait, à tous égards, être traitée comme un citoyen de la Colombie; que la participation dans cette société de citoyens américains ne pouvait être considérée comme un intérêt américain susceptible de protection diplomatique et qu'en conséquence les tribunaux colombiens étaient seuls compétents.

Il est toutefois intéressant de constater qu'actuellement les

(2) V. à ce sujet les remarques de M. Max HUBER dans la sentence rendue sur la réclamation LIII (affaire Ziat, Ben Kiran) sur laquelle nous reviendrons plus loin (Réclamations britanniques dans la Zone espagnole du Maroc, *Rapports*, La Haye, 1925, p. 185).

publicistes américains les plus autorisés n'attachent plus grande valeur à ce précédent, par la raison que dans cette affaire d'autres motifs suffisaient amplement à justifier le refus d'intervention ⁽³⁾.

On peut assurément citer des décisions arbitrales en faveur de la même opinion : telle la sentence rendue par le surarbitre Plumley dans la Commission mixte Pays-Bas-Vénézuéla (affaire Baasch et Römer) ⁽⁴⁾ et celle de la Commission mixte Etats-Unis-Vénézuéla dans l'affaire Kunhardt ⁽⁵⁾.

Il est cependant certain que la théorie qui est à la base de ces décisions est actuellement en voie d'abandon. Pillet observe que l'attitude du Secrétaire d'Etat dans l'affaire de l'*Antioquia* a été « universellement critiquée » ⁽⁶⁾. Ainsi que nous le verrons plus loin, cette attitude négative se trouvait étroitement liée à une conception doctrinale de la personnalité morale et de la nationalité des sociétés que l'on peut considérer aujourd'hui comme périmée. Une vue plus exacte des réalités a inspiré les décisions suivantes, qui forment autant de jalons vers la reconnaissance graduelle des droits des actionnaires à la protection diplomatique de leur pays contre l'Etat sous le régime duquel la société s'est constituée.

a) L'affaire *Ruden et C^{ie}* soumise à la Commission mixte de Lima se présentait dans les conditions suivantes. Un citoyen américain, associé dans la maison Ruden et C^{ie}, société péruvienne, réclamait une indemnité au Gouvernement du Pérou du chef de dommages causés à la dite société par des actes de violence dont l'Etat péruvien assumait la responsabilité. La Commission reconnut la nationalité péruvienne de la société; elle accorda néanmoins une indemnité au sujet américain Ruden en raison de son intérêt personnel dans la société. Décision qui ne s'explique que parce que les arbitres, au delà de la personnalité et de la nationalité de la société, ont envisagé la personnalité et la nationalité des associés. Comme le dit très exactement l'auteur de la note publiée sous cette décision dans le *Recueil des arbitrages internationaux* de Lapradelle et Politis (vol. II, p. 592) : « De deux choses l'une, en effet, ou l'on

doit considérer la nationalité, tout abstraite, de la société, ou l'on doit considérer la nationalité, toute concrète, des associés. Dans le premier cas, Ruden, membre américain d'une société péruvienne, n'eût pu rien demander au Pérou, et, du Pérou, rien obtenir. Accueillant la demande de Ruden, associé américain d'une société péruvienne, l'arbitre écarte donc le concept abstrait de la personnalité de la société, pour ne plus voir que la personne réelle de l'associé. »

b) Affaire de la *Delagou Bay Railway C^o* ⁽⁷⁾. Dans cette affaire la réclamation procédait, ainsi qu'il est arrivé fréquemment, d'une discussion relative aux conditions d'exploitation d'une entreprise concédée et de l'annulation subséquente par le Gouvernement portugais de la concession accordée à une société portugaise dans laquelle des intérêts américains et britanniques étaient prépondérants. Malgré la nationalité portugaise de la société, les Gouvernements américain et britannique se sont déclarés qualifiés pour s'interposer en faveur de leurs ressortissants respectifs. En vain le Gouvernement portugais avait-il déclaré tout d'abord ne connaître d'autres intérêts que ceux de la société portugaise. Il finit par abandonner son point de vue en acceptant de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral qui, en 1890, le condamna à payer des dommages-intérêts aux actionnaires lésés ⁽⁸⁾.

c) Dans l'affaire de la *Salvador Commercial Company* contre l'Etat de Salvador nous trouvons une confirmation plus nette encore de cette pratique ⁽⁹⁾. Une société américaine, la *Salvador Commercial Company*, était propriétaire de la majeure partie du capital d'une société salvadorienne, constituée sous la dénomination de *El Triunfo Company*. Les mesures prises à l'égard de cette dernière par le Gouvernement de Salvador ayant causé un grave dommage à des intérêts américains, le Gouvernement de Washington intervint en faveur de ceux-ci. Ici encore le Gouvernement de Salvador commença par déclarer cette intervention irrecevable, les mesures discutées n'affectant, disait-il, qu'une société nationale. Il ne tarda pas cependant à abandonner ce point de vue et l'affaire fut soumise à l'arbitrage par un compromis

⁽³⁾ MOORE, *A Digest of international law*, t. VI, p. 644. Cfr. la remarque de Cheney HYDE, *International law*, vol. I, p. 488, note 2.

⁽⁴⁾ RALSTON, *Law and Procedure of international tribunals*, n° 271.

⁽⁵⁾ RALSTON, *op. cit.*, n° 272.

⁽⁶⁾ *Traité pratique de droit international privé*, t. 2, p. 782.

⁽⁷⁾ MOORE, *Digest*, t. VI, p. 647; Ch. HYDE, vol. I, p. 488-489.

⁽⁸⁾ MOORE, *loc. cit.*, p. 649.

⁽⁹⁾ MOORE, p. 649 et Ch. HYDE, *loco cit.*, p. 489.

signé à Washington, le 19 décembre 1901. Quant à la qualification des Etats-Unis aux fins de protéger les citoyens américains intéressés dans cette affaire, le tribunal arbitral la considéra comme établie, en se référant purement et simplement au précédent créé par l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Company* que nous avons relatée plus haut ^(9bis).

d) L'affaire *Cerruti* entre la Colombie et l'Italie fournit un précédent analogue à celui de l'affaire *Ruden et C^o* ⁽¹⁰⁾. La Société E. Cerruti était une société colombienne ayant la personnalité civile et dans laquelle le sieur Cerruti, sujet italien, possédait une part d'intérêt. A la suite d'événements insurrectionnels, les autorités colombiennes ordonnèrent la confiscation de l'avoir de la société ⁽¹¹⁾. La réclamation de Cerruti, appuyée par le Gouvernement italien, fut soumise à l'arbitrage du Président Cleveland. Le compromis d'arbitrage (Protocole de Castellamare du 18 août 1894) confiait expressément à l'arbitre le soin de décider au préalable quelles étaient, parmi les réclamations de Cerruti contre le Gouvernement colombien, celles qui « rentraient dans la compétence d'une juridiction internationale ». L'arbitre était donc formellement invité par les parties à examiner si les pertes subies par Cerruti en sa qualité d'associé dans la société colombienne Cerruti et C^o pouvaient faire l'objet d'une réclamation et d'une instance internationales. La décision du Président Cleveland fut nette : « Les réclamations formulées par le sieur Ernest Cerruti contre la République de Colombie... pour préjudice souffert par lui à raison des pertes et dommages causés à son intérêt dans la Société Ernest Cerruti et C^o sont des réclamations légitimes de caractère international ». (Sentence arbitrale du 2 mars 1897.)

En conséquence, l'arbitre alloua à Cerruti une indemnité de

^(9bis) On a contesté, il est vrai, la valeur de cette référence. Elle est cependant confirmée par les observations du juge Penfield, Solicitor du Département d'Etat, dans un rapport à M. Hay. V. MOORE, *A Digest*, t. VI, § 985, p. 651.

⁽¹⁰⁾ Voir l'étude de DARRAS dans la *Revue Générale de droit international public*, 1899, p. 533 et suiv.

⁽¹¹⁾ L'examen des faits démontre que la mesure de confiscation s'étendit à la totalité de l'avoir social, les autorités colombiennes ayant considéré les autres associés comme rebelles (BUREAU, cité par DARRAS, *loc. cit.*, p. 534, note 4). Cette circonstance est importante à relever, car elle démontre que la mesure ne fut pas prise à l'égard de Cerruti en raison de sa nationalité étrangère, ce qui pourrait placer la question sur un terrain différent.

60,000 livres sterling. Décision d'autant plus significative qu'elle distingue nettement — tout en accordant réparation pour l'une et pour l'autre — deux catégories de dommages : dommages causés à la propriété personnelle de l'intéressé, pertes causées à son intérêt d'associé dans la Société Ernest Cerruti et C^o.

e) Dans l'affaire connue sous le nom de *Alsop Case* les intéressés, sujets américains, étaient, comme dans l'affaire Cerruti, membres d'une société constituée sous le régime légal de l'Etat recherché (dans l'espèce le Chili) et ayant la nationalité de cet Etat. La réclamation internationale avait d'abord été formulée, au nom de la firme elle-même, par un sujet américain qui se présentait devant la Commission mixte comme liquidateur. Ainsi motivée, elle devait échouer et fut effectivement écartée par la Commission mixte Etats-Unis-Chili (1901), qui déclara que la société constituait une entité indépendante et ayant la nationalité chilienne. Mais la question n'en resta pas là. Par un compromis conclu entre les Etats-Unis et le Chili le 1^{er} décembre 1909, l'affaire fut déferée à l'arbitrage de Sa Majesté Britannique. Cette fois, remarquons-le, l'intervention du Gouvernement américain était expressément motivée par la protection « des individus qui avaient été membres de la firme et non par la protection de la firme comme telle ». Sur ce terrain, l'arbitre donna gain de cause au Gouvernement américain en rejetant expressément l'exception d'irrecevabilité que, cette fois encore, le Gouvernement chilien avait tenté de déduire de la nationalité chilienne de la société. Il est vrai que le compromis avait autorisé l'arbitre à s'inspirer de considérations d'équité aussi bien que de droit strict et à se comporter en « amiable compositeur ». Mais ces particularités, que l'instance antérieurement portée devant la Commission mixte suffisait à expliquer, n'enlèvent rien de la signification du compromis ni de celle de la sentence qui, se plaçant au-dessus de l'artifice de la personnalité morale, devait finalement assurer la réparation de l'injustice commise envers les individus membres de la société. Certains passages de l'avis formulé par les commissaires britanniques auxquels l'affaire avait été soumise par l'arbitre sont tout à fait décisifs à cet égard ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ MOORE, *Digest*, t. III, p. 802; CH. HYDE, vol. I, p. 485, note 3; RALSTON, n^o 275

f) Dans l'affaire *Canevaro*, qui fut soumise à la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (sentence du 3 mai 1912), le Gouvernement italien s'est placé sur ce même terrain pour justifier son intervention diplomatique en faveur de ses ressortissants. Le Contre-Mémoire italien, qui fut rédigé par l'illustre jurisconsulte Vittorio Scialoja, distingue de la façon la plus précise la question de la nationalité de la société de celle de la protection diplomatique des associés. Il admet le caractère péruvien de la société et sa soumission à la loi péruvienne au point de vue de sa constitution sociale, des rapports des associés entre eux, de la capacité juridique de l'entité sociale envisagée comme personne morale, en un mot pour tout ce qui regarde le régime légal. Mais, ajoute-t-il, on abuse d'une interprétation trop littérale de ces dispositions de droit interne quand on conclut à l'impossibilité de la protection diplomatique des intérêts italiens. Ce fait ne porte atteinte en rien au « droit que l'Etat italien a de protéger comme ses propres sujets les sociétaires italiens de cette maison, même dans les droits qui leur viendraient en passant par la personne sociale ». Et, en effet, « si les droits de la société, personne juridique, sont, au point de vue formel, des droits distincts de ceux des actionnaires, elle ne les exerce pourtant en réalité que dans l'intérêt de ceux-ci (12bis). »

g) La sentence rendue par M. Max Huber, ancien Président de la Cour permanente de Justice internationale, au sujet d'une réclamation britannique dans la Zone espagnole du Maroc (accord anglo-espagnol du 29 mai 1923), marque très bien la différence entre le point de vue du droit interne, dominé par la conception unitaire de la personnalité morale, et celui du droit international, manifestement déterminé par les considérations de justice et d'équité qui commandent la protection des actionnaires. Dans cette réclamation (affaire Ziat-Ben Kiran; Rapports, p. 185), le Gouvernement espagnol contestait la recevabilité de la réclamation britannique, parce que l'association (constituée entre des naturalisés et protégés britanniques) constituait, d'après le droit

(12bis) La sentence de la Cour permanente d'arbitrage a admis la nationalité péruvienne des associés. Elle a pu s'abstenir ainsi de se prononcer sur la question de principe en se bornant à constater que « la société était péruvienne à un double titre et par son siège social et par la nationalité de ses membres. »

espagnol, une personne juridique distincte et, comme telle, de nationalité espagnole. Le rapporteur-arbitre a fait à ce sujet les très intéressantes observations suivantes :

« Tout en ne contestant pas les déclarations faites par le représentant espagnol au sujet de la nature juridique des associations régies par le droit espagnol, le rapporteur constate que, malgré le fait que beaucoup de systèmes de droit admettent l'existence indépendante de sociétés en nom collectif, la jurisprudence prépondérante des tribunaux arbitraux reconnaît la possibilité de distinguer, pour les besoins d'une litigation internationale, entre les parts contributives des sociétaires, d'un côté, et la société même de l'autre. *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.* »

Ainsi l'examen des précédents atteste, de façon indiscutable, l'existence d'une pratique diplomatique et arbitrale qui tend à ouvrir aux Gouvernements l'action internationale en faveur de leurs ressortissants actionnaires d'une société étrangère, tout au moins lorsque sont réunies les deux conditions suivantes : 1° la participation nationale doit avoir une réelle importance; 2° les actes dommageables sont imputables à l'Etat même sous la législation duquel la société s'est constituée.

Aussi bien, quand, au lieu de se laisser guider par des concepts abstraits, on observe les réalités, on se rend compte que les Gouvernements refusent leur protection même aux sociétés dites nationales s'il leur est démontré que celles-ci, en dépit de l'étiquette légale, ne représentent pas, dans une proportion suffisante, des intérêts nationaux. Sans doute, une société dite nationale est *prima facie* appelée à jouir de la protection de l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée. Mais, comme le dit Borchard, « ni l'enregistrement, ni le siège ou le domicile dans un Etat donné ne suffisent à eux seuls pour justifier la protection diplomatique ». Dans ce domaine « on soulève le voile de l'organisation sociétaire, on s'enquiert de la nationalité des détenteurs d'actions et même on protège les détenteurs nationaux sans tenir compte du lieu

d'enregistrement, du siège ou du domicile de la société dont ces derniers possèdent des actions » (13).

Ainsi s'explique la pratique constante des Gouvernements de ne s'interposer qu'en faveur de celles de leurs sociétés dites nationales dans lesquelles leurs ressortissants possèdent, sinon la majorité absolue, du moins une part importante (en anglais, *substantial*) du capital social. La communication suivante du Département d'Etat des Etats-Unis caractérise fort bien cette pratique. S'agissant d'une société qui s'était constituée sous la législation de l'Etat de Californie, M. Adee déclarait (dépêche du 12 octobre 1909) : « Le Département estime que cette société ne représente pas des intérêts américains suffisants pour justifier la protection du Gouvernement... Il y a donc lieu de s'enquérir plus complètement de la nationalité des membres de la société et des personnes qui exercent sur elle une influence prépondérante » (14).

Il n'est que trop évident qu'un Gouvernement ne saurait étendre sa protection diplomatique à des sociétés qui, derrière le paravent d'une nationalité théorique, dissimulent des intérêts exclusivement ou en grande majorité étrangers. Question de politique interne, dira-t-on, laissée jusqu'à un certain point à la discrétion de chaque Gouvernement. Sans doute; l'observation n'en découvre pas moins le fondement réel et la véritable portée de toute intervention diplomatique en pareille matière.

Dans l'affaire de la *Orinoco Steamship Company*, entre les Etats-Unis d'Amérique et le Vénézuéla, une compagnie de nationalité anglaise demandait la protection du Gouvernement britannique contre certaines mesures prises à son égard par le Gouvernement du Vénézuéla. En fait, la société, bien qu'enregistrée à Londres, n'était anglaise qu'en apparence, tous ses actionnaires étant sujets américains. Le Foreign Office, s'étant rendu compte de cette situation, se désintéressa de l'affaire. En présence de cette attitude, la compagnie se décida à abandonner la nationalité anglaise; elle

(13) *Rapport à l'Institut de droit international*, t. XXXVI, vol. 1 (session de Cambridge, 1931), p. 297. — C'est donc sous cette réserve que doit s'entendre la pratique arbitrale qui, dans l'interprétation des traités portant création de Commissions mixtes, a admis que, dans le silence du compromis, les réclamations de sociétés constituées sous le régime légal d'un Etat sont recevables comme implicitement comprises dans celles des ressortissants de cet Etat.

(14) Cité par Ch. HYDE, *op. cit.*, vol. I, p. 487, note 3.

prit la nationalité américaine en se faisant incorporer, conformément à la législation de l'Etat de New-Jersey. Les Etats-Unis étaient-ils désormais qualifiés pour exercer la protection diplomatique en faveur de la *Orinoco Steamship Company*, société américaine, qui, avec les mêmes actionnaires, s'était substituée à la *Orinoco Shipping and Trading Company*, société britannique? C'est une règle consacrée par la pratique que la protection diplomatique n'appartient qu'au Gouvernement auquel ressortit la personne lésée au moment du dommage. Dans l'espèce, les réclamations étaient nées en la personne de la société anglaise. La Commission mixte à laquelle l'affaire fut déferée pouvait-elle considérer le Gouvernement de Washington comme qualifié pour prêter son appui en faveur du recouvrement de ces réclamations?

A s'en tenir à la seule considération de la personnalité et de la nationalité de la société, la réponse négative s'imposait, et le Gouvernement vénézuélien ne manqua pas de soulever l'exception d'incompétence. Le surarbitre refusa de s'engager dans cette voie : s'attachant à la nationalité réelle des vrais intéressés, qui n'avaient jamais cessé d'être Américains, il rejeta le déclinatoire d'incompétence proposé par l'agent du Vénézuéla (15).

Que conclure de tout ceci? Sinon qu'en matière de protection diplomatique — qu'il s'agisse de l'accorder à des intérêts nationaux engagés dans une firme étrangère, ou de la refuser à des sociétés dites nationales dans lesquelles les intérêts nationaux ne sont pas suffisamment représentés — c'est, en dernière analyse, la considération des éléments composants, c'est-à-dire des réalités, et non celle de la nationalité théorique de la personne morale qui toujours est décisive.

Les manifestations de la pratique que nous venons de rappeler devaient tout naturellement conduire les Gouvernements à insérer dans des conventions internationales des clauses protectrices des droits de leurs ressortissants, actionnaires d'une société étrangère. Assurément, il est souvent fort délicat de se prononcer sur le point de savoir si l'insertion dans des conventions internationales de clauses établissant certaines règles de conduite peut être inter-

(15) Cfr. l'étude de M. G. SCHELLE dans la *Revue Générale de droit international public*, 1911, p. 164 et plus spécialement p. 171 à 179.

prétée comme la manifestation d'une coutume déjà établie, ou bien, au contraire, comme la preuve qu'une telle coutume n'existe pas encore. Mais ici le doute ne nous paraît guère permis. La pratique conventionnelle dont nous faisons état est manifestement fondée sur une pratique antérieure, diplomatique et arbitrale, déjà solidement assise; elle correspond à une évolution doctrinale très caractérisée dans les concepts de personnalité morale et de nationalité des sociétés (voy. *infra*). Les dispositions conventionnelles que nous allons rappeler marquent plutôt, à notre avis, le dernier terme d'un mouvement dont l'orientation était déjà fixée.

La Convention conclue entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, le 8 septembre 1923, établissant une Commission mixte de réclamations, contient un article premier qui autorise la présentation de « toutes demandes pour pertes ou dommages subis par des citoyens de l'un ou de l'autre pays en raison de pertes ou dommages subis par toute société, compagnie, association ou *partnership* dans laquelle ces citoyens ont ou ont eu un intérêt réel et *bona fide* » (16).

La Convention de 1926, conclue aux mêmes fins entre le Royaume-Uni et le Mexique, contient un article 3 qui donne compétence à la Commission mixte pour adjuger toutes réclamations ayant pour origine « les pertes ou dommages éprouvés par des sujets ou protégés britanniques, en raison de pertes ou dommages éprouvés par toute *partnership*, compagnie ou association dans laquelle des sujets ou protégés britanniques ont ou ont eu un intérêt excédant 50 p. c. du capital total investi dans la dite *partnership*, compagnie ou association, intérêt acquis antérieurement à la survenance de la perte ou du dommage ».

Le Traité de Versailles (art. 297, litt. *e*) et 298, annexe § 4) et les dispositions correspondantes des autres traités de paix autorisent les ressortissants alliés à faire valoir leurs droits d'actionnaires dans les sociétés ou associations dans lesquelles ils étaient intéressés en territoire allemand. Les tribunaux arbitraux mixtes ont fait application, à différentes reprises, de cette disposition.

Bornons-nous à signaler un passage de la sentence rendue, le

18 janvier 1926, par le Tribunal arbitral mixte germano-roumain (Présidence de M. Fazy) qui, opposant à la nationalité de la société celle des associés, caractérise très clairement la méthode adoptée par les traités de paix : « Il était tout naturel, pour les rédacteurs du Traité, de chercher à sauvegarder les droits des actionnaires alliés, *ut singuli*. Pour cela, il fallait, non pas assimiler certaines sociétés allemandes aux ressortissants alliés, mais comprendre parmi les biens alliés sur territoire allemand, les intérêts que des actionnaires alliés possédaient dans des sociétés sises en Allemagne. »

La résolution Knox-Porter du Congrès des Etats-Unis du 2 juillet 1921, incorporée plus tard dans les Traités de Berlin, de Vienne et de Budapest, autorise la présentation aux Commissions mixtes des réclamations de demandes en faveur d'actionnaires américains qui possédaient, en cette qualité, des intérêts soit dans des sociétés relevant de pays ex-ennemis, soit même dans des sociétés américaines, sous réserve de la justification par chacun d'eux de sa part proportionnelle dans le dommage total éprouvé par la société. La décision administrative n° 7, rendue en cette matière par la Commission mixte germano-américaine (25 mai 1925) contient un passage qui mérite tout spécialement d'attirer l'attention en raison du lien qu'il établit entre le système consacré par le Traité et la pratique traditionnelle du Gouvernement de Washington, entre le droit conventionnel et les précédents : « C'est à dessein que l'on a inclus les sociétés « américaines » au nombre des organismes dans lesquels un actionnaire américain peut éprouver un dommage, de façon à comprendre les intérêts d'une minorité d'actionnaires américains dans des sociétés qui, américaines seulement de nom, sont étrangères par le fait que des étrangers sont propriétaires de la majorité des actions et contrôlent ainsi la société. Dans ce cas, en effet, les Etats-Unis, se conformant aux précédents posés par le Département d'Etat, peuvent, dans l'exercice indiscutable de leur pouvoir discrétionnaire, refuser leur protection diplomatique à la société comme telle. Dans tous les cas semblables, les citoyens américains trouvent un recours dans la protection que leur garantissent les Etats-Unis en épousant les réclamations qu'ils font valoir comme actionnaires, à charge par eux d'établir l'étendue du dommage souffert et de prouver qu'ils

(16) Voy. F. K. NIELSEN, *International law applied to reclamations, mainly in cases between the United States and Mexico*, p. 56 et suiv.

n'ont pas été indemnisés déjà indirectement par un paiement fait à la société... Ainsi interprétée, la clause de la section 5 est en harmonie avec la politique bien établie du Gouvernement américain, laquelle consiste à regarder, au delà des questions de forme, le fond même des choses, et ainsi à découvrir et à protéger les intérêts de ressortissants américains (Thus construed, this clause of section 5 is in harmony with the established policy of the American Government to look behind forms and to the substance in discovering and protecting the interests of American nationals). La clause n'a pas eu pour effet d'élargir les termes du Traité de Versailles; elle constitue l'expression d'une règle que les Etats-Unis auraient invoquée pour interpréter ce Traité en l'absence d'une disposition expresse à cet égard » (17).

Ainsi, une pratique diplomatique déjà solidement établie; une jurisprudence arbitrale, d'abord hésitante, mais qui, sous l'influence de considérations impérieuses d'équité, se raffermir toujours davantage; des dispositions nombreuses insérées dans les traités internationaux récents et plus spécialement dans les conventions qui instituent les commissions mixtes de réclamations, attestent un courant d'idées nettement favorable à la protection des droits individuels de l'actionnaire dans l'hypothèse que nous envisageons ici. Si des hésitations se font encore jour, c'est parce que la pratique, tout en se rendant pleinement compte du caractère à la fois artificiel et injuste de solutions qui sacrifient à une abstraction les réalités les plus certaines, n'a pas encore trouvé à s'attacher à une explication doctrinale vraiment satisfaisante des effets tout relatifs de la personnalité morale et des points de vue essentiellement différents qu'adoptent à cet égard le droit privé et le droit public.

II

LE FONDEMENT DOCTRINAL DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES ACTIONNAIRES.

L'évolution très significative de la pratique internationale vers la reconnaissance de la protection diplomatique des actionnaires

(17) Voy. le texte de cette décision dans : *The American Journal of international law*, vol. 20, 1926, p. 185-186.

dans le cas envisagé ici s'explique assurément avant tout par des considérations de raison et d'impérieuse équité. Toutefois, à l'étudier de plus près, on s'aperçoit qu'elle a été grandement favorisée par une conception nouvelle et plus exacte de la place que tiennent dans les rapports de droit public les notions de personne morale et de nationalité des sociétés.

D'après une théorie qui a longtemps prévalu, mais que l'on peut considérer actuellement comme discréditée, la société personnifiée, création d'un législateur, est une entité juridique complètement indépendante des êtres physiques qu'elle recouvre et qui la manifestent à l'extérieur. C'est le système de la personnalité-fiction : il se caractérise par la séparation absolue qu'il établit entre la personnalité morale et les réalités dont cette personnalité n'a cependant pour objet que d'assurer la protection et le développement. On est ainsi conduit à n'envisager que l'entité abstraite de la personne morale, à ignorer les actionnaires ou à ne les considérer que comme des tiers qui lui sont étrangers. Système artificiel, qu'une observation plus exacte des réalités sociales a fait rejeter depuis longtemps, et qui, actuellement, ne trouve plus guère de défenseurs.

L'intérêt de l'individu, l'intérêt de l'homme est toujours le but du droit et sa fin suprême. Il en est ainsi alors même que la poursuite de cet intérêt s'effectue sous le couvert du régime de la personnalité civile. Si cette personnalité répond à une réalité juridique certaine, en ce sens, comme le dit Michoud (18), « qu'elle est toujours quelque chose de plus que la collection des personnes physiques » qu'elle recouvre, elle n'est cependant jamais isolée complètement de ces dernières. Il en est ainsi jusqu'à un certain point même dans la sphère juridique qui est le domaine propre de la personnalité civile, celle du droit privé. Même ici, le système de la personnalité-fiction a fait son temps. La doctrine moderne est unanime à en dénoncer le caractère irréel et les conséquences à la fois déraisonnables et injustes qu'il engendre. Depuis longtemps, elle est ralliée, dans son ensemble, au système dit de la réalité juridique qui, tout en « maintenant l'unité de la personne morale, ne perd pas de vue que c'est une unité complexe et que

(18) *La théorie de la personnalité morale*, vol. 1, n° 15bis.

les personnes physiques qui la composent ne sont pas pour elle des tiers » (19).

Mais ce qu'il faut observer au point de vue qui nous retient ici, c'est qu'au regard du droit public la question de la personnalité du groupement se pose tout autrement qu'au regard du droit privé. Le régime unitaire, conséquence de la personnalité, avec la concentration des volontés et des responsabilités qu'elle implique, n'a, en effet, qu'une portée relative. C'est une construction juridique imposée par une fin déterminée et adaptée à cette seule fin : la poursuite du but social dans les cadres du droit privé. Ses effets juridiques ne dépassent pas le but en vue duquel l'organisation s'est constituée et qui seul justifie un certain effacement des individualités composantes devant la personnalité de la société.

Au regard du droit public la considération de la personnalité morale cède le pas à celle des éléments composants dans la mesure où l'exige l'ordre public. Derrière la personnalité du groupe, le droit public s'attache toujours aux éléments réels (individus et capitaux) qui le composent. Qu'il s'agisse, comme ici, de protéger les individus contre les agissements d'un Etat étranger, ou de défendre contre les individus les intérêts généraux de l'Etat sur le territoire duquel ils résident, le droit public, externe ou interne, discerne derrière le manteau de la personnalité civile les réalités qu'il recouvre. Il en est ainsi des prescriptions de droit public qui prévoient la dissolution d'associations composées d'éléments étrangers qui, par leurs agissements, menacent la sûreté de l'Etat; de celles qui, en temps de guerre, visent à définir le caractère ennemi des sociétés (20); de celles relatives à la déclaration des biens ennemis. C'est l'idée qui se trouve heureusement exprimée dans le passage suivant de l'opinion de Lord Parker dans la fameuse affaire *Daimler and Co v. Continental Tyre and Rubber Co* : « La vérité est que l'on est forcé de reconnaître une différence radicale entre les considérations qui, durant la paix, régissent l'organisation de la responsabilité civile et des droits de

(19) MICHOU, *loc. cit.* Cf. SALEILLES, *De la personnalité juridique; histoire et théories.*

(20) La décision rendue par la Chambre des Lords (30 juin 1916) dans l'affaire *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.*, en particulier l'opinion, si souvent citée, de Lord Parker, est tout à fait caractéristique à cet égard.

propriété, et celles qui gouvernent, en temps de guerre, la détermination du caractère ennemi » (21).

Cette « différence radicale » entre le point de vue du droit privé et celui du droit public, nous la retrouvons en pleine lumière dans la question qui nous occupe ici : celle des relations qui s'établissent entre une société placée sous le régime légal d'un Etat et cet Etat lui-même, lorsque ce dernier porte injustement atteinte aux intérêts étrangers représentés dans la société. Voici comment, dans cet ordre d'idées, se fait le passage du droit privé au droit public et, par voie de conséquence, de la considération de la personnalité morale de la société à celle des individus qui la composent et qui la dirigent. Pratiquement, la question se pose comme suit : une société constituée à l'aide de capitaux étrangers a adopté la loi du pays où doit se poursuivre son exploitation. En se soumettant à la législation de cet Etat, les intéressés ont entendu trouver dans la loi locale et chez les tribunaux chargés de l'appliquer une protection efficace de leurs intérêts sociaux. Cette protection légale dans l'exercice de l'activité sociale et dans les cadres du

Cette décision a d'ailleurs été souvent mal interprétée. C'est avec raison qu'on l'invoque pour établir la distinction, en cette matière, entre le point de vue du droit privé et celui du droit public. C'est à tort qu'on la cite comme ayant appliqué à la détermination de la nationalité des sociétés le critère du contrôle : la Chambre des Lords n'a fait état de la notion du contrôle qu'en vue de la seule détermination du caractère ennemi. Les deux questions, souvent confondues, sont nettement distinctes, tout spécialement dans le droit anglo-saxon. Voir à ce sujet notre étude : « La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des cours anglaises », *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1917, p. 501 et suiv. et W. E. BECKETT, « Diplomatic claims in respect of injuries to companies » (*Transactions of the Grotius Society*, 1931, p. 175 et suiv.).

(21) C'est ce que reconnaît expressément la sentence, discutable d'ailleurs à d'autres égards (BORCHARD, *Rapport précité*, p. 310-311), rendue à la majorité par un Tribunal spécial constitué par la Commission des Réparations et par le Gouvernement des Etats-Unis dans une réclamation de la Standard Oil Company (5 août 1926). Les arbitres (E. Sjoeborg et J. Lyon) soulignent la distinction entre le point de vue du droit public et celui du droit privé qui est à la base de la décision de la Chambre des Lords dans *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Company*. De même, rappelant les sentences que nous avons analysées plus haut (Delagoa Bay, El Triunfo, Alsop, Orinoco Steamship) ils insistent sur la différence entre la question de droit public, soulevée par la protection diplomatique, et la question de droit privé que posent les droits respectifs d'une société personnifiée et de ses actionnaires sur le capital social. Voy. *American Journal of international law*, vol. 22 (1928), p. 404 et plus particulièrement p. 410 à 414.

droit interne, est, nous l'avons vu, la raison d'être du régime de la personnalité; seule elle justifie l'absorption au moins partielle des intérêts individuels par l'intérêt collectif, l'effacement au moins temporaire des personnes physiques devant la personnalité morale. Mais ce régime unitaire, nous le savons, n'étend pas ses effets au delà du but qui le justifie. Si donc, au lieu de trouver dans le pays dont elle a adopté le régime légal la protection qui lui est due, la société devient l'objet dans ce pays même de mesures manifestement injustes, vexatoires ou discriminatoires, qui, en portant atteinte à ses intérêts collectifs, compromettent gravement ceux des actionnaires étrangers; si, par ailleurs, elle a épuisé tous les recours que lui offre la législation locale, ou bien se heurte à un déni de justice qui rend impossible toute réparation des dommages dont les actionnaires étrangers ont injustement souffert, la question désormais sort de la sphère du droit interne pour entrer dans celle de la responsabilité internationale et de la protection diplomatique. En vain l'Etat recherché objecterait-il que la société a « sa nationalité ». On lui répondra que cette nationalité n'est distincte de celle des actionnaires qu'aux seules fins d'une protection légale que le droit interne s'est avéré impuissant à lui garantir. Seule désormais l'action internationale est capable d'ouvrir aux intérêts étrangers la voie des réparations exigées. Raisonner autrement, c'est prêter à la personnalité morale des effets qui compromettent le but même en vue duquel elle a été constituée; c'est abuser d'une abstraction aux dépens des seules réalités qui en justifient l'emploi.

C'est de cette obsession persistante de la personnalité abstraite de l'entité morale que procèdent toutes les confusions qu'a fait naître, dans la question qui nous occupe, la théorie de la nationalité des sociétés.

Strictement, la nationalité est une notion qui ne s'applique qu'aux individus. Le national, c'est un citoyen, c'est-à-dire un membre d'un Etat. Il est donc clair que cette notion ne peut s'appliquer intégralement à un être moral tel qu'une société et que, quel que sens que l'on donne au terme nationalité dans cet ordre d'idées, il ne s'agit toujours que d'une adaptation ou approximation.

Quand on parle de nationalité des sociétés, on peut désigner

par là deux notions très différentes ⁽²²⁾. S'agit-il simplement de la soumission d'une société à la législation d'un Etat déterminé au point de vue, par exemple, de la poursuite de son activité civile et de son but social, de ses conditions de constitution et de fonctionnement? On est alors dans le domaine du droit privé et, bien qu'on s'écarte, en s'exprimant ainsi, de la véritable acception du terme « nationalité », qui implique toujours un lien d'*allégeance politique*, on peut parler, sous ce rapport, d'une nationalité de la personne morale distincte de celle des personnes physiques qu'elle recouvre. A ce point de vue, nous n'entendons donc aucunement contester la proposition généralement admise qu'une société peut avoir une nationalité indépendante, celle, par exemple, du pays où elle a son siège social ou encore du pays où elle a été incorporée, alors même que tous ses actionnaires auraient une nationalité différente.

S'agit-il, au contraire, de fixer *dans l'ordre du droit public* le lien économique qui peut exister entre une collectivité personnifiée et un Etat donné, en d'autres termes de lui assigner avec cet Etat un lien de rattachement, qui est non pas identique, mais plus ou moins analogue à celui qui existe entre un Etat et ses citoyens ou ressortissants, on s'aperçoit que jamais une société n'a une nationalité vraiment indépendante de celle de ses membres. En effet, ce que l'on a en vue ici, ce n'est plus du tout la simple soumission de la société à une législation donnée considérée comme compétente pour régir son activité dans les conditions normales de son exercice; ce n'est plus du tout une question de régime légal applicable aux diverses manifestations de la vie sociale. Ce qui est en cause ici, c'est la détermination, à des fins qui relèvent du droit public, *du principe moteur de l'activité sociale* ⁽²³⁾; c'est la recherche et la détermination *du centre d'influence réelle*.

⁽²²⁾ Voir sur ces deux acceptions, complètement différentes du terme : PILET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, p. 778 et NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, n° 300 et *Répertoire de droit international*, v° Sociétés en droit international, n° 12. Cf. A. PÉRY, *La nationalité des sociétés*, p. 97 et suiv.

⁽²³⁾ Expression de Lord Justice Buckley dans l'affaire *Continental Tyre and Rubber Company*. Cf. notre étude dans la *Revue de droit international privé* précitée.

Nous touchons ici à la notion du contrôle. Les malentendus auxquels elle a prêté ne doivent pas faire méconnaître l'idée très juste qu'elle renferme. On a eu le tort de vouloir édifier sur elle une nouvelle théorie de la nationalité des sociétés, confondant ainsi la question du régime légal avec les exigences particulières du droit public. Par contre, cette notion a eu le mérite d'abolir la cloison étanche qu'une conception formaliste avait longtemps interposée entre la personnalité de la société et les individus qui la dirigent au point de placer ceux-ci complètement en dehors du champ de vision du droit. C'est là le trait commun des utilisations, par ailleurs très diverses, qu'a reçues la notion du contrôle, celui que dégage très heureusement le passage suivant de l'arrêt n° 7 de la Cour permanente de Justice internationale (affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise) : « La Cour est d'avis que la notion du contrôle, dans la Convention de Genève, est une notion essentiellement économique et qu'elle vise l'influence prépondérante sur l'orientation générale des affaires. Les critères d'ordre extérieur, tels que le siège, le lieu de la fondation, la législation sous l'empire de laquelle la société a été constituée et autres, appliqués depuis longtemps et sans rapport avec le problème de la liquidation, par la législation et la jurisprudence des différents pays, semblent avoir été remplacés dans la Convention de Genève et en ce qui concerne le régime de liquidation par un critère plus souple qui permet d'atteindre, en dépit d'apparences contraires, les personnes physiques d'une nationalité déterminée. Le régime est donc basé sur la nationalité des citoyens de l'Etat frappé par la liquidation, titulaires et bénéficiaires des biens, droits et intérêts liquidables. »

C'est du même ordre d'idées que relève le lien de dépendance qui peut justifier l'exercice de la protection diplomatique en matière de sociétés. Ce lien est basé sur les réalités économiques. Si, à cet égard, il convient de prendre en considération toutes les circonstances qui exercent une influence prépondérante sur l'activité de la société, circonstances qui peuvent différer d'une espèce à une autre, il faut cependant, en règle générale, tenir compte en première ligne, ainsi que l'a fait l'arrêt précité de la Cour, de la nationalité des actionnaires qui exercent une action prépondérante sur la vie de la société.

Il apparaît ainsi clairement qu'une société n'a pas d'autre lien *politique* concevable avec un Etat déterminé que celui qui peut résulter pour elle du groupement des individus qui la composent et des capitaux que ceux-ci lui apportent. C'est dire que dans l'ordre du droit public et plus particulièrement dans celui de la protection diplomatique, la nationalité d'une société ne répond à une réalité qu'autant qu'on la considère comme déterminée par la nationalité des personnes physiques qui la composent et qui, par l'influence qu'elles détiennent, dirigent en réalité son activité. Comme le dit très exactement M. Niboyet, la nationalité de la société n'est ici « que le prolongement ou le reflet dans le plan social de la nationalité des associés » ⁽²⁴⁾.

Malgré les confusions doctrinales auxquelles elle a prêté ⁽²⁵⁾, la circulaire bien connue du Garde des Sceaux du 29 février 1916 concernant la déclaration des biens ennemis, exprime au fond la même idée et ne mérite pas les critiques qui lui ont été parfois adressées : « Il ne saurait être fait état à l'égard des sociétés de leur nationalité d'apparence. Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, tous les indices *auxquels s'attache le droit privé* pour déterminer la nationalité d'une société sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer, au point de vue du droit public, le caractère réel de cette société. Elle doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie dès que notoirement sa direction ou ses capitaux sont, en totalité ou en majeure partie, entre les mains de sujets ennemis, car en pareil cas, derrière la fiction de droit privé se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même ».

Ainsi, que l'on ne s'y trompe pas, l'idée que nous défendons ne répond aucunement à la conception dualiste, justement critiquée et qui, à la faveur d'une terminologie douteuse, a été esquissée durant la grande guerre, conception qui tendrait à attribuer à une même personne morale deux nationalités distinctes, l'une aux fins du droit privé, l'autre aux fins du droit public ⁽²⁶⁾. Nous ne disons

⁽²⁴⁾ *Répertoire de droit international*, v° Sociétés en droit international, n° 16.

⁽²⁵⁾ Voy. *infra*, note 26.

⁽²⁶⁾ Cfr. NIBOYET, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *loc. cit.*, p. 410-411 et MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *Journal du droit international*, 1928, p. 43. — Il faut ajouter que ce reproche lui-même procède souvent de l'interprétation inexacte que les auteurs ont donnée de certaines décisions

pas que le droit public et plus particulièrement le droit international attribuent à la personne morale une nationalité *ad hoc*, différente de celle que lui assignent les critères du droit privé. Nous disons que dans la question de la protection diplomatique, c'est-à-dire quand sont en jeu des considérations de droit public et d'ordre public, seule compte la nationalité des associés. Ecartant les effets du régime unitaire pour ne voir que les individualités composantes, le droit public fait abstraction de la nationalité qu'assigne à la personne morale le droit privé pour ne considérer que celle des associés.

Ainsi s'expliquent fort simplement les diverses manifestations de la pratique en matière de protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires :

1° La nationalité de la société comme telle, c'est-à-dire sa nomination au régime légal d'un pays déterminé, n'est jamais, à elle seule, un titre décisif à la protection diplomatique du Gouvernement de ce pays : celui-ci refusera d'intervenir en faveur d'une société dite nationale s'il lui est démontré qu'en dépit des apparences la participation de ses nationaux n'a pas une importance suffisante pour justifier cette intervention;

2° En sens inverse, les Gouvernements n'hésitent pas à appuyer les réclamations de leurs ressortissants actionnaires d'une société étrangère, lorsque ceux-ci détiennent la majorité ou une part importante du capital social.

Ces interventions apparaissent pleinement justifiées lorsque les mesures dommageables prises envers une société à participation

administratives ou judiciaires du temps de guerre. La doctrine continentale n'a cessé de confondre la nationalité et le caractère ami ou ennemi des sociétés, deux notions que le droit anglo-saxon distingue, au contraire, très nettement. La théorie dite du contrôle a joué pendant la guerre non pour assigner à des sociétés une nationalité différente de celle que leur assignaient les critères habituels du droit privé, mais pour attribuer le caractère ennemi à celles d'entre elles qui, quelle que fût cette nationalité, se trouvaient dirigées par des influences ennemies. On a mal interprété à ce point de vue la circulaire française du Garde des Sceaux du 29 février 1916, tout comme la sentence de la Chambre des Lords dans l'affaire *Daimler and Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.* (V. *supra*, p. 640, note 20). Par contre la distinction est bien faite dans certaines décisions des tribunaux arbitraux mixtes appliquant les dispositions des traités de paix; voy. p. ex. Trib. arb. mixte franco-allemand, 30 septembre 1921 (Charbonnage Frédéric-Henri c. Etat allemand) et Trib. arb. mixte germano-belge, 29 juillet 1922 (Van Petegem c. Staackman et consorts); *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, t. I, p. 422 et t. II, p. 374.

étrangère émanent de l'Etat même dont cette société a la nationalité et que celle-ci a vainement épuisé les recours internes. Toute protection diplomatique de la société comme telle se trouvant exclue, la question passe du plan social, qui relève du droit interne, dans le plan individuel, qui relève du droit international. En un mot, les conséquences de la conception unitaire de la personnalité morale, notamment sa nationalité distincte, sont ici délibérément sacrifiées à la juste protection des véritables intéressés par « le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité » (27).

Nous terminerons cet exposé de l'aspect doctrinal du problème en mentionnant les opinions de certains auteurs. Les uns semblent avoir entrevu la véritable solution à donner au problème, tandis que d'autres, plus nombreux, se bornent soit à constater l'existence d'une pratique favorable à la protection diplomatique des actionnaires dans l'hypothèse considérée ici, soit à justifier cette pratique par des considérations d'équité.

L'auteur de la note doctrinale insérée dans le *Recueil des arbitrages internationaux* de Lapradelle et Politis sous la décision rendue par la Commission mixte de Lima dans l'affaire *Ruden et Co* nous semble s'être placé sur le véritable terrain. La société, dit-il, prise à part de ses membres, n'a droit qu'à l'accès des tribunaux, aux droits civils, à l'application des lois nationales, bref à la protection législative, non à la protection diplomatique (28).

Pillet, qui a eu le mérite de ramener à son vrai rôle la notion de la nationalité de la personne morale, critique la décision par laquelle le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique a refusé la protection diplomatique à une société formée par des Américains en Colombie, mais à laquelle on prêtait la nationalité colombienne, décision, dit l'auteur, « qui fut universellement critiquée » (29).

M. Borchard, professeur à l'Université de Yale, tout en marquant certaines préférences pour l'ancienne théorie qui faisait prévaloir la personnalité de la société, n'hésite pas à faire aux idées

(27) Sentence de M. Max HUBER précitée.

(28) *Op. cit.*, p. 591-592.

(29) *Traité pratique de droit international privé*, t. II, p. 782.

nouvelles des concessions très significatives. Dans son rapport à l'Institut de droit international, il s'exprime comme suit : « Néanmoins, il n'est pas possible et il ne conviendrait pas de faire complètement abstraction de la propriété du capital, même considéré isolément, car, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, les actionnaires sont les propriétaires à titre bénéficiaire (*beneficial owners*) de la société, c'est-à-dire des individus affectés par le sort de cette dernière. Pour cette raison, on ne devrait pas leur refuser toute considération, et, conformément à la pratique qui tend à prévaloir, il devrait être loisible pour tout pays dont les nationaux détiennent la majeure partie du capital d'une société étrangère, de protéger leurs intérêts dans la société au moyen d'une réclamation diplomatique ». Aussi bien, ce même rapport contient-il un passage auquel nous donnons toute notre adhésion et qui constitue la meilleure justification de l'évolution actuelle de la protection diplomatique en cette matière. Il mérite d'être intégralement reproduit : « Il convient de rappeler que la société est simplement une forme d'organisation — véritable manteau — qui permet aux hommes de jouir de leur propriété et qu'un dommage causé à cette forme comme telle est une pure fiction. Ce sont des hommes qui retirent du bénéfice de l'organisation constituée sous la forme d'une société ou qui sont lésés par elle et cette conception a prévalu de plus en plus au cours des dernières années dans le droit international. De là la tendance à s'écarter de la règle suivant laquelle l'enregistrement, ou le siège, ou le domicile suffiraient à eux seuls pour justifier la protection diplomatique, laquelle tendance se manifeste par le fait qu'on soulève le voile de l'organisation sociétaire, qu'on s'enquiert de la nationalité des détenteurs d'actions et même qu'on protège les détenteurs nationaux sans tenir compte du lieu d'enregistrement, du siège ou du domicile de la société dont ces derniers possèdent des actions. *Dans la pratique, le droit international s'inspire de plus en plus de la vérité qu'une société est simplement une forme d'organisation qui permet à des personnes physiques de jouir de leur propriété et de s'intéresser à des affaires.* Le professeur Hohfeld approuve pleinement la déclaration suivante de la Cour supérieure de l'Etat d'Ohio, qu'il appelle « l'une des opinions les plus judicieuses en cette matière » :

« Quand tout a été dit, il n'en reste pas moins qu'en réalité une société n'est pas une personne ou une chose distincte de ses parties constituantes, et que les parties constituantes sont les détenteurs d'actions, tout comme en essence et en réalité les différents associés sont les parties constituantes d'une association » ⁽³⁰⁾.

Dans le même ordre d'idées, M. Scelle, professeur à la Faculté de Droit de Paris, approuve le règlement donné à l'affaire de la *Orinoco Steamship Company*. Nous rappelons que, dans cette affaire, une compagnie, exclusivement composée d'Américains, s'est vu refuser la protection britannique, malgré sa nationalité anglaise et que, devenue ensuite américaine, elle a bénéficié de la protection des Etats-Unis, malgré la substitution de personne et le changement de nationalité intervenus depuis la survenance du dommage. Décision qui ne peut se justifier que par la considération exclusive de la nationalité des actionnaires ⁽³¹⁾.

Dans une communication faite, en 1931, à la Grotius Society de Londres, M. W. E. Beckett, juriconsulte du Foreign Office, va plus loin. Il estime que quand une société à participation étrangère est victime, de la part de l'Etat même dont elle a la nationalité, de mesures qui, à les supposer prises à l'égard d'une société étrangère, seraient contraires au droit international, il y aurait lieu de permettre à un autre Etat (celui duquel relèvent les actionnaires) de prendre en mains non pas la défense des actionnaires, mais celle de la société comme telle. L'auteur justifie cette solution assez hardie en faisant appel à un principe général de droit qui veut qu'une personne soit admise à chercher protection ailleurs quand ceux qui ont normalement pour mission de la protéger sont eux-mêmes les auteurs des mesures dommageables prises à son égard ⁽³²⁾.

Dans un cours fait à l'Académie de droit international de La Haye, M. Witenberg, juriconsulte de l'ambassade de Pologne à Paris, constate que la jurisprudence internationale s'est efforcée depuis quelque temps de qualifier, pour agir en justice, l'Etat dont les nationaux ont des intérêts dans une société même étrangère. Il ajoute que si certains tribunaux s'y sont refusés et ont fait

⁽³⁰⁾ *Rapport à l'Institut de droit international*, p. 297-298.

⁽³¹⁾ *Loc. cit.*, p. 174 à 179.

⁽³²⁾ *Transactions of the Grotius Society*, 1931, p. 175 et suiv.

prévaloir la personnalité morale de la société sur les personnes des associés, « d'autres, dont la tendance semble mieux correspondre aux aspirations modernes, ouvrent l'action internationale à l'Etat intéressé, par un ou plusieurs de ses ressortissants, au sort de la société ». Et, se ralliant à ce point de vue, il ajoute avec raison : « On peut le faire sans provoquer d'abus. La crainte de la réciprocité jouera. Au surplus, il suffira d'exiger que l'intérêt national pour la sauvegarde duquel l'action est intentée soit de quelque importance... » (33).

Le professeur Cheney Hyde, dans son excellent ouvrage *International Law chiefly as interpreted and applied by the United States*, se prononce en faveur de l'intervention de l'Etat dont les nationaux possèdent une part importante de capitaux dans une société même étrangère. Son opinion, qui reproduit les vues du Département d'Etat, peut être résumée comme suit. L'auteur constate que la divergence d'opinion qui s'est élevée entre les publicistes anglo-saxons et continentaux au sujet de la nationalité des sociétés n'a nullement empêché le Gouvernement américain d'exercer la protection diplomatique en faveur d'actionnaires américains : « The conflict of opinion between the publicists of America and England on the one side, and those of continental Europe on the other, as to the correct basis of nationality, although persistent and doubtless illuminating, has not served to convince statesmen that any technical rule should deter them from looking behind the corporate entity when the *bona fide* and substantial interests of their countrymen in foreign territory have required protection or governmental representation. » Et plus loin, parlant de la pratique du Gouvernement de Washington, il ajoute : « It is believed that the Department of State would not be reluctant to interpose in behalf of American shareholders or bondholders, should the foreign State of incorporation irreparably injure their interests through illegal conduct, and should there be offered no reasonable means of obtaining redress through domestic channels » (34).

Jackson H. Ralston, ancien agent des Etats-Unis, dont on connaît l'autorité en matière arbitrale, se prononce nettement en fa-

(33) *Recueil des cours de l'Académie*, 1932, t. 41, p. 75-76.

(34) *Op. cit.*, p. 488 et 490.

veur de l'appel à leur Gouvernement par les actionnaires : « It might be finally found that equitable consideration would justify appeal by stockholders to their Governments when wronged, although they were clothed by fiction of municipal law with new personality through the existence of the corporation in which they were interested » (35).

Enfin, relevons la constatation de Fred K. Nielsen, actuellement solicitor du Département d'Etat : « It is certain that in international practice nations have undertaken to afford such protection to interests of this nature through diplomatic action and before international tribunals » (36).

On peut juger par ces citations que, d'une façon générale, les auteurs qui ont l'expérience des aspects pratiques du problème se montrent favorables à l'exercice de la protection diplomatique dans l'hypothèse que nous avons considérée.

Notre conclusion sera brève.

Des considérations impérieuses de justice, depuis longtemps retenues par la pratique diplomatique et par la jurisprudence arbitrale, confirmées par une analyse exacte du rôle de la personnalité morale et de la nationalité des sociétés dans l'ordre du droit international public, doivent faire reconnaître le droit à la protection diplomatique de l'Etat en faveur de ses ressortissants qui possèdent la majorité (ou une part importante) des actions d'une société étrangère, lorsque les mesures dont celle-ci est victime émanent de l'Etat même sous la loi duquel elle s'est constituée et que les recours internes sont épuisés.

(35) *The law and procedure of international tribunals*, n° 275.

(36) *International law applied to reclamations*, p. 56. — Au moment de donner le bon à tirer de cette étude nous avons pris connaissance de l'intéressante monographie de M. A. P. SERENI, *La Cittadinanza degli enti morali nel diritto internazionale* (Rome, Athenaeum 1934). La théorie défendue par l'auteur procède, selon nous, de prémisses inexactes : telle l'identité entre le fondement de la personnalité civile et celui de la personnalité de l'individu, conception qui conduit l'auteur à assimiler complètement le lien de dépendance des entités morales à celui des personnes physiques envers un Etat déterminé, au point de considérer les sociétés constituées sous le régime légal d'un Etat comme les membres ou éléments constitutifs de cet Etat ; telle encore la transposition pure et simple dans les rapports internationaux des effets que le droit interne attache au régime unitaire de la personnalité morale. Voy. notamment p. 53-54.