

PRÉFACE

On peut nourrir des préventions contre la thèse « à la française » et l'artificialité de son rythme binaire – quoique, malgré une légende tenace, trois subdivisions eussent toujours été au moins tolérées. Comme dans les jardins dessinés par Le Nôtre, la symétrie importe plus que le nombre et, de toute façon, ce n'est pas un exercice obligé, si, sur certains sujets, il se révèle appauvrissant.

Au demeurant la belle étude qu'Arnaud Tournier a consacrée à *La protection diplomatique des personnes morales* est un modèle du genre et montre que ces contraintes peuvent avoir du bon – peut-être parce que le sujet s'y prêtait ; sûrement parce que l'auteur maîtrise parfaitement cette technique exigeante, qui oblige les doctorants à regrouper leurs idées, à les ordonner, et à les présenter de façon logique et claire.

Cette thèse, présentée dans le cadre de l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, a valu à son auteur la mention très honorable assortie des félicitations unanimes du jury particulièrement prestigieux devant lequel elle a été soutenue¹.

* * *

Un autre trait qui fait de l'ouvrage que l'on va lire un archétype de la « bonne thèse » est qu'il s'agit d'une véritable démonstration, « tenue » de bout en bout. D'emblée l'annonce en est faite : « La protection diplomatique des personnes morales a été élaborée en référence à la protection diplomatique des personnes physiques et ce, de manière mécanique »² ; or, et c'est la conclusion, « [a]pprécie par le prisme déformant d'une analogie mécanique avec le droit de la protection diplomatique des personnes physiques, ce régime s'avère lacunaire et flou, ce qui ne facilite guère ni sa compréhension théorique, ni son application pratique »³. Entre ces deux bornes, une démonstration, implacable et sévère, fondée sur une analyse minutieuse de la jurisprudence et à laquelle il me paraît bien difficile de ne pas adhérer. Une démonstration en deux temps comme il se doit – le droit ne repose-t-il pas sur les deux branches d'un syllogisme : la majeure et la mineure, que symbolisent les deux plateaux de la balance de la Justice ? : la conception analogique de la protection diplomatique débouche sur une impasse théorique – c'est la première partie – que confirment les difficultés rencontrées au niveau de sa mise en œuvre – et c'est la seconde partie.

1. Présidé par Jean Combacau, il était composé du Juge M. Bennouna, des professeurs L. Condorelli, M. Forteau et S. Touzé et de l'auteur de ces lignes.

2. Paragraphe 8.

3. Paragraphe 1838.

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gualino - Joly

· LGDJ - Montchrestien

sur notre site

@ www.lextenso-editions.fr



© 2013, LGDJ, Lextenso éditions et Arnaud Tournier
33, rue du Mail, 75081 Paris Cedex 02
I.S.B.N. : 978-2-275-04075-2

Assurément, la protection diplomatique n'est pas une *terra incognita* de la doctrine juridique contemporaine, toutefois, le recadrage sur les personnes morales est plus original malgré la relance de la réflexion sur le sujet qu'a entraînée l'affaire de la *Barcelona Traction*. Mais, quarante ans après l'arrêt de 1970, un réexamen s'imposait à la suite des travaux, pourtant bien décevants, de la Commission du Droit international sur la protection diplomatique⁴, dont le seul véritable mérite est d'avoir ébranlé, sans la mettre complètement à bas, la, maintenant inexcusable⁵, fiction sur laquelle repose la fameuse « formule *Mavrommatis* »⁶.

* * *

Mais, s'agissant de la protection diplomatique des personnes morales, quel gâchis !

Les dispositions qui y sont consacrées par le projet de la Commission (chapitre III de la deuxième partie du projet – articles 9 à 13) pèchent à la fois par leur superficialité et par un attachement à des principes largement dépassés et puisés dans les arrêts de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et, dans une mesure moindre, dans celle de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, soit à des arrêts qui datent respectivement de 1970 et 1989, rendus dans des contextes qui sont à des années-lumière de l'environnement économique et politique international actuel marqué par la globalisation et un libéralisme économique largement assumés. Sans entrer dans les détails⁷ :

- le refus de Commission d'envisager la possibilité pour une société d'avoir (ou d'être considérée comme ayant) deux ou plusieurs nationalités ;

- la transposition aux sociétés de la règle de la continuité de la nationalité par l'article 10 du projet, point remarquablement « disséqué » par Arnaud Tournier dans la seconde partie de son étude⁸ ;

- l'illogisme qu'il y a à laisser un État exercer sa protection au profit d'une société qui a cessé d'exister (article 10, par. 3) ; et, plus encore,

- les positions très conservatrices de la C.D.I. en ce qui concerne les conditions mises à la protection des actionnaires par l'État ou les États dont ils ont la nationalité (articles 11 et 12)⁹.

4. V. l'annexe à la résolution 62/67 du 7 décembre 2007.

5. V. A. Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant*, Bruxelles, 2007, pp. 1359-1382 ; v. aussi, sur le projet adopté en première lecture : « Le projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », in Marcelo G. Kohen, dir., *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Brill, Leiden, 2007, pp. 1133-1155.

6. « En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, [l']État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » (CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 12) ; l'élément fictionnel de cette définition tient à l'idée qu'en exerçant ou non son droit de mettre en œuvre la protection diplomatique (discrétionnairement – là n'est pas la question), l'État fait valoir « son propre droit » ; alors qu'en réalité il défend les droits de son ressortissant.

7. Pour plus de précisions, v. ci-dessous les développements qu'A. Tournier consacre à la critique du projet de la C.D.I. ; v. aussi A. Pellet, « Le projet d'articles de la C.D.I. », préc., note 3, pp. 1142-1147. 8. Pars. 1005-1175.

9. La question de la protection diplomatique des actionnaires n'entre pas dans le champ de la présente étude.

Comme je l'ai écrit ailleurs, le projet de la C.D.I. rate l'occasion de créer un régime attractif et adapté aux nouvelles données de la vie économique internationale¹⁰. On ne peut que le regretter.

* * *

Assurément, n'eût été l'anachronisme, les membres de la C.D.I. et son Rapporteur spécial auraient eu avantage à s'imprégner des analyses, solides et rigoureuses, d'Arnaud Tournier, qui aboutit à vingt fermes propositions, essentiellement de *lege ferenda* – mais cela n'aurait pas dû rebuter les membres de la Commission supposée travailler non seulement à la codification du droit international mais aussi (et d'ailleurs d'abord) à son développement progressif. Celui-ci s'imposait ici avec d'autant plus de force s'agissant de la protection diplomatique des personnes morales que, comme le souligne l'auteur, malgré la spécificité de celles-ci, les règles applicables à leur protection sont rares et inadaptées – sans doute du fait que, plus largement, « aucune véritable analyse de la personnalité morale n'a jamais été opérée du point de vue du droit international public »¹¹. Le présent ouvrage ne comble pas cette lacune – et n'y aspire d'ailleurs pas. Mais il constitue un apport précieux à la réflexion sur ce sujet fondamental et l'auteur souligne, à juste titre que l'établissement d'une théorie sur cette question cruciale faciliterait l'encadrement juridique de leurs activités, solution sûrement préférable « à l'émergence d'une série de "tiers ordres juridiques" qui s'intercalent entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes et qui s'affranchissent de tout contrôle étatique »¹².

Dans le cadre plus spécifique de son sujet, tout en ne récusant pas le renvoi habituel aux droits internes pour déterminer l'existence (et la nature) d'une personne de droit privé interne – problème qui ne se pose pas s'agissant des personnes physiques, dont l'existence est une donnée factuelle – l'auteur dénonce le caractère rudimentaire de la règle du renvoi, qui n'a de véritable contenu qu'en ce qui concerne la *nationalité* des personnes morales – seul domaine, du reste, dans lequel le droit de la protection diplomatique a été, en partie, adapté aux personnes morales – sont les critères d'attribution de la nationalité (lieu du siège social ou d'incorporation). Ceci ne permet pas de remédier aux inconvénients résultant de l'obscurité ou de l'indigence de la règle du renvoi.

* * *

La belle étude d'Arnaud Tournier offre également ample matière à réflexion sur l'analogie, cette facilité de l'esprit qui conduit à conclure, parfois trop légèrement, que ce qui vaut pour un phénomène particulier, s'applique aussi à un autre, qui ne peut y être comparé que superficiellement. C'est cette paresse intellectuelle, sur laquelle est fondée l'assimilation des règles applicables à la protection des personnes morales sur celle des individus, que l'auteur fustige tout au long de son travail.

C'est que cette assimilation est d'autant moins acceptable aujourd'hui que, d'une part, le droit international contemporain ne manifeste plus pour la personnalité juridique de l'individu la même défiance que jadis – défiance qui avait conduit à forger la fiction *Mavrommatis*, et que, d'autre part, les évolutions

10. Contribution préc. note 3, p. 1147.

11. Paragraphe 18.

12. Paragraphe 1847.

contemporaines du droit de la protection diplomatique des personnes physiques sont largement inspirées par des considérations tenant à la volonté de protéger les droits de l'homme. Ces considérations ne valent guère s'agissant des personnes morales : malgré la montée en puissance du droit international de l'investissement dans lequel les investisseurs sont des acteurs – et des sujets actifs du droit, la méfiance à l'égard des pouvoirs économiques privés demeure largement de saison comme en témoignent les échecs répétés des tentatives visant à doter les entreprises transnationales – et même, à vrai dire, les O.N.G. – d'un statut juridique international (au moins au plan mondial). Quant à la problématique « droits de l'homme », elle n'est pas transposable aux personnes morales.

L'anthropomorphisme méthodologique récusé, on ne s'étonne pas que l'auteur juge sans indulgence le régime juridique de la protection diplomatique des personnes morales tel qu'il fonctionne en pratique, de manière souvent incertaine et chaotique, faute d'être adapté aux caractéristiques propres des sociétés ou des associations.

* * *

On pourra trouver trop systématiques les conclusions d'Arnaud Tournier, qui semble aller jusqu'à regretter que certaines règles applicables à la protection diplomatique des individus soient, finalement, adaptées à celle des personnes morales, ou relever qu'il est, dans l'ensemble, plus critique que constructif. Mais, comme il le note non sans raison, il n'appartient pas « à un travail de recherche de trancher définitivement la solution à apporter aux différents problèmes identifiés »¹³. Ils le sont ici de manière très remarquable.

Nul doute que la pratique comme la jurisprudence auraient intérêt à prendre en compte l'analyse pénétrante que fait Arnaud Tournier des incertitudes et des lacunes du régime juridique actuel de la protection diplomatique des personnes morales. Et j'y ajoute le vœu que d'autres chercheurs continueront dans la voie tracée avec talent par l'auteur du présent ouvrage et se pencheront sur d'autres aspects du statut de ces entités au regard du droit international ; un domaine mal défriché mais dont l'exploration serait particulièrement féconde.

Alain Pellet

Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense,
Ancien membre et ancien Président de la Commission de droit international,
Membre de l'Institut de droit international.

REMERCIEMENTS

À l'issue de ce travail de thèse, je tiens, pour leur appui constant, à adresser mes remerciements :

Au Professeur Pellet,

À ma famille, mes parents et mon frère,

À mes amis,

Et au CEDIN de Nanterre.