

Publication de la Revue Générale de Droit International Public
Nouvelle Série - N° 59

Daniel MÜLLER

*Docteur en droit public de l'Université Paris-Ouest, Nanterre-La Défense
et de la Humboldt-Universität zu Berlin*

LA PROTECTION DE L'ACTIONNAIRE EN DROIT INTERNATIONAL

L'héritage de la Barcelona Traction

Préface

Alain PELLET

*Professeur à l'Université Paris-Ouest, Nanterre-La Défense
Membre de l'Institut de Droit international*

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot

—

2015

PRÉFACE

Un bon et utile sujet ; une belle thèse, limpide et discutable, sans aucun « gras » superflu, brillamment soutenue en cotutelle en novembre 2013 à l'Université Paris ouest, Nanterre-La Défense¹ ; un auteur qui confirme ses remarquables talents d'internationaliste, que le (trop) long temps qu'il a pris pour boucler son étude lui a laissé tout loisir pour manifester, tant en pratique – il a plaidé avec brio devant plusieurs juridictions internationales dont la C.I.J. et le Tribunal international du Droit de la mer – que sur le plan académique – il est l'auteur d'une œuvre déjà considérable. Autant d'ingrédients qui facilitent la tâche du préfacier : l'exercice appelle des louanges ; il est aisé de les adresser à Daniel Müller.

Il me faut donc dire ma fierté d'avoir co-dirigé ce travail qui forme avec l'excellente thèse d'Arnaud Tournier² un diptyque exceptionnel faisant le tour des questions liées à la protection internationale des personnes morales et de leurs actionnaires, actuelles et pratiques s'il en est, en même temps qu'elles ouvrent de vastes perspectives à la discussion doctrinale. L'ouvrage que l'on va lire rendra en effet de très grands services aux praticiens du droit international et du droit des investissements et donnera à penser aux auteurs et aux étudiants (avancés – le sujet est technique et la lecture exigeante) qu'intéressent nombre de questions théoriques d'importance liées au sujet qu'il s'agisse, par exemples, du droit de la responsabilité, et, plus spécialement, de l'institution, si fascinante, de la protection diplomatique, ou des rapports entre les ordres juridiques.

J'ai dit en peu de mots tout le bien que je pense de ce livre qui allie – foin des clichés ! – la rigueur germanique (l'auteur est allemand de nationalité, par ses racines et sa formation universitaire initiale) – et la finesse du raisonnement cartésien à la française dont il a acquis l'habile maniement lors de ses brillantes études à l'Université de Nanterre, où il fut allocataire de recherche puis ATER, et au sein du Centre de Droit international de Nanterre (CEDIN) qui l'accueille dorénavant comme chercheur associé.

J'ai dit aussi que, pour être remarquable de clarté et de science, la thèse de Daniel Müller – une véritable thèse, qu'il « tient » de bout en bout – n'en est pas moins contestable à mes yeux. Ni sa lecture, ni les nombreuses discussions que nous avons eues lors de sa préparation n'ont réussi à me convaincre complètement de son bien-fondé – ceci n'est d'ailleurs pas une critique au sens

¹ Les co-directeurs de la recherche étaient Christian Tomuschat, professeur émérite de l'Humboldt Universität zu Berlin et le signataire de ces lignes. Les autres membres du jury étaient les Juges Giorgio Gaja et Bruno Simma et le professeur Patrick Daillier. Le jury a décerné au candidat le titre de docteur en droit avec la mention très honorable et ses félicitations unanimes.

² *La protection diplomatique des personnes morales*, L.G.D.J., Paris, 2013, XVI-645 p.

négalif du mot : il est bon que le doctorant ne se laisse pas imposer les vues de son directeur de thèse de même que celui-ci peut conserver les siennes sans faire injure à son « thésard ». Ce sont ces échanges, parfois vifs, qui font tout le prix de la direction de travaux académiques dès lors que chacun est disposé à écouter sérieusement les arguments de l'autre, à les prendre de bonne foi en considération et à infléchir sa position le cas échéant. Il n'est pas échu en l'occurrence et mes arguments n'ont pas eu raison de la prudence doctrinale, à mon avis exagérée, dont fait preuve Daniel Müller, pas davantage que je n'ai réussi à le convaincre de tempérer une thèse que je persiste à considérer comme excessivement conservatrice.

Quelle est la thèse ? Tout en concédant – mais à peine – que « le droit international a évolué significativement depuis l'arrêt de la C.I.J. rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction » « sur le terrain de la protection directe de l'actionnaire – à travers ses droits propres » (par. 884), l'auteur s'accroche à la jurisprudence de 1970 qui fournirait « toujours le fondement juridique propre à cette évolution » (*ibid.*). Hors de la *B.T.*, point de salut ! Et tout ce qui s'en éloigne est au mieux pure *lex specialis* par rapport au droit international général resté immuable depuis le vénérable arrêt de la Cour. En ceci, D. Müller est fidèle au conservatisme un brin condescendant du juge du Palais de la Paix qui affirme dans l'affaire *Diallo*, la plus récente dont il ait eu à connaître en la matière, que :

« Le fait [...] que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers... »³.

On se demande avec une certaine perplexité combien de précédents, conventionnels ou jurisprudentiels, seront nécessaires pour convaincre la Cour (et D. Müller) que les temps ont changé et qu'avec quelques milliers de conventions bilatérales d'investissements et plusieurs centaines de sentences arbitrales la masse critique est atteinte. À tout le moins doit-on souscrire à l'observation du Tribunal CIRDI dans l'affaire *Mondev*, selon laquelle « *such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law* »⁴. Quoiqu'en pense la Cour de La Haye, il me semble que, comme l'a remarqué le Tribunal *CMS* dans sa décision sur la compétence du 17 juillet 2003, « *the fact is that lex specialis in this respect is so prevalent that it can now be considered the*

³ *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 615, par. 90.*

⁴ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (CIRDI aff. n° ARB(AF)/99/2), sentence, 11 oct. 2002, par. 117.

PRÉFACE

general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters »⁵ – peut-on d’ailleurs encore, dans ces conditions, parler de *lex specialis* ?

À accepter trop pleinement « l’héritage de la *Barcelona Traction* » – le sous-titre qu’il a donné à sa thèse en vue de sa publication est à lui seul un manifeste – l’auteur est conduit à minimiser la portée des évolutions jurisprudentielles intervenues depuis lors – qu’il décrit cependant avec une science très sure. Reprenant à son compte la distinction – d’ailleurs convaincante et logique, entre la société et l’actionnaire, il met l’accent sur « l’hégémonie » de la personne morale et sacrifie les intérêts de l’actionnaire sur l’autel du monopole des droits de la société. Il admet cependant – toujours à la suite de la C.I.J. – qu’il existe « des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile [social] dans l’intérêt des actionnaires »⁶, mais il les interprète d’une manière fort restrictive et, comme la Cour dans l’affaire *Diallo*, il limite au maximum la « protection par substitution » des actionnaires lorsque la société a la nationalité de l’État dont la responsabilité est engagée – ce qui semble pourtant être une solution de bon sens et équitable : dans une telle hypothèse, le voile social, constitue un obstacle injustifié à la protection d’intérêts légitimes et je vois toujours mal pourquoi un État serait délié de ses obligations à l’égard d’actionnaires au prétexte qu’ils auraient choisi d’investir dans une société ayant sa nationalité⁷.

Daniel Müller est plus allant lorsqu’il traite des droits propres de l’actionnaire, peut-être parce qu’il est moins contraint par son attachement indéfectible à la B.T. : l’arrêt de 1970 les évoque bien, mais, comme il le remarque à juste titre, ne s’y arrête guère ; en particulier, « la question de l’identité et du contenu même de ces droits reste entière » (par. 494). Prenant du recul par rapport aux positions de la Cour⁸, l’auteur a de ces droits une conception raisonnablement extensive et en présente une systématisation particulièrement éclairante tout en limitant considérablement la capacité de leur titulaire à les faire valoir en justice car, comme il le relève, « [c]’est une chose de constater que l’actionnaire peut ester en justice devant des tribunaux internationaux ; c’en est une autre de démontrer que l’actionnaire dispose de droits subjectifs dont la violation entraîne des droits nouveaux pour son propre compte et qu’il peut, éventuellement, faire valoir directement » (par. 685). Mais Daniel Müller démontre admirablement que, faute de voies d’action satisfaisantes dans le droit international général, le droit de l’investissement offre aux actionnaires une protection conséquente, tout en ne remettant pas en cause la distinction entre les droits de ceux-ci et ceux de la

⁵ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine* (CIRDI aff. n° ARB/01/8), compétence, décision, 17 juil. 2003, par. 48.

⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 39, par. 58 – v. notamment les pars. 14 et 254 du présent ouvrage.

⁷ V. à cet égard l’article 11 (b) du projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique annexé à la résolution 61/35 de l’Assemblée générale en date du 4 décembre 2006, qui tente un peu maladroitement de réaliser un équilibre entre les considérations diverses invoquées par les membres de la Commission – v. dans le présent ouvrage le par. 486, et la note 196.

⁸ V. not. les pars. 673, 676 ou 872.

personne morale. L'actionnaire se trouve ainsi protégé non pas au titre du droit de propriété mais en tant qu'investisseur, les conventions bilatérales leur conférant expressément des droits qu'ils n'ont (ou n'auraient toujours) pas en droit international général. J'adhère à la première de ces propositions mais, contrairement à l'auteur, il me semble que ces droits primaires sont, aujourd'hui, consacrés par le droit international général malgré ce qu'a affirmé la C.I.J. dans l'affaire *Diallo*. Et ce n'est certainement pas parce que, dans le détail de la réglementation de ces droits, ces conventions bilatérales peuvent varier que celles-ci sont inaptes à être à l'origine d'un *principe général* coutumier – dont les effets concrets dans une circonstance donnée doivent être appréciés au cas par cas ; c'est le fait de tout principe général.

Le lecteur aura compris que les discussions entre l'auteur du présent ouvrage et celui de ces lignes ont parfois été vives. Comme quoi l'audace doctrinale n'est pas l'apanage de la jeunesse, ni le conservatisme celui du grand âge !

Mais, je le redis, ces divergences de vue, fort stimulantes, n'ôtent rigoureusement rien à la sincérité des louanges que mérite pleinement l'étude de Daniel Müller. Si ses conclusions sont (peut-être excessivement) circonspectes, ses analyses sont fondées sur un matériau jurisprudentiel (et conventionnel) impressionnant et totalement assimilé, et il manifeste une aisance admirable dans le maniement des concepts et du raisonnement juridique. L'étendue de ses connaissances dans des domaines variés, et tout spécialement sa maîtrise du droit de la responsabilité internationale et de celui de l'investissement, sont exemplaires. Ce n'est pas à dire que l'ouvrage se lit « comme un roman » : certes l'auteur « écrit simple », mais il ne simplifie pas les problèmes qu'il aborde dans toute leur technicité et résout de manière souvent nuancée et ... prudente.

Et nous avons eu des points d'accord tout de même. Un en particulier : l'un des thèmes qui court tout au long de l'ouvrage concerne les rapports de systèmes et l'auteur montre admirablement que, tout en ayant besoin les uns de l'autre, les ordres juridiques nationaux et international, ne s'agrègent pas. Le droit interne définit ce qu'il entend par « société » ou par « actionnaire ». Le droit international tient compte de ces faits juridiques mais les apprécie au regard de ses propres critères. Et il en va de même des droits et des obligations respectifs des uns et des autres.

Au surplus, dans le même ordre d'idées, Daniel Müller ouvre des pistes de réflexion particulièrement fécondes en ce qui concerne la nature du droit des investissements et les rapports qu'il entretient avec le droit international général, tout en se gardant de tirer des conclusions catégoriques des nombreux éléments doctrinaux et jurisprudentiels qu'il expose. Plusieurs solutions s'ouvrent à l'analyste : il peut voir dans le droit international de l'investissement *un* ordre juridique – « de droit international » – comme l'est celui de l'Union européenne, idée à laquelle le signataire de ces lignes est de plus en plus tenté d'adhérer sans toutefois avoir d'opinion définitive sur cette question extrêmement délicate – doctrinale certes, mais dont les enjeux concrets sont considérables. S'il n'existe pas un tel ordre juridique de l'investissement, force est d'admettre ou bien que chaque convention bilatérale (ou multilatérale) d'investissement en établit un,

PRÉFACE

particulier – comme c’est le cas, par exemple, des actes constitutifs d’organisations internationales – ou bien que le droit international de l’investissement est réduit à une branche particulière du droit international, hypothèse difficile à soutenir à mon avis, même si l’insistance de D. Müller sur la particularité de chaque convention bilatérale d’investissement semble montrer qu’il penche probablement dans cette direction. Encore une occasion probable de débats animés et amicaux !

Ces quelques remarques – critiques, mais dans le sens large de ce qui veut donner à apprécier – sont loin d’épuiser la richesse d’un ouvrage qui aborde certains des problèmes doctrinaux et pratiques les plus importants auxquels est affronté le droit international de cette deuxième décennie du XXI^{ème}. Il le fait avec érudition mais sans pédanterie ; de manière rigoureuse mais sans complication inutile ; avec clarté mais sans simplisme ; avec autorité et modestie. Daniel Müller apporte ainsi la preuve qu’une thèse peut répondre parfaitement aux canons de l’excellence académique tout en étant *utile* – ce n’est pas son moindre mérite.

Alain PELLET

Professeur à l’Université Paris-Ouest,
Nanterre-La Défense,
Membre de l’Institut de Droit international

TABLE DES MATIÈRES

Préface	v
Sigles et Abréviations.....	xi
Sommaire	xvii

Introduction

– Une question classique du droit international	1
– L’affaire de la <i>Barcelona Traction</i>	6
– L’évolution des besoins de la société internationale	9
– L’évolution du droit international : protection diplomatique et recours directs	12
– La protection de l’actionnaire et la diversification des règles primaires du droit international.....	19
– Plan de l’étude	21

PREMIÈRE PARTIE

L’ACTIONNAIRE ET LA VIOLATION DES DROITS DE LA SOCIÉTÉ

Introduction à la Première Partie	23
---	----

TITRE I

LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE L’ACTIONNAIRE PAR L’ACTION SOCIALE

Introduction au Titre I	27
-------------------------------	----

Chapitre I.

L’autonomie de la société et la responsabilité internationale de l’État.....29

I. LA SOCIÉTÉ ET LA QUALITÉ DE PERSONNE LÉSÉE DÉTERMINÉE PAR LE SEUL DROIT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE	30
A. Les obligations découlant de la responsabilité internationale et leurs créanciers.....	30
1. <i>La responsabilité internationale et la notion d’État lésé</i>	30
2. <i>La responsabilité internationale et les personnes privées lésées par le fait internationalement illicite</i>	35
B. L’indifférence du mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité internationale pour l’identification du créancier de l’obligation de réparation.....	40
II. LA SOCIÉTÉ ET LA QUALITÉ DE TITULAIRE DE DROITS ÉTABLIE PAR LE DROIT INTERNATIONAL.....	49
A. Autonomie de la société et renvoi au droit interne	50

LA PROTECTION DE L'ACTIONNAIRE EN DROIT INTERNATIONAL

1. <i>Le renvoi au droit interne rendu nécessaire par la règle de droit international</i>	51
2. <i>Le renvoi au droit interne limité aux besoins du droit international</i>	55
B. Obligations internationales détachées du droit interne	59
1. <i>L'autonomie des obligations internationales par rapport aux droits subjectifs internes</i>	59
2. <i>L'indifférence de la personnalité juridique interne</i>	63
Conclusion du Chapitre I	69
Chapitre II.	
La société et les intérêts de ses actionnaires en droit international	71
I. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES ACTIONNAIRES À TRAVERS LA SOCIÉTÉ	72
A. Identité ou divergence entre les intérêts de la société et les intérêts des actionnaires	74
B. Les effets de la protection des droits de la société pour ses actionnaires	78
II. L'EFFECTIVITÉ ET L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES ACTIONNAIRES À TRAVERS LA SOCIÉTÉ	85
A. Le rôle du lien de rattachement de la société dans la protection de ses droits	87
1. <i>Le lien de rattachement et la mise en œuvre de la responsabilité internationale</i>	87
2. <i>Le lien de rattachement et les obligations internationales dues à la société</i>	91
B. Le lien de rattachement de la société et les intérêts des actionnaires	100
1. <i>Les critères traditionnels de la nationalité de la société dissimulant les qualités des intérêts des actionnaires</i>	102
a. La protection effective des intérêts des actionnaires grâce à la nationalité formelle de la société	105
b. L'encadrement supplémentaire des droits accordés aux sociétés nationales en vue des intérêts effectivement en cause	110
2. <i>La prise en compte des actionnaires pour la détermination du lien de rattachement de la société : le critère de contrôle</i>	119
a. L'utilisation du seul contrôle de la société en tant que critère de rattachement	120
b. Les inconvénients du critère de contrôle	126
Conclusion du Chapitre II	131
Conclusion du Titre I	132

TABLE DES MATIÈRES

TITRE II

LES INTÉRÊTS DE L'ACTIONNAIRE EN CAS DE DÉFAILLANCE DE L'ACTION SOCIALE

Introduction au Titre II 133

Chapitre III.

Le caractère artificiel de l'action sociale pour la défense des intérêts

de l'actionnaire en raison de circonstances factuelles particulières 137

I. IDENTITÉ D'INTÉRÊTS ET IDENTIFICATION ENTRE LA SOCIÉTÉ ET L'ACTIONNAIRE :

LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE 137

A. L'identification entre la société et l'actionnaire dans la jurisprudence
de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme 139

1. *La situation particulière des sociétés constituant un relais des activités
de son actionnaire* 139

2. *La question du voile social de la société relais* 145

B. La transposition impossible de la théorie de l'identification
en droit international général 148

1. *L'interprétation extensive par les organes strasbourgeois
de la notion de « victime »* 149

2. *Les obstacles découlant de la nature des obligations
de droit international général* 155

II. CONFUSION D'INTÉRÊTS ET REMPLACEMENT DE LA SOCIÉTÉ
PAR L'ACTIONNAIRE : LA SOCIÉTÉ DÉFUNTE 159

A. L'exception de la société juridiquement disparue 160

1. *La société défunte et la protection diplomatique* 160

2. *La société défunte et le sort de ses droits* 164

B. La nécessité et le fondement juridique de l'exception 170

1. *L'utilité et la nécessité de l'exception de la société défunte* 170

2. *Les problèmes juridiques créés par l'exception* 176

Conclusion du Chapitre III 180

Chapitre IV.

L'ineffectivité de l'action sociale pour la défense des intérêts de l'actionnaire

en raison de circonstances juridiques propres au droit international 183

I. LA SITUATION PARTICULIÈRE DE LA SOCIÉTÉ AYANT LA NATIONALITÉ DE
L'ÉTAT QUI LUI A CAUSÉ UN DOMMAGE 185

A. Le droit international rend l'action sociale de la société nationale ineffective .. 186

1. *L'impossible réclamation en faveur de la société contre
son propre État de nationalité* 187

2. *L'absence de droits internationaux subjectifs visant la protection
des droits de la société vis-à-vis de son État de nationalité* 193

B. Le droit international ne rend pas l'action sociale de la société nationale
inefficace 196

1. *L'efficacité de l'action sociale confirmée dans le cas de l'application
d'un lien de rattachement différent* 196

LA PROTECTION DE L'ACTIONNAIRE EN DROIT INTERNATIONAL

2. <i>L'efficacité et l'utilité de la personne morale confirmées en matière de réparation du dommage subi</i>	201
II. LA RECONNAISSANCE EN DROIT INTERNATIONAL D'UN RECOURS DE L'ACTIONNAIRE EN SUBSTITUTION DE L'ACTION SOCIALE INEFFECTIVE.....	206
A. Les réclamations indirectes visant la protection des intérêts des actionnaires dans la société nationale.....	208
B. La reconnaissance de nouveaux droits à l'actionnaire protégeant juridiquement ses intérêts dans la société vis-à-vis de l'État national de cette dernière	219
1. <i>Possibilité et nécessité de reconnaître des droits à l'actionnaire portant sur ses intérêts dans la société</i>	219
2. <i>Justification et limites de la reconnaissance des droits à l'actionnaire vis-à-vis de l'État national de la société</i>	222
Conclusion du Chapitre IV	229
Conclusion du Titre II	231
Conclusion de la Première Partie.....	232

DEUXIÈME PARTIE

L'ACTIONNAIRE ET LA VIOLATION DE SES DROITS PROPRES

Introduction à la Deuxième Partie	235
---	-----

TITRE I

L'ATTEINTE AUX DROITS DE L'ACTIONNAIRE ET SES CONSÉQUENCES

Introduction au Titre I	239
-------------------------------	-----

Chapitre V.

La notion de droits de l'actionnaire et le droit international	241
---	-----

I. LA DÉTERMINATION ET LE CONTENU DES DROITS DE L'ACTIONNAIRE	241
A. Le droit applicable à la détermination des droits de l'actionnaire	241
1. <i>Le nécessaire renvoi au droit interne</i>	241
2. <i>Le droit international renvoi à un droit interne spécifique : la lex societatis</i>	243
B. Tentative de systématisation des droits de l'actionnaire.....	248
1. <i>L'action : un « carrefour de droits »</i>	250
2. <i>Les droits généralement attachés à la qualité de membre de la société</i>	254
a. Les droits de participation	255
b. Les droits financiers et patrimoniaux	259
i. <i>Le droit de percevoir un dividende</i>	260
ii. <i>La participation au résultat de la liquidation</i>	263

TABLE DES MATIÈRES

II. LES DROITS PROPRES DE L'ACTIONNAIRE ET LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT	265
A. Droit propre de l'actionnaire et droit subjectif en droit international	266
B. Les droits de l'actionnaire en tant qu'objet de l'obligation internationale visant la protection de la propriété privée	269
1. <i>Les obligations internationales concernant la protection de la propriété privée</i>	270
2. <i>Les droits de l'actionnaire en tant que propriété au sens du droit international</i>	275
a. L'action est une propriété protégée par le droit international	275
b. Les droits de participation, les droits financiers et patrimoniaux et la protection de la propriété en droit international	277
Conclusion du Chapitre V.....	280
Chapitre VI.	
L'atteinte aux droits de l'actionnaire et la responsabilité de l'État	281
I. LA VIOLATION DE L'OBLIGATION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT ET L'ATTEINTE AUX DROITS DE L'ACTIONNAIRE.....	281
A. L'atteinte directe aux droits de l'actionnaire	283
1. <i>L'atteinte directe au titre juridique de l'action et les expropriations de jure</i>	284
2. <i>L'atteinte directe aux droits de l'actionnaire et les expropriations de facto</i>	290
B. L'atteinte indirecte aux droits de l'actionnaire : la perméabilité de la personnalité morale	297
II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE PORTANT ATTEINTE AUX DROITS PROPRES DE L'ACTIONNAIRE.....	310
A. Le droit de demander réparation et les droits propres de l'actionnaire.....	310
1. <i>L'identification du titulaire du droit subjectif international violé et les droits propres de l'actionnaire</i>	311
2. <i>Critique du projet d'article 12 du projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique</i>	313
B. Le contenu de l'obligation de réparer et les droits et intérêts de l'actionnaire	316
1. <i>La restitution des droits de l'actionnaire atteints par le fait internationalement illicite</i>	318
a. La difficulté liée à la restitution juridique	318
b. L'insuffisance de la restitution en raison du caractère propre de l'action et des droits de l'actionnaire.....	320
2. <i>L'indemnisation pour la perte des droits de l'actionnaire : l'interaction entre la valeur de l'action et la personne morale</i>	321
Conclusion du Chapitre VI	325
Conclusion du Titre I.....	327

TITRE II

L'ÉLARGISSEMENT DES DROITS DE L'ACTIONNAIRE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Introduction au Titre II 329

Chapitre VII.

La protection de l'action dans le cadre du droit des investissements 335

I. LA « TRANSFORMATION » DE L'ACTION EN INVESTISSEMENT 339

A. L'action et les définitions de l'investissement 339

1. *L'action dans le cadre des définitions génériques de l'investissement* 340

2. *L'action dans les définitions d'investissement consacrées dans les accords bilatéraux et multilatéraux d'investissement* 345

a. Le cas des accords bilatéraux 345

b. Le cas des accords régionaux et multilatéraux 348

B. L'absence de transformation de l'action en tant que concept juridique particulier 353

II. LA PERTINENCE DE LA DISTINCTION ENTRE LES DROITS DE L'ACTIONNAIRE-INVESTISSEUR ET LES DROITS DE LA SOCIÉTÉ 359

A. L'investisseur ne peut faire valoir que les violations de ses droits liés à l'action 360

1. *Les droits de l'investisseur-actionnaire ne concernent que l'action-investissement* 361

2. *L'exception conventionnelle confirmant le principe* 367

B. Le préjudice indemnisable pour la violation des droits de l'investisseur-actionnaire et son évaluation 372

1. *L'investisseur ne peut prétendre qu'à la réparation du préjudice causé à son investissement* 373

2. *L'évaluation du dommage subi par l'investisseur-actionnaire doit tenir compte de la personnalité juridique distincte de la personne morale* 375

Conclusion du Chapitre VII 379

Chapitre VIII.

L'actionnaire et la protection des investissements indirects 381

I. LES INVESTISSEMENTS INDIRECTS ET L'ACTION 384

A. Le rôle de l'action dans le cadre de la protection des investissements indirects 385

1. *L'action en tant que critère du lien nécessaire entre l'investisseur et l'investissement* 385

2. *L'absence de lien logique entre protection de l'action-investissement et protection des investissements indirects* 389

B. Les contours de la notion d'investissement indirect et la participation dans une personne morale 395

1. *Les caractéristiques de la participation dans une société susceptible de « détenir ou contrôler directement ou indirectement » un investissement* 395

TABLE DES MATIÈRES

2. <i>L'impossible quête du « véritable » investisseur</i>	401
II. LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INDIRECTS ET LA SÉPARATION ENTRE L'INVESTISSEUR–ACTIONNAIRE ET LA SOCIÉTÉ	407
A. L'investisseur ne fait valoir que ses droits propres concernant son investissement indirect	408
1. <i>L'investissement indirect et le voile social</i>	408
2. <i>L'investissement indirect et les droits propres de l'investisseur</i>	412
B. L'investisseur–actionnaire ne peut invoquer que son propre préjudice	417
1. <i>La violation des droits de l'investisseur indirect et le préjudice indemnisable</i>	417
2. <i>Investisseurs indirects, recours multiples et risque de double compensation</i>	422
Conclusion du Chapitre VIII	427
Conclusion du Titre II	428
Conclusion de la Deuxième Partie	429

CONCLUSION

– Une évolution réelle	435
– Une « révolution inachevée »	440
Index des textes	449
Index de la jurisprudence	463
Bibliographie sélective	497
Table des matières	511

La protection de l'actionnaire est une question classique du droit international qui demeure controversée et a fait couler beaucoup d'encre. Les développements jurisprudentiels et arbitraux dans le domaine de la protection internationale des investissements notamment ont, semble-t-il, bouleversé les positions et solutions dégagées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgique c. Espagne)*. Pourtant, cet arrêt de 1970 ne mérite pas d'être simplement déconsidéré ou ignoré pour la simple raison qu'il s'agissait, à l'époque, de l'exercice de la protection diplomatique de la part de la Belgique en faveur des actionnaires belges de la *Barcelona Traction*, société de droit canadien.

La présente étude propose une lecture différente des considérations de la Cour à travers le prisme non pas de l'institution de la protection diplomatique des personnes morales, mais de celui du droit de la responsabilité internationale de l'État. Car l'institution de la protection diplomatique n'est, en fin de compte, qu'un mécanisme de la mise en œuvre de cette responsabilité parmi d'autres, notamment celui, aujourd'hui largement consacré dans la pratique conventionnelle des États, qui permet à l'actionnaire d'introduire un recours direct pour faire valoir la violation de ses droits. Cette approche permet de démontrer que l'affaire de la *Barcelona Traction* ne constitue pas seulement un point de départ de toute analyse concernant la protection de l'actionnaire en droit international. L'arrêt de la Cour renferme toujours les règles de la responsabilité internationale qui conditionnent et expliquent la situation particulière de l'actionnaire dans les hypothèses de la violation des droits de la société et de celle de ses droits propres. Ces règles sont largement identiques dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique ainsi que dans celui des recours directs ouverts aux personnes privées devant des cours et tribunaux internationaux. Les différences entre les solutions retenues dans des domaines particuliers du droit international, comme dans le cadre de la protection des droits de l'homme ou celui de la protection internationale des investissements, ne sont pas liées aux mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité de l'État, mais aux obligations assumées par les États vis-à-vis des personnes morales, d'une part, et de leurs actionnaires, d'autre part.

DANIEL MÜLLER est titulaire d'un doctorat en droit public de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense et de la Humboldt-Universität zu Berlin (cotutelle). Il travaille en tant que consultant en droit international et a représenté plusieurs États et gouvernement dans des procédures contentieuses et consultatives devant la Cour internationale de Justice et le Tribunal international du droit de la mer, ainsi que devant des tribunaux arbitraux. Il est l'auteur d'un nombre important d'articles et de contributions scientifiques.