

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. ANNUAIRE

Tome 51

1965

I



Réimpression
SCHMIDT PERIODICALS GMBH
D-83075 Bad Feilnbach / Germany
2000

Réimpression publiée avec l' accord de l' éditeur,
l' Institut de Droit International, Genève, Suisse.

1965

—

ANNUAIRE

de

l'Institut de Droit International

ANNUAIRE

de

l'Institut de Droit International

—

Cinquante et unième volume

—

Session de Varsovie

SEPTEMBRE 1965

—

Tome I

Justitia et Pace

1965

BÂLE

Editions juridiques et sociologiques S.A.
(*Verlag für Recht und Gesellschaft A G.*)

serie de « La Tribune de Genève »

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

I. La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations¹

Première Commission

1. Exposé préliminaire présenté par M. Herbert W. Briggs

PREMIÈRE PARTIE

CONSIDÉRATIONS SUR LA NATURE DU SUJET

La première Commission², constituée en 1962, a été chargée d'étudier *La protection diplomatique des individus en droit international*, tandis que l'étude de *La protection diplomatique des entreprises en droit international* a été laissée à la nouvelle huitième Commission. Tenant compte de la suggestion de feu notre honoré ancien Secrétaire général, M. Hans Wehberg, ce rapport traite principalement de *La nationalité des réclamations*.

¹ Traduit de l'anglais par Antoine Martin, attaché de recherches à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève.

² La première Commission est composée de: M. Herbert W. Briggs, *rapporteur*; de MM. Roberto Ago, Rudolf L. Bindschedler, Constantin Th. Eustathiades, Nathan Feinberg, Sir Gerald Fitzmaurice, MM. André Gros, Paul Guggenheim, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Hermann Mosler, Paul De Visscher, Ben Atkinson Wortley, Quincy Wright, *membres*.

La nature de la protection diplomatique en tant qu'institution du droit international a été définie par la Cour permanente de Justice internationale et par la Cour internationale de Justice dans les termes suivants:

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. 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, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.

Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre Etats. Du moment qu'un Etat prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul Etat...

Il est vrai que l'Etat ne se substitue point à son ressortissant, qu'il fait valoir son propre droit et que, partant, dans les négociations diplomatiques peuvent intervenir des considérations étrangères à la discussion qui avait eu lieu auparavant entre l'individu et les autorités compétentes...

Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Arrêt du 30 août 1924, C.P.J.I. Sér. A, N° 2, pp. 12-13.

Les exceptions se fondent sur la prétendue inobservation, par le Gouvernement estonien: 1° de la règle de droit international qui veut que la demande soit nationale non seulement au moment de sa présentation, mais également au moment du préjudice subi; ...

De l'avis de la Cour, la règle de droit international sur laquelle se fonde la première exception lithuanienne est qu'en prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce droit ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique. Or, c'est comme

partie de la fonction de protection diplomatique que doit être considéré l'exercice du droit de prendre en main une réclamation et d'assurer le respect du droit international. Lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique que puisse accorder l'Etat et ne saurait donner ouverture à une réclamation que l'Etat soit en droit d'endosser.

L'agent du Gouvernement estonien, tant dans ses exposés écrits qu'oraux, s'est efforcé de diminuer l'importance de cette règle de droit international, voire d'en nier l'existence. Il a cité un certain nombre de décisions, mais, à l'examen, on constate qu'il s'agissait de cas où les gouvernements intéressés étaient convenus d'écarter l'application stricte de la règle, c'est-à-dire d'affaires où les deux gouvernements en cause avaient accepté d'instituer un tribunal international pourvu de la compétence nécessaire pour statuer sur les réclamations, même si la condition de nationalité n'était pas remplie. Dans la présente espèce, aucun motif ne permet de croire que l'intention des Parties ait été d'exclure l'application de la règle. L'agent du Gouvernement lithuanien a donc raison de soutenir qu'il appartient à l'Estonie de prouver qu'à l'époque où s'est produit le prétendu préjudice qui mettrait en jeu la responsabilité internationale de la Lithuanie, la société lésée possédait la nationalité estonienne.

Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, Arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I., Sér. A/B, N° 76, pp. 16-17.

[La Cour Internationale de Justice, examinant la question de savoir si l'Organisation des Nations Unies avait la capacité juridique de faire valoir une réclamation internationale, fit notamment observer:]

The traditional rule that diplomatic protection is exercised by the national State... rests on two bases. The first is that the defendant State has broken an obligation towards the national State in respect of its nationals. The second is that only the party to whom an international obligation is due can bring a claim in respect of this breach¹.

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis Consultatif du 11 avril 1949, C.I.J. Recueil, 1949, pp. 181-182.

¹ Note du traducteur: Le rapporteur a tenu à ce que les citations dont l'original anglais fait foi ne soient pas traduites.

Exercer la protection, s'adresser à la Cour, c'est se placer sur le plan du droit international. C'est le droit international qui détermine si un Etat a qualité pour exercer la protection et saisir la Cour...

La protection diplomatique et la protection par la voie judiciaire internationale constituent une mesure de défense des droits de l'Etat. Comme l'a dit et répété la Cour permanente de Justice internationale, « 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, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » (C.P.J.I., Série A, n° 2, p. 12, et A/B, n°s 20-21, p. 17).

*Affaire Nottebohm (Deuxième phase),
Arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil, 1955,
pp. 20-21-24.*

Bien que la Cour permanente de Justice internationale, dans ces passages, établisse une distinction entre « l'action diplomatique » et « l'action judiciaire internationale » en faveur d'un national, et que la Cour internationale de Justice distingue pour sa part entre la « protection diplomatique » et la « protection par la voie judiciaire internationale »¹, aucune de ces deux Cours, néanmoins, ne définit ni ne discute le sens du terme « protection diplomatique ».

Les deux Cours considèrent toutefois que la protection diplomatique est un droit que l'Etat qui exerce la protection possède en vertu du droit international, et elles estiment que le fondement juridique d'un tel droit se trouve dans la violation d'une obligation internationale liant un autre Etat à cet Etat en ce qui concerne les ressortissants de ce dernier. Le droit de protection diplomatique, qu'il soit exercé par voie d'action diplomatique ou par un recours à l'action judiciaire internationale, est considéré comme impliquant le droit de faire valoir

¹ Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour se réfère également à « cette forme de protection diplomatique qu'est l'action judiciaire internationale ». *C.I.J. Recueil, 1955, p. 13.*

une réclamation internationale. Le droit de protection diplomatique fournit donc un moyen d'action basé sur la responsabilité de l'Etat accusé d'avoir violé une obligation internationale.

Dès lors, si le droit de protection diplomatique se place sur le même plan que la responsabilité internationale de l'Etat à raison de la violation de ses obligations à l'égard des résidents étrangers, on peut se poser la question de savoir s'il vaut la peine d'examiner le sujet sous la rubrique de la « protection diplomatique des individus en droit international » plutôt que comme un aspect de la responsabilité de l'Etat en droit international. Jessup a fait remarquer que « the international law governing the protection of nationals abroad . . . is the converse way of labeling the subject of the responsibility of States for injuries to aliens »¹. Un examen des travaux classiques sur la protection diplomatique (par exemple, Borchard², Dunn³, Moore⁴), de même que des écrits plus récents sur ce sujet⁵,

¹ Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations — An Introduction*, p. 97 (1948).

² Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (1915).

³ Frederick S. Dunn, *The Protection of Nationals — A Study in the Application of International Law* (1932).

⁴ John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, etc., vol. VI (1906). Moore traite ce sujet sous les rubriques « Nonpolitical intervention » et « Claims ».

⁵ Par exemple, Jan Hostie, « A Systematic Inquiry into the Principles of International Law Dealing with Diplomatic Protection », 19 *Tulane Law Journal*, pp. 79-131 (1944); Clive Parry, « Some Considerations upon the protection of Individuals in International Law », 90 *Recueil des Cours de La Haye*, 653-726 (1956-II); Rudolf L. Bindschedler, « La Protection de la propriété privée en droit international public », *ibid.*, pp. 173 ss.; Louis Cavaré, « Les transformations de la protection diplomatique », p. 19, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 54-80 (1958); Cavaré, *Le droit international public positif*, I, pp. 258 ss. (1961); Paul De Visscher, « La protection diplomatique des personnes morales »,

montre clairement que la matière dont ils traitent coïncide dans une très large mesure avec le droit international de la responsabilité de l'Etat en ce qui concerne le traitement des étrangers, tel que l'étudient les ouvrages classiques d'Anzilotti¹ et une grande partie de la littérature qui s'occupe de cet aspect de la responsabilité de l'Etat.

Le terme « droit de protection diplomatique » comporte certains désavantages que l'on pourrait éviter en connaissant des questions comprises sous cette rubrique comme d'un aspect de la responsabilité de l'Etat en droit international.

(1) Le terme « protection diplomatique », comme il l'a souvent été noté², ne s'est pas limité à désigner la protection exercée par des diplomates. La sauvegarde des intérêts des nationaux dans un Etat étranger a toujours été une importante fonction des consuls; et ce sont même parfois les forces armées de l'Etat protecteur qui furent chargées autrefois d'exercer une telle protection.

(2) On a quelquefois estimé que le terme « protection diplomatique » comportait aussi bien la fonction de sauvegarde et de protection que l'endossement et la présentation par l'Etat de

102 *Recueil des Cours*, pp. 395-513 (1961-I); Erik J. S. Castrén, « Some Considerations upon the Conception, Development, and Importance of Diplomatic Protection », *11. Jahrbuch für Internationales Recht*, pp. 37-48 (1962).

¹ Dionisio Anzilotti, *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale* (1902) et « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers » (1906), tous deux reproduits dans *Opere di Dionisio Anzilotti, II, Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, I, pp. 1-207 (1956); Anzilotti, *Cours de Droit International*, pp. 466 ss. (trad. Gidel, 1929).

² Cf., Herbert Kraus, *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge, 1931*, I, p. 456; Dunn, *op. cit.*, p. 20; Castrén, *loc. cit.*, p. 38; et voir la discussion dans André Gros, *La protection diplomatique* (Encyclopédie française (en cours d'impression) 1963).

réclamations de ses nationaux devant des tribunaux internationaux, bien que cette dernière fonction se distingue de la première par l'invocation des moyens judiciaires de droit international. Il semble erroné de classer sous protection « diplomatique » la soumission d'une réclamation internationale à la décision impartiale d'un tribunal statuant selon le droit.

(3) Le terme « protection diplomatique », tel qu'il est entendu, présente, de plus, le défaut de n'avoir pas considéré que certaines mesures de sauvegarde et de protection, qui sont diplomatiques par excellence — telles que l'enquête, les bons offices, les représentations diplomatiques en faveur des nationaux et les protestations diplomatiques précédant la présentation d'une réclamation internationale au sens formel — font partie intégrante du domaine de la protection diplomatique en tant qu'institution juridique. C'est ainsi que Borchard faisait observer en 1931, dans le rapport qu'il présenta à l'*Institut sur La protection diplomatique des nationaux à l'étranger* :

Toutefois le présent rapport ne s'occupera pas des pratiques et mesures diplomatiques qui peuvent être résumées sous les noms d'enquête, de bons offices et de protestations et qui sont destinées à assurer à l'étranger, sans que celui-ci ait besoin de présenter une demande formelle, le bénéfice des droits que la législation locale ou des considérations d'équité lui accordent.

Il n'est pas possible de cristalliser les règles qui régissent le recours opportun à l'enquête, aux bons offices ou à la protestation ou les circonstances de fait qui le justifient. Ces circonstances échappent ordinairement à une règle ou à un contrôle juridique. Le présent rapport se bornera à étudier les conditions de la protection dans le cas où une demande formelle internationale de dommages-intérêts peut être formée soit par la voie diplomatique, soit devant un tribunal international, conformément à des règles de droit établies et appropriées.¹

Le projet de Résolution présenté à la Session d'Oslo en 1932 établissait, dans son préambule, une distinction entre « le droit de protection diplomatique » et « des démarches ayant le carac-

¹ *Annuaire, Session de Cambridge, 1931, I, p. 274.*

tère de représentations amicales ou de bons offices ou de simple protestation diplomatique », et notait que l'on avait exclu du projet « les cas de démarches diplomatiques ayant pour but de faciliter soit un arrangement direct entre la personne intéressée et l'Etat requis, soit un règlement judiciaire ou arbitral direct entre la personne intéressée et l'Etat requis »¹. L'absence de dispositions sur ces questions tant dans un projet sur la « protection diplomatique » que dans les projets sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages causés à des étrangers élimine, là encore, la possibilité d'établir une distinction entre ces deux champs d'étude.

(4) Le terme « droit de protection diplomatique » a acquis un contenu politique qui soulève encore l'émotion. Des abus dans l'exercice de la protection diplomatique, qui, dans le passé, impliqua quelquefois la poursuite de réclamations diplomatiques par la force, alors même que la responsabilité étatique n'était pas clairement établie du point de vue juridique, conduisirent à une condamnation générale englobant même l'institution de la responsabilité de l'Etat en tant que telle. Il est possible de réduire les accusations, soigneusement entretenues, de ceux qui prétendent que le droit international de la responsabilité de l'Etat à raison de la violation de ses obligations à l'égard des résidents étrangers est un droit impérialiste ou colonialiste, en mettant l'accent non pas tant sur la fonction de protection que sur le fait que ce droit a été judiciairement développé par des tribunaux internationaux où siégeaient des juges de chacune des parties litigantes².

¹ *Annuaire, Session d'Oslo, 1932*, p. 277.

² Dunn, *The Protection of Nationals*, p. 106 (1932), a noté :

« International tribunals are customarily composed not only of neutral judges but also of members who are nationals of the contending parties... However, it is a very common occurrence for a national member of an

(5) Le fait que la menace ou l'emploi de la force sont maintenant limités par des interdictions découlant de dispositions de la Charte des Nations Unies et d'autres traités, apporte une raison supplémentaire de mettre l'accent sur la responsabilité internationale des Etats plutôt que sur un « droit de protection diplomatique ». L'abus qu'il importe d'empêcher, c'est désormais bien moins la menace ou l'emploi de la force que le danger de voir la responsabilité internationale impunément désavouée et bafouée. L'Institut ferait œuvre utile en procédant à un nouvel examen du droit de la responsabilité de l'Etat et en réaffirmant sa position traditionnelle en faveur du règlement judiciaire obligatoire des différends internationaux.

(6) C'est aller au-delà d'une pure question de sémantique ou de préférence politique que de conclure que la « protection diplomatique » est centrée sur un *droit* dont l'exercice dépend parfois de conditions politiques, tandis que la « responsabilité de l'Etat » est dirigée vers des *obligations* et vers les facteurs juridiques qui conditionnent l'existence et la mise en œuvre de la responsabilité. Cela ressort encore mieux lorsqu'on examine les restrictions apportées à l'exercice du droit de protection diplomatique. Affirmer, comme on le fait parfois, qu'un Etat ne peut pas exercer de protection diplomatique ou faire valoir une réclamation internationale au nom d'un individu qui n'est pas son ressortissant est, juridiquement, une façon quelque peu ambiguë de s'exprimer. Ce n'est en fait pas le « droit » de faire valoir une telle réclamation qui est en question. Un Etat viole-t-il une règle du droit international en faisant valoir une réclamation internationale qui est juridiquement incertaine, ou notoirement nulle ou irrecevable ? Si, en cas de présentation d'une réclama-

international tribunal to decide cases against the contentions of his own government. For example, the great majority of decisions by mixed claims commissions are rendered unanimously...

tion irrecevable, il n'existe pas d'autre sanction ou peine que son rejet, il semble que l'on ne puisse pas parler dans ce cas d'une règle venant limiter le droit de l'Etat d'exercer sa protection diplomatique, mais d'un simple conseil — une prédiction de ce qui se passera —; il n'y a pas énonciation d'une règle juridique. La restriction apparente venant limiter le droit d'exercer la protection diplomatique se rapporte bien moins à l'exercice de ce droit (car un Etat peut toujours *faire valoir* une réclamation irrecevable) qu'aux conséquences juridiques découlant de la présentation d'une réclamation nulle ou irrecevable. Ces conséquences juridiques sont du domaine du droit de la responsabilité de l'Etat. Cette partie du droit ne traite pas uniquement des conditions juridiques dont l'existence doit être établie avant que l'on puisse se prononcer sur l'existence de la responsabilité internationale, mais aussi des conditions juridiques (legal considerations) restreignant l'invocation de cette responsabilité ou, plus précisément, limitant la recevabilité juridique de la réclamation.

Ce sont des considérations de cette espèce qui amènent le rapporteur à dire qu'il préférerait de beaucoup étudier cette question comme un aspect du droit de la responsabilité de l'Etat.

* * *

Il y a lieu, avant de conclure sur ce point, de discuter une question plus fondamentale: Si la protection diplomatique est un sujet qui doit être traité de manière distincte du problème de la responsabilité de l'Etat à raison de la violation de ses obligations internationales à l'égard des étrangers, quels sont alors ses traits distinctifs? On pourrait concevoir que l'*Institut*, rejetant les propositions présentées à la session d'Oslo en 1932, accepte comme souhaitable la codification des règles qui établissent le droit de l'Etat d'exercer, préalablement à toute

affirmation de l'existence de la responsabilité juridique internationale dans un cas donné, la protection diplomatique par représentations amicales, bons offices et protestations diplomatiques. Le fondement juridique d'un tel droit pourrait être trouvé dans l'obligation de l'Etat accréditaire, découlant de l'article 3, par. 1 (b), de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, qui dispose qu'une des fonctions d'une mission diplomatique consiste à « protéger dans l'Etat accréditaire les intérêts de l'Etat accréditant *et de ses ressortissants* ¹, dans les limites admises par le droit international ». Une étude limitée à ce champ étroit ne présenterait que peu d'intérêt, car dès qu'une réclamation internationale serait présentée de manière formelle, l'élément distinguant la protection diplomatique de la responsabilité de l'Etat disparaîtrait.

Dans son riche et savant rapport, présenté à la session de Cambridge de l'Institut, sur *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, le professeur Borchard chercha à distinguer — non sans quelques doutes, semble-t-il, sur l'utilité d'une telle distinction — entre la protection diplomatique des nationaux et la responsabilité de l'Etat du chef de préjudices causés à des étrangers, de la manière suivante:

Le présent rapport se bornera à étudier les conditions de la protection dans les cas où une demande formelle internationale de dommages-intérêts peut être formée soit par la voie diplomatique, soit devant un tribunal international, conformément à des règles de droit établies ou appropriées. Afin de distinguer la matière de celle de la responsabilité internationale des Etats du chef de préjudices causés à des étrangers, le rapport sera limité aux questions de forme, de juridiction, de conditions externes et de procédure qui exercent une influence sur le droit d'un Etat de faire intervenir sa diplomatie en faveur d'un national. Les conditions essentielles auxquelles une demande de réparation internationale est normalement assujettie sont jugées appartenir plus proprement au

¹ C'est le présent rapporteur qui souligne.

domaine de la responsabilité internationale des Etats, si l'on admet que l'on puisse faire une distinction de ces matières.¹

Dans la version modifiée du projet de Résolution présenté à Oslo en 1932, la distinction prend place dans le premier paragraphe du préambule, de la manière suivante:

Considérant que la Résolution présente a pour seul but de fixer des règles de procédure et autres conditions formelles auxquelles est subordonnée la réalisation par un Etat de son droit d'exercer la protection diplomatique de ses nationaux à l'étranger quand la responsabilité internationale d'un autre Etat est présumée engagée du fait d'un préjudice causé...²

Le projet de Résolution d'Oslo sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger établit sept règles ayant trait à certains aspects de la nationalité des réclamations, une règle sur l'épuisement des instances internes, une règle sur la clause Calvo, une règle traitant en partie des réclamations relatives aux contrats (contract claims), et deux règles ayant trait à la possibilité de rejeter une réclamation internationale sur la base de la conduite blâmable, du retard ou de la négligence dans la présentation de la réclamation³. Bien que réunies sous la rubrique « protection diplomatique », toutes les règles proposées concernent des aspects de la présentation des réclamations internationales et leur fondement juridique se trouve en fait, comme il l'est expressément stipulé, dans le droit de la responsabilité de l'Etat. Comme on le sait, l'Institut n'adopta à Oslo aucune Résolution en cette matière.

Si, pour s'éclairer, l'on se tourne vers les Résolutions de l'Institut qui traitent de façon reconnue de questions relatives à la responsabilité de l'Etat du chef de préjudices causés à des étrangers, on ne découvre presque rien qui puisse contribuer

¹ *Annuaire, Session de Cambridge, 1931, I, p. 274.* C'est le présent rapporteur qui souligne.

² *Annuaire, Session d'Oslo, 1932, pp. 276-277.*

³ *Ibid.*, pp. 278-282.

à établir une distinction entre la protection diplomatique et la responsabilité de l'Etat. *Le Règlement de Neuchâtel*, de 1900, sur *La responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile*¹, énonce un *devoir* des Etats d'accorder la protection diplomatique en cas de déni de justice et de violation du droit international, mais ni la Résolution adoptée, ni les discussions au sein de l'Institut² ne jettent de lumière sur la distinction dont on s'occupe ici. La Résolution adoptée à la session de Lausanne, en 1927, sur *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens étrangers*, contient neuf articles visant le fond du droit de la responsabilité internationale, deux articles sur la réparation et la satisfaction, et un article sur la règle de l'épuisement des instances internes³. Il n'y est fait aucune référence à la protection diplomatique et seulement une référence implicite à la nationalité des réclamations. La Résolution de Grenade, de 1956, sur *La règle de l'épuisement des recours internes*, se rapporte aux réclamations diplomatiques et judiciaires basées sur un préjudice causé en violation du droit international à un ressortissant d'un Etat, mais ne donne aucune indication en ce qui concerne la distinction possible entre la responsabilité de l'Etat et la protection diplomatique⁴.

¹ *Institut de Droit international, Tableau Général des Résolutions*, 1873-1956, éd. Hans Wehberg, pp. 141-142 (1957).

² *Annuaire, Session de Neuchâtel, 1900*, vol. 18, pp. 233-256; *Annuaire, éd. abrégée*, vol. IV, pp. 611-631.

Tableau Général, pp. 137-140; *Annuaire, Session de Lausanne, 1927*, vol. 33, tome III, pp. 81-168, 330-335 et tome I, pp. 455-562, pour le rapport de M. Leo Strisower, rapporteur, et les observations des membres de la 13^{me} Commission.

⁴ *Tableau Général*, p. 10; *Annuaire, Session de Grenade, 1956*, vol. 46, pp. 256-316, 358, 364; voir *Annuaire, Session d'Aix-en-Provence, 1954*, I,

De même, l'examen des projets préparés en dehors de l'*Institut de Droit international* ne contribue pas à fournir un quelconque critère de distinction permettant de séparer la matière traitée dans le cadre de la protection diplomatique de celle qui est étudiée au chapitre de la responsabilité de l'Etat. En 1955, l'*American Institute of International Law* établit une série de projets dont le n° 15 était intitulé « *Responsibility of Governments* » (sic) et le n° 16 « *Diplomatic Protection* »¹. Les deux projets traitaient de questions relatives à la responsabilité de l'Etat. Le projet n° 15 sur la *Responsibility of Governments* tendait, dans le cadre de ses deux articles, à limiter la responsabilité des Républiques américaines du chef des dommages causés à des étrangers sur leur territoire, aux situations où les gouvernements de ces républiques avaient manqué à maintenir l'ordre et la stabilité ou avaient manqué à user de « précautions » en vue d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à des étrangers. Le projet n° 16 sur la *Diplomatic Protection* érigeait le principe de l'égalité de traitement avec les nationaux en standard maximum pour les résidents étrangers (art. 1), donnait le droit à « every American Republic . . . to accord diplomatic protection to its native or naturalized citizens » (art. 2), et à « every nation » d'accorder la protection diplomatique à ses ressortissants dans une République américaine, au cas où aucun recours interne n'était disponible ou au cas où un déni de justice ou une violation du droit international pouvait être prouvé (art. 3). D'autres articles traitaient du déni de justice et de la recevabilité d'une réclamation internationale et comportaient des dispositions sur la nationalité des réclamations. Bien que le projet n° 16 fût intitulé *Diplomatic Protection*, Garcia

pp. 5-112, pour le rapport du professeur J. H. W. Verzijl, rapporteur, et les observations des membres de la 8^{me} Commission.

¹ Voir A.J.I.L., Supplément (Special Number, October 1926), pp. 328-330; *Commission du droit international, Annuaire*, 1956, II, p. 227.

Amador en a parlé comme d'une déclaration sur « les principes qui régissent la responsabilité de l'Etat »¹.

Le *Harvard Research draft* de 1929 sur *The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, dont le rapporteur était le professeur Borchard, se situe dans le cadre du droit relatif à la responsabilité de l'Etat². Même des dispositions sur la règle de l'épuisement des recours internes, sur la continuité de la nationalité des réclamations et sur la clause Calvo — sujets que Borchard, dans le projet qu'il avait présenté à l'*Institut* à Oslo, avait traités sous la rubrique « protection diplomatique » — furent considérées comme faisant partie du droit relatif à la responsabilité de l'Etat.

Les très complètes *Bases de discussion sur la responsabilité internationale des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens étrangers*, préparées pour la Conférence de Codification de La Haye de 1930, ne contiennent qu'un passage mentionnant la protection diplomatique — en relation avec la nationalité des réclamations (Base n° 28) —, bien qu'elles traitent des aspects tant de procédure que de fond du droit relatif à la responsabilité de l'Etat³. Les projets d'articles, adoptés en première lecture par la Troisième Commission à la Conférence de Codification de La Haye de 1930, ne contiennent aucune référence à la protection diplomatique⁴.

La récente *Harvard draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (Draft n° 12, avril 1961,

¹ *Commission du droit international, Annuaire*, 1956, II, p. 181.

² 23 A.J.I.L., Supplement (Special Number, April 1929), pp. 131ss.

³ Publication de la Société des Nations, 1929. V.3 (C.75.M.69.1929.V). Reproduit dans l'*Annuaire* de la *Commission du droit international*, 1956, II, pp. 223-226.

⁴ *Ibid.*, p. 226, et Publication de la Société des Nations, 1930.V.17.

par Louis B. Sohn et R. R. Baxter) se fonde en grande partie sur l'hypothèse que le droit international relatif à la responsabilité de l'Etat est directement applicable aux relations entre un Etat et le résident étranger, plutôt qu'aux relations entre cet Etat et l'Etat du résident étranger. La seule trace d'un droit de protection diplomatique subsistant dans ce projet semble être le droit d'un Etat de servir d'agence de réclamations endossant les réclamations de ses nationaux dans certaines circonstances (Art. 23).

Dans son projet révisé de 1961, présenté à la Commission du droit international¹, sur *La responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens étrangers*, F. V. Garcia Amador traite des « droits des étrangers » (Art. 1), des éléments constitutifs de la responsabilité de l'Etat en ce qui concerne les résidents étrangers (Art. 2-16), des causes d'exonération de la responsabilité et des circonstances atténuantes (Art. 17), de la recevabilité, la présentation et la nationalité des réclamations (Art. 18-25) et de la réparation (Art. 26, 27). La seule référence faite à la protection diplomatique se trouve dans l'Article 19 sur la « renonciation à la protection diplomatique » par un accord international ou par le jeu de la clause Calvo. Ce projet n'a pas été discuté par la Commission du droit international.

Il ne se dégage de cette analyse aucun critère clairement défini qui viendrait nécessairement établir une distinction entre l'étude de la protection diplomatique des individus en droit international et l'étude de la responsabilité internationale d'un Etat à raison de la violation de ses obligations à l'égard des résidents étrangers. Les documents que nous avons examinés suggèrent au plus qu'une distinction pourrait être établie en ce domaine entre deux aspects du droit international

¹ Doc. des Nations Unies, A/CN.4/134/Add. 1, 11 décembre 1961. Additif au sixième Rapport sur la responsabilité internationale.

relatif à la responsabilité de l'Etat: d'une part les règles établissant les actes ou omissions qui constituent des violations du droit international et qui peuvent engager la responsabilité internationale de l'Etat; et, d'autre part, les règles se rapportant à des questions telles que l'épuisement des recours internes et la nationalité des réclamations, qui peuvent conditionner la recevabilité d'une réclamation internationale. Il est quelque peu artificiel de caractériser la distinction comme étant entre le fond du droit et la procédure, car les règles relatives à la recevabilité de la demande, en dépit de leurs aspects procéduraux, appartiennent au fond du droit aussi bien que les règles concernant la validité des réclamations. Il se peut néanmoins que, pour des raisons de commodité, il vaille mieux étudier en premier lieu le droit relatif à la présentation et à la recevabilité des réclamations internationales.

La Commission pourrait considérer, en admettant que le sujet assigné à la Première Commission, bien que formulé en termes de protection diplomatique, traite en fait d'un aspect de la responsabilité de l'Etat ou d'un aspect du droit relatif aux réclamations internationales, qu'il serait opportun d'aborder en premier lieu des questions qui pourraient être examinées indifféremment sous l'une ou l'autre de ces trois rubriques. Une telle vue des choses conduirait tout au moins à renvoyer à plus tard l'analyse détaillée des bases juridiques de la responsabilité de l'Etat en droit international, pour concentrer notre étude sur des sujets tels que la nationalité des réclamations, l'épuisement des recours internes, et autres questions qui peuvent limiter ou conditionner la recevabilité d'une réclamation internationale.

Pour des raisons de commodité, le présent rapport traitera de *La nationalité des réclamations*.

DEUXIÈME PARTIE

LA NATIONALITÉ DES RÉCLAMATIONS

C'est dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* et dans l'*Affaire Nottebohm* que l'importance fondamentale que la Cour permanente de Justice internationale, tout comme la Cour internationale de Justice, attachent au lien de nationalité entre l'Etat requérant et l'individu en faveur duquel cet Etat fait valoir une réclamation, trouve son expression la plus claire. Dans la première affaire, la Cour permanente se réfère à « la règle de droit international » en vertu de laquelle le droit d'un Etat d'exercer la protection et de faire valoir une réclamation internationale en faveur d'un individu « ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat » un tel droit: « Lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique que puisse accorder l'Etat et ne saurait donner ouverture à une réclamation que l'Etat soit en droit d'endosser ¹. » Lorsque, dans l'*Affaire Nottebohm*, le

¹ C.P.J.I., Sér. A/B, n° 76, p. 16 (1939). Il est vrai que la Cour internationale de Justice, discutant, dans son Avis consultatif du 11 avril 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (C.I.J., Recueil, 1949, p. 181) la « règle traditionnelle selon laquelle la protection diplomatique est exercée par l'Etat national » fit observer par voie de *dictum* que « même dans les rapports entre Etats, cette règle comporte d'importantes exceptions, car il existe des cas dans lesquels la protection peut être exercée par un Etat au profit de personnes qui n'ont pas sa nationalité ». La question de savoir si, dans ce *dictum* non étayé, la Cour faisait allusion aux exceptions basées sur un accord spécial ou à celles où l'on a considéré qu'un Etat était en droit de faire valoir des réclamations en faveur de personnes protégées autres que ses nationaux, n'est pas claire.

Guatemala invoqua la règle du « lien de nationalité » de l'*Affaire Panevezys*, la Cour internationale de Justice nota que « Le Guatemala se réfère à un principe bien établi du droit international, »¹ et elle souligna, dans la suite de son arrêt, que « C'est le droit international qui détermine si un Etat a qualité pour exercer la protection et saisir la Cour. »²

Ce ne sont pas les deux Cours qui inventèrent les règles fondamentales du droit international sur la nationalité des réclamations, telles qu'elles sont énoncées ci-dessus. Ces règles étaient en effet déjà solidement ancrées dans la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux, au moins un siècle avant que la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice aient eu l'occasion de les appliquer³.

Il sera utile, en étudiant la règle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant, de prendre en considération la nationalité de la réclamation à différentes époques, que l'on pourrait classer de la manière suivante:

- 1) nationalité à la date de la présentation;
- 2) nationalité à la date du dommage;
- 3) continuité de la nationalité entre la date du dommage et, tout au moins, la date de la présentation.

Il faut noter que cette manière de formuler chacune de ces époques couvre un certain nombre d'ambiguïtés, qu'il conviendra de tirer au clair.

D'où la réclamation tire-t-elle son caractère national? Le simple fait qu'un Etat présente une réclamation en faveur d'un

¹ C.I.J., *Recueil*, 1955, p. 13.

² *Ibid.*, p. 21.

³ Cf., Rapport du professeur Borchard, *Annuaire, Session de Cambridge*, pp. 277 ss. (1931); Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, *Passim*.

individu ne confère pas nécessairement à cette réclamation la « nationalité » requise par le droit international comme condition de sa recevabilité. Les passages des arrêts de la Cour, cités ci-dessus, expliquent très clairement que la recevabilité d'une réclamation présentée par un Etat en faveur d'un individu dépend, en l'absence d'un accord contraire, du rapport de nationalité existant entre l'Etat requérant et l'individu. Dire, par conséquent, qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à une certaine époque, c'est dire que cette réclamation doit être présentée en faveur d'un individu qui possédait la nationalité de cet Etat à cette époque.

I. Nationalité à la date de la présentation

A. Sens de l'expression « Date de la présentation »

Les traités qui ont établi la compétence des tribunaux internationaux en vue de statuer sur les réclamations qui leur étaient soumises n'ont pas été uniformes, et ils n'ont, en fait, que rarement comporté des dispositions relatives à la « date de la présentation », aux fins de déterminer le caractère national des réclamations, alors même qu'ils contenaient des restrictions *ratione temporis* ayant trait à la période au cours de laquelle ces réclamations devaient avoir pris naissance. Il en résulte que la jurisprudence de ces tribunaux a varié au sujet de la date de la présentation, considérée sous cet angle, bien qu'un examen attentif révèle une variation moindre qu'on ne le suppose habituellement. Borchard, dans son rapport de 1931 à la Session de Cambridge de l'Institut¹, énumère sept dates possibles de « présentation », mais quelques-unes d'entre elles sont peu réalistes et ne trouvent aucun appui dans la jurisprudence internationale.

¹ *Loc. cit.*, I, p. 284.

Il n'existe par exemple pas, à notre connaissance, de décision d'un tribunal international statuant que la date à laquelle un réclamant présente sa réclamation à son gouvernement, ou celle à laquelle son gouvernement endosse sa réclamation, est la « date de la présentation » requise pour établir la nationalité de la réclamation ¹. Le Traité entre les Etats-Unis et le Mexique, signé le 2 février 1848, instituait une commission nationale (Etats-Unis) compétente pour recevoir certaines réclamations de ressortissants américains contre le Gouvernement du Mexique, réclamations « which may have arisen previously to the date of signature of this treaty » (Art. XIV) ², mais il importe de noter que de telles dispositions se rencontrent plus souvent dans les traités qui entrent en vigueur à la date de leur signature. Bien que différentes *claims circulars* publiées par le Département d'Etat américain aient déclaré qu'une réclamation devait conserver son caractère national jusqu'à la date du « settlement », il y a peu d'indices pour dire que cela signifie quelque chose de plus que la date de la décision. Rares ont été les décisions des tribunaux internationaux qui ont soutenu que c'est la date de la signature ou de l'entrée en vigueur d'un traité, ou la date du jugement de la réclamation, qui constitue la date de la présentation, aux fins d'établir la nationalité de la réclamation.

¹ Bien que le Commissionnaire américain de la Commission mixte de réclamations germano-américaine de 1922 affirmât que la date de l'« endossement » (« espousal ») de la réclamation par les Etats-Unis était la date critique aux fins de déterminer le caractère continu de la nationalité de la réclamation, le surarbitre en décida autrement. Voir *Administrative Decision No. V, Reports of International Arbitral Awards*, VII, pp. 126 ss., pp. 150 ss., et ci-dessous, pp. 52 ss.

² Malloy, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States and Other Powers, 1776-1909*, I, p. 1114. Cités ci-après sous Malloy. Voir l'affaire *Sandoval*, jugée en vertu de cette disposition, ci-dessous, p. 27 et note p. 81.

Les Etats-Unis, dans leur Réponse au Comité préparatoire de la Société des Nations pour la Conférence de codification de La Haye en 1930¹, firent observer:

Whether the claim must retain its national character until it is brought before the arbitral tribunal or until judgment is given by the tribunal are questions not uniformly to be decided the same way. Arbitral tribunals have been guided in such cases largely by the terms of the arbitral agreement of the treaty creating the tribunal².

Comme on l'a noté plus haut, il est rare que des accords d'arbitrage aient été explicites sur ce point, et l'on n'a pas trouvé de compromis qui stipule, *in expressis verbis*, qu'une réclamation doit conserver la nationalité de l'Etat requérant jusqu'à la date de la sentence, de la décision ou du règlement (decision or settlement). Si une telle règle a pu exister, c'est uniquement par le détour d'une construction purement judiciaire.

Les seules affaires citées par les Etats-Unis à l'appui de leur affirmation sont la décision d'une commission nationale de réclamations qui rejeta une réclamation en raison du fait que la compétence de la Commission était limitée *ratione temporis* aux réclamations possédant la nationalité de l'Etat requérant avant la date de la signature du Traité du 2 février 1848 avec le Mexique (*Sandoval and Saracina claim*, Moore, *International Arbitrations*, III, 2323); la peu habituelle *Administrative Decision No. V* du Juge Parker, où ce dernier soutint que les réclamations américaines contre l'Allemagne avaient appartenu à leurs propriétaires à partir de la date de l'entrée en vigueur du Traité de Berlin³; et une décision de la Cour Suprême des Etats-Unis, *Burthe v. Denis*, 133 U.S. 514 (1890), qui statua à

¹ Voir ci-dessous, p. 102.

² Document de la Société des Nations, 1929. V. 10, p. 24.

³ Voir ci-dessous, p. 52.

tort que la Convention de réclamations (*Claims Convention*) du 15 janvier 1880, entre les Etats-Unis et la France, stipulait expressément que les réclamations devaient posséder la nationalité de l'Etat requérant « both at the date of presentation and of judgment thereon »¹.

L'affaire *Sandoval* et l'*Administrative Decision No. V* ne sont pas pertinentes en ce qui concerne la question de savoir si une réclamation doit normalement conserver la nationalité de l'Etat requérant jusqu'à la date de la décision. Etant donné que l'affaire *Burthe v. Denis* a souvent été citée comme preuve — et quelquefois comme preuve unique — qu'une réclamation doit conserver la nationalité de l'Etat requérant jusqu'à la date de la décision, il convient de faire observer (1) que la question ne s'est pas réellement posée devant la Cour et (2) que la Cour a mal lu les dispositions du Traité de 1880. La *Claims Convention* du 15 janvier 1880, examinée ci-dessous², limitait la compétence de la Commission aux réclamations de « citoyens » (« citizens ») de chacun des deux pays à l'encontre de l'autre pays. Dans l'affaire qui nous intéresse, la réclamation avait été présentée par Denis, l'exécuteur testamentaire d'un ressortissant français décédé qui avait subi un dommage causé par les autorités américaines. L'exécuteur testamentaire joignit dans la réclamation huit héritiers, dont six étaient des ressortissants américains, et deux des ressortissants français (qui présentèrent ultérieurement un mémoire séparé). La sentence rendue par la Commission pour l'exécuteur testamentaire n'attribua que les deux huitièmes du montant réclamé, mais ne donna aucune raison pour justifier ce montant et n'exprima aucune opinion quant à sa distribution. Les deux héritiers de nationalité française actionnèrent l'exécuteur testamentaire en paiement de la totalité

¹ 133 U.S. at 521. C'est le présent rapporteur qui souligne.

² Voir ci-dessous, p. 36.

du montant attribué par la sentence. La question soumise au jugement de la Cour Suprême des Etats-Unis visait la distribution d'une somme attribuée par une sentence déjà rendue et payée à la succession d'un ressortissant français décédé.

La Cour Suprême, jugeant que l'adjudication avait été faite entièrement pour le bénéfice des deux héritiers de nationalité française, fit observer à juste titre que:

the express language of the Treaty here limits the jurisdiction of the Commission to claims by citizens of one country against the government of the other. It matters not by whom the claim may have been presented to the Commission.

La Cour Suprême poursuivit malheureusement dans les termes suivants:

That body [the Franco-American Commission] possessed no authority to consider any claim against the government of either the United States or France, except as held, both at the time of their presentation *and of judgment thereon*, by citizens of the other country.

There is no ambiguity in the language of the Treaty on this subject...¹

En fait, le Traité ne comprenait aucune disposition stipulant que les réclamations de « citizens » devaient rester telles jusqu'à la date du jugement ou de la sentence. Etant donné que Paul et Dominique Burthe possédaient la nationalité française tant à la date de la présentation de la réclamation qu'à la date de la sentence, la question de la continuité de leur nationalité entre ces deux dates ne fut soulevée ni devant la Commission, ni devant la Cour Suprême des Etats-Unis. Il semble que Mr. Justice Field, qui rédigea l'arrêt pour la Cour Suprême, fut induit en erreur par les affirmations des plaignants, qui déclaraient avoir droit à la somme entière attribuée par la sentence, « being the only heirs and legatees who were French citizens at the time the claim was presented and when the award was rendered »

¹ 133 U.S. at 521. C'est le présent rapporteur qui souligne.

— une constatation de fait, mais non une conclusion juridique — et par leur assertion ultérieure que l'exécuteur testamentaire n'avait pas compétence pour représenter devant la Commission « the succession of a person who was not a French citizen at the time the damage was suffered and award rendered »¹.

L'autorité de l'affaire *Burthe v. Denis* est surfaite, et il vaudrait mieux laisser ce cas de côté. Votre rapporteur n'a trouvé qu'une seule affaire, l'affaire *Eschauzier* examinée ci-dessous², d'où il résulte qu'une réclamation est irrecevable si elle perd la nationalité de l'Etat requérant entre la date de sa présentation et celle du jugement définitif.

Bien que les Etats soient libres de fixer, par accord spécial, n'importe quelle autre date, il semble juste d'avancer que, faute d'un tel accord spécial, il convient d'interpréter l'expression « date de la présentation » comme la date de présentation (date of filing) d'une réclamation internationale formelle à un tribunal international ou à un gouvernement étranger. Si la présentation d'une réclamation internationale formelle contre un gouvernement conduit à un règlement diplomatique de cette réclamation, c'est la date de cette présentation (filing) qui constitue la « date de la présentation » (« date of presentation »), distincte des bons offices diplomatiques, des demandes d'enquête ou des négociations diplomatiques qui ont pu, le cas échéant, précéder la présentation formelle de la réclamation. Si la réclamation n'a pas été réglée par la voie diplomatique, et si les parties sont d'accord pour instituer un tribunal de réclamations, ou si d'autres méthodes de règlement judiciaire sont à leur disposition, il conviendrait de considérer que c'est la date de présentation (filing) de la réclamation à un tribunal international qui constitue la « date de la présentation ».

¹ 133 U.S., pp. 519-520.

² Voir ci-dessous, p. 47.

B. Jurisprudence des tribunaux internationaux admettant que les réclamations doivent posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de leur présentation.

On a pris soin, en analysant la jurisprudence des tribunaux internationaux qui ont soutenu qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation, d'indiquer à chaque fois les dispositions des traités qui établissent la compétence du tribunal et qui stipulent le droit que ce tribunal doit appliquer aux affaires qui lui sont soumises. Il est rare, à cet égard, que des traités se soient exprimés de façon aussi explicite que la Convention de réclamations (claims convention) du 26 juin 1866, entre la Grande-Bretagne et le Mexique, qui disposait à son Article 2 « that only such claims shall be admitted for which the Mexican Government is responsible in accordance with generally admitted principles of international law, and which are in origin, continuity and actuality British »¹. Soulignant le caractère exceptionnel d'une telle disposition, I. M. Sinclair a fait observer qu'habituellement:

Such Claims Commissions were limited in their jurisdiction by the terms of the *ad hoc* convention under which they had been constituted, and a strict interpretation of the terms of the convention in question generally resulted in dismissal of the claim unless the claimant was able to prove that he possessed the nationality of the demanding State at the time of the presentation of the claim. Thus, there was no need to insert in the terms of the Convention any clause relating to the necessity for continuous national character; the ordinary rules of treaty interpretation were sufficient to ensure that, to be a British « subject » or United States « citizen » under the Convention, nationality must be proved, not only at the time the injury occurred, but also at the time the claim was presented for adjudication².

Le fait, d'une part que la plupart des traités ne se réfèrent

¹ *British and Foreign State Papers*, Vol. 56, p. 7.

² I. M. Sinclair, *Nationality of Claims: British Practice, 1950 British Yearbook of International Law*, Vol. XXVII, p. 127.

que rarement à la nationalité des réclamations, et d'autre part que les nombreux tribunaux internationaux, diversement constitués, font preuve d'une remarquable uniformité jurisprudentielle sur cette question, indique clairement qu'il existe un ensemble de règles coutumières internationales bien établies en ce domaine.

Les tribunaux internationaux suivants ont, entre autres, appliqué la règle aux affaires qui leur étaient soumises :

1. *Great Britain-United States, Mixed Commission, 1794*
(Commission mixte Grande-Bretagne-Etats-Unis, 1794)

Cette Commission fut instituée au titre de l'Article VI du Traité du 19 novembre 1794 entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne (Malloy, II, p. 1408). L'Article VI disposait que les réclamations devaient être jugées « according to justice and equity » en faveur de « British creditors » (« His Majesty's subjects ») à raison des pertes et dommages résultant de « the operation of various lawful impediments » empêchant le recouvrement de dettes d'avant-guerre « by the ordinary course of judicial proceedings ». La Commission, avant de suspendre ses activités en 1799, rejeta à l'unanimité les réclamations de *Samuel Brailsford*, *Joseph Taylor* et *Samuel Kerr*, parce que, bien qu'ils eussent été originairement des ressortissants (subjects) britanniques, ils avaient acquis la citoyenneté américaine avant la présentation de leurs réclamations. Une ordonnance semblable fut rendue en ce qui concerne la réclamation de *Robert Williams*. (John Bassett Moore, *International Adjudications, Modern Series*, III, pp. 5-7, 53-54.)

2. *Peru-United States, Mixed Claims Commission, 1863*
(Commission mixte de réclamations Pérou-Etats-Unis, 1863)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de réclamations (Claims Convention) du 12 janvier 1863, entre les

Etats-Unis et le Pérou. Le Traité disposait que la Commission devait juger « according to principles of justice and equity, the principles of international law and treaty stipulations » certaines réclamations de « citizens of the United States against the Government of Peru, and of citizens of Peru against the Government of the United States ». La réclamation de *A. G. Benson*, ressortissant des Etats-Unis, fut refusée à l'unanimité par la Commission en raison de son manque de nationalité américaine, parce que Benson avait cédé sa réclamation à un ressortissant péruvien, *J. F. Lasarte*. (*J. B. Moore, International Arbitrations*, III, p. 2390.)¹

3. *Mexico-United States, Mixed Claims Commission, 1868*
(Commission mixte de réclamations Mexique-Etats-Unis, 1868)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de réclamations (Claims Convention) du 4 juillet 1868, prolongée, entre les Etats-Unis et le Mexique. (Malloy, I, pp. 1128 ss.) Le traité disposait que la Commission devait juger « according to public law, justice and equity », certaines réclamations de « citizens of the United States, upon the Government of the Mexican Republic, arising from injuries to their persons or property by authorities of the Mexican Republic », et des réclamations semblables de ressortissants du Mexique contre les Etats-Unis. Thornton, le surarbitre, rejeta les réclamations *Lizardi* (1875), *Young* (1875) et *Maxan* (1875) contre le Mexique,

¹ La même réclamation, présentée par Lasarte, en tant que cessionnaire, contre les Etats-Unis, fut rejetée par la Commission comme n'étant pas une réclamation péruvienne contre les Etats-Unis. *Ibid.*, pp. 2394-2396. La citation de Moore, *International Arbitrations*, appartient aux six volumes de *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been A Party*, etc. (1898).

en raison du fait que le droit (beneficial interest) aux réclamations avait cessé d'appartenir à des citoyens américains. (Moore, *International Arbitrations*, III, pp. 2483, 2485.) Sans s'en rapporter au surarbitre, les Commissionnaires mexicain et américain furent d'accord pour considérer, dans le cas de la réclamation *Melquiades and Josefa Chavez* contre les Etats-Unis, que les réclamants ne pouvaient pas prétendre, devant la Commission, être des ressortissants mexicains, parce qu'ils avaient perdu leur nationalité mexicaine d'origine et acquis la nationalité américaine en omettant d'opter pour garder leur nationalité mexicaine, comme le prévoyait l'Article VIII du Traité de Guadalupe Hidalgo du 2 février 1848, aux termes duquel les Etats-Unis avaient acquis un territoire du Mexique. (*Ibid.*, p. 2509.)

4. *Spain-United States, Commission, 1871*

(Commission Espagne-Etats-Unis, 1871)

Cette Commission fut instituée au titre de l'Accord du 12 février 1871, entre les Etats-Unis et l'Espagne. (Malloy, II, p. 1661.) L'Accord disposait que les réclamations présentées devaient être jugées « according to public law, and the treaties in force between the two countries » et que les « arbitrators shall have jurisdiction of all claims presented to them by the Government of the United States for injuries done to citizens of the United States by the authorities of Spain in Cuba since the first day of October, 1868 » et que « adjudications of the tribunals in Cuba, concerning citizens of the United States, made . . . in violations of international law . . . may be reviewed by the arbitrators . . . » La Commission jugea la réclamation *Mora* irrecevable en raison de la cession de la réclamation à une personne de nationalité allemande préalablement à sa présentation devant la Commission. (Moore, *op. cit.*, III, p. 2397.)

5. *Great Britain-United States, Civil War Claims Commission, 1871*

(Commission de réclamations de la guerre civile Grande-Bretagne-Etats-Unis, 1871)

Cette Commission fut instituée au titre du Traité de Washington du 8 mai 1871, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis. (Malloy, I, pp. 700, 705.) L'Article XII établissait la compétence de la Commission pour le jugement « according to justice and equity » de certaines réclamations de « citizens of the United States, upon the Government of Her Britannic Majesty », et, réciproquement, certaines réclamations de « subjects of Her Britannic Majesty, upon the Government of the United States », nées d'acts committed against the persons or property » de tels « citoyens » ou « sujets » pendant la guerre civile américaine.

Dans l'affaire *Joseph Gribble* (1872), présentée par la Grande-Bretagne contre les Etats-Unis, Gribble, ressortissant britannique, avait déclaré son intention¹ de devenir citoyen des Etats-Unis avant la présentation de sa réclamation et il avait acquis une naturalisation complète « at the time of the submission of his cause ». Le Rapport de l'Agent américain se réfère à l'affaire *Gribble* dans les termes suivants: « His claim was disallowed on the merits; but the undersigned is advised that the commission was unanimous in the opinion that his naturalization had deprived him of standing before the Commission as a British subject. » (Report of Robert S. Hale, *U.S. Foreign Relations*, 1873, Part II, Vol. III, p. 14.)

¹ Note du traducteur: *Declaration of intention*. Le *Dictionnaire juridique anglais-français* de M. Raoul Aglion (Brentano's, New York-Paris, 1946) p. 84 en donne la définition suivante: « Déclaration faite sous serment devant le tribunal par un étranger, affirmant qu'il a l'intention de demander la nationalité américaine lorsqu'il y aura droit. Le juge remet au déclarant les « premiers papiers » (« first papers »). La déclaration d'intention ne modifie ni le statut personnel ni la nationalité du déclarant. »

Dans l'affaire *George Adlam* (1872), contre les Etats-Unis, et dans de nombreuses affaires semblables, la Commission examina la question de savoir si les réclamations de ressortissants britanniques qui avaient déclaré leur intention de devenir citoyens des Etats-Unis et qui avaient élu domicile aux Etats-Unis étaient irrecevables, comme l'affirmaient les Etats-Unis, parce qu'elles ne possédaient pas la nationalité britannique à la date de leur présentation. La Commission, rejetant l'exception (demurrer) des Etats-Unis, statua à l'unanimité « that notwithstanding the claimants having expressed this intention, they still remain British subjects until, the necessary formalities having been completed, they acted upon the intention so expressed » (Moore, *op. cit.*, III, pp. 2552-2553.)

La même Commission, appliquant la règle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant au moment de sa présentation, soutint à plusieurs reprises « that the national character of a married woman is governed by that of her husband in all cases, irrespective of domicile; and that on the death of the husband the national character of the widow acquired by marriage remains unchanged ». (Hale's Report, p. 17.) C'est ainsi que dans l'affaire *Martha Calderwood Executrix* (1873), Mrs. Calderwood, née et toujours domiciliée aux Etats-Unis, mais mariée à un ressortissant britannique, décédé depuis, pouvait faire valoir une réclamation en tant que ressortissante britannique, légataire d'un ressortissant britannique qui possédait une réclamation contre les Etats-Unis. Les réclamations d'*Elizabeth Bowie* (1872) et de *Martha Tooraen* (1873), toutes deux ressortissantes britanniques de par leur naissance, furent déclarées irrecevables parce que ces deux femmes étaient mariées à des citoyens américains à la date de la présentation de leurs réclamations. La réclamation de *Jane Brand* (1873), ne fut pas admise, parce que cette dernière, née en Irlande, était la veuve d'un ressortissant américain tant à la date du préjudice

qu'à celle de la présentation de sa réclamation contre les Etats-Unis. (Moore, *International Arbitrations*, III, pp. 2485-2488.)

6. *France-United States, Mixed Claims Commission, 1880*
(Commission mixte de réclamations France-Etats-Unis, 1880)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de réclamations (Claims Convention) du 15 janvier 1880 entre les Etats-Unis et la France. (Malloy, I, p. 535.) Le Traité disposait que la Commission devait juger « according to public law, justice and equity » certaines réclamations de « citizens » de chacun des deux pays « upon the Government » de l'autre, pour les dommages causés à la personne ou aux biens de ces ressortissants à raison d'« acts committed . . . by the civil or military authorities » de chacun des deux gouvernements.

L'affaire bien connue de Joseph Napoléon Perché, Archevêque de la Nouvelle-Orléans, est décrite de façon détaillée, avec des références au droit international, des citations de la jurisprudence des tribunaux de réclamations, et des extraits des conclusions écrites et des plaidoiries orales des avocats, dans Moore, *International Arbitrations*, III, pp. 2401-2418. Perché, né en France, faisait valoir une réclamation à raison de dommages subis à la Nouvelle-Orléans en 1862. Cette réclamation fut déclarée irrecevable parce qu'il avait acquis la nationalité américaine en 1870. La Commission exprima son « regret that we can not take jurisdiction of a case which seems upon its face to be so equitable », mais une telle affaire n'entraînait pas « within the terms of the treaty », lequel disposait qu'une réclamation devait posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation. Moore, *op. cit.*, III, p. 2418, ajoute :

The rule laid down in the case of Archbishop Perché, on the question of citizenship, was applied by the commission in all similar cases. At the end it appeared that there were thirty-three cases of persons claiming

compensation who were citizens of France when the losses occurred, but who had in the intervening period been naturalized and accepted citizenship in the United States. These claims were all rejected. They amounted in the aggregate to \$282,884.50.¹

Dans l'affaire *Henriette Lévy*, devant la même Commission, la demanderesse, née en Alsace, faisait valoir contre les Etats-Unis, en son nom et en celui de ses six enfants mineurs, une réclamation à raison de la saisie, par des troupes américaines en Louisiane au cours de l'année 1863, de coton appartenant à une maison de commerce composée de son mari, Jacob, ressortissant français, d'un autre ressortissant français, et de deux ressortissants américains. En 1866, Jacob Lévy acheta la part américaine (the american interest) dans la société et partit pour Strasbourg, France, où il mourut le 1^{er} mars 1871. L'avocat des Etats-Unis s'opposa (demurred) à la réclamation en invoquant deux raisons: l'une relative à la part de propriété (interest) achetée aux Américains, parce qu'à la date du préjudice « the claim is not one arising out of acts committed against the person or property of citizens of France »; et l'autre relative à la réclamation dans sa totalité, parce qu'en vertu de l'Article II du Traité de Francfort du 10 mai 1871, aux termes duquel la France céda l'Alsace à l'Allemagne, la demanderesse et ses enfants, en omettant d'opter pour conserver la nationalité française, étaient devenus des ressortissants allemands. C'est la raison pour laquelle la réclamation n'était pas française à la date de sa présentation. L'avocat particulier (special counsel) de M^{me} Lévy chercha à établir une distinction entre son affaire et l'affaire *Perché*, qu'il présenta comme un cas de naturalisation volontaire; faisant valoir que, dans l'affaire qu'il défendait, toute perte de nationalité était le résultat involontaire de

¹ Boutwell's Report, p. 65. Le Boutwell's Report se trouve dans H. Ex. Doc. 235, 48th Congress, 2nd Session, 1884-1885.

l'annexion, il soutint que la réclamation restait acquise à Jacob Lévy et à ses héritiers.

La Commission admit les deux parties de l'exception (demurrer) soulevée par l'avocat des Etats-Unis et rejeta la réclamation, en faisant notamment observer:

... it is beyond doubt that the claimant and her children, being native of Alsace, and having always resided there, and not having made choice of the French nationality during the interim granted by the treaty of May the 10th, 1871 (which applied to persons of full age as well as to minors), are included in the collective naturalization... sanctioned by that treaty. And as German subjects... they cannot in any manner have recourse to a commission created solely for the settlement of certain claims of French or American citizens.

The French nationality of Jacob Levy, whose rights the claimant and her children have inherited, cannot be included in this inheritance. Possessed by him alone, it does not satisfy the requirements of the convention, which demands French nationality in those who actually present themselves before the commission. (Moore, *op. cit.*, III, pp. 2514-2518.)

Dans l'affaire *Elise Lebret*, devant la même Commission, la demanderesse, née en France, avait épousé un ressortissant français qui se naturalisa américain en 1846, les deux époux perdant par là même la nationalité française en acquérant la nationalité américaine. Les deux époux étaient par conséquent des citoyens américains à la date du dommage au sujet duquel ils portaient plainte contre les autorités américaines au cours de la guerre civile. Alors qu'elle était encore mariée, Elise Lebret avait déclaré, devant le Consul de France à la Nouvelle-Orléans, qu'elle avait l'intention de garder sa nationalité française. Son mari mourut en 1879. Les avocats des Etats-Unis et de la France furent d'accord, devant la Commission, qu'Elise Lebret avait acquis la nationalité américaine de par son mariage, mais divergèrent quant à la question de savoir si elle avait réacquis la nationalité française. La Commission déclara à l'unanimité sa réclamation irrecevable. (Moore, *International Arbitrations*, III,

pp. 2488-2506.) L'affaire peut aujourd'hui présenter un intérêt principalement en raison de l'opinion individuelle de M. de Geofroy, Commissionnaire français, dans laquelle il expliqua les raisons pour lesquelles il considérait que la réclamation n'était pas recevable. Rejetant l'argumentation détaillée du Commissionnaire américain (*ibid.*, pp. 2497-2506), selon laquelle les principes du droit international commandaient le rejet de la réclamation, M. de Geofroy déclarait notamment :

Dans l'affaire qui nous est soumise, le point de droit me semble impossible à établir . . . quant à la loi française qui seule serait décisive, elle ne se prononce pas; par suite de l'insuffisance des législations particulières, il n'y a pas de règle internationale. C'est pourquoi, laissant de côté la discussion théorique et le point de vue légal controversé, je ne crois pas qu'on puisse juger autrement qu'en « équité », et uniquement d'après les circonstances de fait. Or il me paraît infiniment probable que la femme Lebreton en épousant son mari, a connu son intention de se faire naturaliser américain; dans tous les cas, elle a bénéficié durant de longues années de cette naturalisation; les intérêts pour lesquels elle réclame aujourd'hui en sont le fruit; tout en invoquant la protection de la France pour ces intérêts foncièrement américains, elle n'a manifesté aucune disposition à se rattacher de manière effective à la mère patrie que depuis 40 ans elle n'a servie en aucune manière, ni en lui fournissant des citoyens, au cas où elle a eu des enfants, ni en contribuant à ses impôts. Je ne la déclare pas dénationalisée, je n'en aurais d'ailleurs pas le droit, mais je ne considère pas la France comme tenue de protéger indéfiniment une nationalité aussi platonique, si je puis m'exprimer de la sorte, ni d'engager son action en faveur de tels ressortissants et de tels intérêts. (*Ibid.*, pp. 2496-2497.)

Dans l'affaire *Oscar Chopin*, le réclamant mourut postérieurement à la présentation de son mémoire, et la Commission rendit une décision en faveur de ses enfants, sur la base d'une réclamation contre les Etats-Unis qui était française à l'origine. Boutwell, l'Agent américain, fit observer qu'après que l'avocat de la France eut retiré une partie de la réclamation qui ne possédait manifestement pas la nationalité française (car la bénéficiaire avait épousé un ressortissant américain):

An award was made by the united action of the commission in the sum of \$ 2111. There was, however, no order as to the distribution of the sum so awarded, nor any indication of opinion on the part of the commission as to the citizenship of the children of Oscar Chopin. It may, however, be assumed fairly that the commission were of the opinion that the children of Jean Baptiste Chopin, although born in this country, were citizens of France, and that inasmuch as the death of Oscar Chopin occurred after the ratification of the treaty and after the presentation of the memorial, his right to reclamation had become so vested that it descended to his children independently of the question of their citizenship in France. (Moore, *op. cit.*, III, p. 2506; Boutwell's Report, p. 83.)

Pour Borchard, cette affaire se caractérise par le fait qu'il y est soutenu que « the death of a claimant after the presentation of his claim, it having satisfied the requirements of citizenship at origin and at the time of presentation, has been held not to bar the claim but to vest his interest in his legal representatives ». (Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, p. 665 (1915).) Du fait de son imprécision, cette affaire ne semble pas avoir de grande valeur comme précédent.

Le jugement rendu par la même Commission dans l'affaire *Wiltz* (1882) est, en revanche, assez précis. La Commission rejeta une réclamation contre les Etats-Unis, à raison d'un préjudice causé à un ressortissant français, parce que la nationalité française des « real and beneficial claimants » n'avait pas été établie à la date de la présentation de la réclamation. En déclarant cette réclamation irrecevable, la Commission rejeta la thèse de l'avocat de la France, qui avançait que la réclamation appartenait (had vested in) au Gouvernement français en tant que réclamation française dès la date du préjudice, et que la nationalité des bénéficiaires n'était pas pertinente. (Moore, *op. cit.*, III, pp. 2243-2254.)

La réclamation de *Joseph Camy* (1882), ressortissant français, fut rejetée par la même Commission, parce qu'il avait vendu et cédé sa réclamation contre les Etats-Unis à des ressortissants

américains, préalablement à la présentation de cette réclamation à la Commission (*Ibid.*, p. 2398).

7. *Great Britain-Venezuela, Mixed Claims Convention, 1903*
(Commission mixte de réclamations Grande-Bretagne-Venezuela, 1903)

Cette Commission fut instituée au titre du Protocole du 13 février 1903, entre la Grande-Bretagne et le Venezuela. (*Recueil des sentences arbitrales*, IX, p. 351.)

Aux termes de ce compromis, le Venezuela, contrairement à ce qui avait lieu dans les traités ci-dessus énumérés, admit sa responsabilité dans les affaires où la réclamation concernait un préjudice causé aux biens de « British subjects »¹. En vertu du Protocole supplémentaire du 7 mai 1903, certaines réclamations de « British subjects » devaient être jugées « upon a basis of absolute equity, without regard to objections of a technical nature, or of the provisions of local legislation ». Vu l'absence de toute référence au droit international dans ces protocoles, et vu la sévérité de leurs dispositions, il convient de noter que les plaidoiries des avocats, tout comme les opinions des Commissionnaires et du surarbitre, fourmillent de références au droit international et à la jurisprudence des tribunaux internationaux.

Dans la fameuse affaire *Stevenson* (*ibid.*, pp. 494-510), la Grande-Bretagne fit valoir une réclamation contre le Venezuela en faveur de la succession de J. P. K. Stevenson, ressortissant britannique, à raison de dommages causés aux biens de ce dernier, alors qu'il était encore en vie. Des treize bénéficiaires, deux enfants seulement étaient des ressortissants britanniques, alors que sa veuve et ses dix autres enfants étaient de nationalité vénézuélienne. L'Agent britannique affirma notamment :

¹ Le Venezuela admit sa responsabilité dans des accords du même type conclus avec la France, l'Allemagne et l'Italie.

The principle upon which the British Government asks compensation is that underlying the diplomatic presentation of all claims of foreign subjects by their governments. Compensation in such cases is demanded and granted in respect of an international wrong, committed to the property of the subject of the demanding State by the State in which the demand is made. The injury done to the subject is an injury to the State and remains unatoned until the claim is satisfied. It is on this theory that the diplomatic support of claims is recognized in international law . . .

The claim, then, being a claim on behalf of a British subject in its inception, has not been satisfied. The injury done to the State therefore remains and is not affected by the death of the person injured and the vesting of the estate in another . . . the nationality of Mrs. Stevenson and of her children is irrelevant. (*Ibid.*, p. 495.)

En développant jusqu'à ses extrêmes limites la théorie, acceptée, en vertu de laquelle l'Etat serait personnellement lésé en cas de dommage causé à l'un de ses nationaux, l'Agent britannique affirmait qu'un Etat pouvait faire valoir une réclamation internationale en faveur de personnes qui n'étaient pas ses ressortissants à la date de la présentation de la réclamation.

Rejetant cette thèse, le surarbitre Plumley, à l'aide de citations, soigneusement choisies, du droit international et de la jurisprudence des tribunaux internationaux, soutint qu'en vertu du compromis, la Commission n'était pas compétente pour juger les réclamations non encore réparées (unatoned) du Gouvernement britannique lui-même, mais seulement les réclamations présentées en faveur de ressortissants britanniques (*ibid.*, pp. 506-507); si, de son vivant, Mr. Stevenson avait changé de nationalité ou cédé sa réclamation, la Grande-Bretagne aurait perdu son droit à faire valoir la réclamation; le compromis, tout comme la jurisprudence constante des tribunaux internationaux, ont exigé que le droit (beneficial interest) à la réclamation internationale soit national aussi bien à l'origine qu'à la date du protocole (*ibid.*, pp. 502, 506), ou à la date de la présentation de la réclamation (*ibid.*, p. 510). Vu que le surarbitre conclut que Stevenson avait « suffered recoverable

injuries at the hands of the Venezuelan Government », il adjugea 2/13^{mes} du montant aux deux réclamants de nationalité britannique, tandis qu'il rejeta les réclamations des ressortissants vénézuéliens.

8. *France-Venezuela, Mixed Claims Commission, 1902*

(Commission mixte de réclamations France-Venezuela, 1902)

Cette Commission fut instituée au titre du Protocole du 19 février 1902, entre la France et le Venezuela. Le Protocole disposait que la Commission mixte devait examiner « les demandes d'indemnités présentées par des Français pour des dommages subis au Venezuela du fait des événements insurrectionnels de 1892 ». Le surarbitre pouvait juger les affaires qui lui étaient soumises par les Commissionnaires nationaux, mais le droit applicable n'était pas stipulé. (*Recueil des Sentences arbitrales*, X, p. 11.)

Dans l'affaire *Massiani*, présentée devant la même Commission, le surarbitre Plumley fit remarquer que cette réclamation était en tous points semblable (« on all fours ») à la réclamation *Stevenson*, qu'il avait jugée devant la Commission mixte de réclamations britannico-vénézuélienne. Il estima que l'opinion qu'il avait alors exprimée était « only confirmed and established by his subsequent study », et il rejeta la réclamation présentée contre le Venezuela par la veuve et les enfants de Thomas Massiani, ressortissant français, parce qu'ils étaient de nationalité vénézuélienne. (*Recueil des sentences arbitrales*, X, 159-184, à la p. 183.) Voir également une affirmation semblable du surarbitre dans l'affaire *Maninat* (*Ibid.*, pp. 55, 76 ss.). Dans ces deux affaires, ainsi que dans les affaires *Brignone*, *Miliani*, *Giacopini* et *Poggioli*, ci-dessous, les commissions, confrontées avec des cas de double nationalité, statuèrent que la loi du domicile était le critère décisif dans les questions relatives à la nationalité des réclamations.

9. *Italy-Venezuela, Mixed Claims Commission, 1903*

(Commission mixte de réclamations Italie-Venezuela, 1903)

Cette Commission fut instituée au titre des Protocoles des 13 février et 7 mai 1903, entre l'Italie et le Venezuela, en vue de juger certaines réclamations présentées en faveur de « ressortissants italiens ». (*Ibid.*, p. 479.) Les dispositions de ces Protocoles étaient presque identiques à celles des Protocoles correspondants conclus entre le Venezuela et la Grande-Bretagne¹. Dans les affaires *Brignone* (*ibid.*, p. 542), *Miliani* (*ibid.*, p. 584), *Giacopini* (*ibid.*, p. 594), et *Poggioli* (*ibid.*, pp. 669, 687) devant cette Commission, le surarbitre Ralston rejeta les réclamations présentées contre le Venezuela par des bénéficiaires vénézuéliens de ressortissants italiens lésés, parce qu'elles ne possédaient pas la nationalité italienne à la date de leur présentation. Dans l'affaire *Miliani*, le Juge Ralston fit notamment observer:

The umpire has not discussed the suggestion that the claim, largely at least, was Italian in origin and should be considered, even if not now Italian, because involving an infraction of international duty on the part of Venezuela toward Italy which would survive even change of citizenship on the part of the individual claimant. It is sufficient to observe that all the considerations for or against a claim which appeal to the diplomatic branch of a government have not necessarily a place before an international commission . . . While it remains true that an offense to a citizen is an offense to the nation, nevertheless the claimant before an international tribunal is ordinarily the nation on behalf of its citizen. Rarely ever the nation can be said to have a right which survives when its citizen no longer belongs to it. (*Ibid.*, p. 591).

10. *Mexico-United States, General Claims Commission, 1923*

(Commission générale de réclamations Mexique-Etats-Unis, 1923)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention Générale de réclamations du 8 septembre 1923, entre le Mexique

¹ Voir ci-dessus, p. 41.

et les Etats-Unis. La Commission devait juger « in accordance with the principles of international law, justice and equity » certaines réclamations « against Mexico of citizens of the United States » et « against the United States of America by citizens of Mexico » à raison de « losses or damages suffered by persons by their properties » et certaines « claims for losses or damages originating from acts of officials or others acting for either Government and resulting in injustice, and which claims may have been presented to either Government for its interposition with the other ». A la différence des commissions subséquentes, établies en vertu d'accords conclus entre le Mexique et les Etats-Unis, la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Italie et l'Espagne, pour recevoir les réclamations nées des dommages causés par la révolution — accords au titre desquels la question de la responsabilité du Mexique en vertu du droit international était spécifiquement réservée — la Commission Générale de réclamations américano-mexicaine fut autorisée à appliquer le droit international, et les réclamations « arising from acts incident to the recent revolutions » étaient expressément exclues de sa compétence. (*Recueil des Sentences arbitrales*, IV, p. 11.)

Dans l'affaire *Hatton*, contre le Mexique, cette Commission, faisant observer que « convincing proof of nationality is requisite not only from the standpoint of international law, but as a jurisdictional requirement », ajouta :

Nations of course do not make a practice of pressing diplomatic reclamations of persons other than their own nationals . . . The Commission does not minimize the importance of this subject. It realizes, of course, that the nationality of claimants is the justification in international law for the intervention of a government of one country to protect persons and property in another country, and, further, by the jurisdictional articles of the Convention of September, 8, 1923 . . . each Government is restricted to the presentation of claims in behalf of its own nationals. (*Ibid.*, pp. 330-331.)

Estimant que le Mexique n'était pas parvenu à réfuter la preuve de la nationalité américaine de Hatton, la Commission rendit une sentence sur le fond en faveur des Etats-Unis. (*Ibid.*, pp. 329-333.)

Dans l'affaire *William A. Parker* (1926), contre le Mexique, la même Commission, réservant sa décision quant au fond, soutint que le fait qu'un gouvernement endossait et faisait valoir une réclamation ne créait pas une présomption que le réclamant possédait la nationalité de l'Etat qui avait endossé sa réclamation: aux yeux de la Commission, l'affirmation avancée par les Etats-Unis que puisque « *that Government is the sole claimant before this Commission* », les Etats-Unis n'avaient pas à apporter à la Commission la preuve de la nationalité qui les avait conduits à endosser la réclamation, illustrait « *the extreme lengths to which the theory of the national character of the claim may be carried and is rejected.* » La Commission estima que « *the private nature of the claim inheres in it and is not lost or destroyed so as to make it the property of the nation, although it becomes a national claim in the sense that it is subject to the absolute control of the nation espousing it.* » (*Ibid.*, pp. 35-41, aux pp. 37-38.)

11. *Mexico-Great Britain, Claims Commission, 1926*

(Commission de réclamations Mexique-Grande-Bretagne, 1926)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention du 19 novembre 1926, prolongée. Elle devait juger « *in accordance with the principles of justice and equity* » certaines réclamations issues de la révolution, présentées en faveur de « *British subjects or persons under British protection* » à l'égard desquels le Mexique avait exprimé le désir « *ex gratia fully to compensate the injured parties, and not that her responsibility should be established in conformity with the general principles of Inter-*

national Law. » (*Ibid.*, V, p. 8.) Bien qu'il n'entrât pas dans la compétence de la Commission de déterminer la responsabilité internationale du Mexique sur la base des obligations qui lui incombaient en vertu du droit international, les décisions qu'elle rendit au sujet de la nationalité des réclamations ont néanmoins une valeur jurisprudentielle au même titre que les précédents des tribunaux internationaux.

Dans l'affaire *Gleadell* (1929) contre le Mexique, la Commission rejeta une réclamation qui « although British in origin, has not retained that character until the time of its presentation ». Bien que l'exécuteur testamentaire de la succession du ressortissant britannique lésé fût lui-même de nationalité britannique et possédât un intérêt viager (life interest) dans la succession, le bénéficiaire de cette dernière était en dernier lieu un ressortissant américain. C'est la raison pour laquelle la Commission — le Commissionnaire britannique exprimant une opinion dissidente — statua que le droit de réclamer l'argent n'appartenait pas à un ressortissant britannique. (*Ibid.*, pp. 44-51.)

Dans l'affaire *Flack* (1929) contre le Mexique, la même Commission, soutenant que « the permanent British nationality of the claim has not been established », appliqua le même principe que dans l'affaire *Gleadell*

namely, that a claim must be founded upon an injury or wrong to a citizen of the claimant Government, and that the title to that claim must have remained continuously in the hands of citizens of such Government until the time of its presentation for filing before the Commission. In the same judgment, the Commission laid down the rule that where the claim is preferred on behalf of an Estate, the nationality of the Executor is of less importance than the nationality of the heirs. (*Ibid.*, pp. 61-74, à la p. 62.)

La Commission modifia son point de vue dans l'affaire *Eschauzier* (1931), contre le Mexique, en soutenant que, bien qu'aux fins du jugement la règle générale qu'une réclamation

doit posséder la nationalité de l'Etat requérant de la date du dommage à la date de sa présentation soit suffisante, néanmoins « when it is certain and known to the tribunal, that a change of nationality has taken place prior to the date of the award », bien qu'après la présentation de la réclamation, cette dernière doit être rejetée ¹. (*Ibid.*, pp. 207-212.)

C. *Quelques observations concernant la jurisprudence*

Si la pratique des Etats, telle qu'elle se dégage de la jurisprudence des tribunaux internationaux de réclamations, a parfois été déconsidérée en raison de son caractère prétendument contradictoire et opportuniste, il convient en revanche de noter la remarquable stabilité des décisions en ce qui concerne la règle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation.

1. Beaucoup plus de cent traités ou accords spéciaux énumérés dans l'utile ouvrage de Stuyt *Survey of International Arbitrations, 1794-1938* ², ayant institué des commissions mixtes de réclamations ou des tribunaux arbitraux, limitent la présentation des réclamations à celles présentées en faveur de « citizens » ou de « subjects » de l'Etat requérant. Les traités ci-dessus mentionnés offrent un exemple significatif de cette pratique uniforme des Etats; et il convient d'ajouter que l'on n'a trouvé aucune preuve de l'existence d'une règle contraire dans une quelconque convention générale de réclamations.

¹ Feller dit que la Commission franco-américaine, établie au titre de la Convention Supplémentaire du 2 août 1930, prit une position semblable dans une décision non publiée. A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1933, A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, p. 97 (1935).

² A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations, 1794-1938*, La Haye: Nijhoff, 1939.

2. Toutes les commissions mixtes ou tribunaux arbitraux institués par les traités ci-dessus énumérés étaient composés d'au moins un arbitre de la nationalité de chacune des parties au traité, et d'un troisième arbitre, ou surarbitre.

3. La plupart des traités stipulaient le droit applicable aux fins de déterminer la validité des réclamations quant au fond. Et même les tribunaux institués au titre de traités disposant que les décisions devaient être rendues sur la base de la justice et de l'équité, sans se référer au droit international, ont cherché à fonder leurs décisions sur les principes du droit international et la jurisprudence des tribunaux internationaux de réclamations.

4. A titre exceptionnel — comme ce fut le cas dans certaines Commissions vénézuéliennes de réclamations de 1903 et certaines Commissions mexicaines révolutionnaires de réclamations (Mexican Revolutionary Claims Commissions) des années 1920 — on peut considérer que ce fut le *compromis* qui établit le fondement juridique de la violation, en stipulant que certains actes, qui ne constituaient pas nécessairement une violation du droit international, devaient être considérés comme la base d'une compensation éventuelle. Il faut souligner, cependant, que même les commissions qui n'avaient pas compétence pour statuer, en se basant sur le droit international, sur la validité des réclamations, ont appliqué les principes du droit international et cité la jurisprudence des tribunaux internationaux ayant trait à la recevabilité des réclamations et, plus spécifiquement, à leur nationalité. (Voir, par exemple, les affaires *Stevenson*, *Maninat*, *Massiani*, *Brignone*, *Miliani*, *Poggioli*, *Gleadell* et *Eschauzier*, citées ci-dessus.)

5. Les différents tribunaux et commissions énumérés ci-dessus, appliquant la règle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation,

déclarèrent les réclamations irrecevables lorsque, à la date de leur présentation:

(1) les réclamants avaient perdu la nationalité de l'Etat requérant, soit par acquisition volontaire d'une nouvelle nationalité (par exemple, les affaires *Brailsford*, *Taylor*, *Kerr*, *Williams*, *Gribble*, *Perché*, et beaucoup d'autres), soit par naturalisation involontaire résultant de transferts de territoire (par exemple, les affaires *Chavez* et *Levy*)¹, soit par mariage (par exemple, les affaires *Bowie*, *Tooraen*, *Brand*);

(2) le droit (*beneficial interest*) à la réclamation s'avérait appartenir à des personnes qui ne possédaient pas la nationalité de l'Etat requérant (par exemple, dans les affaires *Lizardi*, *Maxan*, *Young*, *Wiltz*, *Stevenson*, *Gleadell*, *Flack* (absence de preuve de la nationalité du réclamant)), ou à des personnes possédant à la fois la nationalité de l'Etat requis et celle de l'Etat requérant (par exemple, les affaires *Massiani*, *Maninat*, *Brignone*, *Miliani*, *Giacopini*, *Poggioli*)²;

¹ En revanche, dans l'affaire *Pablo Najera* (1928), devant la Commission franco-mexicaine de réclamations, le Président, J. H. W. Verzijl, estimant que Najera possédait le statut de *protégé* français et que la réclamation présentée par la France contre le Mexique était recevable, fit notamment observer:

« Dans le cas de changements collectifs de nationalité en vertu d'un titre de succession d'Etats, la situation juridique doit être appréciée d'une manière beaucoup moins rigide que ne le fait généralement la pratique arbitrale dans les hypothèses normales de changement individuel de nationalité par le fait volontaire de l'intéressé. » (*Recueil des sentences arbitrales*, V, pp. 466, 488.)

² Des réclamations furent admises à titre exceptionnel, lorsque des bénéficiaires s'avérèrent posséder à la fois la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis, dans les affaires *Chopin* (ci-dessus), *Willett* (Moore, *International Arbitrations*, III, p. 2254), et *Daniel* (R.I.A.A., X, p. 22), bien que, dans ces affaires, les faits n'aient pas été clairement établis et qu'il semble que les réclamations aient été admises parce qu'elles possédaient à

(3) la réclamation avait été cédée à une personne ne possédant pas la nationalité de l'Etat requérant (par exemple, les affaires *Benson, Mora, Camy*).

6. La règle habituelle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation souffre une exception; les Etats parties à une convention de réclamations (claims convention) peuvent, lorsqu'ils établissent le tribunal et délimitent sa compétence, lui conférer à titre exceptionnel le droit d'admettre des réclamations qui seraient irrecevables aux termes de la règle habituelle¹. Dans l'affaire *Alsop* (1911), les Etats-Unis firent valoir une réclamation contre le Chili en faveur des « representatives of the former partners of the firm of Alsop and Co., now in liquidation, all of whom are alleged to be citizens of the United States », aux termes des dispositions d'un protocole spécial conclu le 1^{er} décembre 1909 entre le Chili et les Etats-Unis, en vertu duquel les parties convinrent de renvoyer « the Alsop claim » (ainsi nommée) à un *amiable compositeur*, autorisé à déterminer « what amount, if any, is ... equitably due said claimants ». La réclamation *Alsop* avait été précédemment rejetée par la Commission instituée entre le Chili et les Etats-Unis au titre de la Convention du 24 mai 1897, en raison du fait que puisque *Alsop and Co* était une société chilienne, la réclamation ne possédait pas la nationalité de l'Etat requérant, les Etats-Unis, à la date de sa présentation. Le Gouvernement chilien, soulevant devant l'*amiable compositeur* la même exception d'irrecevabilité, soutint que les réclamants devaient être renvoyés à des cours chiliennes.

l'origine la nationalité de l'Etat requérant et qu'elles étaient présentées en faveur de la succession des réclamants. Voir également les affaires *Peck* (Moore, *op. cit.*, III, p. 2257), et *Halley Adm.* (*Ibid.*, p. 2241).

¹ Cf., les décisions dans l'affaire *Orinoco Steamship Co.* et *Landreau*, ci-dessous, pp. 62 ss.

Rejetant cette affirmation, l'*amiable compositeur* soutint que transférer « the real decision from an impartial arbitrator with full powers to the courts of the country concerned » irait à l'encontre du but poursuivi par les parties lorsqu'elles lui confièrent ce différend particulier. (5 A.J.I.L. (1911), pp. 1079, 1085.)¹

7. Tout en soutenant que les dispositions d'un compromis ont force de loi lorsqu'elles sont claires, les tribunaux internationaux ont habituellement eu recours aux précédents de droit international — la pratique des Etats et la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux — lorsqu'il s'avéra nécessaire d'en clarifier les termes. Dans *Administrative Decision No. V* (1924), devant la Commission mixte de réclamations germano-américaine, instituée au titre de l'Accord spécial du 10 août 1922 (*Recueil des Sentences arbitrales*, VII, p. 13), le surarbitre, le Juge Edwin B. Parker, dénia la nécessité d'interpréter le compromis à la lumière des règles établies du droit international, comme l'affirmait l'Agent allemand, soutenu par le Commissionnaire allemand. (*Ibid.*, pp. 119, 140 ss.)²

Le Commissionnaire américain, Chandler P. Anderson, avait conclu que la disposition de l'Accord spécial du 10 août 1922, qui stipulait que la Commission devait examiner certaines « claims of American citizens », s'appliquait, si la réclamation possédait la nationalité américaine de la date de la perte ou du préjudice jusqu'à la date de l'endossement (« espousal ») de la réclamation par le Gouvernement américain, cette dernière date correspondant, selon lui, à la date de l'entrée en vigueur du Traité de Berlin du 11 novembre 1921, aux termes duquel l'Allemagne avait accepté certaines obligations à l'égard des

¹ Une sentence sur le fond fut rendue en faveur du réclamant. *Ibid.*, p. 1107.

² Voir également ci-dessous, pp. 64 ss.

Etats-Unis. Le Commissionnaire allemand, Wilhelm Kiesselbach, avait conclu pour sa part que, conformément aux principes établis du droit international, la réclamation, pour être américaine, devait avoir appartenu de façon continue à un ressortissant américain, de la date du préjudice jusqu'à celle de la décision rendue par la Commission et que, si la date de l'endossement (« espousal ») devait présenter quelque pertinence, il convenait, à ses yeux, de la définir comme la date de la présentation de la réclamation à la Commission. (*Ibid.*, pp. 129-139.)

Après un *certificate of disagreement*, le surarbitre Parker fit observer que cette « jurisdictional form of presentation but serves to obscure the real issue, which is, shall the property rights which have vested under the Treaty of Berlin be preserved, or shall they be destroyed through a change in their nationality? » (*Ibid.*, p. 140.) Il soutint par conséquent qu'une réclamation était recevable si elle possédait la nationalité américaine tant à la date de la perte ou du préjudice qu'au 11 novembre 1921, date de l'entrée en vigueur du Traité de Berlin, et cela même si, par la suite, avant la date de sa présentation à la Commission, la réclamation cessait de posséder la nationalité américaine. Cette décision inhabituelle, voire contestable¹, se fondait sur l'idée que les réclamations qui possédaient la nationalité américaine à chacune de ces deux dates étaient devenues des « contractual obligations » de l'Allemagne dès l'entrée en vigueur du Traité. Considérée sous cet angle, la compétence de la Commission était claire et le surarbitre Parker ne jugea dès lors pas nécessaire de s'en référer aux « custom and established practice » pour guider son interprétation.

Etant donné que la décision du surarbitre résulte d'une interprétation plutôt particulière du compromis, les vues qu'il

¹ Cf., Edwin M. Borchard, « The Opinions of the Mixed Claims Commission, United States and Germany », 19 A.J.I.L., pp. 133, 139 (1925).

exprime incidemment au sujet de la nationalité des réclamations n'ont pas d'autorité en tant que précédent. Elles ont cependant été souvent citées, et quelques observations à leur propos peuvent utilement trouver place ici ¹.

Le Juge Parker ne se contenta pas de s'appuyer sur la prétendue clarté du compromis pour justifier son refus de recourir au droit international en vue d'interpréter les mots « *claims of American citizens* ». Il s'efforça en plus avec soin de dénier l'existence de toute « *established rule of international law* » sur la nationalité des réclamations. Déclarant, de façon ambiguë, que la compétence des tribunaux internationaux « *pertains to the remedy, not to the right* » (*ibid.*, p. 141), il sembla admettre que c'était le « *right* » de l'individu lésé à obtenir réparation en vertu du droit international, ou peut-être le droit à la protection diplomatique, qui était en question, plutôt que le droit de son Etat. Il vit dans la règle qui stipule qu'une réclamation, nationale à l'origine, doit aussi posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation, une règle qui viendrait « *déposséder* » (« *deprive* ») l'individu réclamant de « *son* » (« *his* ») recours diplomatique, et, par là même, de ses biens (« *of his property* ») (*ibid.*, pp. 141-143). De l'application constante et générale de la règle, pendant de nombreuses années, par les Etats et les tribunaux internationaux, le surarbitre ne conclut qu'à « *a mere rule of practice* ». Mettant l'accent sur les décisions qui s'étaient écartées de la règle ², il expliqua que « *decisions . . . were in each case controlled by the language of the particular protocol governing the tribunal deciding them* », mais il omit de

¹ Voir également ci-dessous, pp. 65 ss.

² Un examen attentif des affaires citées par le Juge Parker (*ibid.*, pp. 141ss.) fait ressortir sa tendance à s'en rapporter indûment à un petit nombre d'affaires de caractère exceptionnel (souvent controversées, parce que mal rapportées) et sa tentative de minimiser la ligne suivie de façon constante par les autorités judiciaires qu'il n'appréciait pas.

mentionner que les protocoles particuliers ne contiennent que rarement des dispositions expresses sur la nationalité des réclamations, ou qu'il existe une uniformité remarquable des décisions en l'absence de telles dispositions expresses.

La manière particulière dont le Juge Parker interpréta le compromis n'élimina d'ailleurs pas entièrement l'injustice qui caractérisait à ses yeux la règle de la continuité de la nationalité. Bien qu'il eût décidé, en effet, qu'un changement de nationalité était sans pertinence aucune à dater de l'entrée en vigueur du Traité, il appliqua néanmoins la règle de la continuité dans l'affaire *de Gennes* (1925) contre l'Allemagne, en soutenant qu'une réclamation, nationale à l'origine, était irrecevable parce que la réclamante avait perdu sa nationalité américaine par mariage avant l'entrée en vigueur du Traité, alors même qu'elle avait présenté sa réclamation au Département d'Etat quand elle possédait encore la nationalité américaine. (*Ibid.*, p. 166.) Conforme au droit international et même à sa propre décision dans *Administrative Decision No. V*, la décision *de Gennes* ne correspondait pas, en revanche, aux affirmations fondamentales du surarbitre.

8. La pratique des Etats relative à la conclusion et à l'application des conventions de réclamations (claims conventions), la jurisprudence des tribunaux internationaux relative à leur interprétation, de même que la jurisprudence subséquente de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, viennent réfuter sans équivoque les vues nouvelles exprimées par le Juge Parker sur la nationalité des réclamations, et établissent clairement qu'en l'absence d'accord spécial contraire, une réclamation internationale doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation.

II. Nationalité à la date du dommage

A. *Sens de l'expression « Date du dommage »*

Evitant d'examiner la question sur le plan de la théorie juridique, la plupart des tribunaux internationaux semblent avoir considéré que la date du dommage est celle à laquelle l'individu, en faveur duquel un Etat fait valoir une réclamation, a souffert une perte ou un préjudice conduisant à la présentation d'une réclamation internationale. Etant donné qu'en vertu du droit international, un Etat qui fait valoir une réclamation en faveur de l'un de ses ressortissants fait valoir son propre droit, il pourrait être préférable, d'un point de vue théorique, de considérer comme date du dommage celle à laquelle cet Etat prétend que ses droits ont été violés au sens du droit international. C'est peut-être en raison du fait que la date du dommage causé à l'individu et celle de la violation du droit international coïncident souvent, que les tribunaux internationaux ne semblent pas s'être préoccupés d'établir une telle distinction. Pour le juge ou l'arbitre, la question pratique a porté sur le point de savoir si la réclamation possédait la nationalité de l'Etat requérant « in point of origin » (dès l'origine), « when the claim arose » (à la naissance de la réclamation), ou « at the date of injury » (à la date du dommage).

B. *Jurisprudence des tribunaux internationaux admettant que les réclamations doivent posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date du dommage.*

Les tribunaux internationaux suivants ont, entre autres, soutenu qu'en l'absence d'un accord des parties en sens contraire, une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à l'origine (in point of origin), c'est-à-dire que la perte ou le préjudice doit avoir été subi par une personne qui possédait la nationalité de cet Etat à ce moment.

1. *Mexico-United States, Mixed Commission, 1839*
(Commission mixte Mexique-Etats-Unis, 1839)

Cette Commission fut instituée au titre du Traité du 11 avril 1839 entre les Etats-Unis et le Mexique (Malloy, I, p. 1101), qui établissait la compétence de la Commission en vue de recevoir certaines réclamations contre le Mexique « arising from injuries to the persons or property of citizens of the United States by Mexican authorities » et de les juger « according to the principles of justice, the law of nations » et les stipulations du traité. Le surarbitre déclara la réclamation de *Parrott & Wilson* irrecevable, en raison du fait qu'elle n'était pas américaine à l'origine, puisque c'était par cession qu'elle était tombée dans les mains des réclamants américains. (J. B. Moore, *International Arbitrations*, III, p. 2381.) Devant la même Commission, le surarbitre déclara irrecevable la réclamation de *Orazio de Attelis, Marquis de Santangelo*, pour expulsion du Mexique, parce que le réclamant n'avait pas encore acquis la nationalité américaine à la date du dommage dont il se plaignait. Bien qu'il eût, avant cette date, déclaré son intention de devenir un citoyen des Etats-Unis, il ne bénéficiait pas d'un tel statut à la date du dommage. (*Ibid.*, p. 2459.)¹

2. *Costa Rica-United States, Mixed Commission, 1860*
(Commission mixte Costa-Rica-Etats-Unis, 1860)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de réclamations (Claims Convention) du 2 juillet 1860, entre Costa-Rica et les Etats-Unis (Malloy, I, p. 346), qui établissait la compétence de la Commission en vue de recevoir certaines

¹ Après être devenu un citoyen naturalisé des Etats-Unis, de Attelis retourna au Mexique en 1833 et en fut expulsé une seconde fois, dans des circonstances qui conduisirent la même Commission à rendre une décision en sa faveur à raison de cette seconde expulsion, vu qu'il était à ce moment un ressortissant américain. (Moore, *op. cit.*, IV, pp. 3333-3334.)

« claims of citizens of the United States, upon the Government of Costa Rica, arising from injuries to their persons, or damages to their property, under any form whatsoever, through the action of authorities of the Republic of Costa Rica » et de les juger « according to the principles of justice and of equity, and to the stipulations of treaty ». Dans l'affaire *Medina & Sons v. Costa Rica* (1862), devant cette Commission, la réclamation semble avoir été rejetée en raison du manque de preuve relative à la validité d'une naturalisation aux Etats-Unis. (Moore, *op. cit.*, III, pp. 2583-2589.) Le surarbitre Bertinatti, s'opposant au principe de la rétroactivité de la naturalisation en matière de réclamations internationales, fit observer :

A government may resent an indignity or injustice done to one of its subjects, but it would be absurd to open an asylum to all who have, or believe they have, received some injury or damage at the hands of any existing government, to come and be naturalized for the effect of obtaining redress for all their grievances. (*Ibid.*, p. 2483.)

3. *Mexico-United States, Mixed Claims Commission, 1868*
(Commission mixte de réclamations Mexique-Etats-Unis, 1868)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de réclamations (Claims Convention) du 4 juillet 1868, prolongée¹. Devant cette Commission, les réclamations de *Fleury* (Moore, *op. cit.*, III, p. 2156), *Dusenber* (*ibid.*, p. 2157), et *Perez* (1871; *ibid.*, p. 2718) contre le Mexique, furent déclarées irrecevables, parce que les réclamants ne possédaient pas la nationalité américaine à la date du dommage. Dans l'affaire *Fleury*, la Commission, écartant les objections faites par l'Agent des Etats-Unis contre une requête mexicaine tendant à rejeter (a Mexican motion to dismiss upon), comme n'étant pas fondées, des allégations du mémoire, fit notamment observer :

¹ Voir ci-dessus, p. 32.

For it will be seen here that the motion to dismiss is not based upon the absence of material averments from the memorial (as counsel argues), but upon the facts therein disclosed under the oath of the party who has been injured, as it is claimed. When the memorialist avers that at the time the wrongs were committed and for which the government of the United States now makes reclamation, he was a French subject, and does not pretend that he then had the national character of the government asserting the claim, are the commissioners under the necessity imposed by the text of the treaty, or considerations of public law, equity or justice, to look into the proofs, if possibly they may thereby correct the statements of the memorials?

We can answer this question in the negative with some confidence . . . (*Ibid.*, p. 2157.)

Le surarbitre Thornton, déclarant que la réclamation de *Hargous* (1876), ressortissant américain, contre le Mexique, était irrecevable, parce que résultant d'une cession effectuée par un ressortissant allemand, dit notamment: « But if there were an injury, it was the German subject and not the United States citizen who had to complain of it. The transfer by Voss to the claimant could not divest the claim of its original nationality. » (*Ibid.*, pp. 2327-2331.)

4. *Spain-United States, Commission, 1871* (Commission hispano-américaine, 1871)

Cette Commission fut instituée au titre de l'Accord du 12 février 1871¹. Devant cette Commission, l'affaire *Cisneros, Foulke, Administrator* (1873), contre l'Espagne, fut déclarée irrecevable parce que la réclamation, présentée en faveur d'une citoyenne des Etats-Unis, héritière d'un ressortissant espagnol qui avait prétendument été lésé par les autorités espagnoles à Cuba, n'était pas une réclamation américaine à l'origine (in point of origin), (*ibid.*, p. 2334). C'est pour la même raison — savoir: que les réclamations n'étaient pas des réclamations de ressort-

¹ Voir ci-dessus, p. 33.

tissants américains à la date du dommage — que la même Commission déclara irrecevables les réclamations, présentées contre l'Espagne, de *Perfecto de Rojas* (1873), *Carillo* (1875), *Prieto* (1875), *Yzquierdo* (1875), *Zayas de Bazan* (1876), *Manuel José de Rojas* (1882), *Simoni* (1882), *Pablo Battle* (1882), *Nestor Ponce de Leon* (1882), *Martinez* (1882), *Delgado* (1882) et *De Acosta* (1882), bien que tous les réclamants, à l'exception de Perfecto de Rojas, qui n'avait fait qu'une simple déclaration, eussent acquis la nationalité américaine ultérieurement à la date des dommages dont ils se plaignaient. (*Ibid.*, pp. 2337-2347.) Cf., E. M. Borchard, *Diplomatic Protection*, p. 663.

5. *Venezuela-United States, Mixed Commission, 1885*
(Commission mixte Venezuela-Etats-Unis, 1885)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de réclamations (Claims Convention) du 5 décembre 1885, qui établissait la compétence de la Commission en vue de recevoir certaines réclamations de « citizens of the United States upon the Government of Venezuela » et de les juger « according to justice and in compliance of the provisions of this convention ». (Malloy, II, p. 1858.) Le Commissionnaire Little, pour la Commission, déclara que la réclamation d'*Abbiatti*, un ressortissant italien qui était devenu citoyen américain, réclamation présentée contre le Venezuela, était irrecevable, en raison de l'absence de preuve relative à l'acquisition de la nationalité américaine par *Abbiatti* préalablement à la date du dommage dont il se plaignait. Little fit notamment observer :

Citizens when? In claims like this they must have been citizens at least when the claims arose. Such is the settled doctrine. The plaintiff state is not a claim agent. As observed elsewhere, the infliction of a wrong upon a state's own citizen is an injury to it, and in securing redress it acts in discharge of its own obligations and, in a sense, of its own interest. This is the key—subject of course to treaty terms—for the determination of such jurisdictional questions: Was the plaintiff state injured? It was

not, where the person wronged was at the time a citizen of another state, although afterwards becoming its own citizen. The injury there was to the other state. Naturalization transfers allegiance, but not existing state obligations. (Moore, *op. cit.*, III, pp. 2347-2348. « Affirmed, in principle », dans les affaires *Loehr*, *Bettiker* et *Finn* contre le Venezuela. *Ibid.*, pp. 2348-9.)

6. *Chile-United States, Commission, 1892*
(Commission Chili-Etats-Unis, 1892)

Cette Commission fut instituée au titre de la Convention de Santiago du 7 août 1892, qui établissait la compétence de la Commission en vue de recevoir certaines réclamations de « citizens of the United States upon the Government of Chile, arising out of acts committed against the persons or property of citizens of the United States... by the civil or military authorities of Chile », et de réclamations semblables de ressortissants chiliens contre les Etats-Unis, et de les juger « according to public law, justice and equity ». (Malloy, I, p. 185.) La Commission déclara irrecevable la réclamation de *C. G. Wilson*, citoyen des Etats-Unis, en raison du fait qu'il n'avait pas encore acquis la nationalité américaine à la date du dommage dont il se plaignait. (Moore, *op. cit.*, III, pp. 2553-2557, et une décision semblable dans l'affaire *Selway*.)

7. *Italy-Venezuela, Mixed Claims Commission, 1903*
(Commission mixte de réclamations italo-vénézuélienne, 1903)

Cette Commission fut instituée au titre des Protocoles des 13 février et 7 mai 1903¹. Dans l'affaire *Corvaia*, le surarbitre Ralston jugea irrecevable une réclamation, contre le Venezuela, qui ne possédait pas la nationalité de l'Etat requérant à l'origine (in point of origin), parce que la personne lésée avait perdu sa nationalité italienne préalablement à la date du dommage. (*Recueil des Sentences arbitrales*, X, p. 609.)

¹ Voir ci-dessus, p. 44.

8. *United States-Venezuela, Mixed Claims Commission, 1903*
(Commission mixte de réclamations Etats-Unis-Venezuela,
1903)

Cette Commission fut instituée au titre du Protocole du 17 février 1903. A la différence des dispositions des protocoles de 1903 conclus respectivement entre le Venezuela et la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et l'Allemagne, le Protocole américano-vénézuélien de 1903 ne déterminait pas à l'avance la responsabilité du Venezuela, mais établissait la compétence de la Commission mixte en vue de recevoir certaines « claims owned by citizens of the United States of America against the Republic of Venezuela » et de les juger « according to justice and the provisions of this convention » et « upon a basis of absolute equity, without regard to objections of a technical nature or of the provisions of local legislation ». (*Ibid.*, IX, p. 115.)

Dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, devant cette Commission, le surarbitre Barge, jugeant sur le fond, rejeta la plus grande partie de la réclamation présentée contre le Venezuela, mais il attribua 28.000 dollars au réclamant, en dépit du plaidoyer (plea) du Gouvernement vénézuélien, selon lequel la réclamation était irrecevable dans sa totalité à l'origine (in point of origin), parce que les prétendus dommages avaient été subis par une société britannique qui avait ultérieurement cédé sa réclamation à une société américaine, la Orinoco Steamship Co., qui n'existait même pas à la date du dommage. (*Ibid.*, pp. 180-204.)

Le surarbitre déclara:

... it is true that, according to the admitted and practiced rule of international law, in perfect accordance with the general principles of justice and perfect equity, claims do not change nationality by the fact that their consecutive owners have a different citizenship, because a state is not a claim agent, but only, as the infliction of the wrong upon its citizens is an injury to the state itself, it may secure redress for the injury done to its citizens, and not for the injury done to the citizens of another state.

Cette règle pouvait cependant être « purposely set aside by a treaty ». Vu que le Protocole américano-vénézuélien du 17 février 1903,

does not speak—as it is generally done in such cases—of all claims of citizens, etc., which would rightly be interpreted « all claims for injuries done to citizens, etc. », but uses the usual [sc. unusual?] expression « all claims owned by citizens », it must be held that this uncommon expression was not used without a determined reason. (*Ibid.*, p. 192.)

A son avis, les Hautes Parties Contractantes, en établissant la Commission compétente pour recevoir les réclamations « owned » par des citoyens américains « at the moment of the signing of the Protocol », étaient convenues de renoncer à la règle acceptée du droit international qui, excepté pour celui qui y renonce, aurait exigé que la réclamation possédât la nationalité de l'Etat requérant à l'origine (in point of origin)¹.

¹ La même opinion fut exprimée plus tard par le Gouvernement des Etats-Unis devant un tribunal spécial de la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye, au cours de la procédure en nullité dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, où le *Counter case* américain mentionnait (pp. 17-18) le « time honored and unquestioned principle of international law that an international reclamation must be clothed with the nationality of the plaintiff country both at the time of its origin and at the time of its presentation » et déclarait que les Etats-Unis « did not question the soundness of the general principle » mais qu'en employant, de commun accord avec le Venezuela dans le Protocole de 1903 les termes « peculiar » de « claims owned by citizens of the United States », ils avaient « expressly and intentionally contracted themselves out of the ordinary rule of international law ». William C. Dennis, Agent des Etats-Unis, dans *Permanent Court of Arbitration at The Hague, United-States-Venezuelan Arbitration, Protocol of February 13, 1909, The Counter Case of the United States of America on Behalf of the Orinoco Steamship Co., etc.* (Washington, Government Printing Office, 1910.)

Le surarbitre Duffield considérait-il qu'il appliquait le même principe lorsque, dans l'affaire *Christern & Co.*, devant la Commission mixte de réclamations germano-vénézuélienne instituée au titre du Protocole du 13 février 1903 (*Reports of International Arbitral Awards*, X, p. 359), il tint compte, contre le Venezuela, d'une réclamation « owned » par des ressource-

9. *Peru-United States, Arbitral Commission, 1921*

(Commission arbitrale Pérou-Etats-Unis, 1921)

Cette Commission fut instituée au titre du Protocole du 21 mai 1921, entre les Etats-Unis et le Pérou, pour arbitrer la réclamation *Landreau*, contre le Pérou. La Commission arbitrale ne fut mise sur pied que dans le but unique de juger si « John Celestin Landreau, the American citizen », possédait une réclamation contre le Pérou, et, dans l'affirmative, quelle était la somme qui était équitablement due à ses héritiers ou cessionnaires. (*Recueil des Sentences arbitrales*, I, p. 349.) Le Gouvernement péruvien affirma que Landreau, à la date du dommage dont il se plaignait, « was still a French subject and that his subsequent naturalization as a citizen of the United States did not justify the United States in taking up his case ». Les Arbitres (1922) rejetèrent cette affirmation en raison du fait que « by the agreement between the United States and Peru embodied in the Protocol, this Tribunal is asked to decide upon the claim ». Il y avait, de plus, le fait que Landreau avait acquis la nationalité américaine en 1867 et que le dommage ayant donné lieu à la réclamation — l'annulation en 1868 d'un contrat passé en 1865 — était survenu postérieurement à son acquisition de la nationalité américaine. (*Ibid.*, pp. 366-367.)

10. *Germany-United States, Mixed Claims Commission, 1922*

(Commission mixte de réclamations germano-américaine, 1922)

Cette Commission fut instituée au titre de l'Accord spécial du 10 août 1922, prolongé. (*Recueil des Sentences arbitrales*,

tissants allemands, bien qu'elle n'eût pas été entièrement allemande à l'origine? Le protocole ne faisait aucune référence à la propriété (ownership) des réclamations, mais il disposait à son Article 1: « The Venezuelan Government recognizes in principle the justice of the claims of German subjects presented by the Imperial German Government. » (*Ibid.*, p. 435.) L'analyse de la décision manque de clarté.

VII, p. 13.)¹ Etablissant la Commission compétente pour recevoir et juger certaines « claims of American citizens », l'Accord spécial omettait d'indiquer le droit applicable. Dans *Administrative Decision No. II* (1923), le surarbitre Parker statua, au nom de la Commission unanime, qu'en jugeant les affaires qui lui étaient soumises, « the Commission will be controlled by the terms of the Treaty of Berlin » du 25 août 1921 (*ibid.*, p. 9); et qu'en l'absence de dispositions applicables du Traité, « the Commission may apply » le droit international ² « in determining the measure of damages », bien qu'elle « will not be bound by any particular code or rules of law but shall be guided by justice, equity and good faith ». (*Ibid.*, pp. 25-26.) En ce qui concerne la nationalité des réclamations, le Juge Parker se prononça dans *Administrative Decision No. II* dans les termes suivants :

Original and continuous ownership of claim. In order to bring a claim (other than a Government claim) within the jurisdiction of this Commission, the loss must have been suffered by an American national, and the claim for such loss must have continued in American ownership.

The enquiry is: Was the United States, which is the claimant³, injured through the injury to its national? It was not so injured where the injured person was at the time of suffering the injury the citizen of another state. While naturalization transfers allegiance, it does not carry with it existing state obligations. Any other rule would convert a nation into a claim agent in behalf of those availing of its naturalization laws to become its citizens after suffering injury. (*Ibid.*, p. 26.)

Dans une note de bas de page qui va dans le même sens (et qui cite beaucoup d'affaires examinées plus haut par le rapporteur),

¹ Voir ci-dessus, pp. 52 ss.

² Le surarbitre mentionnait ici spécifiquement les dispositions de l'Art. 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

³ Le Juge Parker fit observer sur ce point: " Though conducted in behalf of their respective citizens, governments are the real parties to international arbitrations. » (*Ibid.*, p. 26.)

le Juge Parker rejette, parce qu'incompatible avec les termes du Traité de Berlin « the exception to the general rule announced by Barge, Umpire, in the *Orinoco Steamship Company Case* »¹. C'est dans la jurisprudence des tribunaux internationaux et dans les manuels de droit international que le Juge Parker trouva un appui en faveur de la « general rule » stipulant qu'en l'absence d'un accord en sens contraire, une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à l'origine.

Ce n'est dès lors pas sans surprise que l'on dénote la confusion dont fit preuve le Juge Parker, au sujet de la nationalité des réclamations, dans la décision qu'il rendit, comme surarbitre, dans *Administrative Decision No. V (1924)*. Il y déclara notamment:

It is contended by the German Agent that it is an established rule of international law that no nation will assert a claim of a private nature against another nation unless such claim possesses the nationality of the nation asserting it continuously from its origin to the time of its presentation and even of its final adjudication by the authorized tribunal. This is but another way of saying that a change in the nationality of a right, through its voluntary or involuntary transfer, deprives it of the remedy of enforcement through diplomatic intervention . . .

Statements will be found in some decisions of international tribunals and in some treatises dealing with international law and international arbitral procedure supporting the contention of the German Agent with respect to the existence of the rule as stated. But it may well be doubted whether the alleged rule has received such universal recognition as to justify the broad statement that it is an established rule of international law. It is no doubt the general practice of nations not to espouse a private claim against another nation unless in point of origin it possesses the nationality of the claimant nation. The reason of the rule is that the nation is injured through injury to its national and it alone may demand reparation as no other nation is injured. As between nations the one inflicting the injury will ordinarily listen to the complaint only of the nation injured. A third nation is not injured through the assignment of the claim to one of its nationals or through the claimant becoming its

¹ *Ibid.*, p. 26, note 4. Voir ci-dessus, pp. 62 ss.

nationals by naturalization. While naturalization transfers allegiance, it does not carry with it existing state obligations. Only the injured nation will be heard to assert a claim against another nation. Any other rule would open wide the door for abuses and might result in converting a strong nation into a claim agency in behalf of those who after suffering injuries should assign their claims to its nationals or avail themselves of its naturalization laws for the purpose of procuring its espousal of their claims.

But even this practice of nations may be changed by mutual agreement between the two governments parties to a particular protocol creating a tribunal for the adjudication of claims and defining its jurisdiction. (*Ibid.*, pp.141-142.)

Après avoir si clairement défini la pratique des Etats, les raisons de cette pratique, et la règle générale appliquée par les tribunaux internationaux et disposant que les réclamations présentées par les Etats sont juridiquement irrecevables si elles ne possèdent pas à l'origine (in point of origin) la nationalité de l'Etat requérant, pourquoi le surarbitre dénia-t-il l'existence d'une règle établie de droit international en cette matière? Il s'expliqua par deux raisons, dont la première peut être aisément réfutée. « The general practice of nations not to espouse a private claim against another nation that does not in point of origin possess the nationality of the claimant nation », fit-il observer, « has not always been followed ». (*Ibid.*, p. 141.) A l'appui de cette assertion, il ne cita que la seule affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, dont il avait justement dit par ailleurs qu'elle entraînait « within the exception to the general rule »¹.

Il fit découler la deuxième raison, qui le conduisit à dénier à la règle tout caractère de règle du droit international, du fait que des Etats peuvent délibérément, par accord mutuel, conférer à un tribunal international une compétence extraordinaire (exceptional) pour recevoir des réclamations qui n'étaient pas nationales à l'origine, compétence qui ne serait normalement

¹ Voir ci-dessus, p. 66.

pas conférée en vertu de la « *general practice of nations* ». Cela l'amène à conclure que la compétence d'un tribunal international « *does not declare any international principle but is only a rule of practice . . . it pertains to the remedy, not to the right* ». (*Ibid.*, p. 141). Il semble découler de cette affirmation quelque peu ambiguë que le droit international coutumier, en établissant le droit de faire valoir une réclamation internationale, ne peut pas, même par définition, établir des limites à un tel droit d'action en exigeant que les réclamations soient nationales à l'origine, parce qu'une telle restriction peut être ultérieurement écartée par accord spécial.

C'est mal concevoir la nature des règles juridiques que d'affirmer qu'une règle qui souffre des exceptions n'est pas une règle de droit, ou qu'une règle qui peut être écartée par accord mutuel n'a pas de caractère obligatoire du point de vue juridique, au cas où les parties n'y auraient pas renoncé.

Le Juge Parker admit que lorsque le sens d'un accord juridictionnel est obscur, « *custom and established practice may be looked to in arriving at the intention of the parties* »; mais il estima que, dans l'Accord spécial du 10 août 1922, la simple référence aux « *claims of American citizens* » était si claire, qu'elle n'avait nullement besoin d'être interprétée à la lumière de la pratique internationale. En fait, le Juge Parker semble s'être appuyé sur la jurisprudence des tribunaux internationaux et sur les manuels de droit international qui ont développé ces principes du droit international pour repousser l'objection de l'Agent américain (*ibid.*, p. 123) qui affirmait que, pour être reçue par la Commission, point n'était besoin que la réclamation eût possédé la nationalité américaine à l'origine. Il soutint, dans *Administrative Decision No. II*, que pour qu'une réclamation ressortît de la compétence de la Commission « *the loss must have been suffered by an American national, and the claim for such loss must have since continued in American*

ownership » (*ibid.*, p. 26, avec des références à la pratique internationale); et, dans *Administrative Decision No. V*, il statua que la compétence de la Commission s'étendait à des réclamations qui « were impressed with American nationality, both (a) on the date when the loss, damage, or injury occurred and (b) on November 11, 1921, when the Treaty of Berlin became effective ». (*Ibid.*, p. 154.) Ce n'est qu'en ce qui concerne le point (b) que son jugement innove vraiment ¹.

Dans l'affaire *Mary Barchard Williams* (*ibid.*, p. 170), le surarbitre suivit la règle qu'il avait énoncée au point (a) ci-dessus, en tenant compte — en tant qu'elle possédait la nationalité américaine dès l'origine (in point of origin) — de la réclamation de la veuve, née américaine, d'un ressortissant britannique disparu lors du torpillage du *Lusitania*, étant donné qu'aux termes de la loi américaine, elle avait recouvré la nationalité américaine à la mort de son mari. Dans l'affaire *Hilson*, (*ibid.*, p. 176), la réclamation, présentée par un matelot américain naturalisé en 1918, à raison de dommages causés par l'action allemande en 1916, à un moment où il était encore un ressortissant britannique, bien qu'il eût déclaré son intention (declaration of intention) d'acquérir la nationalité américaine et qu'il eût servi sur un vaisseau américain, fut déclarée irrecevable, parce qu'elle ne possédait pas la nationalité américaine à la date du dommage.

11. Grèce-Bulgarie, Forêts du Rhodope Central, Arbitrage, 1933

Cet arbitrage fut institué au titre de l'Article 181 du Traité de Neuilly du 27 novembre 1919. (*Recueil des Sentences arbitrales*, III, p. 1389, à la p. 1421; traduction anglaise dans 28 A.J.I.L., p. 760, à la p. 790 (1934).) Dans sa sentence arbitrale du 29 mars 1933, l'Arbitre, Östen Undén, déclara irrecevable la

¹ Voir ci-dessus, p. 53.

réclamation de Tevfik et Hakki Ahmed, que la Grèce faisait valoir contre la Bulgarie, en raison du fait que la réclamation n'était pas grecque à l'origine. Les réclamants, qui possédaient originairement la nationalité turque, avaient tour à tour acquis la nationalité bulgare en 1913, puis grecque en 1920 « par suite des changements territoriaux intervenus et du fait qu'ils auraient été établis dans la Thrace occidentale, qui a passé successivement de la Turquie à la Bulgarie et de celle-ci à la Grèce ». Nicolas Politis, avocat de la Grèce, affirma que priver les réclamants de la protection du Gouvernement hellénique, dont ils possédaient la nationalité à la date de la présentation de leur réclamation, « serait aller à l'encontre de la tendance actuelle du droit international de considérer la protection diplomatique comme le moyen nécessaire de sauvegarder les droits individuels dans les rapports internationaux ». (*R.S.A.*, III, pp. 1413-1414; 28 *A.J.I.L.* pp. 781-782.) L'Arbitre, rejetant cette affirmation, déclara que la Grèce et la Bulgarie

sont toutefois d'accord pour admettre qu'en 1918 les frères étaient tous deux sujets bulgares. A l'époque où s'est produit le fait dommageable — la prétendue confiscation de forêts — ils étaient donc incontestablement ressortissants du pays qui prenait les mesures incriminées. Dans ces conditions, il ne saurait être admissible, selon le droit international commun, de reconnaître au Gouvernement hellénique le droit de présenter des réclamations à leur profit pour ces faits dommageables, étant donné que ceux-ci ont été causés par leur propre Gouvernement. « 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, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international. » (Arrêt n° 2 de la Cour permanente de Justice internationale, p. 12.) S'il en est ainsi, la Grèce ne saurait baser une réclamation sur le fait qu'un ressortissant bulgare a été frappé de mesures de confiscation de la part du Gouvernement bulgare, même s'il est ultérieurement devenu sujet hellénique. Il n'y a pas lieu non plus d'interpréter l'article 181 du Traité de Neuilly... comme élargissant à un tel point la faculté du Gouvernement hellénique d'assumer la protection diplomatique et judi-

ciaire des personnes ayant acquis la nationalité à la suite des divers traités de paix récents. (*Rec. Sentences arbitrales*, III, p. 1421; 28 *A.J.I.L.*, p. 790.)

C. *Quelques observations relatives à la jurisprudence sur la nationalité des réclamations à l'origine* (in point of origin)

Dans la partie de cette étude se rapportant à la jurisprudence relative à la nationalité des réclamations à la date de leur présentation¹, le présent rapporteur a fait quatre premières observations qui valent également pour la nationalité des réclamations à la date du dommage.

Les tribunaux internationaux dont la jurisprudence vient d'être examinée dans cette section ont soutenu, de manière uniforme (compte tenu des exceptions énoncées ci-dessous), que les réclamations qui possèdent la nationalité de l'Etat requérant à la date de leur présentation sont irrecevables si elles ne possèdent pas également cette même nationalité à la date du dommage.

Il a, de plus, été soutenu de façon uniforme que la manière dont une réclamation, qui n'était pas nationale à l'origine, en venait à acquérir la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation, n'était pas pertinente; il importait peu qu'une telle acquisition de nationalité résultât d'une naturalisation volontaire ou involontaire de la part du réclamant, d'une cession ou d'une succession (inheritance): les réclamations qui n'étaient pas nationales à l'origine furent déclarées irrecevables.

Les seules exceptions nettes que nous avons rencontrées sont l'affaire de l'*Orinoco Steamship Company*, où le tribunal statua que les parties au litige lui avaient délibérément conféré la compétence de recevoir une réclamation qui ne possédait pas la nationalité de l'Etat requérant à l'origine (in point of origin), parce qu'elles étaient « anxious, as is shown by the history of

¹ Ci-dessus, pp. 48 et ss.

the protocol, to set aside and to settle all questions about claims not yet settled between them »¹; et l'affaire *Landreau*, où le compromis ne laissait aucun doute quant à l'intention des parties². Même le Tribunal mixte de réclamations germano-américain de 1922 — au sein duquel le surarbitre Parker fit montre d'une attitude quelque peu équivoque sur la question de savoir si la règle stipulant qu'une réclamation doit être nationale à l'origine était ou non une règle du droit international (se prononçant en faveur d'une telle conclusion dans *Administrative Decision No. II*, et la mettant en doute dans *Administrative Decision No. V*) —, appliqua effectivement cette règle, ce qui le conduisit à refuser de recevoir des réclamations qui ne possédaient pas la nationalité de l'Etat requérant à l'origine.

On peut, par conséquent, conclure avec sûreté que la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux ont, pendant plus d'un siècle, déclaré irrecevable une réclamation internationale qui ne possédait pas à l'origine (in point of origin) la nationalité de l'Etat requérant, sauf lorsque les parties étaient convenues, dans le cadre du compromis, de se passer d'une telle restriction³. Mais de telles exceptions furent rares.

III. Continuité de la nationalité

Si la jurisprudence des tribunaux internationaux a ainsi établi la règle qu'une réclamation, pour être recevable, doit posséder la nationalité de l'Etat requérant aussi bien à l'origine qu'à la

¹ *Recueil des sentences arbitrales*, IX, p. 193. La citation est tirée de l'opinion du surarbitre Barge. Cf., ci-dessus, p. 62.

² Ci-dessus, p. 64.

³ Il sera permis de s'en rapporter à nouveau à l'affaire *Panevezys-Salutiskis*, ci-dessus, pp. 6-7.

date de sa présentation à une cour internationale, existe-t-il une condition supplémentaire, savoir: qu'une telle réclamation doit avoir été *continuellement* nationale entre ces deux dates? Il est rare qu'un tel problème se soit posé devant les tribunaux. Dans la plupart des affaires où un tribunal international a déclaré, *in expressis verbis*, qu'une réclamation devait être « continuellement » nationale, dès l'origine jusqu'à sa présentation, il avait en fait à décider de la question de savoir si une réclamation possédait ou non la nationalité de l'Etat requérant soit à l'une ou l'autre, soit à l'une et l'autre, des deux dates critiques. (Cf., les affaires *Gleadell* et *Flack*, ci-dessus; et l'affaire *Benchiton*, ci-dessous). Rares et controversées ont été les affaires où un tribunal s'est trouvé confronté avec une réclamation qui possédait la nationalité requise à chacune des deux dates critiques, mais qui, entre ces deux dates, avait perdu ou réacquis une telle nationalité.

Dans *Phelps, Assignee, v. McDonald*, 99 U.S. Supreme Court 298 (1879), McDonald, ressortissant britannique domicilié aux Etats-Unis, fut déclaré en faillite en 1868, et ses biens furent vendus au profit de ses créanciers. L'un de ces biens, une réclamation potentielle contre les Etats-Unis, à raison de perte et dommage causés par les autorités militaires américaines pendant la guerre civile, fut catalogué comme « worthless » dans le bilan de ses biens. Dans la vente de faillite, McDonald, par l'intermédiaire d'un agent, paya 20 dollars pour racheter la réclamation pour lui-même. Par la suite, il fit valoir sa réclamation devant la Commission anglo-américaine de réclamations de la guerre civile (the British-American Civil War Claims Commission), instituée au titre de l'Article XII du Traité de Washington du 8 mai 1871, qui lui attribua 197.190 dollars. (Claim No. 52, jugée le 25 septembre 1873; Hale's Report pp. 54-55, 182.) Phelps, cessionnaire dans la faillite (assignee in bankruptcy), intenta une action contre McDonald en vue de recou-

vrer, pour les créanciers de ce dernier, la somme résultant de la sentence, et la Cour Suprême des Etats-Unis rendit un arrêt en sa faveur. La réclamation était britannique à la date du dommage et à la date de sa présentation au tribunal international, en dépit du fait qu'une cession et un rachat étaient intervenus entre-temps. Ni la Cour Suprême des Etats-Unis, ni le tribunal international ne semblent avoir pris en considération la question de savoir si le droit international avait établi une règle en ce qui concerne la continuité de la nationalité de la réclamation.

Dans l'affaire *Petit*, présentée devant la Commission mixte franco-américaine de réclamation instituée au titre de la Convention du 15 janvier 1880, Petit, ressortissant français, qui avait subi des dommages causés par les autorités américaines en 1863, acquit la nationalité américaine par voie de naturalisation en 1868, retourna en France en 1870, avec sa famille, pour y reprendre sa nationalité française, présenta sa réclamation à la Commission mixte en 1881 et, ultérieurement, au cours de l'année 1881, fut formellement réintégré dans la nationalité française. La Commission rendit une sentence en sa faveur, contre les Etats-Unis. La Commission qui, d'après l'Agent américain Boutwell, estima que le retour en France du réclamant, en 1870, était décisif en ce qui concernait la réacquisition de la nationalité française, ne semble pas avoir considéré que la rupture dans la continuité de la réclamation présentait un problème particulier. (Boutwell's Report, pp. 81-82.)¹

Dans l'affaire *Benchiton*, soumise au Juge Max Huber dans le cadre de l'affaire des *Dommages causés aux ressortissants britanniques dans la Zone espagnole du Maroc* (1925), la réclamation contre l'Espagne fut déclarée irrecevable, parce que le

¹ J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (rev. ed., 1926), p. 188, considère l'affaire Petit comme « absolutely unique » et peu fondée.

réclamant avait cessé d'être un *protégé* britannique, et que la réclamation ne possédait plus dès lors la nationalité de l'Etat requérant au moment de sa présentation. Bien que ce fût là, à strictement parler, la seule question soumise à sa décision, le Juge Huber fit observer :

C'est un principe bien établi de la jurisprudence internationale qu'une Réclamation doit être nationale du point de vue de l'Etat demandeur dès l'origine jusqu'à sa présentation comme Réclamation de droit international. Par présentation, il faut comprendre, non seulement la première présentation par la voie diplomatique, mais la totalité des actes par lesquels la Réclamation est soutenue sur la base du droit international. Il en résulte que le caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement, ou tout au moins jusqu'à la clôture des débats. (*Recueil des sentences arbitrales*, II, p. 706.)

Il paraît tout à fait probable que dans la plupart des affaires qui aboutirent à une sentence rendue en faveur du réclamant, la réclamation a été nationale de façon continue dès l'origine jusqu'à sa présentation; et il se peut qu'il n'y ait aucune raison décisive pour se questionner sur la règle de la continuité de la nationalité. Il faudra normalement entendre par là que la réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à chacune des deux dates critiques : origine et présentation.

IV. La nationalité des réclamations est-elle soumise à la théorie du lien ?

Si une réclamation internationale remplit les conditions requises, c'est-à-dire si elle possède la nationalité de l'Etat requérant dès l'origine jusqu'à la date de sa présentation, peut-on admettre que sa recevabilité puisse être mise en échec en raison du fait que l'exercice de la protection diplomatique ne peut se baser sur une telle nationalité, lorsqu'on estime que la

nationalité conférée n'est pas « l'expression juridique exacte d'un fait social » liant de façon étroite l'individu réclamant à l'Etat dont il possède la nationalité?

C'est la Cour internationale de Justice qui, lors de son jugement du 6 janvier 1955 ¹ dans l'affaire *Nottebohm*, a établi cette rupture entre la protection diplomatique et la nationalité, dans un arrêt dont le bien-fondé a été l'objet de critiques inhabituellement vives ² — et particulièrement dans les opinions dissidentes convaincantes des Juges Helge Klaestad, John Read et du Juge *ad hoc* Paul Guggenheim.

Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour déclara irrecevable une réclamation présentée par le Liechtenstein, en faveur d'un de ses ressortissants, contre le Guatemala, bien que le réclamant eût possédé la nationalité liechtensteinoise dès les dates des dommages dont il se plaignait, et de façon continue, par la suite, jusqu'à la date de la présentation de la réclamation, et à celle de la décision. Nottebohm avait acquis la nationalité liechtensteinoise en 1939; les préjudices dont il se plaignait avaient commencé par son arrestation, sa détention et son expulsion du Guatemala en 1943, suivies de la saisie et de la rétention de ses vastes biens au Guatemala au début de 1944 et continuant encore bien après qu'il eut élu domicile au Liechtenstein, en 1946. Le Liechtenstein, qui faisait valoir la réclamation en son nom contre le Guatemala, présenta sa requête à la Cour le 17 décembre 1951, c'est-à-dire douze ans après que Nottebohm eut acquis la nationalité liechtensteinoise, et — si ce fait est pertinent — cinq ans après qu'il eut élu domicile de façon permanente au Liechtenstein.

L'avocat du Guatemala mit en question la validité de la naturalisation de Nottebohm en vertu des dispositions de la

¹ C.I.J., *Recueil*, 1955, p. 4.

² Cf., Josef L. Kunz, « The Nottebohm Judgment », 54 A.J.I.L., p. 536 (1960), et les ouvrages qui y sont cités.

loi liechtensteinoise et développa la thèse de l'abus de droit pour prouver qu'en conférant sa nationalité à Nottebohm, le Liechtenstein avait violé le droit international¹. Le Guatemala, pour prouver que Nottebohm n'avait jamais *acquis* valablement la nationalité liechtensteinoise, c'est-à-dire qu'il n'était pas un national de l'Etat requérant, fit valoir une prétendue absence d'intention véritable, chez Nottebohm, d'établir un lien durable avec le Liechtenstein. Mais aucun argument n'était développé en vue d'isoler la protection diplomatique des conditions qu'elle requiert habituellement en ce qui concerne la nationalité des réclamations, de même qu'aucun argument ne venait appuyer la thèse selon laquelle il conviendrait de limiter le droit d'un Etat de protéger ses nationaux à ceux de ses nationaux qui s'identifient à lui de la manière la plus étroite, au-dessus et au-delà du lien juridique de nationalité.

Le Juge Klaestad, dans son Opinion dissidente, résuma la question de la façon suivante:

The present Judgment does not decide the question in dispute between the Parties, whether the naturalization granted to Mr. Nottebohm was valid or invalid either under the national law of Liechtenstein or under international law. Leaving this question open, it decides that the Government of Liechtenstein is not, under international law, entitled to extend its protection to him as against Guatemala.

A solution upon these lines—severance of diplomatic protection from the question of nationality, and restriction of the right of protection—was never invoked by the Government of Guatemala, nor discussed by the Government of Liechtenstein. It does not conform with the argument and evidence which the Parties have submitted to the Court, and the Government of Liechtenstein has had no occasion to define its attitude and prove its eventual contentions with regard to this solution, whereby its claim is now dismissed².

¹ Cf., surtout, la Duplique de M. Rolin, 7 et 8 mars 1955. *C.I.J. Plaidoiries, Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, II, pp. 405 ss.

² *C.I.J. Recueil*, 1955, p. 30. (Trad.: c'est le texte anglais qui fait foi.)

(Trad. française:

L'arrêt actuel ne décide pas la question, en litige entre les parties, de savoir si la naturalisation consentie à M. Nottebohm était valable ou non valable, soit selon le droit interne du Liechtenstein, soit selon le droit international. Laissant cette question entière, il décide que le Gouvernement du Liechtenstein n'est pas fondé en droit international à étendre sa protection à M. Nottebohm contre le Guatemala.

Une solution sur une telle base — dissociation de la protection diplomatique de la question de nationalité, et limitation du droit de protection — n'a jamais été invoquée par le Gouvernement du Guatemala, ni discutée par le Gouvernement du Liechtenstein. Elle n'est conforme ni à l'argumentation ni aux preuves que les Parties ont présentées à la Cour, et le Gouvernement du Liechtenstein n'a pas eu l'occasion de définir son attitude et de prouver les allégations qu'il aurait dû faire valoir le cas échéant à propos de cette solution, par laquelle sa réclamation est aujourd'hui rejetée.)

De même, le Juge Read, examinant, dans son Opinion dissidente, la relation entre l'arrêt de la Cour et l'argumentation développée par les Parties dans la procédure tant écrite qu'orale,¹ fit observer que, bien que l'on ne fût pas, dans cette affaire, confronté avec un cas de double-nationalité:

It is noteworthy that, apart from the cases of double nationality, no instance has been cited to the Court in which a State has successfully refused to recognize that nationality, lawfully conferred and maintained, did not give rise to a right of diplomatic protection . . .²

Nationality and diplomatic protection are closely inter-related. The general rule of international law is that nationality gives rise to a right of diplomatic protection³.

(Trad. française:

Il y a lieu de noter qu'à part les cas de nationalité double, on n'a cité devant la Cour aucun exemple d'un Etat qui aurait refusé avec succès de reconnaître que la nationalité légalement conférée et conservée donnait lieu au droit de protection diplomatique . . .

¹ *C.I.J. Recueil*, 1955, p. 38.

² *Ibid.*, p. 42. (Trad.: c'est le texte anglais qui fait foi.)

³ *Ibid.*, p. 46.

Il existe une relation étroite entre la nationalité et la protection diplomatique. En droit international, il est généralement de règle que la nationalité donne lieu au droit de protection diplomatique.)

Les Juges Read et Guggenheim¹, ainsi que de nombreux commentateurs², ont fait ressortir l'insécurité qui résulterait, quant au droit de l'Etat d'exercer la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants, si l'examen objectif de l'existence d'un lien juridique de nationalité entre eux devait être remplacé par un examen basé sur des critères vagues et subjectifs, tels que « sincerity, fidelity, durability, lack of substantial connection »³, « création d'un centre d'intérêt économique dans le nouvel Etat », ou « intention de s'intégrer dans la communauté nationale »⁴.

Dans ces conditions, il peut paraître souhaitable que l'*Institut de Droit international* considère l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Nottebohm* comme se limitant purement à l'appréciation donnée par elle dans les circonstances particulières de l'espèce, sans avoir établi de principes susceptibles d'une application générale en ce qui concerne la nationalité des réclamations.

L'*American Law Institute*, dans son *Proposed Official Draft* du 3 mai 1962, visant à redéfinir *The Foreign Relations Law of the United States*, adopta à titre d'essai, sans commentaire détaillé et analytique, la position suivante:

§ 175. *Responsibility to the State of Nationality*

(1) The responsibility of a state for injury to an alien may be invoked by a state of which the alien is a national.

(2) The term « national » as used in this Part (§§ 168-219) means, with reference to a State,

¹ *C.I.J. Recueil*, 1955, (Juge *ad hoc* Guggenheim). Cf., ses observations aux pp. 62 ss.

² Cf. Kunz, *loc. cit.*

³ *C.I.J. Recueil*, 1955, p. 46 (Read).

⁴ *Ibid.* (Juge *ad hoc* Guggenheim), pp. 55-56.

(a) an individual who is a national of the State under the law of the State, provided such nationality is based on a genuine link between the state and the individual, or

(b) a corporation or other legal private entity organized under the law of the state.

Une proposition aussi peu réfléchie ne rencontre d'appui ni dans la pratique internationale des Etats, ni dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, bien que ses rédacteurs aient peut-être eu l'intention d'appliquer une règle dérivée de l'affaire *Nottebohm*.

V. Quelques décisions des Commissions nationales de réclamations rendues sur la base du droit international

A part les affaires *Phelps v. McDonald* et *Burthe v. Denis* — deux décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis dont on a surestimé la pertinence en ce qui concerne les aspects de droit international des réclamations internationales — et l'affaire *Sandoval*, toutes les décisions citées dans la partie précédente de ce rapport sont des décisions de tribunaux internationaux. Il convient maintenant de se rapporter à une autre partie du droit jurisprudentiel (case law), à savoir: les décisions des commissions entièrement nationales de réclamations, qui ont jugé sur la base du droit international.

En 1803 déjà, les Etats-Unis négocièrent avec la France un arrangement global (lump-sum settlement) pour les réclamations de ressortissants américains contre la France, et établirent une commission nationale de réclamations, chargée de distribuer la somme aux réclamants. Au cours des 160 années qui suivirent, les Etats-Unis mirent sur pied vingt commissions nationales de réclamations de ce type¹. Lillich fait observer:

¹ Voir Richard B. Lillich, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, p. 7 (Syracuse, N. Y., 1962).

The Commissions established by the United States to administer lump sum settlements may be national in character, but the law that they apply is generally international. The Department of State has acknowledged that « domestic tribunals adjudicating international settlements do not traditionally apply domestic law . . . The entire context of both settlement and distribution is in international law »¹.

C'est peut-être la raison pour laquelle Moore et Borchard ont cité les décisions des commissions nationales de réclamations sur un pied d'égalité avec les décisions des tribunaux internationaux, et que Lauterpacht a incorporé les affaires les plus récentes dans ses *International Law Reports*.

A de rares exceptions près, ces commissions nationales de réclamations ont suivi la règle traditionnelle du droit international qui stipule qu'une réclamation doit être nationale tant à l'origine qu'à la date de sa présentation. C'est ainsi que la Commission mexicaine de réclamations de 1848 (the 1848 Mexican Claims Commission) établie par les Etats-Unis² en exécution des Articles 13 et 14 du Traité du 2 février 1848, avec le Mexique, déclara

that no claim can be admitted as valid under the treaty which was not American in origin, and which has not retained its American character up to the time of its presentation to the Board . . . The same principle was adopted by the Commissioners appointed under the treaty of 4th of July 1831 with France; and it is believed that no Commission heretofore organized to adjust claims of citizens of the United States against any foreign Government has acted upon any other in determining the national character of claims³.

¹ R.B. Lillich, *International claims*, p. 71.

² Act of U.S. Congress, March 3, 1849, 9 Stat. L. 393. Pour un aperçu plus détaillé, voir J. B. Moore, *International Arbitrations*, II, pp. 1248-1286. et V, pp. 5181-5182.

³ Cité par Lillich, *op. cit.*, pp. 77-78 de l'original Ms. « Opinions: Commissioners on Claims Against Mexico », v. 2 aux pp. 529-530. Lillich note que Borchard (*Diplomatic Protection*, p. 665) et Sinclair (1950 B.Y.I.L., p. 127) ont mal lu l'affaire *Sandoval* dans Moore (*op. cit.*, III, p. 2323), devant cette

Sans vouloir citer toutes ces affaires, il convient cependant de mentionner ici quelques-unes des décisions plus récentes.

1. *The International Claims Commission of the United-States, 1949-1954*

(Commission internationale de réclamations des Etats-Unis, 1949-1954)

En vertu de l'Accord du 19 juillet 1948 sur les réclamations pécuniaires (Pecuniary Claims Agreement), entre la Yougoslavie et les Etats-Unis¹, le Gouvernement yougoslave accepta de payer aux Etats-Unis une somme globale (lump sum) destinée en partie à être distribuée « in full settlement and discharge of all claims of nationals of the United States against the Government of Yugoslavia on account of the nationalization and other taking by Yugoslavia of property and rights and interests in and with respect to property, which occurred between September 1, 1939 and the date hereof » (Art. 1); il était exigé que de telles réclamations fussent « with respect to property, which at the time of nationalization or other taking were: (A) Directly owned by an individual who at such time was a national of the United States . . . » (Art. 2); et (aux termes de l'Art. 3): « The claims of nationals of the United States to which reference is made in Article 1 of this Agreement do not include claims of individual nationals of the United States who did not possess such nationality at the time of the nationalization or other taking . . . »

Les Etats-Unis, en vue de la distribution de la somme acquise de la Yougoslavie, établirent, en vertu de l'*International Claims*

Commission, en soutenant que la propriété nationale (national ownership) de la réclamation au moment de la signature de l'Accord suffisait. *Ibid.*, p. 78.

¹ TIAS 1803; 89 UNTS 43. Signé et entré en vigueur le 19 juillet 1948.

Settlement Act de 1949¹, la Commission internationale de réclamations des Etats-Unis (The International Claims Commission of the United States), composée de trois nationaux américains, et compétente pour recevoir et juger les réclamations entrant dans le cadre de l'Accord conclu avec la Yougoslavie, ou de certains accords de réclamations (claims agreements) conclus par la suite avec des gouvernements étrangers. Au titre de la Section 4 (a) de cette loi, il était stipulé :

In the decision of claims under this Act, the Commission shall apply the following in the following order: (1) The provisions of the applicable claims agreement as provided in this subsection; and (2) the applicable principles of international law, justice, and equity².

Dans l'affaire *Moore* (Decision 2), la Commission internationale de réclamations des Etats-Unis appliqua ces dispositions pour déclarer irrecevable une réclamation non nationale à l'origine, parce que le réclamant n'était pas un ressortissant américain au cours de la période allant de 1939 au 19 juillet 1948. La Commission déclara notamment :

This claimant not being a national of the United States during this specified period of time, cannot assert a claim against the fund created

¹ 64 Stat. 12 (1949). En vertu d'une législation ultérieure, 68 Stat. 1279 (1954), la Commission internationale de réclamations des Etats-Unis et la Commission des réclamations de guerre (War Claims Commission) furent remplacées par une autre commission nationale, désignée sous le nom de *Foreign Claims Settlement Commission of the United States*, ayant des fonctions et compétence identiques. Les documents et quelques-unes des décisions de ces commissions se trouvent reproduits dans *Settlement of Claims by the Foreign Claims Settlement Commission of the United States and Its Predecessors from September 14, 1949 to March 31, 1955*, Government Printing Office, Washington, 1955. (Citée ci-après sous l'appellation *Settlement of Claims, 1949-1955*.) Voir aussi Zvonko R. Rode, « The International Claims Commission of the United States », 47 *A.J.I.L.* p. 615 (1953).

² *Settlement of Claims, 1949-1955*, pp. 246-247.

by the Yugoslav Claims Agreement of 1948. This limitation expressed in the Yugoslav Claims Agreement of 1949 conforms with international law and practice that an injury to an individual is an injury to the state of which he is a national. Thus, the nationalization or other taking of the property of a person who is not a citizen of the United States at the time of such taking could not constitute an injury to the United States warranting it to intervene on his behalf.¹

Les réclamations de *Sturm* (682)², *Mell* (875)³, *Janus* (377)⁴, *Klobschauer* (1119)⁵ et *Grill* (1219)⁶ furent également déclarées irrecevables, en raison de l'absence de nationalité américaine à l'origine (in point of origin). Dans l'affaire *Grill*, la Commission conclut à l'absence de nationalité américaine, au moment de la saisie des biens par la Yougoslavie, de par l'effet d'une loi américaine aux termes de laquelle un citoyen américain né aux Etats-Unis était privé de sa nationalité, ayant servi dans l'armée austro-hongroise de 1913 à 1918. Dans l'affaire *Popov* (1261)⁷, une réclamation résultant d'une cession effectuée par une personne qui ne possédait pas la nationalité américaine à la date de la saisie des biens par la Yougoslavie, fut déclarée irrecevable, parce qu'elle n'était pas nationale à l'origine (in point of origin). Dans l'affaire *Schroif* (1342), la même Commission rejeta la réclamation, bien que la preuve de la saisie des biens, et, au cas où elle aurait eu lieu, de la date de cette saisie, ne lui eût pas été apportée, parce que le réclamant, qui avait perdu sa nationalité américaine par l'effet de la loi, faisait valoir une réclamation qui « was not owned by an Ameri-

¹ *Settlement of Claims, 1949-1955*, p. 40; 1953, *International Law Reports*, p. 229.

² *Ibid.*, p. 40.

³ *Ibid.*, p. 51.

⁴ *Ibid.*, p. 138.

⁵ *Ibid.*, p. 140.

⁶ *Ibid.*, p. 141.

⁷ *Ibid.*, p. 50.

can national, at least on July 19, 1948, the date the Yugoslav Claims Agreement of 1948 was signed »¹.

Deux décisions de la Commission internationale de réclamations des Etats-Unis, se rapportant à l'affaire *Eschauzier* ainsi qu'aux *dicta* d'autres affaires, déclarèrent sans équivoque que des réclamations étaient irrecevables en raison de l'absence de continuité de la nationalité à partir de la date du dommage jusqu'à — dans les affaires considérées — la date de l'entrée en vigueur du *United States-Yugoslav Claims Settlement Agreement*. Dans l'affaire *Kren* (1171)², le préjudice avait été subi par un ressortissant des Etats-Unis et la réclamation avait été présentée par sa veuve, citoyenne des Etats-Unis, qui n'avait acquis la nationalité américaine que le 13 décembre 1948. La Commission déclara notamment:

Since Magdalena Kren was not a citizen of the United States on April 21, 1948 (the date of her husband's death), the question presented is whether she is eligible to receive an award under the Yugoslav Claims Agreement of July 19, 1948, in view of the fact that the claim herein lacked continuity of American citizenship from the date of the taking of the property by the Government of Yugoslavia (February 6, 1945) to the date the agreement was signed (July 19, 1948).

The Agreement is not definite as to whether a non-national of the United States who does not acquire United States nationality until subsequent to the signature of the agreement of July 19, 1948, but who succeeds to a claim prior to that time which was owned by a national of the United States at the time of its origin, shall be eligible for compensation under the agreement.

In order to resolve this question it is, therefore, necessary to look at the negotiations leading up to the agreement, the International Claims Settlement Act of 1949, and any other available data. The Commission obtains no assistance from the history of the negotiations. The International Claims Settlement Act of 1949 provides in Section 4 (a) that in deciding claims, the Commission shall apply « (1) the provisions of the

¹ *Settlement of claims, 1949-1955*, pp. 138-139.

² *Ibid.*, pp. 46-48; 1953 *International Law Reports*, p. 233.

applicable claims agreement as provided in this sub-section; and (2) the applicable principles of international law, justice and equity ». Thus, the Commission feels impelled to follow « the applicable principles of international law » in deciding this question.

It is a well settled principle of international law that to justify diplomatic espousal, a claim must be national in origin; that it must, in its inception, belong to those to whom the state owes protection and from whom it is owed allegiance (Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, p. 666). Further, although the national character will attach to a claim belonging to a citizen of a state at its inception, the claim ordinarily must continue to be national at the time of its presentation, by the weight of authority (Borchard, *supra*, p. 666) and there is a general agreement that it have a continuity of nationality until it is filed (Feller, *The Mexican Claims Commissions*, p. 96)¹. That it must continue its national character until its settlement or decision will also be shown by cases cited subsequently . . .

Après avoir cité d'autres autorités, la Commission rejeta la réclamation pour les raisons suivantes :

The instant claim lost its American nationality upon the death of Joseph Kren on April 21, 1948, and thereafter was impressed with the nationality of a non-citizen of The United States. It is clear, then, that

¹ *Note du rapporteur* : Le passage cité de l'ouvrage de A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934* (1935), p. 96, dit notamment :

« Until recently, there was little doubt that an award could not be rendered on a claim which had not remained a national one from the time of origin to the time of presentation [referring to citations in Borchard « The Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality », 43 *Yale Law Journal*, p. 359 (1934), which repeats his citations in *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge*, I, pp. 282 ss.] Of recent years some attempt has been made to overthrow this rule and permit a claim to be advanced on behalf of a person who had changed his nationality subsequent to the inception of the claim. [Citing Oslo Session of the *Institut* (1932), for which see below, pp. 108 ss.] The Mexican Claims Commissions followed the traditional rule without deviation. The rule is implicit in the provision in all the Rules of Procedures requiring the nationality of the owner or owners of the claim from the time of origin to the date of filing to be set forth in the memorial. »

under the policy of the United States this claim would not be espoused by it against Yugoslavia. Further, there is ample authority under the decisions of international tribunals that a claim must have a continuous national character from the date of its origin to the date of settlement.

We are satisfied that the negotiators of the agreement of July 19, 1948, between the Governments of the United States and Yugoslavia, were aware of the policy of the United States Government and established principles of international law and had they desired to depart from them they would have inserted appropriate provisions in the agreement. Since they did not, we conclude that a claim to be within the jurisdiction of this Commission must be owned by American nationals from the date the claim arose to the date the Agreement was signed.

Dans l'affaire *Bogovic* (857)¹, la même Commission décida que dix-sept réclamants, tous ressortissants yougoslaves domiciliés en Yougoslavie, n'avaient pas qualité pour présenter une réclamation en tant qu'héritiers de Thomas Bogovic, ressortissant américain, dont les biens avaient été saisis par le Gouvernement yougoslave, soit avant, soit après sa mort, survenue le 27 mai 1947. C'est parce que la réclamation était en partie nationale à l'origine que la Commission se demanda, peut-être inutilement « whether Yugoslav citizens who acquire a right or interest in property which was owned by an American national at the time it was taken shall be compensated ». Estimant l'Accord américano-yougoslave « not definite » sur ce point, la Commission se sentit « impelled to follow 'the applicable principles of international law' in deciding this question » et répéta *verbatim et literatim* son opinion dans l'affaire *Kren*, ci-dessus citée, en déclarant que la réclamation ne remplissait pas la condition de continuité de la nationalité, telle qu'elle était requise tant par la pratique américaine que par le droit international.

¹ *Settlement of Claims, 1949-1955*, pp. 55-58, 135-138; 1954 *International Law Reports*, p. 156.

Dans la réclamation *Halwax* (1057)¹, la Commission statua, en raison du manque de continuité de la nationalité de la réclamation entre la date du dommage et la date de l'Accord conclu en 1948 avec la Yougoslavie, que cette réclamation était irrecevable, parce que si la perte de ses biens avait été effectivement subie par un ressortissant américain, ce dernier avait perdu la nationalité américaine, par l'effet de la loi, avant la date de cet Accord.

L'affaire *Straub* (1405)², devant cette Commission, comprenait des réclamations présentées par l'administrateur de deux successions. Les deux réclamations avaient été nationales à l'origine et à la date de la conclusion de l'Accord de 1948, mais elles n'étaient plus entièrement nationales à la date de leur présentation, parce que, dans l'un et l'autre cas, l'un des héritiers était un étranger. La Commission, adjugeant ces réclamations, fit observer:

We are of the view that since the decedents were citizens of the United States at the time their property was taken (February 6, 1945), and citizens and residents of the United States at the time the agreement was signed (July 19, 1948), that their claim has met the nationality requirement of the agreement. We are aware that there is international legal precedent to the effect that a claim must be national from the date of origin to the date of settlement. The agreement with Yugoslavia provided for the settlement of claims involving many thousands of persons. More than six years have already elapsed since the agreement was signed. In the interim several hundreds of claimants (including original claimants and their successors) have died. If a claim has once been completely documented, the Commission would not, in most instances, have knowledge of the deaths of persons who had an interest in the claim. If it had to reinvestigate this aspect of each claim and require proof of death, succession, and nationality, it would be faced with a continuing and ever increasing burden which would tend to defeat the primary purpose of the agreement, i.e., the prompt payment of effective compensation for the

¹ *Settlement of Claims, 1949-1955*, p. 58.

² *Ibid.*, p. 21; 1953 *International Law Reports*, p. 228.

taking of property. This added burden upon the Commission would increase the cost of determining claims and, since the expenses of the Commission are deducted from awards, the end result would be a diminution of all awards. As the Commission is not in a position to undertake this additional burden with respect to all claims, it would be inequitable to deny this claim, and one or two like it, because it happens to have knowledge that some of the persons who share in the award are not citizens of the United States. This claim will, therefore, be allowed.

Il peut être conclu de l'examen des décisions de la Commission internationale de réclamations des Etats-Unis, qu'elle a appliqué de façon uniforme — comme le stipulaient aussi bien l'Accord américano-yougoslave de 1948 que les principes du droit international — la règle qu'une réclamation doit être nationale à l'origine.

Bien que la Commission se rapportât fréquemment à la règle du « droit international » qu'une réclamation doit rester continuellement nationale de la date du dommage à celle de « its settlement or decision », elle considéra que son mandat — déterminé par l'Accord de 1948 et la loi de 1949 qui fixait sa compétence — autorisait une exception au principe général du droit international, applicable par ailleurs, en venant limiter l'effet de la règle de la continuité de la nationalité, de la date du dommage jusqu'à la date de la conclusion de l'Accord de 1948. C'est la raison pour laquelle la Commission considéra que la date de la présentation de la réclamation était sans pertinence et qu'elle refusa de déclarer irrecevables les réclamations dont la nationalité avait changé après la date de l'Accord de 1948 avec la Yougoslavie.

2. The Foreign Claims Settlement Commission of the United States, 1954

La Foreign Claims Settlement Commission of the United States (Commission des Etats-Unis pour le règlement des réclamations étrangères) est une commission nationale de

réclamations créée en 1954, en remplacement de l'*International Claims Commission of the United States*, pour recevoir et juger les réclamations relatives à la distribution de fonds obtenus par différents *lump sum claims settlements* conclus entre les Etats-Unis et d'autres Etats ¹. Dans ses nombreuses décisions, la Commission a suivi de façon constante les règles applicables du droit international relatives, *inter alia*, à la nationalité des réclamations ², sauf lorsque les textes juridiques établissant sa compétence exigeaient d'elle qu'elle s'écartât de ces règles. De telles variations par rapport à la règle du droit international se rencontrent dans certaines des dispositions législatives relatives aux réclamations de ressortissants américains contre la Bulgarie, la Hongrie, la Roumanie et l'Italie.

Au titre de la *Section 303 de l'International Claims Settlement Act de 1949*, modifié en 1955 ³:

¹ Voir les semestriels *Reports of the Foreign Claims Settlement Commission to the U.S. Congress*; quinze de ces *Reports* ont paru entre 1954 et 1961 (U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.). Ces *Reports* seront mentionnés ici sous l'abréviation *FCSC*.

² En plus des cas examinés dans le cadre de cette section, il convient de noter que la Commission a, de façon constante, déclaré irrecevables des réclamations présentées par des individus qui n'avaient jamais possédé la nationalité américaine (*Kosolapoff claim*, Decision No. BUL-7, 1957, *FCSC*, 10th Report, 1959, p. 13; *Romasew*, SOV-240, 1956, *ibid.*, p. 177; *Svestka*, Pilot Decision No. CZ-4, 1959, *FCSC*, 14th Report, 1961, p. 107); qui n'étaient que des déclarants, et non des ressortissants (*Zakrzewski*, Pilot Decision No. PO-3, 1961, *ibid.*, p. 198; *Szunyogh*, HUNG-333, 1957, *ibid.*, 10th Report, 1959, p. 34); qui avaient perdu la nationalité américaine par l'effet de la loi (*Kezdy-Reich*, HUNG-1143, 1958, *ibid.*, p. 52); ou lorsque les bénéficiaires ne possédaient pas la nationalité des Etats-Unis aux dates requises (*American Security and Trust Co.* (pour Jeansen), HUNG-51, 1957, *ibid.*, p. 32; *Chase National Bank* (pour von Luttichau), HUNG-533, 1957, *ibid.*, p. 36) ou de façon continue (*Hanover Bank* (pour Speyer) BUL-115, 1957, *ibid.*, p. 16).

³ 69 Stat. 572 (August 9, 1955); 22 U.S.C. § 1641b; réimprimé dans *FCSC*, 14th Report, 1961, p. 49.

Sec. 303. The Commission shall receive and determine in accordance with applicable substantive law, including international law, the validity and amounts of claims of nationals of the United States against the Governments of Bulgaria, Hungary, and Rumania, or any of them, arising out of the failure to—

(1) restore or pay compensation for property of nationals of the United States as required by article 23 of the treaty of peace with Bulgaria, articles 26 and 27 of the treaty of peace with Hungary, and articles 24 and 25 of the treaty of peace with Rumania . . .

(2) pay effective compensation for the nationalization, compulsory liquidation, or other taking, prior to the effective date of this title [August 9, 1955], of property of nationals of the United States in Bulgaria, Hungary and Rumania; and

(3) meet the obligations expressed in currency of the United States arising out of contractual or other rights acquired by nationals of the United States prior to April 24, 1941, in the case of Bulgaria, and prior to September 1, 1939, in the case of Hungary and Rumania, and which became payable prior to September 15, 1947.

En statuant sur les réclamations en vertu de l'alinéa 1 de la *Section 303*, la Commission soutint, dans l'affaire *Hoffman* (Décision No. RUM-153, 1957)¹ que le Congrès avait modifié la « well-settled rule of international law which requires ownership of a claim by a national or nationals of the espousing nation continuously from its inception » (dans le cas particulier, juillet 1944, date du dommage) en autorisant des individus qui avaient acquis la nationalité américaine à une date ultérieure (ici, le 12 septembre 1944, date de l'armistice avec la Roumanie). Etant donné que le réclamant n'avait pas acquis la nationalité américaine avant 1953, sa réclamation fut rejetée.

Il fut également soutenu que l'alinéa 3 de la *Section 303* s'était écarté de la règle traditionnelle en fixant la condition que le réclamant devait prouver qu'il possédait la nationalité amé-

¹ *FCSC, 10th Report, 1959*, p. 104. Voir aussi l'affaire *Factor* (RUM-30, 1957), *ibid.*, pp. 99-104.

ricaine bien avant la date de la perte ou du préjudice. C'est ainsi que la Commission décida, dans la réclamation de *Hedwiga Geller* (HUNG-36, 1957)¹, que les termes employés par la *Section 303 (3)* exigeaient que l'on rejetât une réclamation présentée par une personne qui, bien qu'elle eût acquis la nationalité américaine en 1944, c'est-à-dire avant la date du dommage (1947), n'était pas encore une ressortissante américaine au moment où elle était devenue propriétaire des obligations (bonds), avant le 1^{er} septembre 1939. Le Commissionnaire Henry J. Clay, dissident, estima que les dispositions de la *Section 303 (3)* auraient fort bien pu être conciliées avec la règle traditionnelle du droit international. Lillich et Christenson critiquent pour leur part les écarts qu'impliquent, par rapport au droit international, les alinéas (1) et (3) de la *Section 303*, en tant qu'ils résultent d'un « ambiguous statute », et ils considèrent les décisions citées « as unique opinions having little effect on the traditional rule »².

En revanche, en jugeant les réclamations conformément à l'alinéa (2) de la *Section 303*, la Commission suivit de façon uniforme la règle du droit international aux termes de laquelle une réclamation est irrecevable si elle n'est pas nationale à l'origine (in point of origin). C'est ainsi que dans la réclamation de *Catherine von Habsburg-Lorraine* contre le *Hungarian Claims Fund* (Décision No. HUNG-2, 1956)³, la Commission rejeta la réclamation, basée sur la nationalisation de ses biens par la Hongrie entre 1945 et 1949, en raison du fait que la réclamante n'avait pas acquis la nationalité américaine jusqu'au 3 mai 1955.

¹ FCSC, 10th Report, 1959, pp. 37-40. Voir aussi la réclamation *Gould* (BUL- 20, 1957), *ibid.*, p. 13.

² Richard B. Lillich et Gordon A. Christenson, *International Claims: Their Preparation and Presentation*, p. 10 (Syracuse, 1962); Lillich, *op. cit.*, p. 82.

³ FCSC, 10th Report, 1959, p. 27.

La Commission fit notamment observer:

Under well established principles of international law, in order for a claim to be compensable, the property upon which the claim is based must have been owned by a national or nationals of the United States at the time of loss and the claim must have been continuously owned by a United States national or nationals thereafter.

L'application de la même règle motiva le rejet des réclamations de *McVicker* (HUNG-710, 1958)¹, *Helbig* (HUNG-941, 1958)², *Rohrbacher* (HUNG-1546, 1958)³ et de *Rothermann* (HUNG-1889, 1959)⁴, la Commission refusant, dans cette dernière affaire

to depart from the historically accepted principle of international law, as interpreted by our Government, that the espousal of claims of its nationals against foreign governments depends upon the property having been owned by a national of the United States at the time of nationalization, expropriation or other taking and continuously thereafter.

Réciproquement, dans l'affaire *Lustgarten* (RUM-434 (A), 1959)⁵, une réclamation, nationale à l'origine et de façon continue, fut admise, après que le réclamant eut vaincu les objections visant sa nationalité.

C'est le même principe du droit international qui fut appliqué pour rejeter, dans l'affaire *Heitmann* (SOV-226, 1956)⁶ une réclamation qui n'était pas nationale à l'origine, en vertu de la *Section 305 (a) (2)* de l'*Act*, amendé, qui autorisait la Commission à juger « in accordance with applicable substantive

¹ *FCSC, 10th Report, 1959*, p. 44.

² *Ibid.*, p. 51.

³ *Ibid.*, p. 57.

⁴ *Ibid.*, p. 85.

⁵ *Ibid.*, p. 119.

⁶ *Ibid.*, p. 176.

law, including international law » certaines « claims, arising prior to November 16, 1933, of nationals of the United States against the Soviet Government ». La Commission déclara:

Under a well-established principle of international law, a claim must be owned by a national of the United States (not necessarily the same one) at the time it arose and continuously thereafter . . .

. . . the claimant acquired the securities on which this claim is based subsequent to the date the claim arose and prior to the time claimant allegedly became a national of the United States.

Accordingly, the Commission finds that the claim was not continuously owned by a United States national and is, therefore, denied.

Voir également les affaires *Bryant* (SOV-1349, 1957)¹, *Green* (SOV-1189, 1957)², et *Hoague* (SOV-891-a, 1959)³.

La Commission, en vertu d'un amendement apporté en 1958 à l'*Act* de 1949⁴, fut autorisée, au titre de la *Section 404*, à « determine in accordance with substantive law, including international law,—the validity and amount » de certaines « claims by nationals of the United States against the Government of Czechoslovakia for losses resulting from the nationalization or other taking on or after January 1, 1945, of property including any rights or interests therein owned at the time by nationals of the United States ». La *Section 405* disposait:

Sec. 405. A claim under section 404 of this title shall not be allowed unless the property upon which the claim is based was owned by a national of the United States on the date of nationalization or other taking thereof and unless the claim has been held by a national of the United States continuously thereafter until the date of filing with the Commission.

¹ FCSC, *10th Report*, 1959, p. 204.

² *Ibid.*, p. 205.

³ *Ibid.*, p. 222.

⁴ 72 Stat. 527 (August 8, 1958); 22 U.S.C. §§ 1642 c and d; FCSC, *14th Report*, 1961, p. 55.

Dans l'affaire *Mia Foster* (Pilot Decision No. CZ-1, 1959)¹, la Commission, jugeant que la réclamante n'avait pas acquis la nationalité américaine jusqu'en 1952, alors que le préjudice dont elle se plaignait consistait en une nationalisation de ses biens par la Tchécoslovaquie en 1948, rejeta la réclamation parce qu'elle n'était pas « owned by a United States national on the date of the nationalization » de ses biens. Voir aussi l'affaire *Kokes* (CZ-85, 1960)², où les réclamants cherchèrent à écarter l'application de la règle en avançant que leur réclamation n'était pas basée sur la saisie de leurs biens par la Tchécoslovaquie en 1948, c'est-à-dire préalablement à leur acquisition de la nationalité américaine en 1954 et 1955, mais sur la « recording of ownership » entreprise par la Tchécoslovaquie en 1956, ultérieurement à leur acquisition de la nationalité américaine. La Commission, rejetant cette réclamation comme n'étant pas nationale à l'origine, fit observer qu'elle avait soutenu de façon constante « that it is the physical act of taking of property and not the formality of recordation of title which constitutes such taking ».

Les réclamations de ressortissants américains contre l'Italie donnèrent à la *Foreign Claims Settlement Commission* l'occasion d'énoncer de façon très explicite ses vues sur les règles du droit international relatives à la nationalité des réclamations. La *Section 304* de l'*International Claims Settlement Act* de 1949, amendé³, disposait :

Sec. 304. The Commission shall receive and determine in accordance with the Memorandum of Understanding and applicable substantive law, including international law, the validity and amount of claims of nationals of the United States against the Government of Italy arising

¹ *FCSC, 14th Report, 1961*, p. 105.

² *Ibid.*, p. 139.

³ 69 Stat. 572 (August 9, 1955); 22 U.S.C. § 1641c; *FCSC 14th Report, 1961*, p. 49.

out of the war in which Italy was engaged from June 10, 1940, to September 15, 1947, and with respect to which provision was not made in the treaty of peace with Italy.

Le 13 décembre 1956, la Commission rejeta la réclamation de *Leonidas Panoutsos* (IT-11) ¹, présentée contre le Gouvernement italien en vertu de la *Section 304*, en raison du fait que « claimant was not a national of the United States at the time the loss or damage to his property occurred », et fit observer:

Under a well established principle of international law, eligibility for compensation requires that the property which was the subject of damage or loss *must have been owned by a United States national at the time the damage or loss occurred* and that the claim arising as a result of such damage or loss, must have been continuously owned thereafter by a United States national or nationals ².

Dans une note ajoutée à l'arrêt, la Commission fit remarquer que pour aboutir à cette conclusion, elle avait suivi sa propre *Panel Opinion No. 35* du 16 août 1956, qui disait notamment:

It is the conclusion of the panel, therefore, that the nationality requirements of claims filed under Section 304 . . . shall be determined under the rules of international law that the claim must have been owned by a national of the United States from the date the claim arose, continuously, *until the date of settlement* ³.

Réexaminant cette question, la Commission

determined that it was necessary to show only that the claims were owned by nationals of the United States continuously from the dates of loss *until the dates of filing of the claims rather than the dates of settlement* ³.

A la requête du réclamant Panoutsos, la Commission accorda une réouverture des débats (rehearing), et, en 1957, confirma sa

¹ *FCSC, 10th Report, 1959*, pp. 133-136.

² C'est la Commission qui souligne.

³ *Ibid.*, p. 134. C'est le rapporteur qui souligne.

décision antérieure dans une *Supplemental Decision*, soigneusement élaborée avec des citations de droit international. Déclarant qu'elle avait jugé les affaires qui lui étaient soumises conformément à la volonté exprimée par le législateur, à savoir: qu'elle devait appliquer le droit international, la Commission s'en référait au *Report No. 1050* du 20 juillet 1955, du *Senate Committee on Foreign Relations on H.R. 6382*, où il était déclaré:

The general principle controlling the eligibility of a natural person to file a claim against another government is the familiar rule of international law that such a claim must be continuously owned by a national of the claimant State from the time the claim arose until the date of its presentation. This principle is followed in the bill as it passed the House with respect to the Russian and Italian claims, as well as for claims based on nationalization and compulsory liquidation of property in the territory of Bulgaria, Hungary and Rumania ¹.

La Commission suivit sa décision rendue dans l'affaire *Panoutsos* dans les affaires *Yankopoulos* (IT-275, 1957) ², *Camaras* (IT-179, 1957) ³, et beaucoup d'autres. Néanmoins, lorsqu'il s'avéra qu'il subsisterait un solde dans le Fonds de réclamations italien (Italian Claims Fund), après avoir rendu des décisions en faveur des ressortissants américains qui possédaient des réclamations valables en vertu des règles du droit international, le Congrès américain décida d'amender la *Section 304* en en éliminant la condition qu'une réclamation doit être nationale à l'origine. La *Section 304*, amendée le 8 août 1958,

¹ 84th Congress, 1st Session, Report No. 1050, p. 8. Voir aussi *FCSC, 10th Report, 1959*, pp. 135, 177. H.R. 6382 qui est devenu: 69 Stat. 572, cité ci-dessus.

² *FCSC, 10th Report, 1959, p. 145*. Après que le *Congress* eut amendé la *Section 304* en 1958, les sentences arbitrales furent rendues sur la base des textes législatifs amendés tant dans l'affaire *Panoutsos* que dans l'affaire *Yankopoulos*. Voir ci-dessous, pp. 98 ss.

³ *Ibid.*, p. 138.

autorisa la Commission à recevoir des réclamations « under this section by any natural person who was a citizen of the United States on the date of enactment of this title »¹, c'est-à-dire le 9 août 1955, bien des années après la date des dommages qui furent à la base de ces réclamations.

Dans la décision qu'elle rendit dans l'affaire *Petes Allen* (IT) 81-2, 1959)², la *Foreign Claims Settlement Commission* fit clairement connaître son opinion que l'amendement apporté à la *Section 304* représentait un écart par rapport au droit international. Allen avait subi des dommages causés à ses biens, en Grèce, à la suite des opérations militaires italiennes en 1943. Sa réclamation avait été rejetée par la Commission, en vertu de la *Section 304* originale, non-amendée, parce qu'elle n'appartenait pas à un ressortissant américain à la date du dommage. Vu qu'Allen avait acquis la nationalité américaine en 1944, il demanda à la Commission de réexaminer sa réclamation en vertu de la *Section 304* amendée, de 1958. La Commission déclara notamment:

It is noted that the amendment does not speak specifically of nationality at the time of damage, and that the statutory requirement to determine claims of nationals of the United States in accordance with the substantive rules of international law has not been removed.

It is a well-known and long-established rule, followed without exception by this Commission, and its predecessors that a claim cognizable under principles of international law does not come into existence unless the property which is the subject of the claim was owned by a national of the United States at the time of damage. Otherwise it cannot be said that the United States has received an injury or has a legal cause to complain against another nation . . .

[nombreuses citations de droit international]

The property which is the subject of the claim before the Commission was not owned by a United States national at the time of damage and the

¹ 72 Stat. 531, Sec 2 (August 8, 1958); 22 U.S.C. § 1641c; *FCSC*, 14th Report, 1961, p. 58.

² *FCSC*, 10th Report, 1959, p. 154.

United States received no injury. Therefore, the possible allowance of the claim under the amendment would at first appear to conflict with the foregoing rule. In view of the general and long acceptance of this rule and in the absence of clear and positive language, an intent on the part of Congress to override it is scarcely to be presumed. That the Congress had not such intent is clearly shown in the Report of the Foreign Relations Committee (Senate Report No. 1794, 85th Congress, pp. 8-9) ¹.

Careful consideration of the matter leads to the conclusion that without doubt the Congress had in mind to reaffirm the rule rather than override it.

Nevertheless it is the considered opinion of the Commission that the instant claim is entitled to an award under Section 304, as revised, for the following reasons.

An international claims settlement is founded on the wrong done to a nation itself through injuries to its nationals . . . [nous laissons les citations de côté]. A settlement fund when received, and at least unless otherwise committed by the terms of the settlement agreement, belongs to the nation whose nationals suffered the injuries . . .

Under the amendment to Section 304, the rights of persons who do have valid claims under rules of international law have been preserved. What the Congress has done is merely to provide for the disposition of any balances which may remain in the fund received from Italy after payment of such claims. This claim, although not cognizable under rules of international law, is allowable within the class which, by specific legislative authorization, may be entitled to participate in any such residual disposition.

C'est dans les mêmes termes que la Commission, dans l'affaire *Ruchwarger* (IT-184-2, 1959) ², soutint qu'en vertu du texte amendé de la *Section 304*, le réclamant devait non seulement apporter la preuve qu'il était un ressortissant américain le 9 août 1955, mais encore établir

(1) that his claim *originally arose in his favor*, or

¹ Pour le passage cité du *Senate Report No. 1794*, voir 53 A.J.I.L., p. 913, (1959).

² *FCSC, 10th Report, 1959*, p. 158.

(2) that he succeeded to a claim, by inheritance or otherwise, which originally arose in favor of a national of the United States and which claim, until such succession, was continuously thereafter owned by a national of the United States.¹

En l'absence d'une telle preuve, l'affaire fut rejetée.

La réticence manifeste marquée par la *Foreign Claims Settlement Commission* à l'égard de l'écart que la *Section 304*² constitue par rapport aux principes du droit international est partagée par des commentateurs comme Lillich, qui se demande si l'« erosion of the continuity of nationality rule, if indeed it can be called an erosion of international law » risque de se poursuivre³.

On peut conclure que la jurisprudence de la *Foreign Claims Settlement Commission of the United States* de 1956 à 1961 est

¹ *FCSC, 10th Report*, 160. C'est la Commission qui souligne.

² L'amendement exigea le réexamen de 146 réclamations. *FCSC, 11th Report, 1959*, p. 6, note 2. Les sentences rendues en vertu de l'amendement atteignirent un montant de 657.604 dollars. *FCSC, 13th Report, 1960*, p. 7, note 2.

³ Lillich, *op. cit.*, 80 (1962). Voir, toutefois, Branko M. Peselj, « The Rule of Nationality of Claimant, Due Process of Law and the United States Congress », 53 *A.J.I.L.* 144 (1959), qui se prononce en faveur d'un assouplissement de la règle traditionnelle. Dans un *Memorandum on the Matter of Nationality with Respect to International Claims*, le Département d'Etat des Etats-Unis énonça à nouveau la règle traditionnelle, avec de nombreuses citations d'autorités, en concluant:

« There is no doubt that generally accepted principles of international law and practice require that a claim be continuously owned from the date the claim arose, and at least to the date of presentation, by nationals of the state asserting the claim. »

War Claims and Enemy Property Legislation, Hearings before a Subcommittee of the Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives, 86th Congress, 1st Session, pp. 699, 708 (1960)

Le *Department of State Memorandum* mentionné est partiellement reproduit dans 53 *A.J.I.L.*, pp. 909-915 (1959).

venue appuyer de façon frappante la règle traditionnelle du droit international aux termes de laquelle une réclamation doit être nationale à l'origine. Le Congrès des Etats-Unis, tout comme la Commission, en apportant des modifications à cette règle dans des circonstances particulières, ont pris grand soin de souligner que les Etats-Unis, sauf lorsqu'il en était disposé autrement, soit par accord international, soit par des exceptions législatives particulières, dans le cas des commissions nationales de réclamations, ont adhéré au principe bien établi du droit international aux termes duquel une réclamation doit être nationale à l'origine, puis de manière continue par la suite jusqu'à, pour le moins, la date de sa présentation à un tribunal international.

La contribution de la Commission à la règle qu'une réclamation doit être nationale à la date de sa présentation s'avère moins marquante, vu que les traités ou les textes législatifs ont fixé différentes dates-limites, au-delà desquelles un changement de nationalité des réclamants était sans pertinence. C'est ainsi que la date de l'entrée en vigueur du *United States-Yugoslav*¹ et du *United States-Polish*² *claims settlements* fut considérée comme décisive à cet égard, et que différentes dates furent établies en ce qui concerne les réclamations présentées contre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie en vertu des *Sections* 303 (1) et 303 (3) de l'*Act* de 1949. En revanche, la *Section 405* fixait de manière spécifique « the date of filing with the Commission » pour les réclamations contre la Tchécoslovaquie; et la Commission statua qu'en l'absence de dispositions en sens contraire, c'était cette date-là qui était requise par le droit international, et elle l'appliqua aux réclamations présentées contre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie en vertu de la *Section 303 (2)*, contre l'Italie en vertu de la *Section 304*, et

¹ July 19, 1948. TIAS 1803.

² July 16, 1960. TIAS 4545.

contre l'Union Soviétique en vertu de la *Section 305 (a) (2)*, quand bien même ces dispositions n'avaient rien stipulé à cet égard.

Plus frappante encore est l'insistance avec laquelle la Commission a mis l'accent sur la règle de la continuité de la nationalité des réclamations, habituellement de la date du dommage à celle de la présentation, mais dans tous les cas entre les deux dates critiques indiquées par le traité, les dispositions législatives ou le droit international coutumier.

Il convient de noter que la jurisprudence de la Commission n'a jamais mentionné l'affaire *Nottebohm* et que cette affaire n'a en aucune façon influé sur l'application du droit international par la Commission.

VI. Projets de codification de la matière relative à la nationalité des réclamations

1. *La Conférence de codification de La Haye de 1930 — Base de discussion n° 28*

Le Comité préparatoire de la Conférence de codification de la Haye de 1930, désigné conformément à la résolution de l'Assemblée de la Société des Nations en date du 27 septembre 1927 et à la résolution du Conseil de la Société des Nations en date du 28 septembre 1927, demanda aux gouvernements des renseignements portant notamment sur les points suivants, relatifs au « Caractère national de la réclamation (Point XIII) »¹:

Il est admis que pour la mise en jeu de la responsabilité internationale d'un Etat il faut que le dommage ait été subi par un national de l'Etat réclamant ou par une personne dont celui-ci assure la protection diplomatique...

¹ Société des Nations, document C.75. M.69. 1929. V. 3, Tome III, *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens étrangers*, Point XIII, pp. 140-145.

Est-il nécessaire que l'intéressé à la réclamation ait conservé la nationalité de l'Etat réclamant jusqu'au moment où la réclamation est présentée par la voie diplomatique, ou durant toute la procédure diplomatique, ou, le cas échéant, jusqu'au moment de la présentation à un tribunal arbitral ou jusqu'au jugement rendu par ce tribunal? Dans le cas où un changement de nationalité s'est produit dans la personne du réclamant faut-il distinguer... suivant que la nouvelle nationalité a été acquise par acte volontaire ou par le seul effet de la loi?

Les réponses données aux questions précédentes seront-elles maintenues dans le cas où la personne lésée est décédée laissant des héritiers d'une autre nationalité?

Le Comité préparatoire reçut des réponses de la part de vingt et un gouvernements, dont trois d'entre eux (Italie, Pologne, Siam) ne présentèrent pas d'observations « substantives ». Quelques-unes des réponses semblent ne pas avoir été préparées avec des recherches appropriées et manquent de précision. Le Comité préparatoire, faisant observer que les opinions gouvernementales « ne constituent qu'une étape et non un résultat se suffisant à lui-même », ajoutait:

Tantôt elles formulent ce que les gouvernements, ou certains d'entre eux reconnaissent comme étant le droit existant; tantôt elles énoncent ce que les gouvernements ou certains d'entre eux sont disposés à accepter comme disposition nouvelle de droit conventionnel; tantôt la même disposition est admise avec le premier caractère par certains et avec le second par d'autres ¹.

Les opinions gouvernementales suivantes parurent se dégager de l'examen des réponses:

L'opinion qu'une réclamation internationale était irrecevable si elle ne possédait pas la nationalité de l'Etat requérant tant à l'origine qu'à la date de sa présentation découlait, expressément ou implicitement, des réponses de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, de l'Australie, de la Finlande, de la Grande-Bretagne, de l'Inde, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, de la Suisse, de la

¹ *Ibid.*, p. 7.

Tchécoslovaquie et des Etats-Unis¹. Tous ces gouvernements, à l'exception de la Suisse, considéraient également que la règle du caractère national s'étendait jusqu'à la date du jugement ou de la sentence.

L'Egypte et les Pays-Bas estimaient qu'une réclamation était irrecevable si elle ne possédait pas la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation; ils considéraient donc que même si elle n'était pas nationale à l'origine, elle était néanmoins recevable si elle était nationale à la date de sa présentation. Dans le cas de changement de nationalité, « il faut que... l'Etat dont relève l'intéressé après ce changement prenne à son compte la réclamation » (Egypte), ou « puisse » le faire (Pays-Bas, Norvège).

La Hongrie considérait qu'une réclamation était irrecevable, « en général », si elle n'était pas nationale à la date de sa présentation, mais, à titre exceptionnel, elle estimait qu'une réclamation était recevable, lorsque nationale à l'origine, quand bien même elle aurait cessé d'être nationale à la date de sa présentation.

La Norvège considérait qu'une réclamation était recevable si elle était nationale à la date de sa présentation, même si elle n'était pas nationale à l'origine; elle estimait d'autre part qu'une réclamation était recevable si elle était nationale à l'origine, et cela même si elle n'était pas nationale à la date de sa présentation.

L'Autriche, la Bulgarie, le Danemark, la Hongrie (« dans certains cas ») et la Norvège considéraient qu'une réclamation, nationale à l'origine, était recevable même si elle avait cessé de posséder cette nationalité à la date de sa présentation.

Aucune des réponses ne considérait comme pertinente la manière dont un individu réclamant avait acquis une nouvelle

¹ La réponse des Etats-Unis parut dans un document supplémentaire de la Société des Nations, 1929. V. 10, pp. 23-24.

nationalité (c'est-à-dire soit par acte volontaire, soit par le seul effet de la loi).

Il ressort des réponses de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, de l'Australie, de la Finlande, de la Grande-Bretagne, de l'Inde, du Japon, de la Nouvelle-Zélande et des Pays-Bas, que ces Etats considéraient qu'une réclamation présentée en faveur d'héritiers était irrecevable, à moins que ces héritiers ne possédassent également la nationalité de l'Etat requérant.

Faisant observer que « Suivant l'opinion de la majorité et la jurisprudence internationale, la réclamation doit avoir le caractère national au moment où le dommage a été subi et l'avoir conservé jusqu'à la décision à intervenir », le Comité préparatoire établit le projet de la *Base de Discussion* n° 28 comme suit:

Un Etat ne peut réclamer une indemnité pécuniaire, en raison d'un dommage subi par une personne privée sur le territoire d'un Etat étranger, que si la personne lésée était, au moment où le dommage a été causé, et est restée jusqu'à la décision à intervenir, le national de l'Etat réclamant.

Les individus dont l'Etat réclamant est en droit d'assurer la protection diplomatique sont, à ce point de vue, assimilés aux nationaux.

En cas de décès de la personne lésée, la réclamation d'indemnité pécuniaire présentée par son Etat national ne peut être maintenue que pour ceux de ses héritiers qui ont la nationalité de cet Etat et dans la mesure de leur intérêt¹.

La Conférence de Codification de La Haye de 1930 ajourna ses travaux sans avoir pu examiner cette Base de Discussion.

L'opinion qu'une réclamation internationale est irrecevable, à moins de posséder la nationalité de l'Etat requérant tant à l'origine qu'à la date de sa présentation à un tribunal international, est conforme à la pratique des Etats et à la jurisprudence internationale, telle qu'elle a été analysée dans le présent

¹ Société des Nations, document C. 75. M. 69. 1929. V.3., Tome III, Point XIII, p. 145.

rapport. En revanche, la règle énoncée dans la *Base de Discussion* n° 28 qu'une réclamation doit garder la nationalité de l'Etat requérant jusqu'à la décision à intervenir ne trouve que peu d'appui dans la jurisprudence internationale.

2. *L'American Institute of International Law, 1925*

Au cours de son assemblée de Lima, Pérou, en décembre 1924, l'Institut américain de droit international prépara une série de projets qui furent soumis à l'Union panaméricaine, le 2 mars 1925. Le *Project No. 16* sur la *Diplomatic Protection*, après avoir affirmé, avec certaines restrictions, le principe général que « Every nation has the right to accord diplomatic protection to its nationals »¹, comportait la disposition suivante en ce qui concerne la nationalité des réclamations :

Article 8. In order that a diplomatic claim may be admissible, the individual in whose behalf it is presented must have been a national of the country making the claim at the time of the occurrence of the act or event giving rise to the claim, and he must be so at the time the claim is presented².

Préparé à l'intention de travaux ultérieurs que devait entreprendre la Commission internationale des Juristes, le projet sur la *Diplomatic Protection* ne figura pas parmi ceux que retint cette Commission à son assemblée de Rio de Janeiro en 1927.³ Il convient cependant de noter que les dispositions proposées

¹ Voir ci-dessus, p. 18.

² 20 *A.J.I.L.*, Supplement (Special Number, October 1926), p. 330. Les Projets, extraits de *Codification of American International Law*, furent réimprimés, avec quelques corrections, par Pan American Union, Washington, D.C., 1925. En ce qui concerne l'opinion que les Projets de Lima furent en grande partie l'œuvre de James Brown Scott, Alejandro Alvarez et Luis Anderson, voir Samuel Flagg Bemis, *The Latin American Policy of the United States*, p. 246 (1943).

³ Cf., *International Commission of Jurists, Session of Rio de Janeiro, 1927, Projects, etc.* Pan American Union, 1927.

par l'Article 8 sont conformes à la pratique et à la jurisprudence établies.

3. *Le Harvard Research Draft de 1929*

Le projet de 1929 sur *The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, préparé sous les auspices de la *Harvard Law School* (Rapporteur, le professeur Edwin M. Borchard), dispose à son article 15:

(a) A state is responsible to another state which claims in behalf of one of its nationals only in so far as a beneficial interest in the claim has been continuously in one of its nationals down to the time of the presentation of the claim.

(b) A state is responsible to another state which claims in behalf of one who is not its national only if

- (1) the beneficiary has lost its nationality by operation of law, or
- (2) the interest in the claim has passed from a national to the beneficiary by operation of law.¹

Dans son commentaire sur cet Article, le professeur Borchard fait notamment observer:

Inasmuch as Foreign Offices should not be regarded merely as collection agencies, it would seem that any change of nationality by voluntary

¹ 23. *A.J.I.L.*, *Supplement (Special Number, Avril 1929)*, p. 198. Le premier paragraphe de l'Article 16 ajoute: « (a) A state is not responsible if the person injured or the person on behalf of whom the claim is made was or is its own national », avec le commentaire que cela « reflects a well-established rule that on behalf of a person having dual nationality, one of the States of which he is a national cannot make the other state of which he is a national a defendant before an international tribunal ». *Ibid.*, p. 200. De nombreux Etats exprimèrent la même opinion dans leurs réponses au Comité préparatoire de la Société des Nations. *Loc. cit.*, 1929. V.3, Vol. III, pp. 140-145. Etant donné que ce problème se rapporte plus particulièrement aux questions de double nationalité, il n'a pas été pris en considération dans ce rapport, si ce n'est incidemment.

act of the beneficiary should terminate further diplomatic controversy concerning his claim. Diplomatic recourse is an extraordinary remedy and should be limited rather than extended. The theory that the claimant's state is injured in the person of its national has not served to prevent the application of the rule that when the national ceases to be a citizen of the claiming state, the claiming state may drop the case, and should do so, under the prevailing international practice . . .

The second paragraph in the Article is a qualification of the rule that continuity of the claimant's State's nationality in the beneficiary of the claim is essential to its espousal or to the jurisdiction of a claims commission. The qualification or exception is specifically limited to cases where the change of nationality of the original beneficiary or the passing of the claim into the hands of a foreign beneficiary has been by operation of law.

Alors que la condition requise par le paragraphe (a) de l'Article 15 est conforme à la pratique internationale, la règle énoncée dans le paragraphe (b), en établissant une distinction entre les changements volontaires et involontaires dans la nationalité des réclamations, trouve moins d'appui dans la jurisprudence des tribunaux internationaux. Il a été noté qu'aucun Etat, dans sa réponse au Comité préparatoire de la Société des Nations, ne s'est prononcé dans le sens d'une telle distinction; et l'Allemagne, l'Australie, le Danemark, l'Egypte, la Grande-Bretagne, l'Inde, le Japon, la Nouvelle-Zélande et les Pays-Bas ont estimé qu'il n'était pas pertinent ou important d'établir une quelconque distinction entre les changements intervenant dans la nationalité de la réclamation par acte volontaire ou résultant de l'effet de la loi¹.

4. *Institut de Droit international — Sessions de Cambridge (1931) et d'Oslo (1932)*

C'est dans les *Annuaire de l'Institut* de 1931 et de 1932, des sessions de Cambridge et d'Oslo, que l'on trouve les discussions

¹ *Loc. cit.*, 1929. V.3, Tome III, pp. 140-145.

les plus vastes au sujet des conditions fixées par le droit international en ce qui concerne la nationalité des réclamations ¹. Des deux rapporteurs de la dix-neuvième Commission, sur *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, le professeur Herbert Kraus se limita en grande partie à faire des considérations et des observations ² sur le rapport de son collègue; le professeur Edwin M. Borchard, avec une profonde connaissance du sujet, acquise par la préparation de son ouvrage sur *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915) et son travail en tant que rapporteur du *Harvard Research Draft on State Responsibility* de 1929, présenta deux études très documentées sur la pratique des Etats, le droit jurisprudentiel (case-law), et les principes généraux qui en dérivent ³.

En ce qui concerne la nationalité des réclamations, le projet de résolution présenté à l'Institut par sa dix-neuvième Commission disposait comme suit ⁴:

Règle 1

La protection diplomatique peut être exercée en vue de présenter une réclamation pour un préjudice subi par une personne, à condition que:

a) au moment où le dommage a été causé, la personne qui a subi le dommage d'où la demande a surgi, ait été un national de l'Etat requérant et n'ait pas été un national de l'Etat contre lequel la demande est introduite;

b) lorsque la demande est présentée, la personne intéressée soit un national de l'Etat requérant et que l'intérêt dans la demande n'ait à

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge, 1931*, I, pp. 256-491; II, pp. 201-212; *ibid.*, *Session d'Oslo, 1932*, pp. 235-282, 479-529.

² *Ibid.*, *Session de Cambridge, I*, pp. 455-491.

³ *Ibid.*, pp. 256-455, et *Session d'Oslo*, pp. 235-282.

⁴ *Ibid.*, *Session d'Oslo*, pp. 278 ss. Les dispositions relatives à la protection et au caractère national des sociétés ne sont pas prises en considération ici, étant donné qu'elles entrent dans le cadre de l'étude entreprise par la huitième Commission.

aucun moment, entre la date à laquelle le dommage a été subi et la date de la présentation de la demande, appartenu à une personne qui n'était pas un national de l'Etat requérant ou à une personne qui était un national de l'Etat requis;

c) le moment de la présentation de la demande soit celui auquel une réclamation diplomatique formelle est faite; toutefois, dans le cas où la demande individuelle, sans être présentée par voie diplomatique, est soumise directement par l'Etat intéressé à un tribunal international, le moment de la présentation sera celui auquel le tribunal est saisi.

Règle 3

Ne peut être opposé à l'Etat requérant le fait que la personne intéressée aurait changé de nationalité après la présentation de la demande.

Règle 4

Ne peut être opposé à l'Etat requérant le fait que la personne intéressée possède des nationalités autres que celle de l'Etat requérant, pourvu qu'aucune des autres nationalités ne soit celle de l'Etat requis.

Règle 6

Pour l'application de ces règles: ...

b) L'expression « national » comprend: (1) toutes les personnes naturelles auxquelles l'Etat a, selon le droit international, le droit d'accorder sa protection diplomatique (sujets, protégés, membres de l'équipage d'un navire battant pavillon national, etc.)...

c) Comme « personne intéressée » sera considérée: (1) le mineur, le mandant, le « cestui que trust » (par opposition au tuteur ou mandataire, ou trustee); (2) les héritiers ou proches parents ou, lorsque la succession se trouve sous administration, l'exécuteur ou l'administrateur qui sera considéré comme continuant la personnalité du défunt; (3) le syndic, le liquidateur ou l'administrateur d'une personne en faillite ou en liquidation au profit des créanciers, étant entendu que ledit représentant est considéré à cet égard comme continuant la personnalité de la personne en question; (4) l'assuré et non pas l'assureur.

La proposition de la dix-neuvième Commission stipulant, en fait, qu'une réclamation internationale était irrecevable à moins de posséder le caractère national de l'Etat requérant tant à la date du dommage qu'à la date de la présentation de la réclamation,

et de façon continue entre ces deux dates, avait été présentée par le professeur Borchard comme une conclusion solidement fondée sur les règles existantes du droit international, telles que les avaient développées la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux.

L'opposition à cette proposition se fit jour au sein de la dix-neuvième Commission, avant même qu'elle eût présenté son projet à l'Institut. Etant donné que les adversaires d'une telle proposition ne parvinrent pas à réfuter l'argument selon lequel elle reflétait la pratique et le droit international existants, l'attaque prit la forme d'une mise en question de quelques-unes des bases théoriques de l'institution de la protection diplomatique et d'un plaidoyer en faveur de changements dans la pratique et le droit existants, de façon à supprimer la règle en vertu de laquelle une réclamation doit être nationale dès l'origine; à leur avis, il eût été suffisant que la réclamation soit nationale à la date de sa présentation.

Le principal protagoniste d'un tel changement était M. Nicolas Politis. Bien que les actes de procédure de l'Institut n'en fassent pas mention, le professeur Borchard savait¹ que M. Politis était à cette époque avocat dans un procès en cours, dans lequel il cherchait à vaincre la difficulté résultant du fait que la réclamation qu'il faisait valoir au nom du Gouvernement grec n'était pas nationale à l'origine, en affirmant que c'était « la tendance actuelle du droit international de considérer la protection diplomatique comme le moyen nécessaire de sauvegarder les droits individuels dans les rapports internationaux », si la réclamation était nationale à la date de sa présentation².

M. Politis, développant la même thèse devant l'Institut, affirma que c'était une « conception périmée » du droit inter-

¹ Comme il le dit lui-même au présent rapporteur.

² Voir ci-dessus, p. 69, Forêts du Rhodope Central, (*Recueil des Sentences arbitrales*, III, p. 1413).

national que de vouloir priver l'individu de « son droit » à la protection diplomatique en raison d'un changement de nationalité — même volontaire¹. Si l'individu ne pouvait être reconnu en tant que sujet du droit international et faire valoir sa propre réclamation devant un tribunal international, M. Politis déclara alors qu'il se prononcerait en faveur de l'amélioration de la règle sur la nationalité des réclamations, telle qu'elle avait été proposée par M. de la Barra². Révisée, la proposition de M. de la Barra s'énonçait comme suit:

5. Le changement de nationalité ne pourra pas être invoqué par l'Etat défendeur, comme une cause d'irrecevabilité de la demande, si ce changement est la conséquence d'un fait politique international ou s'il est une manifestation de la volonté du réclamant, d'accord avec les lois de l'Etat dont il était le ressortissant et de celles de sa nouvelle patrie. Cependant, sa demande ne sera pas recevable si le réclamant a été ressortissant de l'Etat défendeur au moment où le fait dommageable a été accompli.

6. Dans le cas où un changement de nationalité se serait produit entre le moment de la survenance du fait dommageable et la date de la présentation de la demande par la voie diplomatique, l'Etat réclamant devra faire un examen préalable afin de tirer au clair si ce changement a été l'effet d'un acte international ou de l'exercice d'un acte personnel du réclamant, indépendant de l'objet de la réclamation, et soumettre ces conclusions et leurs fondements à l'autre Etat³.

A sa Session d'Oslo en 1932, dans le vif d'un débat doctrinal fort peu concluant portant sur les fondements théoriques de la protection diplomatique, l'Institut se vit confronté avec une contre-proposition rédigée en toute hâte, qui lui était soumise par MM. de La Pradelle, Politis, Scott, de Taube, Mandelstam, Alvarez, Sefériadès et Le Fur, et dont les dispositions qui nous intéressent s'énonçaient comme suit:

¹ *Annuaire, Session de Cambridge*, II, pp. 206-209; *ibid.*, *Session d'Oslo*, p. 487.

² *Ibid.*, *Session de Cambridge*, II, pp. 209 ss.; *ibid.*, *Session d'Oslo*, p. 490.

³ *Ibid.*, *Session d'Oslo*, pp. 264-265.

Art. 5. La protection diplomatique de l'Etat s'applique:

(1) à ses citoyens, nationaux et sujets; ...

Art. 6. Le lien de droit entre la personne et l'Etat, qui conditionne l'exercice de la protection diplomatique, doit exister au moment de la présentation de la demande.

Tant qu'elle n'a pas été produite en justice, celle-ci peut être reprise par l'Etat dont l'intéressé serait devenu le ressortissant, soit par l'effet d'un acte indépendant de sa volonté, soit par l'exercice de son droit de changer, librement et sans fraude, de nationalité ¹.

Le professeur Borchard, en s'opposant à ces contre-propositions ainsi qu'aux propositions de M. de la Barra, mit l'accent sur le caractère peu désirable d'un élargissement du domaine de la protection diplomatique, qui mettrait les Etats dans la position d'agences de réclamations en faveur d'individus qui acquerraient leur nationalité en vue exclusivement de trouver un garant pour leur réclamation, et sur les difficultés pratiques qu'il y aurait à déterminer à partir de quand la nationalité doit être considérée comme ayant été acquise dans ce but. En ce qui concerne la prétendue injustice qui consisterait à priver un individu ayant changé de nationalité de son « droit à la protection diplomatique », le professeur Borchard nia l'existence d'un tel droit en droit international ².

L'Institut passa alors au vote de la partie suivante de la *Règle 1* des propositions de la dix-neuvième Commission:

La protection diplomatique peut être exercée en vue de présenter une réclamation pour un préjudice subi par une personne, à condition que:

a) au moment où le dommage a été causé, la personne qui a subi le dommage d'où la demande a surgi, ait été un national de l'Etat requérant..

Cette proposition, qui posait la règle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant dès l'origine

¹ *Annuaire, session d'Oslo*, pp. 501, 503.

² *Ibid.*, pp. 512-515.

(in point of origin), fut rejetée par un vote de 27 *pour* et 29 *contre*, avec 6 *abstentions*¹.

Ce vote négatif de l'Institut fut sans effet sur la pratique des Etats ou sur les décisions des tribunaux internationaux. Il a déjà été noté par exemple qu'en 1933, dans la sentence arbitrale des Forêts du Rhodope Central, l'arbitre rejeta une réclamation grecque présentée au nom de nationaux qui ne possédaient pas la nationalité grecque à la date du dommage dont ils se plaignaient².

5. *Les propositions présentées par M. Garcia Amador en 1958 et en 1961 à la Commission du droit international*

Bien que la Commission du droit international des Nations Unies n'ait pas encore eu l'occasion de traiter de la question, elle a reçu de son rapporteur spécial sur la responsabilité internationale, M. F. V. Garcia Amador, plusieurs propositions en ce qui concerne la nationalité des réclamations. Dans un Additif³ au sixième Rapport sur la responsabilité internationale, M. Garcia Amador modifia sa proposition antérieure⁴ sur la nationalité des réclamations, la rédigeant comme suit:

Article 23

Caractère national de la réclamation

1. Pour que l'Etat puisse exercer le droit de présenter une réclamation visé à l'article 22⁵, il faut que l'étranger ait possédé la nationalité de

¹ *Annuaire, session d'Oslo*, p. 525.

² Voir ci-dessus, pp. 69-70.

³ A/CN.4/134/Add. 1, *Annuaire Commission du droit international*, 1961, II, p. 49.

⁴ *Annuaire Commission du droit international*, 1958, II, p. 64.

⁵ L'Article 22 dispose notamment que « L'Etat dont l'étranger est ressortissant peut présenter une réclamation internationale afin d'obtenir réparation du dommage causé à son ressortissant » dans certaines circonstances. Il envisage que l'individu lésé puisse acquérir, *de lege ferenda*, le droit de faire valoir sa propre réclamation.

Etat réclament au moment où il a subi le dommage et qu'il la conserve jusqu'à ce qu'il soit statué sur la réclamation.

2. En cas de décès du ressortissant étranger, le droit pour un Etat de présenter une réclamation est subordonné aux mêmes conditions.

3. L'Etat ne peut présenter une réclamation au nom d'un particulier si le lien juridique de la nationalité n'a pas son origine dans un rapport authentique entre lui et l'intéressé.

4. L'Etat ne peut non plus présenter de réclamation au nom de personnes juridiques étrangères dont les intérêts appartiennent en majorité à des ressortissants de l'Etat défendeur.

5. En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation ne peut être exercé que par l'Etat avec lequel le ressortissant étranger a des liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques ¹.

Garcia Amador fait observer dans son commentaire que cette proposition « s'inspire d'un principe consacré par la pratique internationale, savoir: aucun Etat ne peut présenter de réclamation en faveur de personnes qui ne possèdent pas sa nationalité », les exceptions étant « si rares »... « qu'il n'y aurait aucun avantage, tant s'en faut, à les prévoir dans l'avant-projet » ². Suivant la déclaration trompeuse du Comité préparatoire de la Conférence de Codification de La Haye (1930) en vertu de laquelle, conformément à la « jurisprudence internationale », la réclamation doit conserver le caractère national de l'Etat requérant « jusqu'à la décision à intervenir » ³, il adopte cette règle comme « plus logique » que celle qui dispose que la réclamation ne doit être nationale que jusqu'à la date de sa présentation.

Il base le paragraphe 2 sur la doctrine dominante « telle qu'elle ressort notamment de l'affaire *Stevenson* » ⁴ et du dernier

¹ A/CN.4/134/Add. 1, p. 14.

² *Annuaire Commission du droit international*, 1958, II, pp. 68-69.

³ Voir ci-dessus, p. 105.

⁴ Voir ci-dessus, p. 41.

paragraphe de la base de discussion n° 28 du Comité préparatoire¹. Et il base le paragraphe 3 sur l'*Affaire Nottebohm*.

6. *Les propositions Sohn-Baxter de 1961*

C'est sur la présomption, *de lege ferenda*, qu'un individu réclamant peut faire valoir directement une réclamation internationale en son propre nom (Article 22), que se fondent les propositions que sont en train de préparer les professeurs Louis B. Sohn et R. R. Baxter, rapporteurs, sous les auspices de la Harvard Law School, sur *The International Responsibility of States for Injuries to Aliens*². Le projet contient cependant des dispositions relatives à l'endossement par un Etat de réclamations individuelles dans certaines circonstances. Les dispositions y relatives de l'Article 23 s'énoncent comme suit:

3. A State is not entitled to present a claim on behalf of a natural person who is its national if that person lacks a genuine connection of sentiment, residence, or other interests with that State . . .

6. A State has the right to present a claim on behalf of a person only while that person is a national of that State. A State shall not be precluded from presenting a claim on behalf of a person by reason of the fact that that person became a national of that State subsequent to that injury.

7. The right of a State to present or maintain a claim terminates if, at any time during the period between the original injury and the final award or settlement, the injured alien, or the holder of the beneficial interest in the claim while he holds such interest, becomes a national of the State against which the claim is made³.

Dans une note explicative, les rapporteurs déclarent que le paragraphe 3 vise à incorporer le principe dégagé par l'affaire

¹ Voir ci-dessus, p. 105.

² Draft No. 12, 15 avril 1961, Harvard Law School.

³ *Ibid.*, pp. 199-200.

Nottebohm, bien que « the reach of the holding in that case is by no means clear »¹. Le paragraphe 6 vise à exprimer le principe de la continuité de la nationalité « which has gained general acceptance in customary international law ». Les Rapporteurs admettent que la seconde phrase du paragraphe 6, en autorisant la présentation d'une réclamation qui n'est pas nationale à l'origine, s'écarte du droit international traditionnel².

* * *

Parmi les différents projets de codification du droit concernant la nationalité des réclamations, la *Base de discussion* n° 28, préparée pour la Conférence de Codification de La Haye, occupe une place à part, vu qu'elle est le reflet des vues officielles des Etats. Conformément à la jurisprudence des tribunaux internationaux, elle se prononce en faveur de la règle qu'une réclamation doit posséder le caractère national de l'Etat requérant dès l'origine, et elle ne s'écarte de cette jurisprudence que lorsqu'elle étend l'application de la règle de la continuité de la nationalité au-delà de la date de la présentation de la réclamation jusqu'à la date de la décision. Tous les projets de codification se prononcent en faveur du principe qu'une réclamation doit posséder le caractère national de l'Etat requérant à la date de sa présentation, bien que le *Harvard Research* de 1929 admette une exception lorsque le droit (*beneficial interest*) à la réclamation a perdu son caractère national par l'effet de la loi. En ce qui concerne la règle que la réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant à l'origine (*in point of origin*), la *Base de discussion* n° 28, l'*American Institute of International Law*, le *Harvard Research* de 1929 (sauf l'exception précitée), la dix-neuvième Commission de l'Institut en 1932 (Proposition

¹ Draft No. 12, 15 avril 1961, Harvard Law School, p. 203.

² *Ibid.*, p. 205.

Borchard), et les propositions de Garcia Amador soutiennent la règle traditionnelle du droit international, tandis que l'Institut, lors de son vote d'Oslo (1932), et les propositions Sohn-Baxter (1961) y sont opposés.

Il ne semble pas que les suggestions tendant à étendre le champ d'action de la protection diplomatique des individus aient rencontré un très grand appui.

VII. Quelques observations en guise de conclusion

Le rapporteur n'essaiera pas de citer ici les nombreux auteurs dont il a examiné les opinions, car une telle tentative impliquerait tant de nuances et de réserves qu'il en résulterait plus de confusion que de clarté. C'est la raison pour laquelle le rapporteur se borne à faire les observations suivantes, de caractère très général.

Les critiques concernant la règle qu'une réclamation doit posséder la nationalité de l'Etat requérant tant à la date du dommage qu'à celle de sa présentation se basent rarement sur une étude de la conduite réelle des Etats. Elles procèdent habituellement de quelque prémisse théorique soutenue avec ardeur et dont le rapport avec la conduite des Etats n'est pas toujours évident; il en va ainsi du plaidoyer vigoureux en faveur de la théorie selon laquelle l'individu est un sujet direct du droit international, ou de la présomption implicite que lorsque l'individu lésé change de nationalité, la règle traditionnelle vient le « priver » de « son » droit à la protection diplomatique ou à une voie de recours international.

Ou bien la critique — reléguant à nouveau au second rang la pratique des Etats — s'attaque aux bases théoriques et à la logique de la thèse exprimée par Vattel — et si souvent mentionnée dans les décisions — selon laquelle la nation est elle-même lésée par l'intermédiaire du dommage causé à son ressort-

tissant. Les critiques relatives à la théorie de Vattel ont pris deux formes: d'une part, certains ont exprimé un franc scepticisme quant à la question de savoir si l'Etat est réellement lésé par l'intermédiaire du préjudice que subit son ressortissant; d'autre part, certains se sont demandé — comme l'a fait l'Agent britannique dans l'affaire *Stevenson*¹ — s'il ne serait pas logique d'admettre, à supposer que l'Etat soit lui-même lésé lorsque son ressortissant l'est, qu'un préjudice non réparé causé à l'Etat subsiste, indépendamment du changement de nationalité de l'individu lésé.

La Cour permanente de Justice internationale répondit largement à la première critique lorsque, dans son arrêt du 13 septembre 1928, dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, elle apporta des précisions sur la théorie de Vattel, en faisant remarquer que le même acte pouvait conduire à un dommage public, en vertu du droit international, aussi bien qu'à un dommage privé en vertu du « droit qui régit les rapports entre l'Etat qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi le dommage ». Comme la Cour le fit observer: « Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auquel le même acte peut également porter atteinte. »²

La seconde critique — que si l'Etat est réellement lésé par l'intermédiaire du dommage causé à son ressortissant, un dommage non réparé causé à l'Etat devrait alors logiquement survivre au changement de nationalité de l'individu — repose sur l'idée fausse que le droit se développe selon les lois de la logique plutôt que sur la base de l'expérience. Or l'expérience a démontré que la répugnance des Etats à admettre que l'on fasse valoir contre eux des réclamations disparaît lorsqu'un lien de

¹ Voir ci-dessus, p. 41.

² C.P.J.I., Sér. A, n° 17 (Arrêt n° 13, Fond), p. 28.

nationalité existe entre l'Etat requérant et l'individu réclamant aux deux dates décisives, celle du dommage et celle de la présentation. Les Etats n'ont pas accepté d'aller au-delà de ces limites, et cette pratique est sous-jacente aux accords conclus par les Etats en vue de statuer sur les réclamations présentées en faveur des individus. Le fait que les Etats ont fait preuve d'une modération louable en exerçant la protection diplomatique ou en faisant valoir des réclamations en faveur d'individus qui avaient cessé d'être leurs nationaux ou qui n'étaient pas leurs nationaux à la date du dommage, s'explique peut-être par quelque chose de plus que la simple irrecevabilité juridique de telles réclamations en vertu des dispositions juridictionnelles des traités et autres accords spéciaux. Le concept même de la responsabilité de l'Etat dans de telles affaires fait dépendre l'invocation de cette responsabilité d'un lien continu de nationalité avec l'Etat requérant. Lorsqu'un des éléments du droit d'action fait défaut, ce droit d'action s'éteint en vertu du droit international.

De plus, l'opinion avancée avec vigueur tant par la Cour permanente de Justice internationale, dès l'affaire *Mavrommatis* en 1924, que par la Cour internationale de Justice, selon laquelle l'Etat, en exerçant la protection diplomatique ou en faisant valoir une réclamation internationale en faveur d'un ressortissant « fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international », apporte un correctif souhaitable à la théorie de Vattel: le centre de gravité est déplacé du concept de dommage à celui d'un droit de caractère plus fonctionnel¹.

Il ne paraît pas que les suggestions, tendant à ce que cette fonction soit généralisée au point de permettre à tout Etat

¹ Cf., Charles De Visscher, « Cours Général de Principes de Droit International Public », 86, *Recueil des Cours* (1954-II), p. 508.

d'exercer la « fonction publique » de faire valoir des réclamations contre un autre Etat en faveur de n'importe quel individu, aient reçu un appui quelconque dans la pratique des Etats.

Il ne semble pas non plus, par ailleurs, que la jurisprudence internationale ou la pratique des Etats, hormis dans des cas spécifiques comme les affaires *Alsop* et *Orinoco Steamship Company*, aient accepté l'opinion selon laquelle il ne serait pas nécessaire qu'une réclamation possède la nationalité de l'Etat requérant de façon continue de la date du dommage à celle de sa présentation. Des propositions, faites *de lege ferenda*, en vue d'apporter des tempéraments à la rigueur de cette règle, ont reçu quelque appui à titre officieux, mais elles ont tendance à passer sur le fait que le droit d'option dans les cas de changements territoriaux, et le droit de conserver sa nationalité d'origine dans les cas de mariage, sont de plus en plus reconnus en droit international comme en droit interne.

Le rapporteur, sur la base de cette analyse, propose par conséquent que la première Commission recommande l'adoption par l'Institut d'une Résolution suivant les lignes générales suggérées dans le projet ci-joint.

(Ithaca, N.Y., le 11 avril 1963.)

Projet de Résolution sur la nationalité des réclamations

En l'absence de dispositions contraires acceptées par les Parties:

1. Une réclamation internationale présentée en faveur d'un individu est irrecevable, si elle ne possède pas la nationalité (le caractère national) ¹ de l'Etat requérant (de l'Etat demandeur) aussi bien à l'origine, c'est-à-dire à la date du dommage donnant lieu à la réclamation, et (de façon continue par la suite jusqu'à la date de la présentation) à la date de la présentation de la réclamation à un autre Etat ou à un tribunal international.

2. a) Une réclamation possède la nationalité (le caractère national) d'un Etat quand elle est juridiquement [legally and beneficially] propriété d'un ressortissant de cet Etat (ou propriété d'une personne que l'Etat a qualifié, en vertu du droit international, d'assimiler à ses propres ressortissants aux fins de la protection).

b) Il est (habituellement) entendu par date du dommage, la date de la perte ou du préjudice subi par un individu et donnant lieu à la réclamation internationale.

c) Il est entendu par date de la présentation, la date de la présentation de la réclamation à un tribunal international ou à un gouvernement étranger.

¹ Entre parenthèses sont indiquées des formules alternatives.

3. Lorsque c'est une autre personne que l'individu lésé qui bénéficie du droit [beneficial interest] à la réclamation, cette réclamation est irrecevable, à moins de posséder le caractère national de l'Etat requérant (Etat demandeur) de façon continue de l'origine à sa présentation ¹.

¹ Le rapporteur n'a pas eu l'occasion d'examiner attentivement toutes les décisions se rapportant à la double nationalité. On pourrait, cependant, envisager comme opportun d'inclure dans le Projet de Résolution un article supplémentaire disposant, soit que « Toute réclamation internationale qui possède en même temps la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis est juridiquement irrecevable »; soit que « Toute réclamation internationale qui possède en même temps la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis est irrecevable, sauf si elle est présentée en faveur d'un individu qui possède un lien de nationalité plus durable avec l'Etat requérant ».

Questionnaire

En ce qui concerne la Première Partie :

I. La première Commission devrait-elle demander une modification de son mandat, de « La protection diplomatique des individus en droit international » en « Quelques aspects de la responsabilité de l'Etat » ou « Le droit des réclamations internationales » ?

II. En cas de réponse affirmative à la question I, quel titre préféreriez-vous et quel champ d'étude envisageriez-vous pour notre sujet ?

III. En cas de réponse négative à la question I, quelles sont, à votre avis, l'étendue, les limites et les caractéristiques distinctives de notre sujet « La protection diplomatique des individus en droit international » ?

En ce qui concerne la Deuxième Partie :

IV. Etes-vous d'accord que la préparation d'un projet sur « La nationalité des réclamations » fournit une base appropriée pour une Résolution de l'Institut, et laisse réservée la question d'un examen plus général du droit relatif à la responsabilité de l'Etat et, plus particulièrement, des fondements théoriques de ce droit ?

V. Etes-vous d'accord, de façon générale, avec le Projet de Résolution sur la nationalité des réclamations proposé par le rapporteur ?

VI. Vos commentaires détaillés sur sa portée, son contenu et sa rédaction, seront vivement appréciés.

VII. Existe-t-il d'autres points au sujet desquels vous aimeriez présenter des propositions ou faire des commentaires?

(Ithaca, N.Y., le 11 avril 1963).

Première Commission

**La protection diplomatique des individus en droit international:
La nationalité des réclamations ¹**

2. Rapport et projet de Résolution

présentés par

M. Herbert W. Briggs

Le rapporteur exprime sa gratitude aux membres suivants de la Première Commission qui ont présenté des observations à son Exposé préliminaire du 11 avril 1963 : MM. Rudolf L. Bind-schedler, Constantin Th. Eustathiades, Nathan Feinberg, Sir Gerald Fitzmaurice, Paul Guggenheim, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Paul De Visscher, Ben Atkinson Wortley, et Quincy Wright. M. le Juge André Gros a envoyé au rapporteur des exemplaires de ses articles sur *La protection diplomatique* (Encyclopédie française, 1963) et *Observations sur les méthodes de protection des intérêts privés à l'étranger* (Mélanges Henri Rolin, 1964). Le rapporteur a également bénéficié des obser-vations que MM. Erik Castrén et Alfred Verdross ont eu l'amabilité de lui faire parvenir.

*Accord sur la préparation d'un projet de Résolution sur
la nationalité des réclamations*

Il convient de noter en premier lieu que les membres, dans leurs réponses à la Question IV du Questionnaire, sont unani-

¹ Traduit de l'anglais par Antoine Martin, attaché de recherches à l'Ins-titut universitaire de hautes études internationales de Genève.

mement d'accord que « la préparation d'un projet sur « La nationalité des réclamations » fournit une base appropriée pour une Résolution de l'Institut », tandis qu'ils font certaines réserves en ce qui concerne les autres questions. Les observations relatives à la portée et à la rédaction d'une telle Résolution sont discutées ci-dessous.

Mandat de la Première Commission

« La protection diplomatique des individus en droit international » : c'est ainsi que le Bureau de l'Institut avait intitulé le sujet dont il avait confié l'étude à la Première Commission; et le Secrétaire Général alors en charge, le professeur Hans Wehberg, avait préconisé que la Première Commission s'occupât tout d'abord de la nationalité des réclamations. Dans la première partie de son Exposé préliminaire, votre rapporteur a énuméré les raisons qui l'ont conduit à la conclusion qu'il serait opportun d'examiner la protection diplomatique des individus en droit international dans le cadre du droit de la responsabilité de l'Etat à l'égard des résidents étrangers, et qu'il conviendrait, en particulier, de traiter la question de la nationalité des réclamations comme un aspect des règles régissant la présentation et la recevabilité des réclamations internationales. C'est la raison pour laquelle il a demandé aux membres de la Commission s'ils ne considéraient pas que cette dernière devrait solliciter une modification du titre de son mandat, de « La protection diplomatique » en « Quelques aspects de la responsabilité de l'Etat » (Question I) et, sinon, s'ils étaient en mesure d'établir les caractéristiques distinctives de ces sujets (Question III).

Cinq des membres de la Commission — MM. Bindschedler, Eustathiades, Guggenheim, Wortley et Wright — s'opposent à l'idée de demander une modification du mandat, et estiment qu'il convient de garder le titre actuel. Il découle des observa-

tions de MM. Eustathiades et Guggenheim qu'ils préfèrent traiter le sujet comme un aspect de la protection diplomatique plutôt que dans le cadre du droit de la responsabilité de l'Etat. C'est dans ce sens que se prononcent également deux membres de la Commission, qui proposent toutefois de nouveaux titres qui leur paraissent plus précis. M. Paul De Visscher suggère « La protection diplomatique des individus, envisagée dans la nature du lien entre la personne internationale titulaire du droit à réclamation et l'individu lésé ». Il évite ainsi toute référence au critère de nationalité, et cela parce qu'il voudrait que cette étude englobe également la protection fonctionnelle des individus. M. Feinberg propose pour sa part: « La protection des nationaux à l'étranger: la nationalité des réclamations ». Il est également hostile à l'idée de traiter le sujet comme un aspect du droit de la responsabilité de l'Etat. C'est en vue d'établir une distinction entre notre sujet particulier et le problème plus vaste de « La protection des individus en droit international » qu'il utilise le terme de « nationaux » et non celui d'« individus ». Il est cependant d'accord de laisser tomber l'adjectif « diplomatique », parce que ce terme comporte les désavantages soulignés par le rapporteur. Sir Gerald Fitzmaurice et M. Jiménez de Aréchaga, en revanche, préféreraient, tout comme le rapporteur, examiner la question comme un aspect du droit de la responsabilité de l'Etat.

Toutes les réponses à la Question III, qui invitait les membres à apporter leurs commentaires sur la nature et l'étendue du sujet « La protection diplomatique des individus en droit international » de façon à le distinguer de « La responsabilité de l'Etat à l'égard des résidents étrangers », s'accordent pour dire que le fondement juridique d'une réclamation internationale réside dans le droit de la responsabilité de l'Etat, bien que M. Guggenheim fasse remarquer qu'il se peut fort bien qu'un Etat invoque parfois des considérations d'équité plutôt que de

droit strict. Attendu qu'il est dès lors admis, de cette façon, que le centre de notre sujet « la protection diplomatique » constitue également un aspect de la « responsabilité de l'Etat », c'est ailleurs qu'il importe de chercher les critères de distinction entre ces deux sujets. Dans les réponses, une telle distinction paraît se dégager de considérations de deux ordres :

(1) Un Etat est en droit d'exercer sa protection diplomatique en faveur de ses nationaux à l'étranger en vue de *prévenir* que des actes illicites ne soient commis à leur préjudice et, dans certaines limites, en vue d'obtenir pour eux certains avantages, et cela avant même que ne soit établie l'existence d'une quelconque responsabilité de l'Etat dans les circonstances du cas d'espèce. Ainsi, comme le faisait observer le rapporteur dans son *Exposé préliminaire* du 11 avril 1963 (aux pp. 7-8, 10-11), un Etat peut recourir à l'enquête, aux bons offices, aux représentations diplomatiques ou à la protestation anticipée, alors même qu'il ne se trouve pas dans la position de présenter formellement une réclamation internationale, parce qu'il n'existe pas à proprement parler une responsabilité internationale qu'il puisse invoquer. Borchard, dans le rapport qu'il avait soumis à la Session de Cambridge de l'Institut, en 1931, avait noté que cette forme de protection diplomatique n'était pas suffisamment cristallisée pour donner lieu à codification¹. Quelle que puisse être aujourd'hui la valeur de cette assertion, il est significatif qu'aucun membre de la Première Commission n'a suggéré que ces pratiques devraient être comprises dans notre projet de Résolution. Il apparaît dès lors que la distinction que l'on tenterait d'établir, sur la base de ces usages diplomatiques, entre la protection diplomatique et la responsabilité de l'Etat, est sans pertinence aux fins de la présente étude.

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge, 1931, I, p. 274.*

(2) Un second ordre de considérations, dans les réponses, semble suggérer qu'un critère de distinction entre la protection diplomatique et la responsabilité de l'Etat à l'égard des résidents étrangers réside dans la croyance que l'individu sera mieux défendu si l'accent est mis sur un droit de « protection » plutôt que sur la responsabilité de l'Etat à l'égard des résidents étrangers en droit international. Il a même été avancé qu'il conviendrait, aux fins de notre étude, d'étendre la notion de « protection » de façon à y inclure la protection fonctionnelle de leurs agents par les organisations internationales, de même que la protection internationale des droits de l'homme, c'est-à-dire de l'individu, sans tenir compte de la nationalité. Le rapporteur a considéré que ces questions constituaient des sujets séparés n'entrant pas dans le cadre du mandat de la Première Commission, à laquelle il a été demandé d'étudier la protection « diplomatique » des individus — notion qui ne se rapporte, dans son sens habituel, qu'à l'action de l'Etat au profit de ses nationaux à l'étranger.

Quelle que puisse être la valeur des arguments avancés, une nette majorité de la Commission s'est donc prononcée en faveur de l'étude du sujet sous la rubrique « protection diplomatique ». De plus, attendu que la Commission unanime est de l'avis qu'il conviendrait de soumettre à l'Institut un projet de Résolution sur la nationalité des réclamations, le rapporteur propose dès lors de conserver le titre actuel: « La protection diplomatique des individus en droit international: La nationalité des réclamations ».

Il faut noter cependant que, bien que la Cour internationale de Justice ait elle-même employé l'expression « la nationalité de la réclamation » (*Réparation*, Avis Consultatif du 11 avril 1949, C.I.J., Recueil, 1949, p. 182), MM. Bindschedler, Eustathiades, Jiménez de Aréchaga et Castrén ont soulevé des objections à ce sujet. Ils préféreraient l'expression « le caractère

national », que l'on peut traduire en anglais soit par *national character*, soit simplement par *nationality*. Le professeur Wright favoriserait lui aussi l'expression « caractère national ». Il serait dès lors loisible de changer le sous-titre en « Le caractère national des réclamations ».

La portée du projet de Résolution

Les réponses, dont il sera donné ci-dessous un résumé sommaire, ont trait au projet de Résolution que le rapporteur a soumis en 1963 à la Première Commission. Il ne sera donc pas inutile de reproduire ici le texte de ce projet de Résolution :

Projet de Résolution sur la nationalité des réclamations

En l'absence de dispositions contraires acceptées par les Parties :

1. Une réclamation internationale présentée en faveur d'un individu, est irrecevable, si elle ne possède pas la nationalité (le caractère national) ¹ de l'Etat requérant (de l'Etat demandeur) aussi bien à l'origine, c'est-à-dire à la date du dommage donnant lieu à la réclamation, et (de façon continue par la suite jusqu'à la date de la présentation) à la date de la présentation de la réclamation à un autre Etat ou à un tribunal international.

2 (a) Une réclamation possède la nationalité (le caractère national) d'un Etat quand elle est juridiquement et à titre bénéficiaire [*legally and beneficially*] propriété d'un ressortissant de cet Etat (ou propriété d'une personne que l'Etat a qualifié, en vertu du droit international, d'assimiler à ses propres ressortissants aux fins de la protection).

¹ Entre parenthèses est indiquée la terminologie supplémentaire ou à choix

(b) Il est (habituellement) entendu par date du dommage, la date de la perte ou du préjudice subi par un individu et donnant lieu à la réclamation internationale.

(c) Il est entendu par date de la présentation, la date du dépôt [*filing*] de la réclamation auprès d'un tribunal international ou d'un gouvernement étranger.

3. Lorsque c'est une autre personne que l'individu lésé qui possède l'intérêt bénéficiaire dans la réclamation, cette réclamation est irrecevable, à moins d'avoir revêtu le caractère national de l'Etat requérant (Etat demandeur) de façon continue de l'origine à la présentation.

Nationalité à la date de la présentation

Les réponses, de façon unanime, acceptent comme fondamentale la règle bien établie qu'une réclamation internationale au profit d'un individu est irrecevable en droit à moins de posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de sa présentation à un autre Etat ou à un tribunal international. Un accord unanime paraît se dégager en ce qui concerne le sens à donner à l'expression « date de la présentation », à savoir: la date du dépôt (*filing*) de la réclamation auprès d'un gouvernement étranger ou d'un tribunal international.

Il a été relevé deux exceptions au principe en vertu duquel la réclamation doit être présentée au profit d'un national de l'Etat requérant à la date de la présentation.

(1) Sir Gerald Fitzmaurice, faisant observer que le dommage subi par l'Etat requérant, par l'intermédiaire du dommage causé à son ressortissant, demeure non réparé lorsque la personne lésée cesse par la suite d'être un national de cet Etat, pose la question de savoir si l'Etat lésé, même dans ces circonstances, ne possède pas de raisons indépendantes pour pré-

senter une réclamation. Cette conséquence assez logique de la théorie selon laquelle l'Etat est personnellement lésé par l'intermédiaire du dommage causé à son ressortissant ne trouve aucune base dans la jurisprudence internationale, et a même été expressément rejetée par le surarbitre Plumley dans l'affaire *Stevenson* (voir notre *Exposé préliminaire*, pp. 41-43) et par le surarbitre Ralston dans l'affaire *Miliani* (*ibid.*, p. 44). Dans son commentaire sur l'Article 15 du *Harvard Research Draft on State Responsibility*, le professeur Edwin M. Borchard faisait observer:

The theory that the claimant's state is injured in the person of its national has not served to prevent the application of the rule that when the national ceases to be a citizen of the claiming state, the claiming state may drop the case, and should do so, under the prevailing international practice. (Cases cited in Moore's *Digest*, VI, secs. 979 and 981; Ralston, *Law and Procedure of International Tribunals* (1926), secs. 292-299; Borchard [*Diplomatic Protection of Citizens Abroad*] secs. 306-310...) If after the claim has originated, the injured person changes his nationality, the claiming state should drop it, whether the new nationality be that of the defendant state or of a third state.

Ayant soulevé ce point, Sir Gerald Fitzmaurice conclut d'ailleurs « that the requirement that the individual claimant should still be of the nationality of the claimant state at the date of presentation or reference to an international tribunal is too well established in international practice to be controverted now. »

(2) MM. Bindschedler et Eustathiades se réfèrent à l'exception à la règle, telle qu'elle a été admise par le professeur Borchard au paragraphe (b) de l'Article 15 du *Harvard Research Draft* de 1929¹, en vertu de laquelle un Etat peut, exceptionnelle-

¹ L'Article 15 de ce projet dispose:

“(a) A state is responsible to another state which claims in behalf of one of its nationals only in so far as a beneficial interest in the claim has

ment, présenter une réclamation au profit d'une personne qui n'est pas son national à la date de la présentation de la réclamation « where the change of nationality of the original beneficiary or the passing of the claim into the hands of a foreign beneficiary has been by operation of law. »¹ Il importe de noter qu'aucune des décisions citées par le *Harvard Research* de 1929 à l'appui de cette conclusion — les affaires *Willet*, *Daniel*, et *Phelps c. McDonald* — ne vient en fait corroborer une telle thèse, car dans chacun de ces cas l'Etat requérant faisait valoir une réclamation au profit d'une personne qui possédait sa nationalité à la date de la présentation, bien que dans les affaires *Willet* et *Daniel*, les demandeurs possédassent une double nationalité. Dans l'affaire *Phelps*, le Gouvernement britannique avait fait valoir une réclamation internationale contre les Etats-Unis en faveur d'un sujet britannique, McDonald, et non de Phelps, le cessionnaire, qui recouvrit finalement la somme devant les tribunaux américains pour le compte des créateurs de McDonald.² Les affaires citées et les opinions exprimées par les Gouvernements avant la Conférence de Codification de La Haye de 1930 viennent également à l'appui de la conclusion qu'il est sans pertinence que ce soit volontairement ou involon-

been continuously in one of its nationals down to the time of the presentation of the claim.

“(b) A state is responsible to another state which claims in behalf of one who is not its national only if

(1) the beneficiary has lost its nationality by operation of law, or

(2) the interest in the claim has passed from a national to the beneficiary by operation of law.”

American Journal of International Law, Vol. 23, Special Number, Avril, 1929, p. 198.

¹ *Ibid.*, p. 199.

² Voir les citations dans l'*Exposé préliminaire*, pp. 50, 73.

tairement (impérativement) qu'un changement soit intervenu, préalablement à la présentation de la réclamation, dans la nationalité de la personne lésée.¹

Si, toutefois, la Commission désire discuter *de lege ferenda* la proposition selon laquelle un changement intervenant *ex lege* dans la nationalité de la personne lésée, préalablement à la présentation de sa réclamation, ne saurait empêcher la présentation de cette réclamation à son profit, elle aura alors à choisir entre deux solutions: (1) soit admettre qu'une réclamation puisse être présentée par l'Etat de la nationalité originaire — alors même que la personne lésée a perdu cette nationalité et que l'Etat requérant se trouve dès lors faire valoir une réclamation au profit d'une personne qui était son national à la date du dommage, mais qui ne l'est plus à la date de la présentation; (2) soit admettre qu'une réclamation puisse être présentée par un Etat dont les droits n'ont pas, selon le droit international, été violés par l'Etat requis, en ce sens que ce dernier a causé un dommage à un individu qui a acquis ultérieurement la nationalité de l'Etat requérant.

Aucune de ces deux solutions ne trouve d'appui réel dans la pratique des Etats ou la jurisprudence des tribunaux internationaux, et toutes deux présentent des difficultés théoriques. M. Eustathiades met en doute l'affirmation du rapporteur qui, dans ses conclusions, avançait que de telles propositions, faites *de lege ferenda*, ont tendance à passer sur le fait que le droit d'option, dans les cas de changements territoriaux, et le droit de conserver sa nationalité originaire, dans les cas de mariage, sont de plus en plus reconnus aussi bien en droit international qu'en droit interne (*Exposé préliminaire*, p. 121); mais le problème reste de savoir si de nombreux Etats sont prêts à reconnaître la nécessité d'effectuer de tels changements dans le droit.

¹ Exposé préliminaire, pp. 50, 108.

Nationalité à la date du dommage

La règle établie, en vertu de laquelle une réclamation internationale au profit d'un individu est irrecevable en droit à moins d'avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant à la date du dommage, semble être admise, en principe, par toutes les réponses, bien que certaines exceptions, dont la portée varie, aient été proposées *de lege ferenda*.

(1) Lorsque l'intérêt bénéficiaire [*beneficial interest*] dans la réclamation appartient à la personne même qui a subi le dommage originaire, et que cette personne a perdu sa nationalité d'origine de par l'effet de la loi, MM. Bindschedler et Eustathiades, et peut-être M. Feinberg, se prononceraient en faveur d'une modification de l'exigence actuelle selon laquelle la réclamation doit avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant à la date du dommage, et voudraient que l'Etat de la nationalité acquise soit autorisé à faire valoir cette réclamation.

(2) M. Guggenheim propose pour sa part une exception de portée plus limitée, relative à l'intérêt bénéficiaire:

On pourrait, au moins *de lege ferenda*, admettre que le successeur d'un ayant droit décédé pourrait jouir de la protection diplomatique de son propre Etat national, même lorsqu'il n'a pas la même nationalité que le défunt, au moins si sa prétention résulte de la violation d'une règle de droit international général.

(3) MM. Eustathiades et Feinberg semblent disposés à voir l'Institut envisager l'abandon de la règle qui stipule qu'une réclamation doit avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant à l'origine, et cela que le changement subséquent de nationalité ait été volontaire ou involontaire (impératif). C'est là le point qui divisa l'Institut à Oslo, en 1932. L'Institut n'est pas en mesure de supprimer une règle de droit international; et il est significatif — fort malheureusement pour le prestige

de l'Institut — que le vote qui eut lieu en 1932 contre cette règle n'a eu d'effet appréciable ni sur la conduite des Etats ni sur la règle bien établie du droit international positif.

Quant aux exceptions à la règle, telles qu'elles ont été proposées *de lege ferenda* pour les cas où le changement de nationalité du bénéficiaire ou de l'intérêt bénéficiaire résulte de l'application de la loi, la Commission doit choisir — comme on l'a déjà noté plus haut ¹ — entre recommander que soit admise une exception à la règle qui stipule que la réclamation doit avoir possédé la nationalité de l'Etat requérant (1) à la date de la présentation ou (2) à la date du dommage, ou approuver la règle existante.

Continuité de la nationalité

Le rapporteur, dans son *Exposé préliminaire* (pp. 64-75 86-102) a observé qu'en dépit des fréquents *dicta* selon lesquels, une réclamation doit avoir possédé la nationalité de l'Etat requérant de la date du dommage et *de façon continue par la suite* jusqu'à la date de la présentation, la jurisprudence ne semble fournir aucun exemple où une réclamation, qui possédait le caractère national de l'Etat requérant aux deux dates critiques, ait été rejetée comme n'ayant pas été *continuellement* nationale entre ces deux dates. Il a suffi, habituellement, d'apporter la preuve que la réclamation possédait la nationalité de l'Etat requérant aux deux dates critiques pour satisfaire à l'exigence de la continuité de la nationalité. Toutefois, c'est parce que les mots « de façon continue par la suite » figurent dans tant de décisions, que le rapporteur les a insérés entre parenthèses au chiffre 1 de son projet de Résolution.

MM. Feinberg, Jiménez de Aréchaga, Wright et Castrén préféreraient que l'on garde ces mots entre parenthèses.

¹ Voir ci-dessus, p. 135.

M. Feinberg aimerait que l'on admette une exception en ce qui concerne les apatrides. M. Jiménez de Aréchaga est le seul qui se prononce en faveur de la règle de la continuité de la nationalité de la date du dommage, par-delà la date de la présentation, jusqu'à la date de la décision; et M. Eustathiades estimerait préférable au contraire la règle qu'une réclamation ne devient pas irrecevable si la nationalité de l'individu demandeur change après que la réclamation a été présentée à son profit.

MM. Eustathiades, Fitzmaurice et Paul De Visscher considèrent pour leur part que le principe de la continuité de la réclamation est suffisamment respecté si la réclamation possède la nationalité de l'Etat requérant tant à l'origine qu'à la date de sa présentation, sans qu'il soit nécessaire d'exiger une nationalité ininterrompue entre ces deux dates.

Compte tenu des exceptions *de lege ferenda*, mentionnées plus haut, touchant aux règles sur la nationalité à la date du dommage ou à la date de la présentation, il peut être considéré que les réponses acceptent la règle qui stipule que la nationalité doit être continue, en ce sens tout au moins que la réclamation doit revêtir le caractère national de l'Etat requérant à *chacune* des deux dates critiques.

Projet d'Article 1

Les indications données ci-dessus semblent révéler un *consensus*, au sein de la Première Commission, en ce qui concerne le droit positif, mais font apparaître une certaine diversité d'opinions quant aux propositions *de lege ferenda*. Le rapporteur ne pense pas qu'il soit opportun d'établir des projets de règles nouvelles du droit international sur la base de votes acquis à une faible majorité et dans le cadre d'un groupe aussi restreint que la Commission. Il préférerait présenter à l'Institut le large accord de la Commission sur le droit

positif, tout en laissant à tout membre de la Commission ou de l'Institut la possibilité de proposer des amendements lors du vote en séance plénière.

Sur la base de ce qui vient d'être dit, l'article 1 de notre projet de Résolution pourrait être rédigé comme suit:

(En l'absence de dispositions en sens contraire acceptées par les Parties:)

1. Une réclamation internationale présentée en faveur d'un individu qui a subi un dommage donnant lieu à une réclamation en vertu du droit international est irrecevable si elle ne possédait pas le caractère national de l'Etat requérant tant à la date du dommage donnant lieu à la réclamation qu'à la date de la présentation de la réclamation à un autre Etat ou à un tribunal international.

Article 2 (a)

Lorsqu'il énonçait, au chiffre 2 (a) de son projet de Résolution de 1963, qu'une réclamation possède le caractère national d'un Etat « quand elle est juridiquement et à titre bénéficiaire [*legally and beneficially*] propriété d'un ressortissant de cet Etat », le rapporteur suivait le professeur Borchard qui écrivait:

A practically uniform rule provides that to secure diplomatic support for a claim, it must be national at the time of its presentation, i.e., owned legally and beneficially, by a citizen. Although national in origin, therefore, it may be denationalized by its transfer to an alien, voluntarily or by operation of law, or by its original owner losing his citizenship¹.

On rencontre de telles références à la « propriété » [*ownership*] d'une réclamation dans de nombreuses décisions².

¹ Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, p. 664 (1915).

² Cf. les exemples donnés par Briggs, *Exposé préliminaire*, pp. 65, 91, 93, 94, 96, 97, 100.

M. Feinberg doute qu'il soit opportun de se rapporter à une réclamation internationale en tant que « propriété » d'un national, vu que c'est traditionnellement l'Etat requérant qui est le « titulaire du droit et de l'intérêt lésé ». M. Wortley, tout en acceptant de considérer l'intérêt bénéficiaire [*beneficial interest*] dans une réclamation en tant que « propriété », fait observer que l'expression *owned legally and beneficially* pourrait être interprétée de manière à exclure une réclamation dont les propriétaires à titre bénéficiaire [*beneficial owners*]¹ possèderaient bien la nationalité de l'Etat requérant, mais dont le propriétaire légal [*legal owner*] serait un *trustee*² qui n'aurait pas lui-même cette nationalité. Il conclut à juste titre qu'il faudrait que l'intérêt bénéficiaire dans la réclamation soit protégé dans une telle éventualité.

M. Arnold Raestad, dans son commentaire sur le projet soumis en 1931 à l'Institut par le professeur Borchard, fit quelques observations sur le caractère ambigu du terme d'« intérêt bénéficiaire » (*beneficial interest*)³ et proposa la clarification suivante:

¹ Note du trad.: Le droit anglais établit une distinction, inconnue du droit français, entre le *beneficial* ou *equitable owner* et le *legal owner*. Le *beneficial owner* est celui à qui la chose appartient en « equity », alors que le titre de propriété se trouve entre les mains d'un autre (exemple le plus fréquent: le rapport existant entre le « cestui que trust » et le « trustee »). Cf. le *Dictionnaire juridique anglais-français* de M. Raoul Aglion (Brentano's, New York-Paris, 1946), p. 173, sous *owner*.

² Note du trad.: Le *trust* a été défini (cf. Aglion, *op. cit.*, p. 273, sous *trust*) comme « le rapport juridique, par l'effet duquel une personne (le « grantor » ou « donor » ou « creator » du « trust ») confère à une autre (le « trustee ») le titre de propriété d'un bien à charge pour celle-ci d'administrer ce bien ou d'en disposer pour le bénéfice d'une troisième personne (le « cestui que trust » ou bénéficiaire) qui n'a sur les biens aucun titre, mais uniquement un droit en « equity ».

³ *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session d'Oslo, 1932*, pp. 270 ss.

L'intérêt bénéficiaire dans une demande sera considéré comme désignant la possession, à titre bénéficiaire, du droit d'obtenir une réparation (pécuniaire), par opposition au simple titre légal permettant de présenter pareille demande ¹.

Quelle qu'en ait été la raison, le projet présenté à l'Institut en 1932 par sa 19^{me} Commission ne retint pas l'expression « intérêt bénéficiaire » et parla de « la personne intéressée » dans la réclamation — une vue des choses qui nécessita une définition détaillée de l'expression « personne intéressée » à l'Article 6 (c) de ce projet ².

Si l'on parvient à la conclusion qu'il convient d'éviter l'emploi d'expressions telles que « propriété » ou « intérêt bénéficiaire », on pourrait dès lors énoncer l'Article 2 (a) de notre projet — article qui ne vise qu'à définir ce qu'il faut entendre par l'expression « possède le caractère national » au sens de l'Article 1 — comme suit:

2. (a) Une réclamation présentée en faveur d'un individu possède le caractère national d'un Etat lorsque l'individu est un ressortissant de cet Etat.

On pourrait ajouter à cette définition, si cela s'avérait nécessaire, les mots se trouvant entre parenthèses dans le projet de 1963 du rapporteur: « ou d'une personne que l'Etat est en droit, en vertu du droit international, d'assimiler à ses propres ressortissants aux fins de la protection ». La plupart des membres de la Commission n'ont fait aucun commentaire sur la question de savoir s'il faut conserver ces mots; MM. Eustathiades et Feinberg, de même que MM. Castrén et Verdross, estiment nettement qu'il convient de les retenir. Il ne paraît plus aussi nécessaire qu'autrefois d'autoriser un Etat à faire valoir une

¹ *Annuaire, Session d'Oslo, 1932*, p. 273.

² *Ibid.*, p. 280, Cf. *Annuaire, Session de Cambridge, 1931*, I, pp. 316-352.

réclamation internationale au profit de protégés, maintenant que de très nombreux nouveaux Etats ont accédé à l'indépendance. Le professeur Verdross conseille l'introduction d'une disposition visant à autoriser les Etats à faire valoir des réclamations internationales au profit d'« un organe de l'Etat réclamant, même s'il n'est pas son national ».

Article 2 (b)

La Première Commission semble admettre de façon unanime qu'il faut entendre par l'expression « date du dommage », « la date de la perte ou du préjudice subi par un individu et donnant lieu à la réclamation internationale », bien que le professeur Guggenheim demande s'il ne serait pas possible d'apporter une plus grande précision à cette notion.

Quand bien même la perte ou le préjudice subi par un individu ne résulte pas toujours d'un acte ou d'une omission en violation du droit international, il n'en reste pas moins que toute réclamation internationale née du dommage causé à un individu doit être basée sur une violation du droit international. Ainsi, bien que la cause d'action — le fondement juridique de la réclamation internationale — se trouve dans le droit international, le dommage originaire (souvent commis en violation du droit privé interne) est un élément factuel en l'absence duquel une réclamation internationale particulière ne saurait exister. C'est peut-être la raison pour laquelle la jurisprudence des tribunaux internationaux semble admettre de façon uniforme — même si elle le fait *sub silentio* — que la date de la perte ou du préjudice subi par l'individu constitue la date critique *à partir de laquelle* la réclamation doit avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant, alors même que la violation du droit international donnant lieu à la réclamation internationale n'a parfois pris naissance qu'après que le dommage privé originaire a été causé.

Il ne peut pas être ici tiré argument, par analogie, de la distinction établie par la Cour internationale de Justice et, avant elle, par la Cour permanente de Justice internationale, entre la date à laquelle a surgi un différend international et les faits ou situations ayant conduit à ce différend¹. Car la Cour avait affaire à des clauses juridictionnelles qui visaient à exclure des différends passés, ou des faits ou situations passés, *ratione temporis*; tandis que la règle qui stipule qu'une réclamation doit avoir été nationale à l'origine tend à établir l'existence d'un lien continu de nationalité entre l'Etat requérant et l'individu en faveur duquel il fait valoir la réclamation, en tout temps, et quelle que soit l'époque considérée. Etant donné qu'il incombe à l'Etat qui fait valoir une réclamation internationale en faveur d'un individu de prouver aussi bien le dommage causé à cet individu que le dommage qu'il a subi, lui, Etat, du fait de la violation d'un de ses droits au sens du droit international, il paraît tout à fait justifié de définir la notion « date du dommage » comme suit :

2. (b) Il est entendu par date du dommage la date de la perte ou du préjudice subi par un individu et donnant lieu à une réclamation internationale.

Article 2 (c)

La Commission semble accepter à l'unanimité la définition suivante :

2. (c) Il est entendu par date de la présentation, la date du dépôt (*filing*) de la réclamation par un Etat auprès d'un autre Etat ou d'un tribunal international.

¹ Cf. notamment *Mavrommatis*, Arrêt du 30 août 1924, C.P.J.I., Série A, n° 2, pp. 6, 35; *Phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires)*, Arrêt du 14 juin 1938, C.P.J.I., Série A/B, n° 74, p. 10; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (Exception préliminaire)*, Arrêt du 4 avril 1939, Série A/B, n° 77, p. 64; *Interhandel (Exceptions préliminaires)*, Arrêt du 21 mars 1959, C.I.J., Recueil, 1959, pp. 6, 20 ss.; *Droit de passage sur territoire indien (Fond)*, Arrêt du 12 avril 1960, C.I.J., Recueil, 1960, pp. 6, 33 ss.

Article 3

Si la Commission se prononçait en faveur de l'adoption de la règle du droit international positif concernant les bénéficiaires de réclamations internationales, cette règle pourrait être rédigée comme suit:

Alternative I. Lorsque le bénéficiaire d'une réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originairement, la réclamation est irrecevable, à moins d'avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant de façon continue de la date du dommage jusqu'à la date de la présentation.

Si la Commission adoptait le point de vue de MM. Eustathiades, Fitzmaurice et Paul De Visscher, savoir: qu'il convient d'assouplir l'exigence de la continuité ininterrompue de la nationalité, et qu'il suffit que la réclamation ait possédé le caractère national de l'Etat requérant à la date du dommage et à celle de la présentation, on pourrait dès lors énoncer la règle comme suit:

Alternative II. Lorsque le bénéficiaire d'une réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originairement, la réclamation est irrecevable, à moins d'avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant aussi bien à la date du dommage qu'à celle de la présentation.

Si l'on se tourne maintenant vers des propositions plus radicales, *de lege ferenda*, la Commission se trouve face à plusieurs choix. Si la Commission acceptait le point de vue de MM. Bind-schedler et Eustathiades selon lequel, lorsque l'individu lésé a subséquemment perdu sa nationalité *ex lege*, ou lorsque l'intérêt bénéficiaire dans une réclamation passe, de par l'effet de la loi, à un non-national (notamment lorsque son bénéficiaire possède une nationalité différente de celle de l'individu lésé), il conviendrait d'énoncer une règle sur le modèle de l'Article 15 (b) du *Harvard Research Draft* de 1929, de la façon suivante:

Alternative III. Lorsque

(1) le bénéficiaire d'une réclamation internationale a perdu la nationalité de l'Etat requérant de par l'effet de la loi, ou

(2) l'intérêt bénéficiaire dans une réclamation internationale a passé, de par l'effet de la loi, d'un national de l'Etat requérant à un bénéficiaire possédant une autre nationalité,

il ne peut être considéré qu'une réclamation présentée par cet Etat est irrecevable en raison du fait que le bénéficiaire ne possède pas sa nationalité à la date de la présentation.

Cette proposition, basée sur l'Article 15 (b) du *Harvard Research Draft* de 1929, établit une exception à la règle établie du droit international en vertu de laquelle une réclamation, pour être recevable, doit posséder le caractère national de l'Etat requérant à la date de la présentation. L'exception ne joue que dans les cas où le changement de nationalité du bénéficiaire originaire (le plus souvent, peut-être, l'individu lésé lui-même), ou de l'intérêt bénéficiaire dans la réclamation, résulte de l'application de la loi. Une telle proposition pourrait aboutir au résultat qu'un Etat aurait à dédommager un de ses propres ressortissants pour un dommage qu'il (l'Etat) aurait causé à un étranger, s'il s'avérait que le bénéficiaire ou l'intérêt bénéficiaire en était venu à acquérir sa nationalité par l'effet de la loi. Ajoutons qu'il paraît douteux que le bénéfice d'une telle proposition puisse s'étendre à des personnes qui, comme dans les affaires *Levy* et *Chavez* (*Exposé préliminaire*, pp. 33, 37, 38), avaient le droit d'opter pour garder leur nationalité, mais qui omirent d'exercer un tel droit.

Une telle proposition trouve un appui dans la doctrine plutôt que dans la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux, et la question est avant tout celle de savoir s'il est démontré que l'adoption d'une telle règle correspond à un besoin réel.

A l'autre extrême de cette proposition, qui vise à autoriser un Etat à faire valoir une réclamation internationale au profit d'une personne qui n'est pas son ressortissant, on trouve la suggestion de M. Feinberg de faire adopter par l'Institut une recommandation disant:

L'Institut,

Désireux de contribuer à l'amélioration de la technique de la protection diplomatique;

Tenant compte des tendances nouvelles qui se manifestent dans la vie internationale en vue de la sauvegarde des droits de l'individu;

Recommande aux Etats d'orienter la protection diplomatique vers une conception fonctionnelle du rôle de l'Etat protecteur qui lui permettrait de prendre en main une réclamation d'un de ses nationaux en l'absence même du lien de nationalité à la date où le dommage a été causé.

Cette proposition, tout comme le vote peu réaliste de l'Institut à Oslo en 1932 (cf. *Exposé préliminaire*, pp. 108-114), conduirait à abandonner le fondement juridique du droit d'un Etat à faire valoir une réclamation internationale au profit d'un individu lésé, savoir: que l'Etat demande que soit réparée une violation de ses droits au sens du droit international. (Voir les citations tirées des affaires *Mavrommatis*, *Panevezys*, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* et *Nottebohm*, *Exposé préliminaire*, pp. 6-8). La proposition de M. Feinberg tend à remplacer la règle établie du droit international par une notion non acceptée selon laquelle des Etats devraient admettre de payer une réparation à d'autres Etats dont ils n'ont pas violé les droits, au sens du droit international, et par lesquels ils n'ont pas été accusés d'avoir commis une telle violation, et cela uniquement parce qu'un individu ayant une réclamation non réparée a, en acquérant la nationalité de l'Etat requérant, opéré un transfert de sa réclamation. Le rapporteur estime qu'il n'est pas souhaitable d'encourager les Etats à se compromettre dans des situations aussi controversées.

La protection des apatrides

Bien que l'on puisse se demander si une Résolution sur la nationalité des réclamations devrait s'occuper des apatrides, MM. Feinberg, Guggenheim, Wortley et Castrén proposent

l'introduction d'une disposition à ce sujet. Il tombe sous le sens que le critère juridique en vertu duquel un Etat serait en droit de faire valoir une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat au profit d'un apatride n'est pas à trouver dans la nationalité de cet individu à la date de la présentation de la réclamation. De même, le fondement juridique du droit d'un Etat à faire valoir une réclamation au profit d'un national — à savoir que ses propres droits, au sens du droit international, ont été violés par l'intermédiaire du dommage causé à son ressortissant — ne présente aucune pertinence lorsque la personne lésée est un apatride.

S'il apparaissait toutefois opportun, pour des raisons humanitaires, que l'Institut fasse une recommandation relative à la protection des apatrides *par un Etat* (agissant individuellement, en sa qualité d'Etat protecteur), il serait dès lors nécessaire de trouver ou d'établir un fondement juridique quelconque, en droit international, en vertu duquel un Etat pourrait être considéré comme internationalement responsable vis-à-vis d'un autre Etat du chef du dommage qu'il aurait causé à un apatride.

Il serait en premier lieu nécessaire d'ériger en principes du droit international un certain standard minimum de traitement des apatrides. A supposer que ce standard vienne à être violé par l'Etat où se trouve l'apatride, et qu'un autre Etat se voie accorder le droit de faire valoir une réclamation internationale au profit de cet apatride à l'encontre de l'Etat violateur, encore faudra-t-il trouver la raison pour laquelle l'Etat qui a causé le dommage est tenu pour responsable envers l'Etat requérant, alors même qu'il n'existe pas à proprement parler une violation des droits de ce dernier au sens du droit international. En fin de compte, le lien — par exemple, le domicile — entre l'apatride et l'Etat requérant, lien qui justifierait que cet Etat plutôt qu'un autre fasse valoir la réclamation, devrait être prévu dans le

compromis constituant la base de tout tribunal compétent en la matière.

En l'absence de toute règle du droit international coutumier dans ce domaine, chacune de ces conditions requises — c'est-à-dire: un standard international en ce qui concerne le traitement des apatrides, des droits et obligations réciproques de l'Etat requérant et de l'Etat requis en matière d'apatridie dans le cadre du droit de la responsabilité de l'Etat, et le lien nécessaire entre l'Etat requérant et l'apatride — pourrait trouver place dans un traité auquel les deux Etats seraient Parties. En fait, certaines d'entre elles — notamment le standard international de traitement des apatrides — figurent dans la Convention des Nations Unies relative au statut des apatrides, du 28 septembre 1954¹, entrée en vigueur le 6 juin 1960. Des 82 Etats invités à prendre part à la Conférence qui rédigea le traité, seuls 27 y participèrent² et, en mai 1964, 14 Etats seulement avaient ratifié la Convention ou y avaient accédé³.

Cette Convention définit l'apatride comme « une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation » (Article 1) et elle s'attache à établir de la façon la plus complète possible les obligations incombant aux Etats Parties à la Convention vis-à-vis des apatrides se trouvant sur leur territoire. C'est en vain que l'on chercherait dans la Convention — aussi bien que dans les procès-verbaux résumés de la Conférence au cours de laquelle elle fut rédigée — une quelconque autorisation pour un Etat de faire valoir une réclamation internationale au profit d'un

¹ E/CONF. 17/5/Rev. 1 (Mars 1956), Acte Final de la Conférence des Nations Unies sur le Statut des Apatrides.

² United Nations Yearbook, 1954, p. 416.

³ ST/LEG./3. Ces Etats sont: Belgique, Côte-d'Ivoire, Danemark, France, Guatémala, Irlande, Israël, Luxembourg, Madagascar, Norvège, Pays-Bas, République de Corée, Royaume-Uni, Yougoslavie.

apatride. C'est dans le cadre du premier alinéa de l'Article 25, intitulé « Aide administrative », que la Convention semble le plus près d'accorder une telle autorisation :

1. Lorsque l'exercice d'un droit par un apatride nécessiterait normalement le concours d'autorités étrangères auxquelles il ne peut recourir, les Etats contractants sur le territoire desquels il réside veilleront à ce que ce concours lui soit fourni par leurs propres autorités.

Les autres alinéas de l'Article 25 et les procès-verbaux résumés de la Conférence montrent clairement que cet Article vise à fournir une aide technique à l'apatride dans la délivrance de documents et de certificats, plutôt qu'à régler de façon complète l'exercice de la protection diplomatique.

Il est à noter cependant qu'un tel droit d'exercer la protection diplomatique en faveur des apatrides est défini à l'Article 7, paragraphe 1, de la Résolution sur le *Statut juridique des apatrides et des réfugiés*, adoptée par l'Institut de Droit international le 24 avril 1936, lors de sa Session de Bruxelles. Ce paragraphe dispose notamment :

L'Etat sur le territoire duquel un apatride non réfugié a établi son domicile ou, à défaut, sa résidence habituelle, pourra exercer, dans l'intérêt de celui-ci, la protection diplomatique en conséquence de tout fait survenu après cet établissement...¹

Si une telle disposition venait à être incorporée dans un traité qui fixerait les règles de fond s'imposant, en droit international, au respect des Etats en ce qui concerne les apatrides établis sur leur territoire, elle serait en mesure de constituer, entre les Parties au traité, la base juridique nécessaire pour que des réclamations internationales puissent être présentées en faveur d'apatrides. Ces règles matérielles du droit international pourraient être énumérées de la même manière que dans la Conven-

¹ Institut de Droit international, *Tableau Général des Résolutions (1873-1956)*, pp. 62, 65.

tion des Nations Unies sur le statut des apatrides, ci-dessus mentionnée, ou par analogie avec les règles du droit international coutumier relatives à la protection par un Etat de ses nationaux à l'étranger. Même si un tel résultat pouvait être atteint, par un réseau de traités bilatéraux, l'idéal consisterait à conclure un traité-loi multilatéral en la matière.

Mais le manque général d'intérêt dont ont fait preuve les Etats face aux efforts des Nations Unies en vue d'améliorer le statut des apatrides laisse supposer que ces Etats accepteraient encore moins volontiers de se soumettre à des dispositions conventionnelles, au titre desquelles un Etat quelconque pourrait faire valoir à leur encontre une réclamation internationale en invoquant non pas tant un tort juridique qui lui aurait été fait que des considérations purement humanitaires. Une meilleure approche du problème consisterait peut-être à considérer la possibilité d'établir, sous les auspices des Nations Unies, une agence internationale pour la protection des apatrides. Si maigres en effet qu'aient été les résultats des activités des Nations Unies en ce domaine, il semble qu'il serait plus approprié d'envisager ce problème sous l'angle de la protection internationale des apatrides par une organisation internationale, plutôt que dans le cadre étroit du bilatéralisme inhérent à toute tentative d'établir directement d'Etat à Etat la responsabilité juridique internationale à l'égard des apatrides. Ce sont des considérations de cet ordre que les membres de la Commission devraient examiner lorsqu'ils détermineront la portée et le contenu de notre projet de Résolution.

La double nationalité et les réclamations internationales

Le rapporteur, dans une note à la page 123 de son *Exposé préliminaire*, s'interrogeait sur l'opportunité d'introduire dans le projet de Résolution une disposition relative à la recevabilité

de réclamations possédant en même temps le caractère national de l'Etat requérant et de l'Etat requis. Il avait proposé, à choix, l'une ou l'autre des possibilités suivantes:

Toute réclamation internationale qui possède en même temps la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis est juridiquement irrecevable;

ou:

Toute réclamation internationale qui possède en même temps la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis est irrecevable, sauf si elle est présentée en faveur d'un individu qui possède un lien de nationalité plus durable avec l'Etat requérant.

Sept des réponses reçues se sont prononcées en faveur de l'insertion d'une disposition à ce sujet. MM. Jiménez de Aréchaga et Wright ont exprimé leur préférence pour la première formule, M. Castrén pour la seconde, et MM. Bindschedler et Eustathiades ont proposé de les combiner en une seule formule, où elles se complèteraient.

Il reste dès lors à examiner 1^o si ces deux formules ont la même valeur en tant qu'expressions du droit positif, ou *de lege ferenda*, et 2^o si l'on peut considérer qu'elles se complètent l'une l'autre.

1. Irrecevabilité de réclamations internationales présentées en faveur de nationaux de l'Etat requis

L'Article 4 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, dispose:

Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national ¹.

Le Comité préparatoire de la Société des Nations pour la

¹ 179 S.d.N. Rec. Traités, 89. Cette Convention, signée par les représentants de 37 Etats, entra en vigueur le 1^{er} juillet 1937.

Conférence de Codification avait invité les Gouvernements, au Point II, n° 2, de son questionnaire, à présenter leurs commentaires sur la question de savoir si, au cas où deux Etats considèrent tous deux qu'une personne est leur national, « l'un de ces Etats reste en droit d'exercer sa protection au profit de cet individu à l'encontre de l'autre Etat ». Si aucune réponse ne pouvait être donnée à cette question, il était demandé si, dans une telle situation, la naissance, la naturalisation, le domicile ou l'exercice de fonctions politiques fournissaient des critères suffisants pour choisir une nationalité dominante qui prévaudrait, de façon à permettre l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat de la nationalité dominante contre l'autre Etat, dont l'individu possédait également la nationalité.¹

Dans leurs réponses, 18 Gouvernements acceptèrent — parfois avec certaines restrictions — le principe fondamental en vertu duquel, lorsqu'un individu possède une double nationalité, aucun des deux Etats dont il est le national ne peut exercer sa protection diplomatique en sa faveur à l'encontre de l'autre Etat. Six Gouvernements se prononcèrent, avec des réserves, en faveur du principe de la nationalité active, mais ils divergèrent quant à la question de savoir si cette nationalité active devait se présumer à partir du choix personnel de l'individu, de son domicile, de son lieu de résidence habituel ou du fait qu'il exerce des fonctions politiques². Compte tenu des réponses des Gouvernements, le Comité préparatoire rédigea la Base de discussion n° 4 comme suit: « Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit de l'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national. » Le

¹ Société des Nations, document C.73. M.38, 1929, V.1, *Conférence pour la Codification du Droit international*, Bases de discussion, vol. I, *Nationalité*, p. 25.

² *Ibid.*, pp. 25-30, 118 ss.

Comité préparatoire suggéra, à titre alternatif, d'ajouter les mots suivants au texte ci-dessus énoncé: «...si cet individu a sa résidence habituelle dans ce dernier Etat. »¹

A la quatrième séance de la Première Commission de la Conférence de Codification de La Haye de 1930, certains représentants insistèrent pour que la proposition alternative — avec la clause « si » — fût votée en premier lieu. Elle fut rejetée par un vote de 23 contre 10, et le Président (M. Nicolas Politis) déclara en conséquence que la Commission avait accepté la Base de discussion n° 4 *sans* la clause alternative². Lors du vote final par appel, à sa 17^{me} séance, la Commission adopta, par un vote de 29 contre 5, avec 13 Etats absents ou s'abstenant, la Base n° 4 en tant qu'Article 4³. A la 6^{me} séance plénière de la Conférence, le 10 avril 1930, la Convention — comprenant l'Article 4 rédigé comme ci-dessus — fut adoptée par un vote de 40 contre 1⁴.

Weis fait remarquer, à propos de l'Article 4 de la Convention de La Haye concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qu'il « may be considered as being a true codification and as giving expression to the position in

¹ *Ibid.*, p. 30.

² Société des Nations, *Actes de la Conférence pour la Codification du Droit International*, La Haye, 1930, Procès-verbaux de la Première Commission, *Nationalité*, 1930, V. 15, p. 56.

³ *Ibid.*, p. 211. *Pour* : Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Canada, Colombie, Cuba, Danemark, Egypte, Espagne, Esthonie, Etats-Unis d'Amérique, Etat Libre d'Irlande, Finlande, Grande-Bretagne-Grèce, Inde, Lettonie, Luxembourg, Mexique, Nicaragua, Norvège, Pays, Bas, Suède, Tchécoslovaquie, Uruguay, Yougoslavie. *Contre* : Chine, Hongrie, Italie, Japon, Perse. *Absent ou abstention* : Belgique, Chili, Dantzig, France, Islande, Monaco, Pérou, Pologne, Portugal, Roumanie, Salvador, Suisse.

⁴ *Ibid.*, vol. I, *Séance plénière*, 1930, V. 14, p. 41.

customary international law »¹. Bar-Yaacov note pour sa part que « the general attitude of States in the matter found clear expression in the provisions of Article 4... which embodied the customary rule of international law »². Dans l'affaire *Mergé* (1955), la Commission de conciliation Italie-Etats-Unis (Troisième membre neutre: Don José de Yanguas Messia) conclut que « The Hague Convention, although not ratified by all the Nations, expresses a *communis opinio juris*, by reason of the near-unanimity with which the principles referring to dual nationality were accepted. »³ La Cour internationale de Justice, dans son Avis consultatif du 11 avril 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, s'en rapporta, *obiter dictum*, à la « pratique généralement suivie selon laquelle un Etat n'exercera pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national »⁴.

Plus tôt déjà — avant même que la Convention de La Haye de 1930 ait été rédigée — Borchard concluait, sur la base de la jurisprudence des tribunaux internationaux:

The principle generally followed has been that a person having dual nationality cannot make one of the countries to which he owes allegiance a defendant before an international tribunal. In other words, a person cannot sue his own government in an international court, nor can any other government claim on his behalf⁵.

¹ P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, p. 195 (1956).

² Nissim Bar-Yaacov, *Dual Nationality*, p. 76 (1961).

³ *International Law Reports*, 1955, p. 450.

⁴ C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 186.

⁵ E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, p. 588 (1915). Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge, 1931, I*, 289-290, Rapport de M. Borchard.

Avec plus de précision encore, Borchard parle — en tant que Rapporteur du *Harvard Research Draft* de 1929 sur la Responsabilité des Etats — de la « well-established rule that on behalf of a person having dual nationality, one of the States of which he is a national cannot make the other State of which he is a national a defendant before an international tribunal. »¹

C'est en 1872 déjà que la règle, énoncée par la suite à l'Article 4 de la Convention de La Haye, avait été appliquée dans l'affaire *Alexander* et c'est la même règle qui trouva encore application en 1955 dans l'affaire *Mergé*, bien que, dans chacune de ces affaires, des arguments fondés sur la nationalité active eussent été invoqués. Dans l'affaire des *Executors of R.S.C.A. Alexander v. The United States*, devant la *British-American Civil War Commission*, instituée au titre du Traité de Washington du 8 mai 1871², le Gouvernement britannique faisait valoir une réclamation contre les Etats-Unis en faveur de l'héritier légitime d'une personne née aux Etats-Unis de père britannique. L'avocat des Etats-Unis affirma que, bien que le testateur (du demandeur) eût possédé à sa naissance la double nationalité américaine et britannique, la réclamation présentée en sa faveur par le Gouvernement britannique était irrecevable, et cela même si, comme l'avait avancé la partie adverse, il avait passé la plus grande partie de son existence en Ecosse et avait occupé certaines fonctions publiques sous le Gouvernement britannique. La Commission se déclara incompétente et rejeta la réclamation; le Commissionnaire américain, James L. Frazer, fit observer pour sa part que, suivant la pratique des nations,

¹ *American Journal of International Law*, vol. 23, Special Number, p. 200 (Avril 1929). La *Harvard Research* formula cette règle de la façon suivante, à son Article 16 (a): « A State is not responsible if the person injured or the person on behalf of whom the claim is made was or is its own national. » *Ibid.*, p. 200.

² Cf. *Exposé préliminaire*, p. 34.

« no government would recognize the right of another to interfere thus in behalf of one whom it regarded as a subject of its own »¹.

Dans l'affaire *Mergé* — que nous examinerons de façon plus détaillée ci-dessous — la Commission de Conciliation Italie-Etats-Unis, instituée au titre du Traité de Paix avec l'Italie de 1947, après avoir discuté les cas où, si un individu possède la nationalité de chacun des deux Etats, la conclusion que sa nationalité active est celle de l'Etat requérant conduirait à faire admettre une réclamation présentée contre l'Etat requis, fit observer:

9. In all other cases of dual nationality, Italian and United States, when, that is, the United States nationality is not prevalent in accordance with the above, the principle of international law, according to which a claim is not admissible against a State, Italy in our case, when this State also considers the claimant as its national . . in harmony (Article 1 of the Hague Convention of 1930) with international custom and generally recognized principles of law in the matter of nationality, will reacquire its force².

Attendu que les Etats-Unis ne parvinrent pas à établir que la nationalité américaine de M^{me} Mergé était la nationalité dominante, la Commission appliqua la règle traditionnelle du droit international, incorporée dans l'Article 4 de la Convention de La Haye de 1930, et déclara irrecevable la réclamation présentée contre l'Italie.

2. *Le principe de la nationalité active,*

Il n'est pas aisé de classer les affaires d'où découle le principe que, lorsqu'un individu possède en même temps la nationalité de plus d'un Etat, l'une de ces nationalités — la

¹ J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pp. 2529-2531. Le Président de la Commission, le comte Corti, se prononça de la même façon que M. Frazer.

² *International Law Reports*, 1955, p. 456.

nationalité « active », « effective », ou « dominante » — peut être considérée comme fournissant un critère de décision en ce qui concerne la recevabilité ou l'irrecevabilité d'une réclamation internationale; et cela est largement dû au fait que les décisions des arbitres témoignent d'une certaine confusion de pensée quant à la nature du problème.

Si l'on se base sur la règle coutumière du droit international, incorporée par la suite dans l'Article 3 de la Convention de La Haye de 1930 sur la nationalité, en vertu de laquelle « un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des Etats dont il a la nationalité, comme son ressortissant », le problème s'avère être, non de déposséder l'individu de son statut de national de l'un de ces Etats — comme il semble découler de certaines opinions des premiers arbitrages — mais bien plutôt de chercher un critère qui justifierait qu'un Etat, dont cet individu possède la nationalité, fasse valoir une réclamation à son profit contre l'autre Etat. Si l'on admet que lorsqu'un Etat cause un dommage à l'un de ses propres nationaux, il n'encourt d'ordinaire pas, au sens du droit international, une responsabilité qui rendrait possible la présentation, à son encontre, d'une réclamation internationale en faveur de ce national, le problème consiste dès lors à essayer de découvrir s'il existe des critères en vertu desquels la nationalité de l'Etat requérant peut être considérée comme l'emportant sur celle de l'Etat requis aux fins de décider si de telles réclamations sont recevables. Attendu que l'individu se trouve rattaché à chacun des deux Etats par des liens juridiques de nationalité, il est clair que c'est au-delà de ce lien juridique, c'est-à-dire dans quelque fait ou situation, qu'il faut rechercher un tel critère. Sinon, la règle traditionnelle, en vertu de laquelle aucun Etat ne peut faire valoir une réclamation contre un autre Etat en faveur d'une personne possédant la nationalité de chacun de ces deux Etats, devra l'emporter.

Dans l'affaire *Narcisa de Hammer and Amelia de Brissot*, devant la Commission mixte de réclamations Etats-Unis-Venezuela, instituée au titre du traité du 5 décembre 1885, qui établissait la Commission compétente pour recevoir certaines réclamations contre le Venezuela « on the part of ... citizens of the United States » (Malloy, *Treaties*, etc., II, p. 1860), la réclamation fut rejetée à l'unanimité du fait du défaut de compétence de la Commission. Les demandeurs, veuves et enfants de deux citoyens des Etats-Unis, étaient tous nés au Venezuela et y avaient été domiciliés continuellement, tout en étant demeurés des citoyens des Etats-Unis, soumis comme tels à la législation américaine. Le Commissionnaire John Findlay estima que la nationalité acquise à la naissance devait prévaloir sur celle acquise par le mariage, tout au moins lorsque cette dernière s'alliait à un domicile continu dans le pays de naissance (Moore, *International Arbitrations*, III, 2456, 2460).

Dans l'affaire *Willet*, en revanche, la même Commission (par M. Findlay) prononça sa sentence contre le Venezuela, en faveur de M^{me} Willet, administratrice de la succession de son défunt mari, un ressortissant des Etats-Unis, en dépit du fait qu'elle était née et avait été continuellement domiciliée au Venezuela (*ibid.*, 2254-2257).

Dans l'affaire *Mathison*, devant la Commission de réclamations britannico-vénézuélienne, instituée au titre du Protocole du 13 février 1903, qui établissait la compétence de la Commission pour certaines réclamations de « British subjects » contre le Venezuela¹, Mathison était né au Venezuela de père britannique et avait toujours résidé au Venezuela. Le surarbitre, Frank Plumley, déclarant que le réclamant contre le Venezuela était Britannique en vertu du droit britannique et Vénézuélien en vertu du droit vénézuélien, parvint à la conclusion intéres-

¹ Voir *Exposé préliminaire*, p. 41.

sante que le *jus soli*, en tant que « the rule of nature », devait l'emporter sur le *jus sanguinis*, et il rejeta la réclamation parce que « Mathison is a Venezuelan and not a British subject ». (*Recueil des sentences arbitrales*, IX, 485, 489, 490, 494. C'est le présent rapporteur qui souligne.) Dans l'affaire *Stevenson*¹, devant la même Commission, le surarbitre Plumley rejeta les réclamations de M^{me} Stevenson et de onze de ses enfants contre le Venezuela. Bien que sujets britanniques en vertu du droit britannique, ils étaient Vénézuéliens selon le droit vénézuélien, et « are held herein to be Venezuelans » (*ibid.*, 494, 498, 507, 510). Déclarant qu'il tranchait ce cas sur la base de son jugement dans l'affaire *Mathison* (*ibid.*, p. 507), le surarbitre donna cependant cette fois-ci plus d'importance à la notion de domicile et fit observer que puisque M^{me} Stevenson était « a British subject under British law and a Venezuelan under Venezuelan law, the prevailing rule of public law ... is that she is deemed to be a citizen of the country in which she has her domicile, that is, Venezuela » (*ibid.*, p. 500).

Le surarbitre fit preuve de la même confusion quant à la *ratio decidendi* dans l'affaire *Maninat* (1905), devant la Commission franco-vénézuélienne de 1902, instituée en vue de recevoir les réclamations « des Français » contre le Venezuela (*ibid.*, X, p. 11). Les demandeurs « being without question French by French law, and Venezuelan by Venezuelan law » (*ibid.*, p. 78), ne furent cependant pas considérés comme « Frenchmen who are recognized as such by the laws of Venezuela » (*ibid.*, p. 79) ou « by the laws of both countries » (*ibid.*, p. 78). Se rapportant à ses décisions dans les affaires *Mathison* et *Stevenson*, le surarbitre Plumley estima que la nationalité de « one who is native of the land » (*jus soli*) devait prévaloir sur le *jus sanguinis* (p. 79), mais il déclara également que « in a conflict of laws as to natio-

¹ Voir *Exposé préliminaire*, pp. 41-43.

nality the law of the place of domicile should prevail » (*ibid.*, p. 78), et c'est cette règle qu'il appliqua pour rejeter même des réclamations d'héritiers qui, nés au Venezuela d'un père français, avaient pourtant abandonné leur domicile vénézuélien pour le Pérou ou le Guatemala. Le surarbitre Plumley suivit le même raisonnement dans l'affaire *Massiani* (1905) pour rejeter, en raison du défaut de compétence de la Commission, les réclamations contre le Venezuela de personnes qui, bien que Françaises selon le droit français et Vénézuéliennes selon le droit vénézuélien, n'avaient cessé d'être domiciliées au Venezuela (*ibid.*, p. 159).

Dans l'affaire *Brignone*, devant la Commission italo-vénézuélienne, instituée au titre de protocoles de 1903 (*ibid.*, pp. 479 ss.), le surarbitre Jackson H. Ralston déclara que la demanderesse, née au Venezuela, ne pouvait faire valoir une réclamation contre le Venezuela en tant que la veuve d'un Italien dont elle avait acquis la nationalité par mariage, parce qu'elle avait toujours été domiciliée au Venezuela (*ibid.*, p. 542). Le surarbitre Ralston, appliquant la même règle à une veuve dans l'affaire *Miliani* (*ibid.*, p. 589), devant la même Commission, eut à combattre un argument, digne d'être mentionné, avancé par le Commissionnaire italien Agnoli, selon lequel le *jus sanguinis*, eu égard aux enfants nés au Venezuela de ladite veuve et de son mari italien, devait l'emporter sur le *jus soli*, puisqu'il résultait de la conception même, et non, comme le *jus soli*, d'un pur accident tenant à l'endroit où était né l'enfant (*ibid.*, pp. 585-586). Rejetant cette théorie parce qu'elle introduisait « an uncertain moment » dans le droit international, le surarbitre déclara que, s'il était vrai que le *jus soli* tout comme le *jus sanguinis* bénéficiaient tous deux d'un « very respectable support », le domicile constituait le critère décisif dans les cas de double nationalité et les enfants « must be con-

sidered for the purposes of this litigation as Venezuelans »; leurs réclamations devaient, en conséquence, être rejetées (*ibid.*, pp. 589-591). Le surarbitre trancha de la même façon les affaires *Giacopini* (*ibid.*, p. 594) et *Poggioli* (*ibid.*, pp. 669, 687).

Bien que, dans les affaires relatives aux réclamations contre le Venezuela, les décisions des arbitres soient passablement obscurcies par leurs vains efforts de découvrir un critère permettant de faire prévaloir le *jus soli* sur le *jus sanguinis* (ou *vice versa*), ou la nationalité acquise à la naissance sur la naturalisation, les arbitres semblent avoir cependant penché en faveur du domicile en tant que critère de décision en ce qui concerne la recevabilité d'une réclamation au profit d'un double national qui possède à la fois la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis¹. Dans chacune des affaires citées — sauf l'affaire *Willet*, où la demanderesse était en même temps administratrice de la succession de son mari et bénéficiaire — les réclamations d'individus possédant à la fois la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis furent rejetées lorsque, notamment, le domicile se trouvait dans l'Etat requis.

Devrait-il normalement s'ensuivre que si de telles personnes avaient été domiciliées dans l'Etat requérant, leur réclamation aurait dû être admise? C'est ce que semble avoir estimé le surarbitre Plumley dans les affaires *Stevenson* (*loc. cit.*, p. 500) et *Massiani* (*loc. cit.*, p. 184); mais le problème ne fut en fait pas tranché, car les seuls demandeurs ayant obtenu gain de cause, dans les affaires *Stevenson*, *Maninat*, et *Brignone*, furent des personnes qui ne possédaient pas la double nationalité.

¹ Cf. Jules J. Basdevant, « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de Droit international privé et de Droit pénal international*, vol. 5, pp. 41-63 (1909). Voir aussi H. F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law*, pp. 73-80 (1959).

Dans l'affaire *Canevaro* (1912)¹, le Tribunal (Renault, Fusinato, Calderon) alla au-delà de la notion de domicile pour refuser d'admettre la réclamation que l'Italie faisait valoir contre le Pérou en faveur du comte Raphaël Canevaro, Italien *jure sanguinis* et Péruvien *jure soli*. Répondant à la question particulière posée dans le compromis: «Has Don Raphael Canevaro a right to be considered as an Italian claimant?»², le Tribunal, se référant à l'exercice, par Canevaro, d'activités politiques qui semblaient indiquer un lien plus étroit avec le Pérou, déclara que le Gouvernement péruvien avait à juste titre nié sa «capacity of Italian claimant». Cette affaire a été citée à maintes reprises comme un exemple de l'admission du principe de la nationalité «active», selon lequel les activités de l'individu peuvent être considérées comme indiquant une nationalité préférée ou fournissant un critère de décision.

Dans l'affaire *Barthez de Montfort* (1926)³, devant le Tribunal arbitral mixte franco-allemand, «le principe de la nationalité active» fut appliqué en tant que critère pour admettre une réclamation qu'une personne possédant à la fois la nationalité française et allemande avait contre l'Allemagne, et cela principalement parce que cette personne était domiciliée en France et avait exprimé sa préférence personnelle pour la nationalité française. Dans l'affaire *Baron Frédéric de Born c. Etat serbe-croate-slovène* (1926)⁴, devant le Tribunal arbitral mixte hungaro-serbo-croato-slovène, le fait que le demandeur possédait la double nationalité allemande et hongroise condui-

¹ G. G. Wilson, *The Hague Arbitration Cases*, pp. 238 ss. (1915); J.B. Scott, *The Hague Court Reports*, pp. 284 ss. (1916).

² C'est le présent rapporteur qui souligne.

³ *Barthez de Montfort c. Treuhander Hauptverwaltung*, etc., *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, etc., vol. VI, pp. 806, 809.

⁴ *Ibid.*, p. 499.

sit l'Etat requis à récuser la recevabilité de la réclamation. Appliquant le principe de la nationalité active, la Commission déclara la réclamation recevable, entre autres parce que le demandeur avait autrefois demandé d'effectuer son service militaire en Hongrie et qu'il avait appartenu pendant de nombreuses années à la Chambre hongroise des Députés. Le Tribunal fit notamment observer :

Attendu que, pour résoudre ce conflit, il convient de rechercher dans lequel des deux Etats, l'Allemagne ou la Hongrie, se trouvait le lieu où le requérant avait établi son domicile régulier, où il conduisait normalement ses affaires, où il exerçait habituellement ses droits publics et où il était saisi, à son tour, par l'autorité publique; que s'il est possible de déterminer ce lieu, la loi du pays où cet endroit se trouve devra l'emporter sur la loi de l'autre pays en ce sens que la nationalité du demandeur doit être exclusivement déterminée par la première loi; que c'est, en effet, uniquement dans le domaine de cette loi-ci que se trouvent réunis les éléments de droit et de fait indispensables à faire naître un lien de nationalité effective et non seulement théorique...¹

Le principe de la nationalité active fut soutenu dans des *obiter dicta* par le surarbitre Edwin B. Parker dans l'affaire *MacKenzie* (1925)² et par le Président de la Commission, J. H. W. Verzijl, dans l'affaire *Pinson* (1928)³, mais il fut combattu, également *obiter*, comme insuffisamment établi en droit international, par Walter Simons, A. Badaoui et par Fred K. Nielson, arbitres dans l'affaire *Salem* (1932)⁴.

Bien que la Conférence de Codification de La Haye de 1930 ne fît aucune place à la notion de la nationalité active dans le cadre de l'Article 4 — traitant de la protection diplomatique —⁵

¹ *Ibid.*, pp. 502-503.

² 20 A.J.I.L. 595 (1926).

³ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pp. 327, 381.

⁴ *Ibid.*, vol. II, pp. 1187-1210.

⁵ Voir ci-dessus, p. 151.

de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, elle l'admit, dans certaines limites, à l'Article 5 — visant le traitement des résidents étrangers par les Etats tiers —, Article qui fut adopté au sein de la Première Commission par un vote de 35-2-10¹. Le texte de cet Article 5 dispose :

Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'Etat tiers en matière de statut personnel, et sous réserve des conventions en vigueur, cet Etat pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait ².

La Conférence de La Haye a rejeté la notion de domicile en tant que critère de choix entre les nationalités d'un double national, en faveur de la notion de « résidence principale et habituelle ». Dans sa Réponse au Point II, n° 3, du questionnaire de la Société des Nations, le Gouvernement belge ³ fit observer que le domicile est une question de droit, une fiction parfois, alors que « la résidence habituelle » est une question de fait. « Résidence habituelle » fut le critère adopté par la Conférence de La Haye de 1928 sur le Droit international privé.

La Conférence de La Haye de 1930 rejeta également la proposition, contenue dans la partie (b) de la Base de discussion n° 5, selon laquelle, dans certaines circonstances, « l'intéressé est en droit de se prévaloir de la nationalité de son choix; ce choix, une fois exercé, est définitif » ⁴.

¹ *Actes de la Conférence, loc. cit., Procès-verbaux de Première Commission*, p. 213. Votes négatifs: Chine et Etats-Unis.

² 179 S.d.N. Rec. Traités, 89.

³ *Bases de Discussion, loc. cit.*, p. 31.

⁴ *Ibid.*, p. 35. Voir aussi *Procès-verbaux de la Première Commission, loc. cit.*, p. 308.

L'Institut de Droit international eut lui-même à résoudre pratiquement une question de double nationalité lorsqu'il s'agit, en 1888, de procéder à l'élection du D^r Felix Stoerk, qui possédait en même temps les nationalités autrichienne et allemande. En vertu de l'Article 6 des Statuts de l'Institut, tels qu'ils étaient alors en vigueur, le nombre des personnes de la même nationalité pouvant être élues à l'Institut était limité à un certain pourcentage qui aurait été dépassé si le D^r Stoerk avait été élu en tant qu'Allemand. Sur proposition de M. Louis Renault — plus tard Président du Tribunal arbitral dans l'affaire *Canevaro* —, l'Institut adopta à l'unanimité, le 8 septembre 1888, un Rapport, aux termes duquel, au cas où un candidat posséderait une double nationalité, et aux fins d'appliquer l'Article 6 des Statuts de l'Institut :

Nous pensons qu'il est naturel de le considérer comme étant seulement le ressortissant de l'Etat auquel l'unissent le droit et le fait dont il est le national et sur le territoire duquel il réside ou au service duquel il se trouve. C'est pour ainsi dire la nationalité active qui doit être envisagée et non la nationalité un peu théorique qui peut subsister à côté de celle-là¹.

Vu que, au sens de cette doctrine, le D^r Stoerk devait être considéré comme Allemand, son élection à l'Institut fut retardée jusqu'à ce que le nombre des membres de l'Institut s'accrût de telle sorte que sa nomination ne conduisît plus à un dépassement de la quote-part réservée à l'Allemagne. L'Article 6 des Statuts actuels de l'Institut prévoit, à son 3^{me} alinéa :

3. Lorsqu'une personne peut se réclamer de plus d'une nationalité, c'est sa nationalité active actuelle qu'il y a lieu de considérer².

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Lausanne, 1888-1889*, pp. 23-35. Cette disposition a reçu l'approbation du Tribunal dans l'affaire *Barthez de Montfort* (1926), 6 T.A.M. 809.

² Cette disposition a été introduite dans les Statuts de l'Institut dès 1900. Cf. *Annuaire, Session de Neuchâtel, 1900*, p. 3.

Le Statut de la Cour internationale de Justice stipule, à son Article 3:

1. La Cour se compose de quinze membres. Elle ne pourra comprendre plus d'un ressortissant du même Etat.

2. A cet égard, celui qui pourrait être considéré comme le ressortissant de plus d'un Etat, sera censé être ressortissant de celui où il exerce habituellement ses droits civils et politiques.

De la même manière, le Statut de la Commission du Droit international dispose à son Article 2, chiffres 2 et 3:

2. Elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat.

3. En cas de double nationalité, un candidat sera considéré comme ayant la nationalité du pays dans lequel il exerce ordinairement ses droits civils et politiques¹.

Il importe, enfin, de prendre bonne note des longs *obiter dicta* que la Cour internationale de Justice a consacrés à la double nationalité dans l'affaire *Nottebohm*², quoique la Cour n'eût pas en l'espèce à trancher une question ayant trait à ce problème particulier. Partant de la constatation que, dans les cas de double nationalité,

l'arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher, entre les Etats en cause, un conflit de nationalité, mais à déterminer si la nationalité invoquée par l'Etat demandeur était opposable à l'Etat défendeur, c'est-à-dire si elle donnait à l'Etat demandeur titre à exercer la protection³,

la Cour poursuivit:

L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause. Les

¹ Document des Nations Unies A/CN.4/4/Rev.1 (1962).

² C.I.J., *Recueil*, 1955, p. 4. Arrêt du 6 avril 1955, Liechtenstein contre Guatemala.

³ *Ibid.*, p. 21.

éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre: le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc.¹

La Cour ajouta que « la nationalité effective », l'élément faisant « concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat », avait été invoqué devant les tribunaux d'Etats tiers, de même que dans les écrits des publicistes, les traités bilatéraux de nationalité et la pratique des Etats ². Elle conclut sur ce point:

Selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat. Conférée par un Etat, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en a fait son national ³.

Mais la Cour n'était pas, en fait, dans la position d'aborder le problème comme nous le faisons dans le présent Rapport, car l'affaire *Nottebohm* ne comprenait aucune question qui l'obligeât à trouver un critère de choix entre deux nationalités, de façon à déterminer si une réclamation pouvait être présentée, au profit d'un double national, à l'encontre d'un Etat requis dont cet individu possédait aussi la nationalité. La Cour avait, à la place, à répondre à la question de savoir si la nationalité unique que possédait Nottebohm constituait une base suffisante

¹ C.I.J., *Recueil*, 1955, p. 4., Arrêt du 6 avril 1955, Liechtenstein contre Guatemala.

² *Ibid.*, pp. 22-23.

³ *Ibid.*, p. 23.

en vue de l'exercice de la protection diplomatique en sa faveur, à l'encontre d'un autre Etat dont il ne possédait pas la nationalité. La Cour, en appliquant à une personne qui ne possédait qu'une seule nationalité les critères permettant de choisir entre deux nationalités, a privé cette personne de toute chance d'être protégée diplomatiquement.

Quoi qu'il en soit, les critères dégagés si éloquemment par la Cour dans l'affaire *Nottebohm* fournissent certainement des indications d'une très grande utilité dans le contexte qui leur est propre, c'est-à-dire dans les questions de double nationalité. L'énoncé très explicite donné par la Cour dans l'affaire *Nottebohm*, au sujet des critères de la nationalité active, a apporté un correctif bienvenu aux critères que les premiers tribunaux arbitraux ont vainement essayé de dégager, en vue de choisir entre deux nationalités, en tentant de faire prévaloir le *jus soli* sur le *jus sanguinis* (ou *vice versa*), ou la nationalité acquise à la naissance sur celle acquise par naturalisation, ou enfin en mettant par trop l'accent sur le seul critère du domicile.

Bien que la Cour n'emploie pas le terme de nationalité « active », mais qu'elle se réfère à la nationalité « effective », le premier de ces termes semble être plus approprié que le second, étant donné que chacune des deux nationalités que possède un double national est juridiquement effective en vertu du droit de l'Etat qui l'a conférée.

La nature complémentaire des deux règles

C'est dans l'affaire *Mergé* (1955)¹ que la Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, instituée au titre de l'Article 78

¹ *International Law Reports*, 1955, p. 443. Voir aussi José de Yanguas Messia, « La protection diplomatique en cas de double nationalité », dans *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*, pp. 547-558 (Pedone, 1960).

du Traité de Paix avec l'Italie de 1947 (Matturri, Sorrentino, Yanguas Messia) conclut à l'unanimité que la règle établie du droit international positif, énoncée à l'Article 4 de la Convention de La Haye, n'était pas incompatible avec le principe moins bien établi de la nationalité active, mais qu'ils se complétaient. Selon les termes mêmes employés par la Commission :

The first of these, specifically referring to the scope of diplomatic protection, as a question of public international law, is based on the sovereign equality of the States in the matter of nationality and bars protection in behalf of those who are simultaneously also nationals of the defendant State. The second of the principles had its origin in *private* international law, in those cases, that is, in which the courts of a third State had to resolve a conflict of nationality laws. Thus, the principle of effective nationality was created with relation to the individual. But decisions and legal writings, because of its evident justice, quickly transported it to the sphere of *public* international law.

2. It is not a question of adopting one nationality to the exclusion of the other. Even less when it is recognized by both Parties that the claimant possesses the two nationalities. The problem to be explained is, simply, that of determining whether diplomatic protection can be exercised in such cases . . .

3. . . . the Commission is of the opinion that no irreconcilable opposition between the two principles exists; in fact, to the contrary, it believes that they complement each other reciprocally. The principle according to which a State cannot protect one of its nationals against a State which also considers him its national and the principle of effective, in the sense of dominant, nationality, have both been accepted by the Hague Convention (Articles 4 and 5) and by the International Court of Justice (Advisory Opinion of April 11, 1949, and the *Nottebohm* decision of April 6, 1955). If these two principles were irreconcilable, the acceptance of both by the Hague Convention and by the International Court of Justice would be incomprehensible . . .

5. The principle, based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle of effective nationality wherever such nationality is that of the claiming State . . .

La Commission formula alors certains principes directeurs, aux termes desquels la nationalité active de l'Etat requérant devait être déterminée principalement en fonction de la résidence habituelle, des intérêts et des activités professionnelles; et elle déclara que, dans les circonstances du cas d'espèce, la preuve de la nationalité dominante de l'Etat requérant n'avait pas été apportée, que dès lors la règle de l'Article 4 de la Convention de La Haye de 1930 prévalait et que la réclamation n'était pas recevable. Ce sont cinquante-deux affaires impliquant des questions de double nationalité que la Commission a tranchées sur la base du raisonnement ci-dessus indiqué¹.

Il ne semble pas que les critiques émises par Bar-Yaacov² au sujet de l'affaire *Mergé*, en raison du fait que les Articles 4 et 5 de la Convention de La Haye de 1930 ne sont pas réellement complémentaires, car le premier est énoncé en termes généraux, alors que, dans l'Article 5, la reconnaissance du principe de la nationalité active est limitée aux Etats tiers, et aussi parce que les *obiter dicta* de la Cour internationale de Justice dans l'Avis sur la *Réparation* et dans l'Arrêt *Nottebohm* ont été prononcés dans un contexte entièrement différent, soient suffisantes pour détourner l'Institut de la règle de l'affaire *Mergé*, s'il estime opportun de la formuler en tant que proposition *de lege ferenda*.

Bar-Yaacov a peut-être formulé une critique plus significative en avançant que, si l'on admet que la règle traditionnelle qui empêche de présenter des réclamations de doubles nationaux à l'encontre d'un Etat requis dont l'individu possède aussi la nationalité doit céder devant le principe de la nationalité active, l'on aboutira en fin de compte à l'abolition virtuelle de cette règle traditionnelle, basée sur l'égalité des Etats. C'est

¹ Cf. Yanguas Messia, *loc. cit.*, pp. 548, 558.

² Bar-Yaacov, *op. cit.*, pp. 237-238.

en interprétant la décision rendue dans l'affaire *Mergé* comme ayant statué que la nationalité active du demandeur était celle de l'Etat requis, que Bar-Yaacov est parvenu à une telle conclusion. Or la Commission évita avec soin d'être aussi explicite dans ses déclarations; elle jugea que la règle traditionnelle (Article 4) ne devait céder devant le principe de la nationalité active que si l'on parvenait à la conclusion que cette dernière était celle de l'Etat requérant, ajoutant:

But it must not yield when such predominance is not proved, because the first of these two principles is generally recognized and may constitute a criterion of practical application for the elimination of any possible uncertainty¹.

Le rapporteur estime que ces considérations, relatives à la protection diplomatique des doubles nationaux, doivent conduire à une version modifiée de la seconde formulation suggérée à titre d'essai à la note 1 de la page 123 de son *Exposé préliminaire*. Cette nouvelle version a pour but de faciliter la discussion sur l'opportunité d'une formulation combinant la règle traditionnelle avec le principe de la nationalité active, et sur le caractère désirable de déterminer de façon plus précise les critères de la nationalité active.

* * *

C'est sur la base de la présente analyse que le rapporteur soumet à l'examen le projet de Résolution ci-annexé.

(Ithaca, New York, le 10 novembre 1964.)

¹ *Loc. cit.*, p. 455.

Projet de Résolution
sur le caractère national d'une réclamation internationale

L'Institut de Droit international,

Notant la relation existant entre le caractère national d'une réclamation et sa recevabilité, en vertu des règles du droit international qui régissent la protection diplomatique des individus, la responsabilité de l'Etat du chef des dommages causés à des individus, et la présentation de réclamations internationales,

Désireux de formuler cette relation de manière plus précise,

Adopte les règles suivantes, applicables en l'absence de dispositions contraires acceptées par les Parties:

Article 1

Une réclamation internationale présentée en faveur d'un individu qui a subi un dommage donnant lieu à une réclamation en vertu du droit international est irrecevable si elle ne possédait pas le caractère national de l'Etat requérant, tant à la date du dommage donnant lieu à la réclamation qu'à la date de la présentation de la réclamation à un autre Etat ou à un tribunal international.

Article 2

(a) Une réclamation présentée en faveur d'un individu possède le caractère national d'un Etat lorsque l'individu est un ressortissant de cet Etat.

(b) Il est entendu par date du dommage, la date de la perte ou du préjudice subi par un individu et donnant lieu à la réclamation internationale.

(c) Il est entendu par date de la présentation, la date du dépôt (*filing*) de la réclamation par un Etat auprès d'un autre Etat ou devant un tribunal international.

Article 3

Lorsque le bénéficiaire d'une réclamation internationale est une autre personne que l'individu lésé originairement, la réclamation est irrecevable, à moins d'avoir possédé le caractère national de l'Etat requérant aussi bien à la date du dommage qu'à celle de la présentation¹.

Article 4

1. Une réclamation internationale en faveur d'un individu qui possède en même temps les nationalités de l'Etat requérant et de l'Etat requis est irrecevable, sauf lorsqu'il peut être établi que la nationalité « active » de cet individu est celle de l'Etat requérant.

2. Les critères permettant de déterminer la nationalité active d'un individu qui possède en même temps plus d'une nationalité comprennent: sa résidence habituelle, l'Etat dans lequel il exerce d'ordinaire ses droits civils et politiques, et d'autres liens de rattachement d'où l'on peut inférer une solidarité effective d'existence, d'intérêts et de sentiments avec un Etat.

(Le 10 novembre 1964.)

¹ C'est l'alternative II, énoncée ci-dessus. Voir p. 144.

ANNEXE

Observations de membres de la Première Commission et de MM. Castrén et Verdross en réponse à l'Exposé préliminaire et au questionnaire de M. Herbert W. Briggs du 11 avril 1963.

1. Observations de M. Rudolf L. Bindschedler

Berne, le 15 avril 1964.

Cher Confrère,

Je vous remercie de votre rapport pour la Première Commission de l'Institut de Droit international sur la protection diplomatique des individus. C'est avec le plus grand intérêt que j'ai pris connaissance de ce document. Votre rapport si complet fournira une base très précieuse pour nos futures discussions.

Je me permets de répondre à votre questionnaire comme suit:

1. A première vue je suis plutôt enclin à maintenir le mandat actuel de notre Commission quoique je comprenne très bien vos hésitations.

II. —.

III. Si les normes matérielles sur le traitement des étrangers font partie du complexe de règles sur la responsabilité de l'Etat, le sujet « La protection diplomatique des individus en droit international » comprend les règles sur les conditions de recevabilité d'une réclamation par laquelle l'Etat fait valoir une violation des normes matérielles du droit international sur la respon-

sabilité de l'Etat. La protection diplomatique a deux aspects : d'une part, les règles que j'appellerais de légitimation, c'est-à-dire concernant le lien entre l'Etat exerçant la protection et l'individu lésé, d'autre part les règles de procédure, dont celle sur l'épuisement des instances internes est la plus importante.

Le travail de notre Commission devrait se borner à l'examen des règles de légitimation en rapport avec la protection diplomatique des individus, ainsi que votre rapport l'a fait. En effet, l'Institut a nommé une autre commission pour s'occuper de la protection diplomatique des personnes morales et des sociétés. Les règles de procédure sont les mêmes pour la protection des individus et celle des personnes morales; elles devraient donc être traitées par une seule commission. Le principe de l'épuisement des instances internes a d'ailleurs déjà fait l'objet d'une Résolution de l'Institut.

IV. Oui.

V. Je suis tout à fait d'accord avec le contenu de votre Projet de Résolution. Je partage surtout votre opinion que le principe d'un lien effectif entre l'Etat protégeant et l'individu, établi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*, doit être repoussé pour les raisons que vous avez démontrées si clairement.

VI. Quant à la rédaction de la Résolution, je préférerais prendre comme modèle le projet présenté à l'Institut à la Session d'Oslo de 1932 par la Dix-neuvième Commission de cette époque, ceci pour éviter la formule « une réclamation possède la nationalité ». Seule une personne peut avoir une nationalité. On peut tout au plus encore parler du caractère national d'un bateau ou d'un avion. Quoiqu'on comprenne très bien ce que le projet de Résolution veut dire, il faut éviter de créer des malentendus.

VII. Je crois qu'il serait utile de compléter encore le projet sur les points suivants:

1. Règles sur les questions de double nationalité. Il s'agit, d'une part, du principe que l'Etat ne peut pas protéger un ressortissant vis-à-vis d'un autre Etat dont cette personne possède également la nationalité. D'autre part, la pratique internationale montre que le principe de la nationalité effective doit être appliqué à des doubles-nationaux qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat contre lequel est dirigée la réclamation. C'est dans ce cas seulement que le principe du lien effectif adopté par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* se justifie.
2. Règles sur les conséquences d'un changement de nationalité *ex lege*. Il s'agit ici d'une question *de lege ferenda*. Il n'est pas douteux que la règle en vigueur, et qui exige la continuité de la nationalité, mène dans certains cas à des résultats inéquitables. Je me rallie donc à l'idée exprimée par l'art. 15 b du *Harvard Research Draft* de 1929. Cette idée pose un problème de compétence. On pourrait dire que l'Etat compétent pour l'exercice de la protection diplomatique est celui qui, le premier, a fait valoir une réclamation, soit que la nationalité de l'individu dont il s'agit existât au moment du dommage, soit au moment de la présentation de la réclamation. Si l'Etat dont l'individu possédait la nationalité au moment du dommage renonce à suivre l'affaire, l'Etat dont la personne en question aura acquis la nationalité après sera compétent pour reprendre la réclamation. J'admets volontiers que ce problème exige un examen plus approfondi et qu'on arrivera peut-être à d'autres solutions. En tout cas je suis d'accord avec vous qu'on ne doit pas tenir compte d'un changement de nationalité volontaire.

3. Non-validité de la clause Calvo.

Veillez agréer, cher Confrère, l'assurance de ma considération distinguée.

Rudolf L. Bindschedler.

2. Réponse de M. Constantin C. Eustathiades

Athènes, le 30 mai 1964.

En ce qui concerne la première partie :

I. Non.

Je ne suis pas d'avis que la Première Commission devrait demander une modification de son mandat dans le sens indiqué au point I du Questionnaire.

En effet, je ne suis pas d'accord avec la thèse développée dans l'Exposé préliminaire (notamment pp. 9 et suiv.). Il me semble que le droit de protection diplomatique ne se place pas « sur le même plan que la responsabilité internationale de l'Etat à raison de la violation de ses obligations à l'égard des résidents étrangers ». Les deux matières me paraissent distinctes; les règles de responsabilité sont des règles de fond, alors que celles concernant la protection diplomatique constituent une méthode de mise en œuvre de la responsabilité. Si les deux matières furent traitées souvent ensemble, ce fut pour des raisons pédagogiques et aussi à cause des sources (notamment des documents diplomatiques) où les deux matières sont nécessairement visées dans chaque affaire concrète par le même document. D'autre part, la jonction des deux matières était moins artificielle à une époque où la protection diplomatique était, en règle générale, la seule méthode de mise en œuvre de la responsabilité de

l'Etat pour dommages causés à la personne et aux biens des étrangers. Or, tel n'est plus le cas de nos jours, à la suite de la multiplication des méthodes de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat. (Je me permets de renvoyer sur les méthodes de mise en œuvre à mon Cours à La Haye « Les sujets de Droit International et la responsabilité internationale » *Recueil*, t. 84 (1953, III).

Il y a aussi une autre raison qui s'opposerait, à mon sens, à remplacer la protection diplomatique par « Quelques aspects de la responsabilité de l'Etat ». La matière tombant sous le mandat de la Première Commission est bien précise et c'est bien qu'il en soit ainsi. Quoique la protection diplomatique soit en effet, elle aussi, un aspect de la responsabilité de l'Etat, c'est tout de même un aspect procédural et la formule « Quelques aspects de la responsabilité de l'Etat » n'indiquerait point clairement la matière confiée à la Première Commission.

La question de la nationalité des réclamations qui fait l'objet du rapport, en fournit la preuve. Supposons que l'exercice de la protection diplomatique ne soit pas autorisé à cause du jeu de la règle de la continuité de la nationalité. Cela reviendrait-il à dire qu'il n'y a point de responsabilité ? Je n'en suis pas du tout certain. Le manque de continuité du caractère national de la réclamation constituerait-il une cause de non-responsabilité ? Cette dernière, une fois engagée du chef d'un acte contraire au droit international, ne pourrait-elle pas être mise en jeu par quelque autre procédure de mise en œuvre, excepté la protection diplomatique ? Je ne pense pas que cette place soit indiquée pour pousser plus loin ce débat. A la base des réflexions, pour le moment sommaires, qui précèdent, je ne puis me rallier à la préférence très nette de notre rapporteur d'étudier la question. « comme un aspect du droit de la responsabilité de l'Etat » (p. 14), n'étant pas certain que je puisse suivre les considérations qui l'ont conduit à une telle conclusion.

En conclusion, la nationalité d'une réclamation se présente comme une condition de l'exercice de la protection diplomatique et non pas comme une condition de la responsabilité de l'Etat, alors que, d'autre part, la protection diplomatique n'est qu'une méthode parmi d'autres méthodes de mise en œuvre de la responsabilité.

Dès lors, « si l'on admet que l'on puisse faire une distinction » — pour employer les mots du Rapport Borchard à la session de Cambridge — je me demande pourquoi nous ne nous en tiendrions pas à la ligne tracée très nettement dans le passage même du Rapport Borchard qui est reproduit à la page 15 de l'Exposé préliminaire, ainsi que dans le préambule du projet de Résolution présenté à Oslo, ligne qui me paraît parfaitement correcte déjà du temps de Borchard et d'autant plus aujourd'hui, compte tenu de nouvelles méthodes de mise en œuvre de la responsabilité internationale.

Note: Quant à l'autre titre « Le droit des réclamations internationales », des considérations analogues seraient peut-être valables en partie, alors que d'autre part, il indiquerait moins clairement le champ des travaux de la Première Commission. Si l'on voulait à tout prix faire figurer la notion de réclamation internationale, on pourrait peut-être, à la rigueur, songer à un titre comme « Réclamations internationales de l'Etat pour la protection des ressortissants » mais je préférerais encore le maintien du titre actuel.

II. Vu la réponse négative au point I, ce point ne demande pas de réponse.

III. A mon sens, afin de bien marquer la matière, il serait indiqué, tout en maintenant le sujet « La protection diplomatique des individus en droit international », de le faire accompagner de la précision: la nationalité des réclamations (titre actuel de l'Exposé préliminaire). On pourrait dire encore,

puisque'il s'agit principalement de cela: « La nationalité des réclamations comme condition de l'exercice de la protection diplomatique. » Je ne pense pas qu'au stade actuel il y ait lieu d'élargir le sujet (La nationalité des réclamations appartiendrait au sujet plus vaste « Présentation et recevabilité des réclamations internationales », auquel appartient également surtout la règle de l'épuisement des voies de recours internes).

En ce qui concerne la Deuxième partie :

IV. Oui.

V. Oui, de façon générale, sous réserve des observations ci-dessous (VI et VII).

VI. Commentaires sur le Projet.

1. En ce qui concerne les formules alternatives des deux premières parenthèses.

« Nationalité de la réclamation » a l'avantage d'avoir acquis droit de cité dans la terminologie anglo-saxonne, mais pour la terminologie française la formule « caractère national de la réclamation » paraîtrait meilleure. « Etat requérant » paraît préférable à « Etat demandeur ».

Pour ce qui est de la troisième parenthèse qui indique la continuité du caractère national, ce n'est plus une simple question de terminologie, quoique l'aspect pratique ne soit pas de grande importance, comme il est exactement indiqué dans l'Exposé préliminaire. En tout cas si l'on devait choisir entre les deux solutions, il suffirait que l'on indique dans le projet que le caractère national doit exister aux deux moments, à l'origine et à la date de la présentation de la réclamation. D'autre part, nous éprouverions des doutes à exclure du débat la solution consistant à se contenter du caractère national de la réclamation au moment de la présentation de la réclamation.

Cette solution avait été avancée autrefois au sein de l'Institut, où les voix se sont partagées (cf. Exposé préliminaire pp. 111-114), et elle fut aussi proposée récemment (1961) par les professeurs Sohn et Baxter, rapporteurs du projet sur la responsabilité sous les auspices de la *Harvard Law School* (*ibid.*, pp. 112-3). Il semble qu'on ne devrait pas l'écarter en 1964 sans une discussion approfondie.

On se demande même s'il n'y aurait pas lieu de présenter dans le projet préliminaire les deux solutions, à savoir celle incluse actuellement sous 1, et celle du projet précité de la *Harvard Law School*, selon laquelle un Etat ne devra pas être empêché de présenter une réclamation pour le compte d'une personne, lorsque celle-ci devient un ressortissant de l'Etat après que le dommage a été produit.

2 a) La parenthèse paraît devoir être maintenue, à moins que le cas exceptionnel qui y est visé ne fasse l'objet d'une disposition spéciale.

b) Pas de commentaires.

c) D'accord quant au fond. Pour la présentation, deux remarques: 1) On pourrait se demander s'il n'y aurait pas lieu de discuter, au cours de nos prochains débats, du remplacement des termes: « un tribunal international » par « une instance internationale » ou, si l'on élargissait davantage, « un organe international », couvrant ainsi les cas de présentation d'une réclamation devant un organe autre qu'un juge ou un arbitre international (p. ex. une commission de conciliation, une commission d'enquête, une autre commission ou organe qui ne serait pas des tribunaux internationaux). Pour notre part, nous sommes pour le maintien de la formule actuelle. 2) Il vaudrait mieux mentionner d'abord la présentation de la réclamation à un gouvernement étranger,

VII. Le projet de Résolution pourrait comprendre également des dispositions sur les points suivants:

1. Une disposition comme celle de la règle 3 du projet présenté à l'Institut par sa dix-neuvième Commission: « Ne peut être opposé à l'Etat requérant le fait que la personne intéressée aurait changé de nationalité après la présentation de la demande ».

2. Une disposition relative aux cas de personnes possédant la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis.

La règle en pareil cas serait l'irrecevabilité de la réclamation, sauf si cette dernière est présentée en faveur d'une personne liée d'un lien de nationalité plus effectif avec l'Etat requérant.

Il serait peut-être encore mieux de régler dans une seule disposition la question de double nationalité.

En prenant comme base la règle 4 du projet de Résolution présenté à l'Institut par sa dix-neuvième Commission, on aurait, pour l'ensemble, une disposition qui pourrait être ainsi conçue:

« 1. Ne peut être opposé à l'Etat requérant le fait que la personne intéressée possède des nationalités autres que celle de l'Etat requérant.

» 2. Toutefois une réclamation qui possède à la fois la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis est irrecevable, sauf si elle est présentée pour le compte d'une personne liée d'un lien de nationalité plus effectif avec l'Etat requérant. »

3. Il resterait aussi à prévoir la présentation d'une réclamation en cas de double ou multiple nationalité.

A cet égard on pourrait songer à une disposition de l'ordre suivant:

« En cas de double ou multiple nationalité de la personne lésée, l'Etat qualifié à présenter une réclamation est celui avec lequel

cette personne a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus effectifs. »

(Cf. dans ce sens l'art. 23, § 5, des propositions Garcia Amador à la Commission du droit international.)

4. *Last but not least*, il serait opportun d'adopter certains tempéraments à la rigueur de la règle générale du projet — si l'on maintenait la structure actuelle du point 1 (cf. supra sous VI) — et à cette fin introduire la distinction entre la perte volontaire de la nationalité de l'Etat requérant et la perte involontaire.

C'est, en effet, une *dura lex* que celle qui prive de protection l'individu lésé à la suite d'un changement de nationalité survenu de par l'effet de la loi (*by operation of law*), et cette rigueur semble devoir être assouplie.

Lorsque plus spécialement la perte involontaire de nationalité survient à la suite d'un transfert de territoire ou d'un mariage, l'objection consistant à dire que le droit de conserver sa nationalité est de plus en plus reconnu en de pareils cas, en vertu de traités ou de lois internes (v. la conclusion de l'*Exposé préliminaire*, p. 121) ne serait plus valable lorsque le droit de conserver la nationalité ne serait pas ainsi reconnu. On pourrait donc retenir au moins cette dernière circonstance, et encore cela ne suffirait pas, puisque le droit de conserver l'ancienne nationalité en cas de transfert territorial et en cas de mariage peut ne pas être sans graves conséquences (p. ex. obligation de transfert de domicile) du point de vue de l'unité nationale ou de l'unité de la famille.

Il se peut donc qu'il y ait dans certains cas une sorte de chantage juridique. En 1929 le projet de Harvard, dont Borchard était le rapporteur, accepta, à juste titre, dans le paragraphe *b*) de son article 15, l'idée de non-pertinence de la perte involontaire de nationalité, *by operation of law*, et en 1964 cette solution fait réfléchir encore davantage.

Permettez-moi de vous dire encore une fois combien j'apprécie votre Exposé préliminaire et veuillez, mon cher et honoré Confrère, agréer l'assurance de mes meilleurs sentiments et de ma haute considération.

C. Eustathiades.

3. Observations de M. Nathan Feinberg

Jérusalem, le 20 avril 1964.

Cher et très honoré Confrère,

J'ai bien reçu votre savant exposé préliminaire sur « La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations », rapport si substantiel et si minutieusement établi, et je vous en félicite cordialement. Je l'ai étudié très attentivement et conformément à votre demande je vous sou mets mes réponses au questionnaire que vous avez bien voulu rédiger.

Réponses aux questions I et III

1. Je suis d'accord pour que les travaux de la Première Commission soient consacrés à l'étude de la question relative à la nationalité des réclamations.

2. J'ai longuement pesé les arguments développés dans votre rapport en faveur de l'examen de la question comme un aspect de la responsabilité internationale plutôt que comme une question du ressort de la protection diplomatique. Je ne nie pas qu'il soit possible de suivre la voie que vous suggérez, et certains auteurs se sont, du reste, engagés dans cette voie, mais je ne crois pas pouvoir lui accorder la préférence que vous lui donnez, et ceci pour les raisons suivantes:

Il est vrai que sans responsabilité internationale il n'y a pas de protection diplomatique, mais il n'est pas moins vrai qu'en l'absence d'un Etat autorisé à prendre en main la réclamation d'un individu lésé dans ses droits ou ses intérêts par un autre Etat, il ne saurait y avoir de responsabilité internationale, au stade actuel du droit des gens. C'est précisément le cas des dommages subis par un apatride (voir à ce sujet la décision de la commission des réclamations Etats-Unis-Mexique en 1931 dans l'affaire de la *Dickson Car Wheel Co*). Tout en étant étroitement liées l'une à l'autre, les deux notions — celle de la responsabilité internationale et celle de la protection diplomatique — ne sont cependant pas identiques. La responsabilité internationale se rapporte aux obligations qui incombent à l'Etat à l'égard des étrangers se trouvant sur son territoire et aux conséquences qu'entraîne la violation de ces obligations; la protection diplomatique, par contre, s'occupe du droit subjectif de l'Etat de protéger ses nationaux à l'étranger, et des conditions dans lesquelles cette protection peut être exercée. L'existence d'un lien de nationalité entre la personne lésée et l'Etat intervenant à son profit est l'une des conditions de la recevabilité de la réclamation. On peut alors se demander pourquoi il est plus justifié d'examiner cette condition du point de vue de l'Etat responsable, tenu à réparer le dommage, que du point de vue de l'Etat intervenant pour le réclamer. Du fait que le droit international ne voit pas dans la présentation d'une réclamation incertaine ou irrecevable une violation de l'ordre juridique et ne prévoit pas de sanctions, il ne découle pas, selon moi, que le principe de la nationalité des réclamations ne doive pas être considéré comme une règle juridique « venant limiter le droit de l'Etat d'exercer la protection diplomatique, mais [comme] ... un simple conseil » (p. 14). Dans l'affaire du chemin de fer *Panevezys-Saldutiskis* la Cour permanente de Justice internationale a dit que « c'est le lien de nationalité... qui seul

donne à l'Etat le droit de protection diplomatique ». Ne s'ensuit-il pas que la Cour a considéré la condition de la nationalité comme une règle à laquelle l'Etat demandeur doit se conformer pour qu'il puisse faire valoir son droit de protection et qu'aux yeux de la Cour cette question de la nationalité de la réclamation relèverait du domaine de la protection diplomatique?

3. Je me demande s'il est désirable d'enlever à l'institution de la protection diplomatique la matière de la nationalité des réclamations, de rétrécir ainsi sensiblement le contenu de cette institution et de ne lui abandonner que des questions auxquelles s'attache peu d'importance du point de vue juridique. Par le terme « protection diplomatique » on désigne tous les actes qui peuvent être accomplis par un Etat en vue de la protection de ses ressortissants, y compris ceux qui précèdent la présentation formelle de la réclamation, soit par voie diplomatique, soit par la saisie d'un tribunal international. Or, comme l'avait déjà souligné Borchard dans son rapport, en 1931, il « n'est pas possible de cristalliser les règles qui régissent le recours opportun à l'enquête, aux bons offices ou à la protestation ou les circonstances de fait qui le justifient. Ces circonstances échappent ordinairement à une règle ou à un contrôle juridique ». Disjoindre la « nationalité des réclamations » de la « protection diplomatique » me paraît peu désirable encore pour une autre raison. La protection diplomatique vise non seulement les relations entre l'Etat demandeur et l'Etat défendeur, mais aussi les relations entre la personne lésée et l'Etat dont elle est le national et auquel elle s'adresse pour obtenir la défense de ses droits. En vidant l'institution de la protection diplomatique des éléments qui relèvent du droit international, on la relèguerait presque entièrement, au plan du droit interne, où, du reste, elle retient de plus en plus, ces dernières années, l'attention des

juristes (voir les articles de Wilhelm Karl Geck *Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht*, dans « Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht », 1956-57, et de Konstantin Katzarov « *Hat der Bürger ein Recht auf diplomatischen Schutz ?* » dans « Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht », 1957-58).

4. Les considérations qui précèdent m'amènent à la conclusion que, placé devant le choix entre les trois rubriques mentionnées dans votre rapport: la nationalité des réclamations comme aspect de la protection diplomatique, de la responsabilité internationale ou du droit relatif aux réclamations internationales, il est recommandable de donner la préférence au traitement de la question dans le cadre de la protection diplomatique. Je suis d'accord pour qu'elle soit étudiée dans les limites que vous lui avez tracées, et que, partant, soient examinées les questions relatives à la nationalité dès qu'une réclamation internationale a été formellement présentée à un gouvernement étranger ou qu'une requête a été soumise à un tribunal international.

5. Reste la question de savoir quel est le titre qui convient le mieux pour désigner la question faisant l'objet des travaux de notre Commission. Le terme « protection diplomatique » comporte, comme vous le relevez avec beaucoup de justesse, des désavantages sérieux. En effet, la protection peut être exercée non seulement par une action diplomatique, mais aussi par une action consulaire (voir l'art. 5 de la Convention sur les relations consulaires, signée à Vienne en avril 1963) ou encore par une action judiciaire. La Cour permanente de Justice internationale, tout comme la Cour de Justice internationale, a cru

devoir expressément mentionner à côté de la « protection diplomatique » la « protection judiciaire ». A mon avis le terme le plus approprié qui puisse être substitué à celui de « protection diplomatique » est celui de « protection de nationaux à l'étranger » — terme couvrant la protection sous toutes ses formes et manifestations.

J'ai remplacé le mot « individu » qui figure dans le titre actuel du rapport par le mot « nationaux », car il me semble que la question qui nous préoccupe ne doit pas être confondue avec la protection des individus telle qu'elle émerge en droit international de nos jours. Les adeptes les plus convaincus du développement du droit international visant à assurer aux individus une protection internationale de leurs droits et libertés fondamentaux, ne tiendraient pas à voir la protection des nationaux à l'étranger se trouver absorbée par la protection des individus. Eux aussi se prononcent donc généralement pour le maintien de l'institution de la protection des nationaux côte à côte avec la protection internationale des droits de l'homme.

Je n'ai pas cru nécessaire de renoncer à l'emploi du mot « protection », bien que je sache qu'on a fait abus de la protection diplomatique dans le passé et que c'est « le droit de la force et non la force du droit » qui a souvent inspiré ses actes. Or, dans un régime international interdisant toute menace ou l'emploi de la force, et prévoyant un organe devant lequel on peut, le cas échéant, porter plainte, il n'y a pas à craindre que les abus du passé se répètent; il n'est donc pas nécessaire de renoncer au terme de « protection » dans le vocabulaire du droit international.

En résumé, je dirai donc que le titre qui me paraîtrait le plus recommandable est: « La protection des nationaux à l'étranger: la nationalité des réclamations. »

Réponses aux questions IV et V

La question de la nationalité des réclamations qui est sans doute la plus importante que soulève l'institution de la protection diplomatique peut être étudiée: soit du point de vue du droit positif, soit de celui de la *lex ferenda*, soit enfin de l'un et l'autre de ces deux points de vue. Votre exposé se concentre sur l'examen des règles du droit international en vigueur et, sur la base d'une analyse pénétrante de la jurisprudence, vous avez apporté à ces règles des éclaircissements et des précisions très précieux, surtout en ce qui concerne la deuxième date qu'on doit considérer comme décisive pour la détermination du caractère national de la réclamation. Ce n'est que dans le dernier chapitre de l'exposé intitulé: « Quelques observations en guise de conclusion » que vous avez cru devoir abandonner le terrain de la *lex lata* et prendre position à l'égard des critiques formulées contre la théorie traditionnelle de la protection diplomatique. Vous y dites, notamment, que ces critiques « se basent rarement sur une étude de la conduite réelle des Etats », qu'elles procèdent « de quelque prémisse théorique... dont le rapport avec la conduite des Etats n'est pas toujours évident » et que c'est une « idée fausse [de croire] que le droit se développe selon les lois de la logique plutôt que sur la base de l'expérience » (pp. 118-119). On a même l'impression que vous trouvez la réglementation existante satisfaisante, qu'elle répond aux exigences de la vie internationale et qu'il n'est pas besoin de la modifier. Puisque la question se trouve ainsi posée sur le terrain de la *lex ferenda*, je ne crois pas qu'il soit possible de vous suivre dans cette voie.

La doctrine classique de la protection diplomatique est basée sur la conception selon laquelle un Etat, en prenant en main la

réclamation d'un de ses nationaux lésé à l'étranger, fait valoir son propre droit, et c'est l'existence du lien de la nationalité à la date du préjudice subi qui est une condition *sine qua non* pour que l'Etat ait qualité d'intervenir en sa faveur. Beaucoup de voix se sont, depuis un demi-siècle, élevées contre cette doctrine. Elle a été qualifiée d'« artifice » et de « pure fiction juridique » et condamnée comme « déraisonnable », « illogique » et « injuste ». Un juge éminent de la Cour permanente de Justice internationale — van Eysinga — a pu se demander (dans l'opinion dissidente émise par lui dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis) « s'il est raisonnable de qualifier comme règle du droit des gens non écrit une règle qui comporterait que, lors d'un changement de souveraineté, le nouvel Etat ou l'Etat qui a été agrandi n'aurait pas qualité pour épouser n'importe quelle demande de n'importe lequel de ses nouveaux ressortissants, concernant des préjudices subis avant le changement de nationalité ». « On peut se demander également », continua-t-il, « si c'est bien la tâche de la Cour de contribuer à la cristallisation de règles du droit non écrit qui conduisent à des résultats si peu équitables ». Non moins franches sont les paroles prononcées par Edwin B. Parker, surarbitre de la Commission mixte de réclamation Etats-Unis-Allemagne dans l'« Administrative Decision » n° 5 rendue en 1924 : « As the rule [of the nationality of claims] in its application necessarily works injustice, it may well be doubted whether it has or should have a place among the established rules of international law. » Il y a 32 ans, à la session d'Oslo, l'Institut a émis un vote par lequel il a rejeté la doctrine classique de la protection diplomatique; l'importance qui s'attache à ce vote ne me paraît pas amoindrie par le fait que certains membres de l'Institut sont allés jusqu'à présenter comme une règle faisant déjà partie du droit positif, ce qui n'était qu'une règle de *lege ferenda*.

On ne doit pas, non plus, perdre de vue certains développements intervenus durant les dernières dizaines d'années qui démontrent que le principe du lien de nationalité perd du terrain en droit international. La Cour internationale de Justice a reconnu l'existence d'une protection fonctionnelle des organisations internationales à l'égard de leurs agents, protection qui ne se fonde pas sur la nationalité de la personne lésée mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. La Cour n'a pas hésité à affirmer que ce droit de protection peut être exercé même vis-à-vis des Etats dont les agents sont les nationaux. Le Protocole annexe 1 à la Convention universelle pour la protection du droit d'auteur, signée le 6 septembre 1952, stipule dans l'art. 1 que « les personnes apatrides et les réfugiés ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant sont, pour l'application de la présente Convention, assimilés aux ressortissants de cet Etat ». On pourrait rappeler, dans le même ordre d'idées, l'art. 25 (1) de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et l'article presque identique (art. 25 (1)) de la Convention relative au statut des apatrides de 1954, bien que l'on se serve ici du terme « aide administrative » et non pas « protection diplomatique ». Mention peut aussi être faite à ce propos de la Résolution adoptée en 1936 par l'Institut sur le statut juridique des apatrides et des réfugiés dont l'art. 7 prévoit le droit de « l'Etat, sur le territoire duquel un apatride non réfugié a établi son domicile », d'exercer, « dans l'intérêt de celui-ci, la protection diplomatique... » La notion classique de la protection a également subi un changement profond par la création de la Commission européenne des Droits de l'homme et l'établissement de la Cour européenne des Droits de l'homme. En effet, la Convention de 1950 (entrée en vigueur en 1953 et complétée par deux Protocoles) autorise tout Etat contractant à saisir tant la Commission que la Cour non seulement pour la protection de ses propres nationaux mais aussi de personnes dépourvues

de tout lien de nationalité avec l'Etat demandeur. Le même principe est à la base du Projet du Pacte relatif aux droits civils et politiques élaboré par la Commission des Droits de l'homme des Nations Unies en vue de l'application de la Déclaration universelle de 1948, et qui, depuis 1955, est encore à l'étude devant l'Assemblée générale. Dans les traités de paix, conclus après la deuxième guerre mondiale avec plusieurs Etats (Italie Roumanie, Bulgarie, et autres) et imposant à ces Etats le devoir de rétablir les droits et intérêts légaux « des Nations Unies et de leurs ressortissants », l'expression « ressortissants des Nations Unies » a été définie comme s'appliquant « aux personnes physiques qui sont ressortissantes de l'une quelconque des Nations Unies », de sorte que chaque « Nation Unie » s'est vu conférer le droit d'intervenir non seulement au profit de ses propres nationaux mais également de ceux de toutes les autres Nations Unies.

L'attention doit, enfin, être portée sur l'évolution des idées générales relatives à la position de l'individu en droit international, qui, elles aussi, sont à même d'influer sur le développement en matière de protection diplomatique; elles pourraient contribuer à l'ébranlement de la doctrine traditionnelle qui veut que tout acte illicite commis contre un étranger soit considéré non comme une violation de *son* droit, mais de celui de l'Etat dont il est le national. Déjà en 1927, à sa session de La Haye, l'Institut a signalé dans sa Résolution sur la procédure arbitrale « qu'il y a une grave lacune dans l'organisation judiciaire internationale au point de vue de la protection des intérêts privés considérés sur le plan international » et, deux ans plus tard, à sa session de New York, il s'est prononcé en faveur de la reconnaissance aux particuliers du droit « de saisir directement... une instance de justice internationale de leurs différends avec des Etats ».

Voilà tant de faits — et la liste en pourrait être prolongée — auxquels on ne peut passer outre lorsqu'on s'attaque à l'examen de la réglementation actuelle de la protection diplomatique.

Si l'Institut voulait se borner à dire, en une matière si controversée, ce qui est la loi en vigueur, il n'accomplirait pas, me semble-t-il, la tâche qui lui est assignée par ses Statuts, à savoir « favoriser le progrès du droit international » en formulant les principes qui répondent « à la conscience juridique du monde civilisé » et « en poursuivant la consécration officielle des principes qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins des sociétés modernes ». Je me demande donc s'il ne faut pas compléter le projet de Résolution qui précise la *lex lata* par une disposition qui viserait la *lex ferenda*. Cette disposition pourrait être libellée à peu près dans les termes suivants :

« L'Institut,

désireux de contribuer à l'amélioration de la technique de la protection diplomatique ;

tenant compte des tendances nouvelles qui se manifestent dans la vie internationale en vue de la sauvegarde des droits de l'individu ;

recommande aux Etats d'orienter la protection diplomatique vers une conception fonctionnelle du rôle de l'Etat protecteur qui lui permettrait de prendre en main une réclamation d'un de ses nationaux en l'absence même du lien de nationalité à la date où le dommage a été causé. »

J'admets volontiers que les gouvernements ne seront pas pressés de donner suite à pareille recommandation, mais il me paraît que ceci ne doit pas empêcher l'Institut de remplir sa mission, d'indiquer la voie à suivre et de mettre le poids de son autorité au service d'une réforme qui est désirable et salutaire.

Au cas où la majorité de la Commission serait d'avis qu'il est préférable, à l'heure qu'il est, de ne poursuivre l'étude de la question que sur le terrain du droit positif, ne pourrait-on insérer dans le préambule un alinéa indiquant que l'Institut, soucieux de contribuer au perfectionnement de la technique de la protection diplomatique, réserve cette question pour une étude ultérieure ?

Réponse à la question VI

En abordant maintenant le projet de Résolution, je me déclare d'accord, dans l'ensemble, avec le texte proposé, et mes observations ne seront donc que succinctes.

Article 1. Oui. La question de savoir quelle est la deuxième date décisive, celle de la présentation formelle de la réclamation ou celle du règlement de l'affaire (settlement) ou du prononcé de la sentence, est, sans doute, très controversée dans la doctrine et loin d'être uniformément traitée par les instances judiciaires. Mais, puisque même la codification du droit en vigueur ne peut jamais, paraît-il, être entreprise sans qu'on fasse, au moins dans une certaine mesure, de la codification législative, je me rallie à votre conclusion.

Je suis pour le maintien des mots mis entre parenthèses concernant le principe de la continuité, car je suis d'accord avec vous pour estimer que la règle en vigueur exige que le caractère national d'une demande reste inchangé depuis la date du dommage subi jusqu'à la date de la présentation formelle de la réclamation ou de la saisie du tribunal. Ceci cependant sous la réserve suivante: Comme la règle en question s'est cristallisée au sujet des cas où les personnes lésées ont, dans l'intervalle entre les deux dates, acquis la nationalité d'un Etat autre que l'Etat demandeur, cette règle n'est pas, à mon avis, applicable aux cas où une personne est dans l'intervalle

devenue apatride. Il arrive qu'une personne renonce à sa nationalité en vue d'acquérir celle d'un autre Etat et que, ne l'ayant pas obtenue, elle réacquière son ancienne nationalité. Je suggérerai donc de remanier la rédaction du membre de phrase mis entre parenthèses, afin de faire relever qu'il s'agit de l'obtention d'une autre nationalité et non pas de l'« apatridie » (statelessness).

Enfin quant à la question de la terminologie (« le caractère national » ou « nationalité »; « l'Etat demandeur » ou « l'Etat requérant ») il est bon de s'en remettre à la sagesse de nos confrères de langue française qui sont mieux qualifiés que moi pour se prononcer à ce sujet.

Article 2 a). Réponse affirmative. Il est souhaitable de maintenir les mots mis entre parenthèses. L'expression « une réclamation... est... une propriété d'un ressortissant » est une formule peu heureuse du point de vue rédactionnel. De plus, selon la conception traditionnelle dominante en la matière c'est l'Etat qui est le titulaire du droit et de l'intérêt lésés, tout comme il est le *dominus litis*.

Article 2 b). Pas d'observation.

Article 2 c). Pas d'observation.

Article 3. Réponse affirmative sous réserve de ce qui est dit ci-dessus en réponse à l'art. 1 au sujet de l'interruption de la continuité par le fait de l'« apatridie ».

Double nationalité. Puisque les questions épineuses se rapportant à la double nationalité n'ont pas été, comme vous l'indiquez vous-même, examinées dans l'exposé, je ne crois pas qu'il soit opportun d'inclure un article y relatif dans le projet de Résolution et il vaut mieux réserver la question. Si les membres de la Commission se prononçaient dans le sens contraire, on pourrait, en plus des deux formules soumises par

vous, en envisager une troisième, à savoir qu'une réclamation est recevable lorsque le sujet mixte possède la nationalité effective de l'Etat requérant et que la législation de l'Etat requis ne permet pas la renonciation à la nationalité. Tout en signalant cette troisième formule, je ne voudrais pas, au stade actuel, me prononcer définitivement à ce propos et je réserve mon opinion.

Réponse à la question VII

Vous suggérez de considérer l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* comme « se limitant purement à l'appréciation donnée par elle dans les circonstances particulières de l'espèce, sans avoir établi de principes susceptibles d'une application générale en ce qui concerne la nationalité des réclamations » (p. 79). Il est vrai que la Cour elle-même a fait relever que dans le jugement rendu par elle il s'agit de la reconnaissance de la nationalité liechtensteinoise acquise par *Nottebohm* non par « tous les Etats, mais seulement par le Guatemala » (p. 17 de l'arrêt) ou par « un Etat se trouvant dans la situation du Guatemala » (p. 26 de l'arrêt); mais il n'est pas moins vrai, d'autre part, que l'examen de l'exposé des motifs du jugement porte à conclure que la Cour y a, en réalité, énoncé un principe général et consacré la théorie du rattachement effectif en matière de protection diplomatique. Je crois, comme vous, qu'il serait sage de ne pas s'engager dans une discussion sur la portée de ce jugement qui a provoqué tant de commentaires et appréciations contradictoires. Je me demande seulement s'il ne conviendrait pas de mentionner dans le préambule que la question de la nature de la nationalité et du rattachement effectif reste réservée.

Telles sont les réflexions et observations que me suggère votre très intéressant exposé préliminaire et que je voudrais soumettre à votre bienveillant examen.

Je vous prie, très honoré et cher Confrère, de bien vouloir agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs et tout dévoués.

Nathan Feinberg.

4. Observations de Sir Gerald Fitzmaurice

6 April 1964.

Dear Professor Briggs,

I am writing about your report for the Institute on "The Diplomatic Protection of Individuals in International Law: the Nationality of Claims".

As the International Court of Justice is at this very moment in the process of hearing and deciding a case which has affinities with the subject-matter of your report, although it is about corporations rather than individuals, I feel sure you will understand if for the time being I only comment in very general terms on your report. But the first comment I will make is that it is a very interesting one, containing a most useful assemblage of material, and I think it deals very judiciously with the matter in hand.

I quite agree with you that the term "diplomatic protection" which originally indicated the nature of the subject very neatly and vividly is no longer appropriate under modern conditions and that something else should be found. I also agree with the view that the subject is really only another facet of the more general subject of the responsibility of States. The right to make a diplomatic claim exists in those cases and only in those cases in which the responsibility of another State is involved in respect of the treatment of a foreigner. The subject does however split up into various fairly self-contained aspects,

whether one looks at it from the point of view of responsibility or of protection. From the former point of view there could be said to be three main heads:

- a) in respect of what injuries to foreigners does responsibility arise and in what circumstances?;
- b) to what entity does this responsibility exist?; and
- c) what conditions must be present in order to enable that entity to claim satisfaction?;

From the point of view of diplomatic protection, one gets the same thing:

- a) in respect of what injuries to its nationals can a State make a diplomatic claim?;
- b) what State will be entitled to make the claim? and
- c) what conditions must be satisfied for it to be enabled to do so (e.g. continuity of nationality, exhaustion of local remedies, etc.)?

For these reasons I agree with the view to which you seem to come on page 21 of your report, that such questions as the nationality of claims can conveniently be treated separately even if it is not strictly logical to do so.

I entirely agree with the remarks you make on pages 118-121 of your report about the gulf that exists between various special theories on the subject and the actual practice of States. In particular, whatever changes have occurred in recent years regarding the position of the individual in international law, it still remains the fact that in the practice of States he is seldom able to put forward a claim unless his case is espoused by his government as its own, and on the basis that in the person of its national it has received an injury for which it is entitled to claim redress. That is the whole basis of the requirement that the individual concerned must be of the nationality of the

claimant State. It is not, however, quite so simple when one passes on to consider the question of continuity. Naturally, the individual must have the nationality of the claimant State at the time when the injury occurred or that State has suffered no injury and has no claim. On the other hand, I think there is perhaps more to be said than you suggest for the view that, provided the tie of nationality exists at the date when the claim originated, it is immaterial whether it still exists at the date when the claim is presented or brought before an international tribunal. Once the injury has been sustained by the claimant State in the person of someone who was then its national that injury is not, so to speak, wiped out by the fact that the person thereafter ceases to be a national of that State. If any damages are recovered, they would as a matter of law be paid by the defendant State to the claimant State and it does not follow that the latter will be obliged to or will in fact pay them over to the individual. Also there may well be cases in which States have independent reasons of their own for pursuing a claim. For instance, a point of principle may be involved affecting their nationals generally, and so on.

Nevertheless, I cannot but agree with you that the requirement that the individual claimant should still be of the nationality of the claimant State at the date of presentation or reference to an international tribunal is too well established in international practice to be controverted now. On the other hand, I think there would be much to be said for not pursuing the continuity idea any further than that, and not to require that the nationality persists uninterruptedly from the origin of the claim to the date of presentation, provided it does exist at those two dates.

I now turn to your questionnaire, to which my answers are as follows:

- I. Yes.
- II. I would favour something on the lines of "State responsibility in the matter of the treatment of foreigners" or "... for injuries to foreigners, their property, rights or interests".
- III. Does not arise for me.
- IV. Yes.
- V. Yes, subject to the general remarks I have made; but I think the Institute would also do well to pay particular attention to the project which was presented to it at its Oslo session in 1932 and which you set out on pages 109-110 of your report. I think this comes very near to stating the correct position under international law, not only as it existed at that time but also as it exists now.
- VI. Please see the opening remarks in this letter.
- VII. At this moment, no.

Yours sincerely,

Judge Sir Gerald Fitzmaurice.

5. Observations de M. Paul Guggenheim

Genève, le 12 juin 1964.

Mon cher Confrère et Ami,

1. J'ai lu avec un très grand intérêt votre excellent rapport sur la protection diplomatique des individus en droit international, qui s'occupe plus particulièrement de la nationalité des réclamations et de leur incidence sur leur protection dans le cadre du droit international. Votre exposé est très clair et

je me déclare d'accord avec vos vues dans une large mesure, surtout en ce qui concerne les conclusions auxquelles vous aboutissez. Je tiens à rendre hommage aussi à la manière dont vous avez examiné la pratique arbitrale et diplomatique dans un domaine qui n'est pas facile à explorer. Votre rapport restera une contribution doctrinale très importante, quel que soit le résultat des travaux de l'Institut, résultat que, pour ma part, je souhaite positif. Vous voudrez bien m'excuser de vous répondre tardivement. Un long séjour à La Haye, pour le procès de la Barcelona Traction, a retardé mes travaux.

2. Je commence avec une observation de caractère général. Je ne crois pas que la matière de la protection diplomatique soit aussi intimement rattachée que vous le pensez à celle de la responsabilité internationale. En effet, la protection diplomatique se rapporte aussi à d'autres situations qu'à celles qui font partie du domaine propre à la responsabilité internationale. C'est la raison pour laquelle j'ai toujours été de l'avis que la protection diplomatique a sa place dans le vaste chapitre de la protection de l'individu en droit international. Elle est l'expression du fait que ce n'est, en général, que par l'intermédiaire de son Etat national que l'individu est en mesure de faire valoir certaines prétentions en droit international. Certes, la protection diplomatique est normalement conditionnée par un acte illicite, commis soit sur le plan du droit interne, soit sur le plan du droit international, par l'Etat contre lequel s'exerce la protection diplomatique. Toutefois, la protection diplomatique peut être exercée aussi en vue de prévenir des actes illicites ou tout simplement pour assister le ressortissant national dans la défense de ses intérêts économiques à l'égard de l'Etat avec lequel il se trouve en discussion sans que ce dernier ait commis un acte illicite. En tout cas, la protection diplomatique est un moyen extraordinaire, auquel on ne saurait recourir que

si les moyens ordinaires du droit étatique se révèlent insuffisants (voir Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. I, p. 312). Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* rédigé sous la haute direction du Président Basdevant arrive au même résultat tout en utilisant une autre terminologie. Il définit la protection diplomatique de la manière suivante (p. 485): « Action d'un gouvernement auprès d'un gouvernement étranger pour réclamer à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certaines autres personnes, le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages à leur profit. »¹

3. L'action gouvernementale que nous appelons « protection diplomatique », comme d'ailleurs aussi la protection fonctionnelle exercée par les organisations internationales en faveur de leurs propres agents (voir CIJ, Recueil 1949, p. 184), doit se conformer aux règles fondamentales du droit international relatives aux règlements des différends internationaux et surtout s'appliquer dans le cadre de l'article 2, chapitre 4, de la Charte des Nations Unies (interdiction du recours à la force armée). Toutefois, la protection diplomatique n'amène pas l'Etat protecteur à invoquer dans toutes les situations dans lesquelles il intervient les règles du droit international relatives à la responsabilité internationale. L'Etat en question est souvent en mesure d'invoquer l'équité, par exemple lorsqu'il s'agit de faire valoir des prétentions d'indemnités sur des liquidations de biens d'un ressortissant dont le calcul de la valeur donne lieu à des divergences de vue difficiles à concilier dans le cadre des principes et règles peu développés du droit international positif (voir Feldscher, *Über die Rechtsnatur des diplomatischen und konsularischen Schutzes*, Revue de la Société des Juristes allemands, 1930, p. 295).

¹ Souligné par nous.

4. Le problème de déterminer la nationalité de la réclamation est, comme vous le remarquez justement, la condition fondamentale pour l'exercice de la protection diplomatique. A ce sujet, je pense que notre Commission devrait prendre en considération non seulement le cas où un individu ne possède qu'une nationalité, mais aussi ceux où il jouit de deux ou de plusieurs nationalités, ainsi que le cas de l'apatridie, et enfin l'étrange situation consacrée par la Cour internationale de Justice lorsque cette dernière admet l'existence de la nationalité, mais déclare qu'elle n'est pas opposable à un autre Etat, le lien effectif créé par l'octroi de la nationalité n'étant pas suffisamment intense pour que ledit individu soit en mesure d'invoquer la protection diplomatique de l'Etat dont cet individu est le ressortissant (voir CIJ, Recueil 1955, en particulier pp. 20 et 62 ss.). Je suggérerais donc que ces questions fassent l'objet d'une étude complémentaire dans le cadre des travaux de notre Commission (voir d'ailleurs votre note 1, p. 123, de votre Exposé préliminaire).

5. En ce qui concerne votre étude approfondie sur l'époque à laquelle l'individu doit posséder la nationalité de l'Etat requérant pour que sa réclamation puisse être prise en considération, je partage les conclusions auxquelles vous aboutissez dans la deuxième partie de votre exposé, ainsi qu'aux pages 122 et suivantes. La seule question que je me pose dans ce contexte est celle de savoir s'il est possible de préciser le concept de la date donnant lieu à la réparation. Si je vois clairement les choses, il y a lieu de distinguer entre les faits générateurs de différends — qui ne nous intéressent pas dans ce contexte — d'une part, et l'époque à laquelle le différend est effectivement né, d'autre part. A ce sujet, je pense qu'il sera nécessaire d'arriver à plus de précision que ce n'est le cas dans la jurisprudence et surtout dans les décisions rendues par la Cour

permanente. Je partage à ce sujet l'opinion qui a été émise par notre confrère Rosenne dans sa monographie *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1960, pp. 45 ss. Il paraît peut-être aussi indiqué de ne prendre comme critère pour la présentation de la réclamation que la notion du différend qui commande celle du différend né. A ce sujet, une suggestion faite par notre confrère, le Juge Morelli, dans l'affaire du Sud-Ouest Africain (Recueil 1962, p. 567) est d'une certaine importance. Il s'agirait d'admettre que la réclamation présuppose non seulement l'existence d'un différend objectif, mais aussi une « manifestation de volonté » consistant en une prétention ou en une protestation. Cette manière de voir pourrait compléter utilement votre conception relative à la date de la présentation de la réclamation.

6. Je fais enfin certaines réserves au point 3 de votre projet de Résolution qui affirme que, lorsque c'est une autre personne que l'individu lésé qui bénéficie du droit à la réclamation, cette réclamation est irrecevable, à moins de posséder le caractère national de l'Etat requérant de façon continue, dès l'origine de la présentation de la réclamation. On pourrait, au moins *de lege ferenda*, admettre que le successeur d'un ayant droit décédé pourrait jouir de la protection diplomatique de son propre Etat national, même lorsqu'il n'a pas la même nationalité que le défunt, au moins si sa prétention résulte de la violation d'une règle de droit international général. (Voir à ce sujet Erich Kaufmann, *Recueil de l'Académie de Droit international*, 1935, IV, pp. 424 ss.).

7. A votre questionnaire, je réponds comme suit:

I. Non.

II. Pas de réponse, étant donné celle que je fais sous I.

III. Voir ci-dessus, chiffres 1 à 6.

IV. Je suis tout à fait d'accord qu'il faut se limiter au problème de la réclamation. Il ne faut pas examiner la question générale de la responsabilité internationale.

V. Oui, avec les réserves sus-indiquées.

VI-VII. Voir mes réponses ci-dessus.

En vous renouvelant mes remerciements et mes félicitations pour le rapport que vous avez préparé, je vous prie de croire, mon cher Confrère et Ami, à l'expression de mes sentiments cordiaux et très dévoués.

Paul Guggenheim.

6. Réponse de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga

Montevideo, le 10 avril 1964.

Première partie.

I. Je suis d'accord avec votre opinion que la première Commission devrait demander une modification de son mandat, pour les raisons exposées aux pages 9 à 14 de votre rapport, et particulièrement celle qui porte le numéro 4 (p. 12).

II. Je préfère « Quelques aspects de la responsabilité de l'Etat », et je suis d'accord avec votre suggestion de concentrer l'étude initiale sur des sujets tels que la nationalité des réclamations, l'épuisement des recours internes, et d'autres questions, qui peuvent limiter ou conditionner la recevabilité d'une réclamation internationale.

Deuxième partie.

IV. Oui.

V. Oui.

VI. Tout d'abord, j'ai une question à propos de la rédaction. En anglais on parle couramment de la « nationality of claims », mais cette expression elliptique n'est pas tout à fait exacte en espagnol et je me demande si elle l'est aussi en français, car ce n'est pas la réclamation, mais l'individu, qui possède une nationalité. Si cette observation est exacte, il conviendrait peut-être de remanier la rédaction du projet et de fondre les paragraphes 1 et 2 a) de celui-ci.

Quant à la question de la continuité de la nationalité depuis le moment du dommage jusqu'à la date de la présentation, je suis d'avis qu'il faudrait maintenir dans le texte l'élément que vous ajoutez entre parenthèses au paragraphe 1.

J'irai même plus loin, me demandant si l'on ne devrait pas ajouter aussi la date de la décision. Vous disposez de façon très convaincante du prétendu précédent *Burthe v. Denis* de la Cour suprême des Etats-Unis, mais les précédents *Eschauzier* (pp. 47-48), *Benchiton* (pp. 74-75), *Guadalupe* (p. 48, note 1), l'opinion des gouvernements mentionnés aux pages 103-104 et la *Base de Discussion* n° 28 qui figure à la page 105, ne constituent-ils pas autorité suffisante pour ajouter aussi cette troisième exigence ? Surtout, parce qu'il n'y a pas d'autorités contraires, car de la décision d'une commission ou tribunal refusant une réclamation parce qu'il y a eu changement de nationalité avant la présentation, on ne peut pas toujours déduire que ce tribunal aurait pris une décision différente si la nationalité avait changé après la présentation mais avant la décision.

Il est possible que cette troisième exigence pourrait rendre la procédure d'adjudication plus compliquée (comme cela est reconnu dans l'affaire *Eschauzier*), mais je suis d'accord avec votre observation — page 119 — que dans la codification scientifique il faut s'en tenir à l'expérience des Etats et aux précédents établis plutôt qu'aux considérations d'ordre logique.

Si, comme vous le suggérez à la note 1 de la page 123, on décidait d'inclure quelques règles sur la double nationalité, je serais tout à fait en faveur de la première suggestion contenue dans cette note plutôt que de la deuxième et même d'inclure une règle conforme à la substance de celle proposée à la page 111, n° 5 de votre Exposé préliminaire.

VII. Non.

Eduardo Jiménez de Aréchaga.

*Observations complémentaires de M. Eduardo Jiménez
de Aréchaga*¹

Montevideo, 30 December 1964.

1. With respect to the well established rule requiring continuity in the nationality of a claim from its inception, the main and perhaps the only controversial point appears to be the *dies ad quem*: whether such requirement of retention of nationality expires on the date of presentation or filing of the claim or whether it is carried forward until the date of decision or award by the commission or arbitral tribunal.
2. It is an indisputable fact that, as indicated in Prof. Briggs' report, a majority of arbitral awards have proclaimed the rule that the claim must have retained its nationality up to the date of presentation to or of filing with the arbitral tribunal or mixed claims commission.
3. The number of arbitral awards which take into account the date of the award as the *dies ad quem* is less abundant, although it may not be limited to a single instance, as suggested by Prof. Briggs. It is possible to find more than one award requiring continuous nationality until the date of the decision or at least the closing of the discussions. (V RIAA p. 209; Feller, *The Mexican Claims Commission* p. 97 n; Moore, *International Arbitrations* p. 1150 and 1353 and II RIAA p. 706).
4. It is suggested, however, that the point cannot be settled on an arithmetical basis, depending on the number of awards setting forth one or the other view.

¹ Le rapporteur regrette de n'avoir pu tenir compte de ces observations qui lui sont parvenues alors que son rapport était déjà à l'impression.

This suggestion is based on the ground that the more numerous awards which pronounce in favour of the date of filing do constitute positive authority only for the fact to which they refer, namely, that if the change of nationality has occurred prior to the presentation of the claim, then the claim must be disallowed. But those awards do not constitute negative authority for a question which was not "subjudice", namely, that if the change of nationality had taken place after presentation, but before decision, such a change would have been considered as irrelevant by the tribunal.

5. The *Eschauzier* claim (V RIAA p. 209) may be (with the reservation noted above) a single recorded case, but it also was the single recorded case in which the issue we are confronting was squarely before the tribunal; to wit, whether an award could be made by a British Mexican claims commission on a claim which was British at the time of presentation but had ceased to be so after such a date and before the award. It is difficult to disagree with the conclusion reached by the commission that "when it is certain and known to the tribunal, that a change of nationality has taken place prior to the date of the award, it would hardly be just to obligate the respondent Government to pay compensation to a citizen of a country other than that with which it entered into a convention".
6. It is true that on the *Stevenson* claim, one of the two British heirs died after the presentation of the claim, and this fact was held as unaffected the main decision (Ralston, *Law and Procedure*, p. 189-90). But this case is also singular, and has less authority than the *Eschauzier* claim since Umpire Plumley might have been affected, in this particular part of his award, with the fact that the respondent Govern-

ment had raised no objections on this point and also with the circumstance that he was called by the Protocol to decide "upon a basis of absolute equity, without regard to objections of a technical nature", and was only allowing $\frac{2}{13}$ of the original claim.

7. It is also possible to invoke the great authority of Huber against the date of filing, which he discarded altogether in his *dictum* in the *Benchiton* case: "by presentation must be understood not only the first presentation by way of diplomacy, but the totality of the acts by which the claim is sustained upon the basis of International Law. It results from it that the national character of the claim must exist up to the moment of the judgement or, at the least, the closing of the discussion" (II RIAA p. 706).
8. The option left by Judge Huber *dictum* between these two dates (decision or closure of debates), has been narrowed down by subsequent changes in International Law. Thus, the Mexican British commission seems to have taken this into consideration when it stated, in the *Eschauzier* claim, that: "the most recent developments of international law seem inclined to attach great value to the conditions existing at the time of the award". This phrase seems a cryptic reference to art. 61 of the Statute of the Permanent Court, which links the revision of a judgement with the discovery of some fact which was unknown "when the judgement was given". Under the Hague Convention for the Pacific Settlement of disputes the corresponding date was the closing of oral proceedings.
9. The view that continuous nationality must be retained until the date of decision was the one held by a majority of the Governments in their replies to the questionnaire for the

Hague Codification Conference. On the basis of those replies the Preparatory Commission drafted a Basis of Discussion, n° 28, which the Conference had no time to discuss, providing that nationality must be retained "until the claim is decided" (vol. III, p. 145).

10. Finally, it is not only the reasons of authority, but the authority of reason itself which supports this conclusion. As Sir Cecil Hurst has pointed out "till the moment of the making of the award it is open to the tribunal to admit and take into account any evidence that is submitted by either government to support or to resist a claim. Up till that moment, it is open to the respondent government to show that the nationality of a beneficiary has changed and proof of that fact may affect the jurisdiction of the tribunal... From the moment the award is issued, the rights of the parties are fixed and, as regards the government in whose favour the award is made, there is substituted for the previous right to claim compensation for the benefit of one of its nationals a right to receive what is in the nature of a judgment debt ... Before the award no such considerations apply" (Nationality of Claims, in Collected Papers p. 108).

Eduardo Jiménez de Aréchaga.

7. Observations de M. Paul De Visscher

Bruxelles, le 3 avril 1964.

Mon cher et honoré Confrère,

J'ai pris connaissance avec le plus vif intérêt de l'Exposé préliminaire que vous avez consacré à la nationalité des récla-

mations diplomatiques et je tiens à vous exprimer ma sincère admiration pour cet excellent travail.

Vous trouverez, ci-dessous, mes réponses aux questions que vous avez soumises aux membres de la Première Commission ainsi que certaines remarques personnelles que je me permets de soumettre à votre appréciation.

I. J'estime qu'il est souhaitable que la Première Commission sollicite et obtienne une modification des termes de son mandat. Il serait en effet regrettable qu'un rapport et une Résolution portant sur un aspect limité quoique fondamental de la matière de la protection diplomatique, figure, dans les *Annuaire*s de l'Institut, sous le titre général qui avait été primitivement retenu.

II. Pour les raisons qui seront exposées de manière plus détaillée dans la suite de ces observations je crois que le rapport devrait être présenté sous le titre approximatif suivant: « La protection diplomatique des individus, envisagée dans la nature du lien entre la personne internationale titulaire du droit à réclamation et l'individu lésé. »

III. Compte tenu de la réponse donnée à la question I, cette question est sans objet.

IV. J'estime que la matière traitée dans l'Exposé préliminaire est susceptible de faire l'objet d'une ou de plusieurs Résolutions et qu'elle peut être traitée indépendamment des autres questions de recevabilité ou de fondement des réclamations diplomatiques.

V, VI, VII. Sous ces trois rubriques, je me permets d'émettre quelques observations générales sur les conceptions de base de l'Exposé préliminaire.

1. En vous fondant sur la jurisprudence internationale, vous avez dégagé une notion essentiellement, sinon exclusivement, *étatique* de la protection diplomatique conçue comme un attribut

naturel de la souveraineté et c'est ainsi que vous avez été conduit à centrer toute votre attention sur le critère de la nationalité. Je crains que cette conception soit de nature à provoquer certains malentendus. Depuis l'avis rendu par la Cour dans l'affaire de la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, de nombreux auteurs sont d'avis que la protection diplomatique n'est plus un monopole des Etats et que, dans la mesure où cette fonction se trouve partagée entre les Etats et certaines organisations internationales, le critère de la nationalité n'est plus qu'un critère principal de recevabilité des réclamations diplomatiques. Sans prendre parti à cet égard, je pense que ce seul fait justifie, ou bien que le rapport soit établi sur une base plus large de manière à embrasser également la matière de la protection fonctionnelle, ou bien que, dans la conception étroite de la protection diplomatique, le titre du rapport soit modifié de manière à préciser qu'il s'occupera uniquement de « la protection diplomatique exercée par les Etats ».

Encore que chacune de ces deux solutions puisse se justifier, mes préférences personnelles vont à la première, car je crois que c'est en favorisant au maximum le développement de la protection institutionnelle des individus par les organisations internationales de caractère technique et humanitaire que l'Institut travaillera le plus utilement en faveur du respect effectif des droits fondamentaux de la personne humaine sur le plan international. Une Résolution ou une recommandation en ce sens donnerait une suite concrète aux principes que l'Institut a énoncés à Lausanne en 1947 lorsqu'il a déclaré que la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux de l'Homme constituaient la base d'une restauration du Droit international.

2. Aux pages 75 et suivantes de votre Exposé préliminaire, vous invitez la Première Commission à soumettre à nouvel examen

la théorie du lien dont la Cour s'est inspirée dans l'affaire Nottebohm et la lecture de votre rapport laisse aisément deviner quel est, sur ce point, le résultat de vos réflexions. Personnellement, je suis de ceux — plus nombreux que vous semblez dire — qui ont approuvé l'arrêt Nottebohm dans lequel j'ai vu une manifestation de ce principe d'effectivité en l'absence duquel l'exercice d'un droit dégénère en abus et discrédite le droit lui-même au plus grand dommage des individus qui en sont les bénéficiaires ultimes.

La théorie du lien, qui ne joue qu'à titre subsidiaire, laissant à la nationalité toute sa valeur de présomption de rattachement, ne me paraît pas présenter les dangers que certains lui prêtent en perdant de vue que l'appréciation en est faite concrètement par le juge dans chaque cas d'espèce.

Si l'Institut était appelé à se prononcer sur ce point, il me serait impossible d'approuver une Résolution qui contredirait les principes dont la Cour a fait, à mon avis, une application fort judicieuse dans l'affaire Nottebohm.

3. Je marque mon accord général au sujet des conclusions très judicieuses que vous avez formulées à la fin de votre exposé. Je ne ferai, à cet égard, qu'une seule remarque.

S'il est bien évident que nul ne peut songer sérieusement à reconnaître à n'importe quel Etat le droit d'exercer une forme d'action publique en faisant valoir sa protection en faveur de n'importe quel individu, encore faut-il que les juristes visent, dans les limites des possibilités, non pas à restreindre mais bien à étendre le domaine de la protection diplomatique qui est pratiquement le seul moyen qui puisse assurer la protection des Droits de l'Homme sur le plan universel.

A cet égard, je ne vois aucune raison pour placer sous l'autorité de l'Institut la prétendue règle de la continuité du lien.

Si le lien existait à la date du dommage et s'il existe à la date de la présentation de la réclamation, pourquoi décider que la réclamation devrait être tenue pour irrecevable lorsque, entre ces deux moments, le lien a fait momentanément défaut ? En lisant l'étude de la jurisprudence à laquelle vous avez procédé avec tant de soin, j'ai l'impression que la doctrine s'est laissée égarer par un *obiter dictum* de la sentence rendue par le Président Max Huber dans l'affaire des Dommages causés aux ressortissants britanniques dans la zone espagnole du Maroc et qu'en définitive les précédents susceptibles d'appuyer la règle dite de la continuité du lien sont de peu de poids.

Veuillez agréer, mon cher et honoré Confrère, l'assurance de mes sentiments sincèrement dévoués.

Paul De Visscher.

8. Réponse de M. B. A. Wortley au questionnaire

Manchester, 18th March, 1964.

1. I prefer the original title.

2. Does not arise.

3. I think the distinctive characteristics of our subject are that it is concerned with individual human persons and not with corporations or other artificial legal personalities such as states and state-controlled corporations.

On the other hand, I do think it would be desirable to include in the report and in the draft some reference to the possible protection of stateless persons provided for by treaty or otherwise.

4. I agree, subject to what I have said in reply to Question 3.
5. Yes, I agree in general, subject to the addition of something to deal with stateless persons.
6. The points made in the *additional note hereto* deal with your draft resolution.
7. I have no further comment.

Additional Note on Draft Resolution

1. Agreed.

2 a). I am not happy about this sentence. I do not think the words "legally and beneficially" should be inserted, since they will not be understood in countries which do not have the institution of the Trust. I think the formula in the agreement between the United Kingdom and Czechoslovakia, Cmnd. 7797/49, mentioned in my book *Expropriation in Public International Law*, p. 146, has a reference to British nationals, owners, whether legal or beneficial, and I think the legal owner should always be dealt with in the first place, since he can give a receipt and he will normally be required to give up any documents relating to the claim in exchange for payment.

On the other hand, where it is clear that a claimant of that legal owner is in fact acting as a trustee, then I think in those cases where, because of his nationality, he is prevented from proceeding against the State responsible, in respect of the beneficial owners who in fact are of the appropriate nationality, the trustee should be allowed to proceed, marking the claim as being one brought by a trustee on behalf of a national who has in fact suffered the loss.

In other words, I think that whilst claims should normally be made by the legal owner, modern treaties should contain a

clause whereby beneficial owners should not suffer merely because of the nationality of their trustee where it is clear that the trustee had no personal interest whatever in the claim. In such a case the equitable ownership of the beneficiary should be recognized as one capable of being protected, and indeed if property is widely defined in any claim for the seizure of property, this will be the case. See, for example, the agreement between the U.K. and the United Arab Republic, Cmnd. 723, 1959, p. 7, where it is stated—" 'Property' shall mean all movable or immovable property whether tangible or intangible, and includes rights to receive payment (whether contractual or not), other contractual rights, copyright, patents, trade marks and other forms of industrial property, as well as rights or interests of any kind in property."

Interests of any kind in property would, in my view, include beneficial interests, and if a State objected to the legal owner embarking on the proceedings, the equitable owner should be allowed to do so, provided he can arrange for the delivery up of the legal title.

Paragraph 10 *d*) of the Minute on Compensation agreed between the U.K. and Poland, Cmnd. 7403, 1948, is also relevant:—

"The Polish Government will also grant compensation to British owners and shareholders to the extent of their interests held indirectly through United Nations nationals, whether such nationals are physical or legal persons, including subsidiary companies, unless there is an agreement between the Polish Government and the Government of a country other than the United Kingdom providing compensation for such interests, in which case such agreement will apply."

B. A. Wortley.

9. Observations de M. Quincy Wright

5 April 1964.

Dear Herbert,

I have had word from Mme Bastid that she wishes comments on your report for the Institute on "The Diplomatic Protection of Individuals in International Law" before May 1st. I am therefore sending you these comments and will send a copy direct to Mme Bastid.

You have presented an exhaustive review of the precedents and opinions dealing with the national character of international claims. I entirely agree with the quotation you make on page 5 from Professor Jessup that "the international law governing the protection of nationals abroad . . . is the converse way of labeling the subject of the responsibility of states for injuries to aliens". The natural order of treatment of the subject would, however, differ according as the rights of the demanding state or the duties of the respondent state are emphasized. In the latter case the obligations of a state towards resident aliens would naturally come first, followed by consideration of procedural limitations such as exhaustion of local remedies and necessity that a claim be presented by the state which has been injured through injury to its national, and finally, factual issues such as evidence required to prove that the individual was injured, that his injury resulted from act or omission of the respondent state, and the measure of damages.

On the other hand, when diplomatic protection is the subject, the problem of the national character of the claim comes first, followed by consideration of procedural limitations and ending with the substantive obligations of the respondent state and problems of evidence.

You have followed the latter order and have thus far dealt only with the national character of the claim.

In regard to your project set forth on page 122 I make the following comments.

1. I prefer the term "national character of a claim". It seems to me that the term "nationality" while sometimes used in this connection applies more properly to a person than to a claim.

The term "demanding state" seems to me preferable to "requesting state" because it indicates that the claim is based on a legal right.

The material in the last parentheses seems to me desirable. I presume if the claimant individual acquired a new nationality and then changed back to his original nationality between the dates of injury and of presentation his claim would be barred.

2 a). I am inclined to give greater weight to the Nottebohm case than you do (p. 79). International law certainly imposes limitations on the discretion of a state to make anyone whatever its national by its own law. The particular limitation mentioned in the Nottebohm case ("genuine link") may not have been either adequately explicit or adequately exhaustive. Might we not, however, say "a national of this state, recognized as such by international law"? It might be worthwhile to explore the various limitations which international law imposes on the state's discretion in giving its nationality.

The material in the concluding parenthesis in this article seems to me desirable.

b) I see no need for the word in the parenthesis.

c) Would it not be desirable to add in the next to last line "presentation of the claim by the *demanding state* to the international tribunal"? The individual himself might have an opportunity to present a claim to an international tribunal as, for instance, the European Human Rights Commission and

Tribunal. This, however, would be a "human rights" procedure which ought not to affect procedures in regard to diplomatic protection of nationals.

3. No comment.

Footnote. I think the issue of double nationality referred to in this footnote (p. 123) should be dealt with. The first formulation suggested seems to me better and in accord with precedents.

Answers to the questionnaire (p. 124)

I. I prefer the present title "The Diplomatic Protection of the Individual in International Law; the National Character of Claims".

II. See no. I.

III. This is the first topic to be considered but a complete treatment would include, as suggested in the first part of this note, procedural limitations to presentation of the claim, the substantive law concerning the obligations of the respondent state, and factual problems concerning the evidence necessary to prove that the respondent state was responsible.

IV. I think that there is enough in the topic you have treated "The National Character of Claims" to warrant a resolution of the Institute, but I should hope that the other aspects may be dealt with in later resolutions.

V. Yes — see my comments above.

VI, VII. No comments.

In conclusion, I may say that I think you have done an excellent job.

Sincerely yours,

Quincy Wright.

10. Observations de M. Erik Castrén

Genève, le 1^{er} juillet 1964.

Cher Ami et Confrère,

Vous avez bien voulu me demander — bien que je ne sois pas membre de la Première Commission — mon opinion sur l'Exposé préliminaire sur « La protection des individus en droit international : la nationalité des réclamations » — document que vous avez présenté à l'Institut de Droit international comme rapporteur de sa Première Commission. Permettez-moi de vous remercier de l'envoi de votre exposé et de vous dire tout d'abord que j'estime que vous avez préparé une excellente étude sur un aspect important de ce problème difficile de la protection diplomatique et je tiens à vous en féliciter. Je pense comme vous que le domaine est trop vaste pour être traité dans son ensemble à l'Institut et qu'il vaut mieux que l'Institut concentre son attention sur quelques aspects d'intérêt scientifique et pratique de la question. Par conséquent, le mandat de la Première Commission pourrait être limité à examiner *Quelques aspects de la protection diplomatique des individus en droit international*. Je suis aussi d'accord que votre projet sur la nationalité (ou caractère national) des réclamations fournit une base appropriée pour la première Résolution que l'Institut adoptera sur cette matière, mais, à mon avis, la Commission pourrait continuer ses recherches en étudiant plus tard quelques autres problèmes importants, par exemple, la protection dite fonctionnelle, la protection des apatrides et les effets de la naturalisation forcée et des changements territoriaux sur le droit à la protection diplomatique. Il reste encore d'autres points intéressants comme celui de l'obligation éventuelle d'accorder la protection diplomatique et la protection dans le cas de rupture des relations diplomatiques et en temps de guerre internationale et de guerre civile.

Je trouve que les résultats auxquels vous êtes arrivé dans votre Exposé préliminaire sont justes. Ils se basent sur une pratique étatique générale et sur une doctrine presque unanime. J'ai seulement quelques observations de caractère plutôt formel à présenter à votre projet de Résolution.

1. Il me semble plus correct du point de vue linguistique de dire que la réclamation internationale possède *le caractère national* sans y ajouter les mots « de l'Etat requérant ou demandeur ». D'autre part, la perfection exige que les mots mis entre parenthèses *de façon continue par la suite jusque* figurent dans la Résolution.

2 a). Pour cette partie de la Résolution je me permets de proposer la formule suivante: « Une réclamation possède *le caractère national* quand la personne qui a subi la perte ou le préjudice y donnant lieu est ressortissant de l'Etat requérant ou s'il s'agit d'une personne, que cet Etat *est compétent*, en vertu du droit international, pour assimiler à ses propres ressortissants aux fins de la protection » (les modifications proposées par moi sont soulignées). Je pense qu'il faudrait aussi tenir compte des ressortissants *de facto*. Vous pourriez éventuellement traiter cette question plus à fond dans votre rapport définitif en déterminant les principales catégories de ces personnes.

2 c). Je tiens à suggérer que l'on parle conformément au paragraphe 1 (*in fine*) d'abord de la présentation de la réclamation à un gouvernement étranger et puis du recours à un tribunal international. C'est aussi l'ordre naturel et chronologique dans la plupart des cas.

Quant à l'article supplémentaire mentionné dans la note 1), page 123 de votre exposé, je trouve qu'une telle règle serait très utile. Des deux variantes proposées par vous je préfère la

deuxième (en substituant les mots « le caractère national » à « la nationalité »). Aussi le problème de la double nationalité pourrait être traité plus en détail dans le rapport définitif à la lumière de la pratique des Etats après la deuxième guerre mondiale. Je me réfère à cet égard à l'étude intéressante du professeur de Yanguas Messía, *La protection diplomatique en cas de double nationalité*, dans *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris 1960, pp. 551 et suiv.

Veuillez agréer, cher Ami et Confrère, l'expression de mes sentiments très fidèles et cordiaux.

Erik Castrén.

11. Observations de M. Alfred Verdross

Vienne, le 1^{er} octobre 1964.

Mon cher et éminent Confrère,

Sur ma demande j'ai reçu il y a quelques jours de notre Bureau votre exposé préliminaire sur la protection diplomatique des individus. J'ai lu avec grand intérêt et admiration votre savant rapport si bien documenté.

Bien que je ne sois pas membre de votre Commission, permettez-moi de vous communiquer quelques observations sur ce sujet.

Je suis d'accord avec vous qu'en principe la règle traditionnelle des réclamations internationales d'après laquelle l'individu lésé doit avoir eu la nationalité de l'Etat demandeur au moment du dommage causé jusqu'à la réclamation n'est pas du tout périmée, mais confirmée par la nouvelle Cour internationale de Justice dans l'affaire Nottebohm ainsi que par plusieurs sentences arbitrales.

Je voudrais faire seulement deux propositions additionnelles :

.

1. A mon avis une réclamation internationale peut aussi être admise si la victime est un organe de l'Etat réclamant, même s'il n'est pas son national, car dans ce cas aussi l'Etat est lésé en la personne d'un de ses subordonnés. Or il est vrai qu'un organe d'un Etat a normalement aussi sa nationalité. Mais ce n'est pas toujours le cas. On peut, par exemple, penser à un spécialiste au service d'un Etat étranger qui, faisant partie d'une délégation officielle, a subi un dommage à l'étranger en violation du droit international. Si la Cour internationale de Justice a reconnu, dans son avis consultatif concernant la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, que cette organisation peut demander une réparation en faveur d'un de ses organes, aucune raison ne nous empêche d'appliquer la même règle en faveur d'un organe d'un Etat et de la proclamer par notre Institut.

2. Votre exposé distingue avec raison entre les réclamations internationales et la protection diplomatique dans le sens de l'article 3, paragraphe 1 (*b*) de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. Toutefois votre exposé ne dit pas quelle est la différence fondamentale entre ces deux procédures juridiques. A mon avis, elle réside dans le fait que dans le premier cas l'Etat réclamant fait valoir son propre droit du fait que lui-même a été lésé en la personne d'un de ses ressortissants, tandis que dans le second cas l'Etat demandeur protège par un diplomate (ou consul) un individu dans la sauvegarde d'un droit appartenant à cette personne. Or comme le principe directeur des réclamations internationales, d'après lequel l'individu lésé doit avoir eu la nationalité de l'Etat réclamant déjà au moment du dommage subi, a sa base dans l'idée que l'Etat fait valoir son propre droit de réparation, car lui-même est lésé en la personne d'un de ses ressortissants, il est clair que ce principe n'est pas applicable si un Etat intervient

pour protéger un droit appartenant à un individu. Dans un tel cas, il suffit que l'individu ait la nationalité de cet Etat au moment de l'intervention. Jamais encore on n'a demandé pour une telle intervention une autre condition supplémentaire.

J'ai envisagé ce cas, bien qu'il dépasse le cadre de votre exposé, pour en tirer la conclusion suivante: S'il est exact que le principe susmentionné des réclamations internationales n'est pas applicable à la protection diplomatique (dans le sens de la Convention de Vienne), il n'est pas non plus applicable si le Ministère des Affaires étrangères d'un Etat intervient auprès d'un autre Etat pour protéger un de ses ressortissants dans la poursuite de ses droits. Un tel droit, il est vrai, aura normalement sa base dans le droit interne. Mais on ne peut pas nier qu'un accord international puisse créer des droits internationaux pour les individus. Ceux-ci peuvent aussi recevoir le droit de présenter eux-mêmes une réclamation devant un tribunal arbitral contre un Etat. Mais si l'Etat condamné n'exécute pas la sentence rendue, l'Etat national de la victime peut intervenir pour la faire exécuter. Dans ce cas, la nationalité de la victime au moment du dommage subi ne joue aucun rôle, car l'Etat n'invoque pas son propre droit, mais il protège un individu dans la poursuite de son droit. Même si cet Etat demande une réparation pour la non-exécution de la sentence, en faisant valoir un propre droit du fait qu'il a lui-même été lésé en la personne d'un de ses ressortissants par la non-exécution de la sentence, il suffit que la victime ait la nationalité de l'Etat réclamant dans la période de l'obligation d'exécuter la sentence, car la violation originale du droit de l'individu qui constitue l'objet de la réclamation individuelle devant le tribunal arbitral n'est plus en jeu.

Veillez croire, mon cher et éminent Confrère, à mes sentiments distingués et cordiaux.

Alfred Verdross.

II. Les sociétés anonymes en droit international privé

Vingt-huitième Commission

1. Rapport provisoire et projet de Résolution

présentés par

M. George van Hecke

1. Le rapporteur remercie tous les membres de la Commission ¹ qui ont bien voulu, en répondant au questionnaire, rendre possible l'élaboration d'un projet de Résolution. En particulier il se félicite du concours de M. Wengler dont la perspicacité a permis de projeter une vive lumière sur les questions de base à élucider.

Quant à la délimitation du sujet, les réponses reçues manifestent un accord général sur l'exclusion des problèmes relatifs à la nationalité des sociétés ainsi que des règles gouvernant l'activité des sociétés.

L'exclusion des problèmes relatifs à la nationalité des sociétés a comme conséquence que la Commission ne doit pas s'occuper spécialement de la question de savoir s'il existe des sociétés internationales ou supra-nationales. Car, toute question d'étiquette nationale mise à part, même les sociétés qu'on serait

¹ La Commission, complétée à la suite de la session de Bruxelles, se compose actuellement de MM. George van Hecke, *rapporteur*, Batiffol, Cheatham, Egawa, Maury, Míaja de la Muela, Offerhaus, Sereni, Wengler, Wortley et de Yanguas Messia.

tenté d'appeler internationales ou supra-nationales, comme par exemple les « entreprises communes » de la Communauté Européenne de l'Energie Atomique, sont soumises à un ordre juridique national déterminé. Certes, cette soumission est-elle, dans l'exemple qui vient d'être cité, seulement partielle puisqu'elle n'existe qu'à titre subsidiaire, dans la mesure où l'acte constitutif ne comporte pas de dérogations aux règles impératives de cet ordre juridique national.

Mais c'est donc toujours un ordre juridique national, et non le droit des gens ou un droit « transnational » formé par les principes généraux du droit, qui fournit les règles supplétives applicables.

Les règles relatives à l'activité des sociétés peuvent soit s'appliquer à toutes les sociétés quelconques, nationales ou étrangères, sans discrimination, soit ne viser que les sociétés étrangères. Elles peuvent soit soumettre certaines activités à une autorisation ou à certaines conditions (comme par exemple, un capital minimum) soit les interdire purement et simplement. La majorité de la Commission a été d'accord pour ne pas englober ces règles dans son examen. Il a toutefois paru utile au rapporteur de rappeler (à l'article 6 du projet de Résolution) la compétence de la loi locale en ces matières, ne fût-ce que pour éviter un malentendu quant aux conséquences de la reconnaissance. M. Wengler a fait observer que la détermination de la loi applicable à la question de la validité ou de la non-validité des actes passés malgré l'absence d'autorisation est un problème de droit international privé. Le rapporteur ne songe pas à le nier mais il pense que c'est là plutôt une question de validité de contrats qui peut se poser exactement dans les mêmes termes pour une personne physique (qu'on songe par exemple au contrat de travail d'un ouvrier étranger sans autorisation) que pour une personne morale et qui peut donc être considérée comme se trouvant en dehors du mandat de la Commission.

Le nouveau *Restatement* en son § 180 reconnaît la compétence de la *lex contractus* en cette matière.

2. La reconnaissance des sociétés étrangères comme sujets de droit a fait l'objet en dernier lieu de la Convention de La Haye du 1er juin 1956. Le rapporteur a proposé dans ses observations préliminaires de ne plus traiter la reconnaissance comme un sujet séparé mais de la considérer comme une simple conséquence de la constitution valablement faite en vertu de la loi compétente (que la majorité des membres de la Commission propose d'appeler la « loi de la société »).

La Commission dans son ensemble partage ce point de vue et le rapporteur se permet de renvoyer plus spécialement sur ce point aux remarques pertinentes de M. Offerhaus.

Quant aux conséquences de la reconnaissance, M. Wengler fait remarquer, dans son observation générale n° 1, qu'elles peuvent varier de pays à pays. La Convention de La Haye du 1er juin 1956 avait indiqué comme contenu minimum de la reconnaissance le droit d'ester en justice, de posséder des biens et de conclure des contrats (art. 1er) et avait, pour le surplus, énoncé que la capacité dont la société jouissait en vertu de son statut personnel (c'est-à-dire en vertu de la loi de la société) pouvait être restreinte en ce sens que le pays de reconnaissance peut refuser à la société étrangère les droits qu'il n'accorde pas aux sociétés nationales de type correspondant (art. 5).

Cette question de la capacité de jouissance (*Rechtsfähigkeit*) a été traitée au n° 25 du questionnaire et, par suite de sa proximité avec la question 26 portant sur les pouvoirs des organes sociaux, son objet réel n'a peut-être pas suffisamment été mis en évidence. M. Cheatham, qui a très clairement vu de quoi il s'agissait, énonce que les restrictions à la capacité découlant de la loi de la société s'imposent à la société également lorsqu'elle agit à l'étranger.

M. Wengler, qui discute le problème dans son observation générale n° 6, fait justement la distinction entre les restrictions découlant de la loi locale, dont il énonce deux catégories que le rapporteur reprend à l'article 6 du projet de Résolution, et les restrictions découlant de la loi de la société, pour lesquelles il ne croit pas possible d'énoncer une règle générale. Son refus d'admettre le principe simple énoncé par M. Cheatham, et auquel vont les sympathies du rapporteur, procède vraisemblablement de la considération que le souci de protéger les co-contractants locaux peut se faire sentir en cette matière exactement de la même façon qu'en ce qui concerne les pouvoirs des organes sociaux (problème qui sera traité *infra*). Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, le rapporteur propose, conformément à l'opinion de M. Cheatham, de respecter partout les restrictions découlant de la loi de la société. Pour la discussion de ce problème voir *Rabel*, II, pp. 157-163.

3. Les questions soumises à l'attention de la Commission peuvent se grouper en deux grandes catégories : d'une part la détermination de la loi de la société (numéros 3 à 5 et 7 à 11 du questionnaire) et d'autre part la délimitation des sphères d'application respectives de la loi de la société et de la loi locale du pays dans lequel la société exerce une activité d'une certaine importance (numéros 12 à 34).

Le premier groupe de questions soulève un problème relativement connu. La détermination de la loi de la société a fait l'objet des travaux de la Conférence de La Haye et de l'International Law Association et elle a donné lieu à une série d'ouvrages doctrinaux.

Le deuxième groupe de questions soulève des problèmes qui ont jusqu'à présent été moins discutés mais dont l'importance actuelle et future ne peut être sous-estimée. Le rapporteur voudrait pour sa part se rallier entièrement à l'opinion de

M. Wengler lorsque celui-ci écrit : « La vieille querelle entre « loi d'incorporation et loi du siège social » a, à mon avis, moins d'importance aujourd'hui que le problème posé par les rapports entre la *lex societatis* et le droit des pays dans lesquels la société exerce son activité *sans* y avoir son siège social et *sans* avoir procédé à son incorporation conformément à leur loi. »

Le rapporteur tient à mettre en garde contre la tendance qui consisterait à nier la réalité et l'importance de ce problème en considérant que lorsqu'une société envisage une activité d'une certaine régularité dans un pays étranger, elle procédera normalement à la constitution d'une société filiale (*subsidiary company*, *Tochtergesellschaft*) conformément au droit local. En réalité il y a une série de motifs pour lesquels, dans certains cas, une société, plutôt que d'agir sous le couvert d'une filiale, préférera agir elle-même dans un pays étranger en y constituant un établissement ou une succursale (*branch*, *Niederlassung*). Ce peut être la préoccupation fiscale de pouvoir déduire les pertes initiales des opérations étrangères du bénéfice taxable de l'activité nationale. Ce peut être la volonté de prestige d'offrir aux cocontractants étrangers la garantie de l'intégralité du capital social (ce motif joue souvent pour les compagnies d'assurance et les banques). Ce peut être enfin le désir de mettre l'activité étrangère sous le pavillon national de manière à bénéficier sans aucun doute possible de la protection diplomatique du pays d'origine de la société.

Il faut se demander quels sont les rapports entre les deux groupes de questions. A première vue ils sont logiquement indépendants, le premier portant sur le facteur de rattachement de la *lex societatis* et le second sur l'étendue de la catégorie de rattachement au statut personnel d'une société.

Cependant il faut tenir compte de l'opinion d'après laquelle le choix du facteur du rattachement commanderait l'étendue de la catégorie de rattachement. M. Batiffol en réponse aux ques-

tions 18 (tenue des comptes) et 19 (distribution de dividendes), écrit que c'est le type des complications provoquées par le système de l'incorporation et que « les pays adoptant le système du siège réel n'ont aucune raison de se mêler de la tenue des comptes et de la distribution des dividendes d'une société dont le siège réel est hors de leur territoire, sur lequel la société en question n'a qu'un établissement secondaire ».

Le rapporteur voudrait mettre en doute cette affirmation de M. Batiffol et citer à ce sujet un exemple relatif aux comptes sociaux. La loi belge, qui est fondée sur le système du « principal établissement », c'est-à-dire du siège réel (art. 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales) exige que les sociétés étrangères publient en Belgique leur bilan et leur compte de profits et pertes, conformément à la loi belge, dès qu'elles ont en Belgique un siège quelconque d'opérations (art. 198 des mêmes lois coordonnées). Ainsi, alors que la loi néerlandaise, pour un motif tiré du secret des affaires, n'impose pas la publication des comptes sociaux des sociétés qui ne font pas appel à l'épargne publique, une société néerlandaise se verra imposer cette publication par le législateur belge dès qu'elle a en Belgique un bureau même modeste.

Le rapporteur, pour sa part, pense que les problèmes traités dans la deuxième partie du questionnaire peuvent se présenter quelle que soit la réponse donnée au premier groupe de questions et qu'en conséquence la détermination du facteur de rattachement, d'une part, et de la délimitation de la sphère d'application de la loi de la société, d'autre part, peuvent se faire indépendamment l'une de l'autre. En d'autres mots, la solution de ce second problème présentera de l'intérêt même si un accord sur le premier se révélait impossible.

4. La détermination du facteur de rattachement se limite au choix entre le système de l'incorporation et celui du siège réel.

Tous les membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire ont été d'accord pour estimer qu'il n'y avait pas lieu de prendre d'autres facteurs en considération.

Dans la plupart des cas, ces deux facteurs aboutiront au même résultat car très généralement les sociétés ont leur siège réel dans le pays dont la loi a été suivie pour leur constitution. Mais il existe des cas où le siège réel se trouve ailleurs que dans le pays de la constitution. On songe en premier lieu au phénomène, relevé par MM. Batiffol et Cheatham, des sociétés constituées dans un pays dont la loi a pour but de favoriser la constitution de sociétés destinées à exercer leur activité à l'étranger. Mais il y a également d'autres cas plus dignes d'intérêt. Il arrive fréquemment qu'une société filiale soit, pour des motifs de simplification administrative, gérée dans le même pays que celui où est gérée la société mère. Il peut y avoir dans ce cas également un contraste entre l'incorporation et le « siège réel ».

Tous les membres de la Commission ont été d'accord pour considérer l'incorporation comme le rattachement primaire et normal. Les avantages de simplicité et de sécurité de cette solution sont évidents. Comme, à la connaissance du rapporteur, tous les pays qui pratiquent le système de l'incorporation exigent que leurs sociétés aient une adresse où elles puissent être officiellement touchées dans le territoire, l'incorporation s'accompagne nécessairement du siège statutaire de la société. La différence entre les deux systèmes est donc en réalité une opposition entre le siège statutaire qui peut être fictif, et le siège réel.

Deux conceptions se partagent les esprits à l'heure actuelle. Suivant une première conception il suffit que la société ait son siège réel en dehors du pays d'incorporation pour que la loi du pays d'incorporation cesse d'être applicable. Suivant une seconde conception, au contraire, la loi du pays d'incorporation

ne peut être éliminée qu'à la double condition que la société ait son siège réel dans un autre pays et qu'elle ne présente pas de lien effectif avec le pays de sa constitution.

La Commission s'est trouvée partagée lorsqu'il s'est agi de choisir entre ces deux conceptions, MM. Cheatham, Miaja et Wortley exprimant une préférence pour la seconde conception, tandis que MM. Batiffol, Offerhaus et Wengler restaient fidèles à la première, encore que M. Batiffol semble admettre que la seconde conception est celle de l'avenir.

Le rapporteur, dont les préférences vont en principe à la deuxième conception, voudrait répéter les arguments qui peuvent être invoqués en sa faveur. Cette conception est plus récente, car elle a fait son apparition après les travaux de la Conférence de La Haye en 1951. Elle présente l'avantage, qui n'est certes pas décisif, mais est cependant loin d'être négligeable, de se rapprocher de la conception qui paraît admise par le droit des gens, depuis l'arrêt *Nottebohm*, pour déterminer la nationalité des sociétés. Son principal avantage consiste à créer une possibilité de surmonter l'opposition entre les systèmes de l'incorporation et du siège réel et à arriver ainsi, en matière de détermination de la *lex societatis*, à l'harmonie des solutions. Enfin le rapporteur croit bon d'attirer l'attention sur le sérieux inconvénient que présente le système du siège réel en rendant impossible l'administration centralisée des sociétés filiales.

En présence du partage d'opinions que manifestent les réponses au questionnaire, le rapporteur estime, dans l'esprit faustien relevé par M. Wengler (sa réponse à la question 5), devoir faire une tentative nouvelle pour aboutir à une formule qui puisse rallier sinon l'unanimité, tout au moins la grande majorité des membres de la commission. C'est seulement au cas où cette tentative n'aurait pas le succès désiré que le rapporteur se résignerait à revenir aux deux conceptions opposées qui seraient alors soumises à l'Institut au titre de variantes.

Le compromis proposé par le rapporteur s'inspire de la distinction faite, en ce qui concerne le facteur de rattachement des contrats, par le projet de loi uniforme Benelux de droit international privé (art. 17) et qui semble trouver son origine dans la jurisprudence scandinave.

Transposée dans le domaine des sociétés, la distinction prend l'aspect suivant. Un premier groupe est constitué par les sociétés dont toute l'activité ou la principale activité (« l'objet principal de son entreprise » aux termes de l'article 2505 du Code civil italien) se trouve dans un pays déterminé où se trouve aussi son siège réel. C'est le cas par exemple de la société de Liechtenstein dont toute l'activité se déroule en Suisse. Dans ce cas le lien avec ce pays est d'une force telle qu'il devrait primer le lien constitué avec le pays d'incorporation. Le second groupe au contraire est constitué par les sociétés dont l'activité se déroule dans une série de pays. Elles ont un caractère international qui justifie que la compétence de la loi d'incorporation ne soit méconnue que si la société ne présente aucun lien effectif avec cet Etat. La simple circonstance que les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales se tiennent, pour des raisons de commodité, ailleurs que dans le pays d'incorporation ne devrait pas avoir cet effet.

Quel que soit le sort réservé à cette suggestion, qui figure aux art. 3 et 4 du projet de Résolution, il est, de l'avis du rapporteur, indispensable de consacrer une disposition au cas des sociétés filiales pour établir de manière indiscutable que le siège réel est le lieu où les organes sociaux prennent leurs décisions, même s'ils agissent d'après des directives que les actionnaires ont élaborées ailleurs (art. 5 du projet de Résolution). En l'absence d'une telle disposition, le système du siège réel pourrait, dans le cas des sociétés filiales, aboutir en définitive au système du contrôle que tous les membres de la Commission déclarent répudier.

En outre, le rapporteur croit utile, au cas où la condition du lien effectif serait retenue (soit de manière générale soit, conformément à la suggestion faite plus haut, pour les sociétés à activité internationale), de se demander s'il est possible de préciser en quoi consiste ce lien effectif nécessaire pour consolider le rattachement à l'ordre juridique choisi lors de la constitution. Quel que soit l'intérêt d'une telle précision, le rapporteur craint qu'elle ne soit pas possible sous forme de définition. Tout au plus peut-on, d'une part, exclure la mention statutaire du siège, qui n'est en aucun cas suffisante à elle seule, et, d'autre part, donner une énumération purement exemplative comportant notamment la présence d'un siège d'exploitation, l'origine du capital, la résidence des actionnaires ou dirigeants (art. 4 du projet de Résolution).

Il reste à se demander quelles sont les conséquences du refus de considérer comme applicable la loi d'incorporation. Une première conséquence, de nature négative, est la non-validité de la constitution effectuée conformément à une loi non compétente et en conséquence l'absence d'obligation de reconnaissance de la société. C'est la conséquence déjà énoncée dans la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956.

Le rapporteur propose de la reprendre tout en la généralisant (art. 4 et 5 du projet), car il estime, avec MM. Cheatham, Offerhaus et Wengler, que cette possibilité de non-reconnaissance doit exister dans tout pays quelconque et non seulement dans le pays du siège réel.

Faut-il aller plus loin et déterminer, de manière positive, quelles sont les règles du système juridique du siège réel qu'il y a lieu d'appliquer ? C'est le problème soulevé par la question 10 à laquelle les réponses données par les membres de la Commission ont été assez divergentes.

Réflexion faite, le rapporteur ne croit pas qu'il soit nécessaire de s'engager sur ce terrain. Il suffit d'énoncer la règle négative

de la non-reconnaissance. Les problèmes qui surgissent ensuite portent notamment sur la question de savoir comment il faut régler les relations entre les associés de cette société non reconnue et quels droits il faut reconnaître aux créanciers de cette société non reconnue. Ce sont des problèmes de droit contractuel (ou éventuellement quasi-délictuel) dont la solution appartiendra aux règles habituelles de rattachement du for en matière contractuelle (ou quasi-délictuelle). Le mandat de la Commission n'en exige pas la solution dans le cadre des présents travaux.

5. En ce qui concerne les rapports entre la *lex societatis* et la loi locale du (ou des) pays où la société exerce son activité, M. Wengler a posé avec toute la netteté désirable le problème du cumul. Dans son observation générale n° 3, M. Wengler énonce qu'en principe les dispositions de la loi de la société et celles que la loi locale estime nécessaires en vue d'égaliser la concurrence, doivent se cumuler, même si elles sont contradictoires (M. Wengler prône d'ailleurs aussi le cumul des dispositions de la loi d'incorporation et de la loi du siège réel, ce contre quoi s'élève M. Batiffol dans sa réponse à la question 10).

Le rapporteur ne songe pas à nier que le cumul des dispositions de la *lex societatis* avec celles de la loi locale sera souvent nécessaire. A titre d'exemple on peut citer les émissions publiques d'actions et d'obligations, qui font l'objet de la question 32. Il y a une quasi-unanimité au sein de la Commission pour admettre que ces émissions sont régies tant par la *lex societatis* (s'il s'agit d'actions ou la *lex contractus* s'il s'agit d'obligations) que par les lois administratives du lieu de l'émission. C'est ce qu'exprime l'art. 10 du projet de Résolution.

Mais il y a des limites à tracer au phénomène du cumul et le rapporteur estime que notamment tout ce qui concerne

la structure interne de la société (par opposition à ses relations contractuelles ou quasi-délictuelles avec d'autres que ses associés) doit en principe rester à l'abri des dispositions de la loi du lieu d'activité. M. Wengler se rapproche d'ailleurs de ce point de vue lorsqu'il écrit que « certainement les règles de la *lex societatis* régissant la composition des organes directeurs ne pourraient être cumulées avec celles du pays d'établissement ».

Il sera utile de raisonner sur un exemple imaginaire mais non impossible. Supposons que, d'une part, la loi du pays où la société a été constituée et a son siège réel (loi du pays S) interdise toute discrimination raciale ou religieuse dans la composition des organes directeurs des sociétés anonymes tandis que, d'autre part, la loi du pays où cette société exerce son activité (loi du pays A) interdise à toutes les sociétés participant à la vie économique de ce pays d'avoir au sein de leur conseil d'administration des personnes d'une nationalité, d'une race ou d'une religion déterminée. Comme autre exemple on peut songer au cas où la loi du pays S prescrit la désignation de tous les administrateurs par la majorité des actionnaires tandis qu'au contraire la loi du pays A exige qu'un mécanisme de représentation proportionnelle (*cumulative voting*) soit appliqué lors de l'élection des administrateurs.

Quelle est, dans ces exemples, la règle de rattachement applicable dans les pays tiers ? Il paraît clair au rapporteur que les juridictions des pays tiers considéreront comme applicable la seule *lex societatis* à l'exclusion de la loi du pays A. La position de M. Wengler mène d'ailleurs au même résultat lorsqu'il reconnaît dans sa réponse à la question 36 que l'application dans le pays A de ses propres dispositions se fera en vertu de la clause d'ordre public, ce qui veut dire que les pays tiers n'agiront pas de même.

Mais qu'en est-il dans le pays A lui-même ? Selon M. Wengler, il n'existe aucune règle du droit des gens qui

interdise au pays A d'appliquer sa propre loi aux sociétés étrangères même lorsqu'il s'agit de leur organisation interne. Le rapporteur en tombe d'accord. Mais il ajoute aussitôt qu'il est souhaitable que les pays A ne procèdent pas de cette façon. M. Wengler a cité l'exemple du service militaire. Personne ne niera qu'il est souhaitable d'éviter la double sujétion et des traités ont été conclus dans ce but. Un autre exemple est celui de la double imposition en matière fiscale. Il existe en cette matière un véritable réseau de conventions bilatérales d'où émergeront peut-être des règles coutumières. C'est dans le même esprit qu'il faut, d'après le rapporteur, aborder le présent problème. L'Institut ne devrait pas reculer devant la formulation de principes destinés à guider la pratique future des Etats.

6. En abordant la discussion des limites à mettre à l'application aux sociétés étrangères des dispositions du droit des sociétés du pays où elles exercent une activité, il y a d'abord lieu de prévenir un malentendu. Il ne s'agit pas de revenir sur le principe, énoncé au début du rapport, que la Commission ne s'occupera pas des règles administratives gouvernant l'activité des sociétés étrangères. Si un Etat met, comme condition à l'activité sur son territoire des sociétés étrangères, que leurs statuts contiennent certaines clauses (relatives par exemple au capital minimum ou à la composition des organes directeurs), c'est là un état de choses que la Commission a décidé de ne pas examiner. Mais si un Etat admet inconditionnellement les sociétés étrangères à exercer leur activité sur son territoire ou a accordé à une société étrangère l'autorisation requise, il y a lieu de tracer les limites dans lesquelles cet Etat peut prétendre appliquer à ces sociétés étrangères ses propres dispositions législatives sur les sociétés.

Une autre remarque préliminaire est que le problème ne

porte en réalité que sur les dispositions qui régissent la structure interne des sociétés. Lorsqu'il s'agit au contraire des contrats et des délits, la loi locale sera applicable en vertu des règles de rattachement qui gouvernent ces matières, de la même façon que s'il s'agissait de contrats ou de délits de personnes physiques étrangères. C'est ce que M. Batiffol a très clairement énoncé dans sa réponse à la question 15.

Cela étant dit, en ce qui concerne les dispositions sur la structure interne des sociétés, le rapporteur pense que deux principes pourraient utilement être énoncés par la Commission.

En premier lieu aucune disposition de cette nature de la loi locale ne peut être appliquée à une société étrangère si celle-ci ne possède pas sur le territoire un établissement. La notion d'établissement paraît essentielle en cette matière comme justification de l'intervention de la loi locale. Elle se retrouve, sous une terminologie diverse, dans diverses lois ainsi qu'il est exposé dans les observations préliminaires (n° 5). La majorité de la Commission a admis, dans sa réponse à la question 12, que du point de vue de l'intervention de la loi locale, il est correct de distinguer les différents degrés d'intensité de pénétration de la société. Or la présence ou l'absence d'un établissement est précisément la différence la plus caractéristique quant au degré de pénétration. Il ne paraît cependant guère possible de donner une définition de la notion d'établissement. Cette notion est d'ailleurs suffisamment connue par les conventions fiscales pour qu'on puisse, dans le cadre d'une Résolution qui ne peut pénétrer dans les détails, s'en contenter.

En second lieu, la présence d'un établissement ne justifie pas l'application à la société étrangère de toutes les dispositions quelconques de la loi locale sur les sociétés. Parmi les dispositions qui peuvent être appliquées on peut citer :

- 1) l'obligation de publier ou d'enregistrer les statuts, les comptes annuels et les pouvoirs des organes,

2) la désignation d'un représentant chargé de la direction de l'établissement local et, éventuellement, l'application à ce représentant de la loi locale concernant les pouvoirs et les responsabilités des organes directeurs de sociétés,

3) l'application des dispositions légales concernant l'association des travailleurs à l'entreprise, mais seulement au niveau de l'établissement et sans donc pouvoir porter sur les décisions qui concernent la société dans son ensemble,

4) la liquidation de l'établissement, dans les cas où cette mesure est commandée par l'intérêt des créanciers, cette liquidation pouvant prendre la forme d'une mise en faillite ou d'une liquidation forcée et cette liquidation pouvant s'accompagner de la mise des dettes de l'établissement insolvable à charge du représentant ou même du principal actionnaire si la loi locale prévoit cette possibilité (*Haftungsdurchgriff*).

Inversement, la présence d'un établissement ne peut justifier l'application à une société étrangère des dispositions suivantes :

1) les conditions d'existence et de validité de la société,

2) les règles sur la composition et les pouvoirs des organes directeurs de la société dans son ensemble,

3) celles qui protègent les intérêts des actionnaires minoritaires,

4) celles qui organisent le remplacement des titres perdus ou volés.

Les principes qui viennent d'être énoncés, et que l'art. 9 du projet de Résolution tente d'exprimer, paraissent bien correspondre à l'opinion de la majorité des membres de la Commission. En particulier, les réponses de MM. Cheatham, Miaja et Wortley sont assez nettement en ce sens.

7. Les contrats conclus par les sociétés, qu'elles soient nationales ou étrangères, sont soumis à leur *lex contractus* au

même titre que les contrats conclus par les personnes physiques. La chose paraît trop évidente pour devoir être énoncée dans la Résolution. Mais selon le système de droit international privé des pays continentaux la capacité, comme condition de validité des actes juridiques, est soumise au statut personnel. Les pouvoirs de représentation des organes sociaux sont donc, en principe, soumis à la loi de la société. Si la *lex societatis* attribue aux organes sociaux un pouvoir de représentation illimité envers les tiers (système de la *Prokura*), on n'aperçoit aucun motif de faire intervenir les conceptions de la loi locale qui seraient moins favorables pour les cocontractants et plus protectrices des intérêts des actionnaires. La quasi-unanimité de la Commission est en ce sens, seul M. Offerhaus étant d'un avis opposé.

En revanche, lorsque la *lex societatis* restreint les pouvoirs des organes sociaux tandis que la loi locale est fondée sur une conception plus favorable aux cocontractants, il y a lieu de se demander s'il ne faut pas, pour des considérations de sécurité juridique, donner la préférence à la loi locale. Cependant la réponse ne peut être une priorité absolue à donner en toutes circonstances à la loi locale. M. Wengler s'en est très bien expliqué dans son observation générale n° 6 et il est utile de reproduire ses considérations.

« On ne peut certainement pas affirmer à titre général que les pouvoirs de représentation doivent être fixés, en opposition à la *lex societatis*, par référence à la *lex loci contractus* ou à la loi du lieu où la société à l'extérieur du pays de la *lex societatis*, a fondé un établissement. Lorsque les organes sociaux, lors de la négociation d'un contrat, font savoir eux-mêmes de façon non équivoque que la société est régie par une *lex societatis* bien déterminée, on pourra généralement présumer que la partie cocontractante pouvait se procurer des renseignements portant sur la fixation des

pouvoirs de représentation des organes sociaux dans la *lex societatis*. Il n'en est autrement que lorsque les affaires se déroulent dans des circonstances telles qu'il est impossible d'exiger de ceux qui contractent avec la société de se procurer ces informations. »

Il ne faudra donc, conformément à la jurisprudence Lizardi opportunément rappelée par M. Batiffol, faire prévaloir les conceptions de la loi locale que lorsque le cocontractant peut invoquer une ignorance excusable des restrictions mises par la *lex societatis* au pouvoir de représentation des organes sociaux. La majorité des membres de la Commission s'est exprimée en ce sens. Les considérations qui viennent d'être exposées conduisent en outre à limiter l'exception au cas des contrats effectivement conclus dans une atmosphère juridique déterminée, c'est-à-dire *inter presentes* ou, tout au moins, s'il s'agit de contrats par correspondance, faut-il que l'offre et l'acceptation aient été émises dans le pays dont le cocontractant invoque la loi.

Si, en vertu de la *lex societatis*, la société n'est pas liée par la déclaration de volonté de son organe, la question de la responsabilité personnelle de ce dernier sera, conformément à l'opinion de la majorité des membres de la Commission, soumise à la loi du lieu où cette déclaration de volonté a été émise. Il faut toutefois noter que M. Wengler propose de reconnaître cette responsabilité personnelle lorsqu'elle est édictée soit par la loi locale, soit par la loi de la société. Ce rattachement alternatif ne séduit pas le rapporteur qui préfère s'en tenir à la formule proposée par l'International Law Association.

8. Les délits imputables aux sociétés et qui sont de la même nature que les délits que peuvent commettre les personnes physiques, sont soumis à la *lex loci delicti*. De nouveau, la chose paraît trop évidente pour devoir être énoncée dans la Résolu-

tion. Qu'on songe à des quasi-délits tels que la concurrence déloyale et la diffamation.

Mais lorsqu'il s'agit de la responsabilité encourue envers les tiers du chef de la violation d'une disposition de la loi sur les sociétés, c'est la loi violée qui régira la sanction civile qui s'attache à cette violation. Ce sera donc normalement la *lex societatis*.

M. Wengler a fait remarquer, dans sa réponse aux questions 33 et 34, que si une disposition du droit des sociétés de la loi locale est applicable, c'est cette loi qui régira l'action en responsabilité fondée sur la violation de cette disposition. La remarque est exacte. Mais comme ces dispositions de la loi locale ne se considèrent comme applicables que sur le territoire de l'Etat d'activité, le résultat se justifierait également par la règle générale de la compétence de la *lex loci delicti* et il n'est donc pas nécessaire de l'énoncer spécialement.

9. Les membres de la Commission ont été unanimes à estimer que l'exception d'ordre public ne pouvait pas être éliminée. Effectivement, il y a certains problèmes qui n'ont pas encore donné lieu à un nombre suffisant de décisions et d'études pour permettre l'établissement d'une règle de rattachement précise. L'exception d'ordre public permettra alors aux conceptions locales de se faire sentir là où cela serait impérieusement commandé *in concreto*. Le rapporteur songe en particulier au problème de la mise des dettes sociales à charge du principal actionnaire (en dehors du cas, discuté plus haut, de la liquidation d'un établissement local). Les réponses faites à la question 17 semblent confirmer que ce problème n'est pas encore mûr pour une autre solution.

(Bruxelles, le 7 janvier 1965.)

Projet de Résolution

L'Institut de Droit international,

Reprenant le sujet déjà traité en ses sessions de Hambourg (1891) et de New York (1929) et prenant en considération les travaux récents de la Conférence de La Haye de droit international privé et de l'International Law Association,

Désirant contribuer à surmonter l'opposition qui existe actuellement en matière de facteur de rattachement des sociétés anonymes,

Désirant également tracer les limites dans lesquelles les Etats peuvent, en raison d'une activité exercée sur leur territoire, édicter des dispositions applicables aux sociétés étrangères,

Recommande à l'adoption de tous les Etats les règles suivantes pour résoudre les conflits de lois concernant les sociétés par actions :

Article 1

Une société anonyme est régie par la loi du pays qui a été choisi par les fondateurs pour la constitution et où cette société a son siège statutaire.

Article 2

Toute société constituée conformément à la loi définie ci-dessous sera reconnue dans tous les autres pays comme un sujet de droit.

Article 3

Si une société a, dans un pays autre que celui de sa constitution et de son siège statutaire, son siège réel et l'objet principal de son entreprise, la reconnaissance de cette société comme sujet de droit pourra être refusée si sa constitution n'est pas régulière au regard de la loi du pays de son siège réel.

Article 4

Si une société a son siège réel en dehors du pays de sa constitution et de son siège statutaire et si elle n'a avec ce dernier pays aucun lien effectif, la reconnaissance de cette société pourra être refusée si sa constitution n'est pas régulière au regard de la loi du pays de son siège réel.

Le lien effectif doit résulter d'éléments autres que la simple désignation d'un siège statutaire et peut consister notamment en la présence d'un siège d'exploitation, l'origine du capital ou la résidence des actionnaires ou dirigeants.

Article 5

Le siège réel d'une société est l'endroit où ses organes compétents prennent les décisions qui leur incombent, même si ces organes en ce faisant se conforment à des directives émanant d'actionnaires résidant dans un autre pays.

Article 6

Une société reconnue jouit de tous les droits qui lui appartiennent en vertu de la loi qui la régit, à l'exception des droits que le pays de reconnaissance refuse soit aux étrangers, soit aux sociétés nationales d'un type correspondant.

Elle ne peut toutefois exercer son activité que dans les conditions imposées par la loi locale.

Article 7

La loi de la société régit les conditions de forme et de fond de la constitution de la société, notamment quant à l'exigence d'un capital minimum avec toutes les règles qui s'y rapportent tant lors de la constitution qu'au cours de l'existence de la société.

Article 8

La loi de la société régit la structure de la société et les droits et obligations des organes et des actionnaires tant entre eux qu'envers la société, en ce inclus notamment la protection des actionnaires minoritaires et le remplacement des titres perdus ou volés.

Article 9

Lorsqu'une société possède pour l'exercice de son activité un établissement dans un pays autre que celui de sa constitution et de son siège statutaire, le pays dans lequel est situé cet établissement peut imposer à la société des obligations tenant à : a) la publicité ou l'enregistrement de ses statuts, de ses comptes annuels et des pouvoirs de ses organes, b) la désignation d'un représentant chargé de la direction de l'établissement et l'application éventuelle à ce représentant des lois locales concernant les pouvoirs et les responsabilités des organes directeurs, c) l'application des dispositions locales concernant l'association des travailleurs à l'entreprise mais seulement au niveau de l'établissement.

Le pays dans lequel est situé l'établissement peut également, dans les conditions prévues par sa propre loi, procéder à la liquidation de l'établissement dans l'intérêt des créanciers.

Article 10

L'émission publique des actions est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi de la société que du pays où a lieu l'émission. L'émission publique d'obligations est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi du contrat d'emprunt que du pays où a lieu l'émission.

Article 11

Les pouvoirs de représentation des organes sociaux sont déterminés par la loi de la société. La responsabilité personnelle

de l'organe social qui a émis une déclaration de volonté par laquelle la société n'est pas liée est soumise à la loi du lieu où cette déclaration de volonté a été émise.

Article 12

Dans le cas des contrats conclus dans un pays autre que celui de la constitution et du siège statutaire, la société ne peut invoquer les restrictions que la loi de la société impose au pouvoir de représentation de l'organe qui a conclu le contrat si de telles restrictions n'existent pas conformément à la loi du lieu où le contrat est conclu et si le cocontractant pouvait raisonnablement ignorer les dispositions de la loi de la société.

Pour l'application de la disposition qui précède, un contrat est réputé conclu dans un pays déterminé seulement s'il y est conclu *inter præsentes* ou, dans le cas des contrats conclus par correspondance, si l'offre et l'acceptation ont toutes deux été émises dans ce pays.

Article 13

La responsabilité encourue du chef de violations de la loi de la société est régie par la loi de la société.

Article 14

La loi applicable en vertu des articles qui précèdent peut être écartée lorsque dans un cas déterminé son application entraîne un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

ANNEXE I

Exposé préliminaire

présenté par

M. George van Hecke

1. Les conflits de lois relatifs aux sociétés par actions ont déjà à deux reprises fait l'objet de Résolutions de l'Institut : à Hambourg en 1891 (*Annuaire*, éd. nouv. abrégée II, p. 1209) et à New York en 1929 (*Annuaire*, vol. 35, II, p. 301). La vingt-huitième. Commission, qui a été constituée pour traiter des « sociétés anonymes en droit international privé », a eu comme rapporteurs successifs M. Georges Ripert et M. Joseph Hamel. C'est une lourde succession que reprend le soussigné qui compte surtout sur la collaboration active des membres de la Commission pour pouvoir mener cette tâche à bien.

2. Depuis 1929 certains développements nouveaux doivent être notés. La Conférence de La Haye de droit international privé a élaboré en sa 7^{me} session une « Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères ». Pour étudier la pratique diplomatique depuis 1929 en matière de traités bilatéraux, on peut consulter le vol. II de Makarov, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, pp. 435-514. L'International Law Association a approuvé en 1960, sur la base des travaux de son « Company Law Committee », un projet de convention sur les conflits de lois relatifs aux sociétés par actions (le texte de la « Draft Convention on Conflict of Laws relating to Companies » est reproduit dans le *Report of the forty-ninth Conference* (Hamburg 1960) p. 93 ; les rapports du comité et les discussions figurent aux annuaires des conférences de Lucerne 1952,

Edimbourg 1954, Dubrovnik 1956, et New York 1958). Enfin parmi les ouvrages de doctrine publiés postérieurement à 1929 on peut citer les suivants :

G. Beitzke, *Juristische Personen im internationalen Privatrecht und Fremdenrecht*, 1939

Y. Lousouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, 1949

A. M. Badr, *Alien Corporations in conflict of laws, a study of comparative law*, 1953

R. Abrahams, *Les sociétés en droit international privé*, 1957

C. Thibierge, *Le statut des sociétés étrangères* (in : *Le statut de l'étranger et le Marché Commun*) 1959

A. Philip, *Studier i den international selskabrets teori*, 1961 (avec résumé anglais)

E. C. Henriquez, *Het Vennootschapsstatuut, 1961* (avec résumé anglais et français).

Cette liste est loin d'être complète et le rapporteur se permet de compter sur les membres de la Commission pour la rendre plus représentative des différentes tendances récentes de la doctrine.

3. La délimitation du sujet à étudier est indiquée par le titre même qui a été choisi par le Bureau de l'Institut.

A. L'étude doit porter sur les « sociétés anonymes ». Ceci ne doit évidemment pas se comprendre comme comportant une limitation aux systèmes juridiques qui connaissent un type de société appelé « société anonyme ». Il s'agit plutôt de prendre en considération, dans les différents systèmes juridiques, les types de sociétés qui correspondent à la « société anonyme » du droit français (ex. *Aktiengesellschaft*, *Company limited by shares*, *Società per azioni*, etc.). La table de correspondance établie par l'Institut international pour l'unification du droit privé à l'intention du Conseil de l'Europe peut être utile à cet égard.

B. L'étude doit porter sur le « droit international privé ». Le rapporteur propose de comprendre cette expression dans son sens technique et restreint et de ne traiter donc que des « conflits de lois ». En conséquence, l'étude ne porterait pas sur la « nationalité » des sociétés, ni sur la condition des sociétés étrangères au point de vue de la condition des étrangers. Le concept de « nationalité » d'une société est controversé et équivoque. Il n'est vraiment indispensable que pour l'interprétation des traités de commerce ou des conventions d'établissement qui font usage de ce concept. Quant au traitement des sociétés étrangères (au point de vue notamment de la liberté d'exercice des activités économiques, de la taxation, du contrôle des changes, etc.) il est proposé de faire abstraction de ces problèmes qui ne font pas partie du « droit international privé » au sens des « conflits de lois » mais ressortissent plutôt au droit administratif interne et aux traités de commerce ou d'établissement. Le rapporteur ne désire pas nier l'intérêt ou l'importance de ces problèmes, mais il estime qu'ils pourraient plus utilement faire l'objet d'un examen séparé.

Le sujet ainsi limité des « conflits de lois relatifs aux sociétés par actions » présente d'ailleurs une ampleur et une difficulté bien suffisantes.

4. Tout examen d'un problème de conflit de lois suppose une bonne connaissance du droit matériel qui suscite ces conflits. Bien qu'il ne puisse être question de s'engager dans une étude de droit comparé des sociétés par actions, il paraît cependant utile d'indiquer brièvement quels sont les intérêts et les conceptions en présence.

La société par actions est une organisation, traditionnellement à base contractuelle, qui poursuit un but économique et qui est traitée par l'ordre juridique comme une entité séparée. L'existence des sociétés crée une série de problèmes juridiques.

Les décisions prises par les organes sociaux peuvent heurter les intérêts de certains membres, ce qui pose le problème de la structure constitutionnelle et de la protection des actionnaires minoritaires. Dès qu'une société prend une place d'une certaine importance dans la vie économique, la ligne de conduite qu'elle suit peut influencer sur les intérêts des travailleurs associés à l'entreprise qu'elle gère, ainsi que sur les intérêts de ses concurrents et de ses fournisseurs et consommateurs ; aussi des considérations ressortissant au droit du travail et au droit de la concurrence peuvent-elles mener à des interventions dans le droit des sociétés (ex. *Mitbestimmung*, interdiction des concentrations). Enfin, la personnalité séparée des sociétés crée un problème pour tous les tiers qui doivent, pour la satisfaction de leurs créances contractuelles ou délictuelles, se contenter des biens de la société ; cela justifie l'établissement de règles sur le capital minimum et la publicité des comptes et cela peut conduire dans certains cas à la méconnaissance de la personnalité séparée pour permettre le recours sur les biens des actionnaires (*Lifting the corporate veil*, *Haftungsdurchgriff*).

5. Si une société, pour prendre part au commerce juridique dans un pays autre que celui où elle a été constituée, procède à la constitution d'une société filiale, il ne se pose guère de problèmes nouveaux importants, car la société filiale sera un être juridique régi à tous égards par le droit du pays où il agit. Mais lorsqu'une société constituée dans un pays A (pays d'origine) en vient à exercer elle-même certaines activités dans un pays B (pays d'activité), des problèmes nouveaux surgissent et ce sont ceux dont la Commission doit s'occuper.

On peut à ce sujet distinguer différents degrés de « pénétration » (d'après la terminologie de Josephus Jitta, reprise par Henriquez) de la société étrangère dans l'ordre juridique national.

Premier degré : la société étrangère n'a avec l'ordre juridique que des contacts occasionnels. Elle contracte avec des personnes établies dans le pays B, y prend des commandes ou y fait des fournitures, y intente des procédures. Ces contacts peuvent même présenter une certaine régularité, mais ils sont caractérisés par l'absence d'un « établissement stable » (la terminologie fiscale est fort utile en cette matière).

Deuxième degré : la société étrangère établit un bureau, une agence, un chantier, une usine ou une succursale. Elle dispose donc d'un « établissement » dans le pays B.

Troisième degré : la société étrangère exerce dans le pays B l'essentiel de son activité, de manière telle que ses contacts avec le pays d'activité sont plus importants qu'avec le pays d'origine. Elle a, selon les termes de l'article 2505 du Code civil italien, le « siège de son administration ou l'objet principal de son entreprise » dans le pays B.

Une telle distinction tripartite se trouve, sous des formules diverses, dans les lois italienne, belge, portugaise, argentine et vénézuélienne.

Il paraît évident que le problème de la soumission de la société étrangère au droit local des sociétés devra recevoir une réponse différente dans les trois hypothèses, cette soumission devant être d'autant plus étendue que le degré de pénétration est plus intense. Il paraît tout aussi certain que la tendance à appliquer les règles locales sera plus forte lorsqu'il s'agit de règles visant la protection des créanciers ou la sauvegarde de certains intérêts généraux que lorsqu'il s'agit de règles gouvernant l'organisation interne de la société.

6. Les Résolutions antérieures de l'Institut, la convention élaborée par la Conférence de La Haye et les traités bilatéraux traitent généralement de la « reconnaissance » de la personnalité des sociétés étrangères. Cette nécessité d'assurer, par une règle

séparée, la « reconnaissance » des sociétés étrangères comme sujet de droit (comportant notamment la capacité de conclure des contrats et d'ester en justice) s'explique par les difficultés causées, au XIX^e siècle, par certaines théories (défendues notamment par Laurent) qui niaient l'existence des personnes morales créées autrement que par un acte de l'autorité locale. Il semble qu'on puisse, à l'heure actuelle, considérer ces difficultés comme appartenant à l'histoire du droit.

Aussi la doctrine récente (spécialement Philip et Henriquez) propose-t-elle de ne plus traiter la reconnaissance comme un problème séparé. On peut considérer qu'à l'heure actuelle il est admis que si une société existe valablement en vertu de sa *lex societatis* (qu'il s'agira évidemment de déterminer) son existence et certains droits minimum seront reconnus dans les autres pays. Dans cette perspective, la « reconnaissance » n'est plus qu'une des conséquences de l'existence valable conformément à la *lex societatis* et elle pourrait donc être absorbée dans le problème plus général de la détermination de la *lex societatis*.

7. La détermination de la *lex societatis* est un sujet qui a donné lieu et donne encore lieu à controverse. On trouve dans les lois nationales et dans la littérature juridique de nombreux facteurs de rattachement, parmi lesquels on peut citer : le lieu de constitution, le siège social, le lieu de la principale exploitation, la nationalité des actionnaires exerçant le contrôle, etc. Mais de manière presque générale on s'est trouvé d'accord dans les dernières années pour limiter le débat à deux facteurs seulement : d'une part la loi suivie pour la constitution (l'*incorporation* du droit anglo-américain) et d'autre part le siège social réel, appelé parfois lieu de l'administration centrale. Les travaux de la Conférence de La Haye de 1951, principalement les réponses des Gouvernements au questionnaire de la Commission d'Etat néerlandaise, sont significatifs quant au rejet

de tout autre facteur (tel que le contrôle ou le siège de la principale exploitation) pour déterminer le statut personnel de la société.

8. Généralement, les sociétés ont leur siège réel (lieu de l'administration centrale) dans le pays dont la loi a été suivie pour la constitution. Mais dans certains cas il n'en est pas ainsi. Faut-il alors faire régir la société par la loi de la constitution ou par la loi du siège réel ?

La Convention de La Haye — qui ne traite formellement que de la reconnaissance — a admis en principe la compétence de la loi de constitution mais a réservé aux Etats contractants la possibilité de refuser la reconnaissance (ce qui revient à nier la validité de la constitution) lorsque la société ne s'est pas conformée à la loi du lieu de son siège réel.

L'International Law Association a essayé de préciser l'exception en la limitant au cas où la société qui a son siège réel dans le pays B n'a aucun lieu effectif avec le pays A.

Etant donné la simplicité et la certitude que procure, comme facteur de rattachement, la loi suivie pour la constitution, il semble bien que ce rattachement doive constituer la règle et que l'imposition aux sociétés d'une loi autre doit faire figure d'exception.

La discussion actuelle devra surtout porter sur la formulation de l'exception. Faut-il la formuler de manière positive — « existence du siège réel dans un pays autre que celui de la constitution » — ou de façon à la fois positive et négative : « présence du siège réel dans un pays autre que celui de la constitution (ou : dans le pays du for) *et* absence d'un lien effectif avec le pays de la constitution » ? Cette dernière formule (qui correspond à celle qui figure dans le projet de l'I.L.A.) est évidemment de nature à réduire le nombre de cas où la *lex societatis* sera autre que celle qu'ont choisie les fondateurs

et sur laquelle ont compté les tiers qui se sont fiés à la situation apparente.

L'idée qui se trouve à la base de la seconde formule est évidemment la réaction contre la *fraus legis*. Il faut ensuite se demander si cette réaction doit être générale (refus sur tous les points d'admettre la compétence de la loi de constitution) ou si au contraire la réaction doit être limitée à certaines matières spécifiques où les intérêts des créanciers locaux commandent impérieusement d'appliquer la loi locale plutôt que la loi de la constitution. La première méthode semble être la seule envisagée jusqu'à présent dans la littérature européenne. La seconde se trouve au contraire dans les travaux américains sur les *pseudo-foreign corporations* (spécialement E. R. Latty, 65 Yale Law Journal 1955). Pour pouvoir se prononcer sur cette question il faudra maintenant abandonner la discussion générale et procéder à un examen des différents problèmes concrets où la question peut se poser.

9. Les conditions d'existence et de validité sont soumises par l'article 3 du projet de l'International Law Association à la loi suivie pour la constitution mais avec la possibilité pour le pays du siège réel de considérer sa loi comme applicable lorsque la société n'a aucun lien réel avec le pays de sa constitution. Ceci peut avoir comme conséquence que la société sera considérée comme nulle en raison du fait que sa constitution ne s'est pas faite conformément à la loi du siège considérée comme applicable. Mais les tiers qui se sont fiés à la société qui paraissait régulièrement constituée auront le droit de continuer à traiter la société comme existant valablement.

A partir du moment où la société du pays B dispose dans le pays B d'un établissement d'une certaine importance, la loi de B intervient. Cette intervention peut prendre des formes diverses. L'intervention la plus poussée consiste à soumettre

la société étrangère à toutes les conditions d'existence qui sont imposées aux sociétés nationales. C'est ce que fait par exemple la loi colombienne (art. 229 du Décret n° 2521 du 27 juillet 1950). Une intervention moins poussée consiste à organiser la publicité de l'acte constitutif étranger et à appliquer à la société étrangère certaines règles locales qui toutefois ne concernent pas les conditions d'existence mais les rapports avec les tiers et devront donc être examinées plus loin (ex. responsabilité des administrateurs).

10. Parmi les conditions de validité, une des plus importantes vise les garanties de patrimoine qui doivent être fournies aux tiers qui entreront en contact avec la société : capital minimum, évaluation des apports en nature, etc. A ces règles, qui doivent être observées lors de la constitution, s'ajoutent d'autres règles qui ont le même but mais interviennent pendant la vie de la société : modifications du capital, distribution de dividendes, publicité des comptes annuels.

C'est surtout au sujet de ces règles relatives au capital que se pose le problème de leur application aux sociétés étrangères dont le contact avec le *forum* atteint un certain degré d'intensité (succursale, principal établissement, administration centrale). De manière générale, seules les règles de publicité (tant de l'acte constitutif que des comptes annuels) sont imposées aux sociétés étrangères. Mais comme exemple d'une intervention plus poussée, on peut citer la loi brésilienne qui exige que la société étrangère affecte une partie de son capital aux opérations brésiennes.

Un problème analogue, mais plus récent, est celui du droit que se reconnaissent, dans certains pays, les tribunaux de mettre dans certaines circonstances les dettes de la société à charge de l'actionnaire principal, méconnaissant ainsi la séparation des patrimoines (*Haftungsdurchgriff*, *Lifting of the*

corporate veil). Cette possibilité doit-elle exister également à l'égard de sociétés étrangères ? Le projet de l'International Law Association répond négativement à cette question (art. 8).

11. Pour tout ce qui concerne les relations internes de la société (mode de désignation des organes, modification des statuts, relations des actionnaires entre eux), la nécessité de faire appel à une loi autre que celle de la société se fait nettement moins sentir. C'est en connaissance de cause que les actionnaires sont devenus membres d'une organisation régie par une loi déterminée et il ne paraît donc pas nécessaire de leur accorder une protection autre que celle que donne la loi choisie. En outre, la possibilité de faire intervenir une loi autre que la *lex societatis* est restreinte. La structure d'une société, même si elle agit dans une série de pays différents, ne peut être déterminée que par une seule loi. Il existe cependant certains sujets spéciaux pour lesquels une tendance à supplanter la *lex societatis* peut se faire sentir. On peut citer la participation des employés à la gestion de la société et le droit des actionnaires au renouvellement des titres perdus ou volés.

12. La tendance à faire intervenir la loi locale est au contraire beaucoup plus forte lorsqu'il s'agit des relations externes de la société. Les contrats conclus au nom d'une société posent les problèmes bien connus de la spécialité de la personne morale et des limites du pouvoir de représentation des organes (les deux formes de la théorie de l'*ultra vires*). Le projet de l'International Law Association (articles 5 et 6) tente de délimiter les sphères d'influence respectives de la loi de la société et de la *lex loci actus* en s'inspirant de ce qui est admis dans certains pays européens en matière de capacité des personnes physiques. Parmi les règles spécifiques visant les établissements des sociétés étrangères il faut surtout citer l'obligation de désigner un représentant dont les pouvoirs de

représentation et la responsabilité sont déterminés conformément à la loi locale.

Un problème analogue se présente pour la responsabilité quasi-délictuelle de la société (art. 7 du projet I.L.A.).

13. La dissolution d'une société paraît être le problème inverse de celui de la constitution. Le problème devrait donc être traité de la même façon qu'en ce qui concerne les conditions d'existence et de validité (*supra* 9). En ce qui concerne les établissements de sociétés étrangères il faudra se demander s'il y a lieu de traiter le problème des procédures de faillite et de *winding-up* de ces établissements.

(Bruxelles, le 30 juillet 1963.)

QUESTIONNAIRE

1. Etes-vous d'accord pour exclure du sujet les questions de la nationalité des sociétés et du traitement des sociétés étrangères quant à l'exercice de leur activité ?

Sinon, comment préféreriez-vous délimiter le sujet ?

2. Quelle terminologie préférez-vous pour indiquer la loi qui, de manière générale, règle les problèmes de constitution et d'organisation interne d'une société : « statut personnel de la société » — « loi de la société » — ou « *lex societatis* » ?

3. Quels sont les facteurs de rattachement à prendre en considération pour la détermination de la loi de la société ?

Peut-on limiter l'examen aux deux seuls facteurs examinés par la Conférence de La Haye en 1951 (« incorporation » et « siège réel ») ou faut-il aussi prendre d'autres facteurs en considération ? Dans ce cas, lesquels (siège d'exploitation, contrôle) ?

4. Si l'examen est limité aux deux seuls facteurs retenus par la Conférence de La Haye, peut-on se borner à traiter le cas des sociétés qui ont leur siège réel dans le pays de leur constitution, ou faut-il tenter de résoudre également le cas des sociétés dont le siège réel se trouve en dehors du pays de leur constitution ?

5. En raison de l'opposition qui existe en matière de facteur de rattachement de la loi de la société (principalement « incorporation » et « siège ») estimez-vous qu'il est prudent de se borner à énumérer les rapports juridiques gouvernés par la loi de la société sans préciser quelle est cette loi ?

Pensez-vous que l'opposition actuelle quant au facteur de rattachement est insurmontable ?

Ou au contraire êtes-vous d'avis qu'il y a lieu pour l'Institut de faire une tentative de surmonter l'opposition actuelle ?

6. La reconnaissance des sociétés étrangères doit-elle être traitée comme un problème séparé, ainsi que l'a fait la Conférence de La Haye de droit international privé ?

Ou peut-on considérer que la reconnaissance n'est qu'une conséquence de la constitution valable en vertu de la *lex societatis* ?

7. Etes-vous d'accord que le choix des fondateurs quant à la loi de constitution doit, en raison de ses avantages de simplicité et de certitude, être le facteur de rattachement normal, comme l'a admis la Conférence de La Haye ?

8. Etes-vous d'accord d'autre part que des exceptions à ce rattachement normal sont inévitables ?

9. Dans ce cas comment faut-il formuler l'exception ? En se référant

- a) au fait — simple — que la société a son « siège réel » (ou son « siège » plus d'autres facteurs) dans un autre pays, ou
- b) au fait — double — que la société a son siège réel dans un autre pays et n'a pas de lien effectif avec le pays de sa constitution (formule proposée par l'International Law Association) ?

10. Si la loi de constitution est éliminée en vertu de l'exception dont la formulation vient d'être discutée, quelle doit être la conséquence de cette élimination :

- a) le refus de reconnaître l'existence de la société, sans plus ?
ou
- b) la soumission de la société, de manière générale, à la loi du pays de son « siège réel » (ou du siège réel combiné avec d'autres facteurs) ? ou

c) la soumission de la société à la loi du « siège réel » (ou du siège réel combiné avec d'autres facteurs) sur certains points seulement, la loi de constitution gardant sa compétence pour le surplus ?

11. La possibilité de se prévaloir de l'exception ne doit-elle être reconnue qu'au profit des juridictions et autorités du pays du « siège réel » ou doit-elle exister dans tout pays quelconque ?

12. Quant à l'intervention de lois autres que la loi de la société, estimez-vous qu'il est correct de distinguer les différents degrés d'intensité de pénétration de la société dans un pays autre que celui de son statut personnel (déterminé sur base de ce qui précède : règle et exception) ?

13. Etes-vous d'accord que la présence d'un « établissement » de la société dans un pays autre que celui de son statut personnel est la justification essentielle pour l'intervention de la loi locale ?

14. Cette notion d'un « établissement » d'une société étrangère peut-elle être définie ou ne peut-elle faire l'objet que d'une énumération exemplative ?

Les textes figurant dans les conventions fiscales peuvent-ils être utiles à cet égard ?

15. Existe-t-il des matières pour lesquelles la loi locale peut prétendre être compétente en l'absence de tout établissement de la société étrangère ?

16. La présence d'un établissement est-elle une justification suffisante pour prétendre régir les conditions d'existence et de validité de la société étrangère par la loi locale ?

Où l'intervention de la loi locale doit-elle se borner à prescrire des mesures de publicité ?

17. La faculté que se reconnaissent dans certains pays les tribunaux de mettre les dettes d'une société à charge du principal actionnaire peut-elle être exercée à l'égard des sociétés étrangères ?

Si la réponse est affirmative, cette faculté existe-t-elle en faveur de tous les créanciers de la société étrangère ou seulement en faveur des créanciers qui ont traité avec l'établissement local ?

18. La loi locale peut-elle régir les comptes de la société étrangère ? Cette compétence doit-elle se limiter à l'exigence de comptes séparés pour l'établissement local ou peut-elle porter sur les comptes de la société dans sa totalité ?

19. La loi locale peut-elle prétendre régir les conditions de distribution de dividendes par une société étrangère ?

20. La loi locale peut-elle organiser la liquidation forcée de l'établissement d'une société étrangère ? De telles mesures de liquidation forcée (*winding-up*, faillite) ont-elles une répercussion sur l'existence de la société étrangère dans sa totalité ?

21. La loi locale peut-elle prétendre régir la structure et les relations internes d'une société étrangère ?

22. En particulier, la loi locale peut-elle prétendre protéger les droits des actionnaires minoritaires mieux que ne le fait la loi de la société ?

23. En particulier, la loi locale peut-elle prétendre imposer aux sociétés étrangères une représentation des travailleurs dans les organes de gestion ? Ou doit-elle se limiter à organiser une représentation des travailleurs limitée à ce qui concerne l'établissement local ?

24. En particulier, la loi locale peut-elle prétendre imposer aux sociétés étrangères le renouvellement des titres perdus ou volés ?

25. La loi locale peut-elle prétendre ignorer les restrictions à la capacité de la société qui découlent de son statut personnel ?

26. La loi locale peut-elle prétendre régir les pouvoirs de représentation des organes sociaux autrement que ne le fait la loi de la société ? Ou son intervention doit-elle se limiter à l'exigence de la désignation d'un représentant local dont les pouvoirs seraient déterminés conformément à la loi locale ?

27. Les problèmes traités aux questions 25 et 26 doivent-ils nécessairement recevoir une solution uniforme ou peuvent-ils recevoir des solutions différentes ?

28. Estimez-vous que la solution proposée par le projet de l'International Law Association (art. 5 et 6) doit être approuvée ?

29. Dans l'affirmative, la possibilité d'invoquer la loi locale doit-elle exister seulement en faveur des tiers ou également en faveur de la société étrangère elle-même ?

30. Si cette possibilité est réservée aux tiers, s'agit-il de tous les tiers quels qu'ils soient ou seulement des tiers établis dans le *forum* ou qui ont contracté dans le *forum* ?

31. La loi que les tiers peuvent invoquer à l'encontre de la loi de la société est-elle la *lex loci contractus* (comme le prévoit le projet de l'International Law Association) ou la loi qui régit leur contrat ?

32. Quelle loi régit les conditions relatives à l'émission publique des actions ou obligations d'une société étrangère ?

33. Comment faut-il délimiter, en matière de quasi-délits d'une société étrangère, la compétence respective de la *lex societatis* et de la *lex loci delicti* ?

34. La distinction proposée par le projet de l'International Law Association (article 7) peut-elle être approuvée ?

35. Etes-vous d'avis que l'exception d'ordre public peut être éliminée ou contrainte dans certaines limites en ce qui concerne les sujets traités dans le présent questionnaire ?

36. Le présent questionnaire doit-il être complété ou corrigé sur certains points ?

37. Les travaux de la Commission doivent-ils tendre à l'énoncé d'une Résolution ou à la rédaction d'un projet de Convention ?

(Bruxelles, le 30 juillet 1963.)

ANNEXE II

*Observations de membres de la vingt-huitième Commission
en réponse à l'Exposé préliminaire et au questionnaire de
M. George van Hecke du 30 juillet 1963.*

1. Réponse de M. Henri Batiffol

Paris, le 10 mai 1964.

1. Accord pour l'exclusion. La question se pose en des termes trop différents d'un pays à l'autre.

2. L'expression « loi de la société » paraît préférable comme aussi significative et plus simple que la précédente et la suivante.

3. Il semble bien que la discussion effective se ramène aujourd'hui au rôle respectif de l'incorporation et du siège réel.

4. Se limiter aux sociétés dont le siège social est dans le pays de leur constitution n'aurait d'utilité que pour le champ d'application de la loi de la société.

Il faut tenter un effort, ne serait-ce que de mise au point, sur le problème principal concernant la détermination de la loi de la société.

5. La réponse à l'alinéa 1 vient d'être donnée.

Sur les alinéas 2 et 3, je crains qu'il soit difficile d'aboutir à une solution acceptable pour tous en raison de tendances fortement enracinées dans le droit interne des différents pays.

Néanmoins, il me paraît utile d'essayer au moins de circonscrire le problème.

6. Bien que le problème de la reconnaissance subsiste encore, distinct de celui de la loi applicable dans certains pays, en tout cas la France avec notre fâcheuse loi de 1857, il y a lieu de considérer que la reconnaissance n'est qu'une conséquence de la constitution d'une société valable. C'est le point de vue de beaucoup le plus répandu, et celui de l'avenir.

7. C'est la question principale.

Je veux bien que la loi sous l'empire de laquelle les fondateurs se sont placés soit réputée *a priori* compétente, à raison de ses avantages de simplicité et de certitude. Il faut d'ailleurs observer que même dans les systèmes qui affirment comme point de rattachement le siège réel, ce siège est présumé, jusqu'à preuve contraire, être celui qui résulte des statuts. Or il semble bien que l'incorporation, dans les systèmes qui l'admettent, implique aussi l'existence d'un *registered office* dans l'Etat de l'incorporation. D'autre part, il n'est pas douteux que même dans les systèmes qui s'attachent au siège réel, la société ne pourrait se prévaloir à l'encontre des tiers de ce que son siège réel serait dans un pays autre que celui qu'indiquent les statuts.

8 et 9. La question des exceptions devient alors le point crucial. Il ne faut pas se dissimuler la profondeur de l'opposition qui se rencontre sur ce terrain.

Si les sociétés incorporées dans des Etats avec lesquels elles n'ont aucun lien étaient un phénomène aussi rare, pour ne pas dire imaginaire, que les contrats soumis à une loi dépourvue de tout rapport avec la situation des parties, on pourrait assez facilement se contenter d'affirmer la compétence de la loi de constitution, quitte à réserver le jeu de la fraude à la loi pour les sociétés purement internes, voire même, le cas échéant, internationales, qui auraient voulu manifestement échapper à la loi ou aux deux ou trois seules lois possibles, lesquelles s'opposaient à leur fondation.

La situation est tout autre. On sait la proportion élevée des sociétés américaines incorporées dans le Delaware. Les sociétés de Jersey, du Liechtenstein, de Tanger, de Panama foisonnent dans tous les pays.

En soi, il est fâcheux de proposer une règle qui paraisse consacrer la légitimité de procédés couvrant une réalité connue sous une apparence juridique qui n'est pas faite pour elle.

Sans doute de grands pays s'en accommodent pour des raisons diverses ; la principale est sans doute un libéralisme de principe laissant aux fondateurs la latitude de recourir aux combinaisons qui leur paraissent les plus avantageuses. Mais, dans d'autres pays, notamment sur le continent, le droit des sociétés est hanté, pour ne pas dire obsédé, par la protection des actionnaires, des épargnants et des tiers contractant avec la société, d'où une législation touffue et méfiante qui ne facilite sans doute pas la liberté d'action des dirigeants. Mais comment s'imaginer que, dans une pareille atmosphère, les gouvernements acceptent de bon gré que des sociétés, même avec l'appui d'un rattachement international plus ou moins réel, puissent choisir librement la loi qui leur convient ? Le problème est déjà posé pour l'application de l'article 58 du Traité de Rome, et si certains pensent que la fuite aux législations tatillonnes est le meilleur moyen de provoquer leur amélioration, il est permis de penser que ce moyen ne sera pas facilement accepté par les gouvernements conscients du danger.

Aussi bien, les pays dans lesquels règne la liberté la plus complète, comme aux Etats-Unis, sont-ils amenés, ainsi que l'a bien montré l'ouvrage de M. Badr, à poser des conditions multiples pour l'activité sur leur territoire de sociétés incorporées dans un autre Etat. L'autoritarisme facilement reproché au système du siège se rachète par un libéralisme corrélatif sur ce terrain : en dehors de certaines entreprises, telles que les assurances ou les banques, les sociétés étrangères exercent leur

activité en France sans contrôle particulier tenant à leur extranéité.

Réduire l'influence du siège réel à une simple exception paraît tenir un compte insuffisant de la dualité d'attitudes ainsi rappelée.

Je préférerais pour ma part la formulation de la Convention de La Haye, qui donne compétence au premier chef à la loi de l'Etat selon lequel la société a été constituée *et* sur le territoire duquel se trouve le « siège statutaire ». L'article 2 prévoit le cas où le siège réel sera démontré ne pas coïncider avec le siège statutaire. Ce procédé a l'avantage de viser d'abord le cas, tout de même le plus fréquent, où le siège réel coïncide avec le siège statutaire, lequel est le plus souvent aussi sur le territoire de l'Etat dont la loi a été observée pour la constitution. Il a aussi l'avantage de ne pas effaroucher les Etats qui tiennent au système du siège, en faisant allusion à ce dernier, même sous la qualification statutaire, dès le principe. L'exception vise alors le cas, qui correspond à la réalité, où il est démontré qu'en dépit des apparences juridiques le siège réel se trouve ailleurs qu'au lieu de l'incorporation.

L'International Law Association propose de ne déroger à la loi de l'incorporation que sur la double démonstration que la société a son siège réel dans un autre pays et n'a pas de lien effectif avec le pays de sa constitution. J'entends bien que la formule répond à certaines réalités, notamment anglaises, hollandaises, et sans doute américaines : il s'agit de pays « exportateurs » de sociétés. La formule ne me paraît pas impossible dans un certain avenir pour les autres Etats. Je crains qu'elle soit prématurée.

10. La conséquence naturelle du refus de compétence à la loi de la constitution est la nullité de la société, en tout cas aux yeux de l'Etat sur le territoire duquel la société a son siège

réel. Mais chacun sait que la notion de nullité recouvre des réalités passablement variées. En tout cas dans le domaine des sociétés, il paraît assez généralement admis que les vices de constitution n'empêchent pas la reconnaissance de l'existence de fait d'une société et que la prétendue nullité agit comme une dissolution. Si les associés sont d'accord pour reconstituer la société aussitôt en se conformant à la loi du siège réel, le dommage se réduira au domaine fiscal. Si les associés ne sont pas d'accord pour cette transformation, ou si des tiers veulent profiter de la liquidation pour exiger leurs droits, bref si la société a des difficultés, les dangers sont plus graves. Mais c'est le cas actuel de nombreuses sociétés qui fonctionnent dans les pays de siège réel sous la loi du Panama ou du Liechtenstein : tout va bien tant que les affaires sont prospères et les associés d'accord.

Je ne crois pas à l'alternative C de la soumission combinée de la société à la loi du siège réel et à celle de la constitution sur des terrains différents. Les complications qui en résulteraient me paraissent moins avantageuses qu'une transformation qui mettrait le droit en accord avec le fait.

11. La réponse à cette question me paraît donnée de manière très satisfaisante par la Convention de La Haye.

12, 13, 14. La distinction entre les différents degrés de pénétration de la société peut intéresser la condition des étrangers mais non, à mon avis, les règles de conflit de lois, en ce qui concerne la constitution de la société — réserve faite de la réponse à la question 23.

15. La loi locale ne peut prétendre, il me semble, n'être compétente que sur les opérations accomplies par la société étrangère dans les conditions ordinaires de la détermination de la loi applicable aux contrats ou aux délits comme s'il s'agissait d'une personne physique étrangère.

16. Réponse certainement négative s'il ne s'agit que d'un établissement et non d'un siège social. Les mesures de publicité seront en tout cas dans la conception française les mêmes que celles qui s'imposent à une société de siège français créant un établissement dans une ville distincte de celle de son siège principal.

17. En soi la question paraît plutôt relever de la loi qui régit la société, si cette loi a prévu expressément la responsabilité du principal actionnaire. S'il s'agit d'une jurisprudence protégeant le cocontractant de bonne foi en présence d'une société de façade dissimulant un actionnaire solvable, la solution dépendrait plutôt de la loi du lieu où l'obligation est née, car il s'agirait d'une responsabilité extra-contractuelle de l'actionnaire et dépendant donc de la loi du lieu où a été utilisée l'apparence artificieusement créée.

18 et 19. Ces questions préoccupent tout naturellement les pays admettant le système de l'incorporation, et qui voient fonctionner sur leur territoire des sociétés y ayant leur principale activité mais se réclamant de la loi d'un autre Etat. C'est le type des complications provoquées par un pareil système. Les pays adoptant le système du siège réel n'ont aucune raison de se mêler de la tenue des comptes et de la distribution des dividendes d'une société dont le siège réel est hors de leur territoire, sur lequel la société en question n'a qu'un établissement secondaire. Cet établissement pourra sans doute être tenu à une comptabilité au point de vue fiscal, mais ce n'est pas le droit des sociétés, préoccupé de protéger les actionnaires, qui le lui prescrira.

20. On admet généralement la possibilité de mettre en faillite une société étrangère ayant un établissement dans un pays adhérant au système du siège réel alors que son siège

est à l'étranger. Il s'agit en effet de protéger les créanciers locaux, mais la faillite n'aura dans ce cas aucune conséquence sur l'existence de la société. Dans les pays admettant le système de l'incorporation, il pourrait en être autrement.

21. Les prétentions de la loi locale à régir l'organisation d'une société étrangère et la protection des actionnaires minoritaires sont un nouvel échantillon des complications soulevées par le système de l'incorporation. On comprend que l'Etat de Virginie trouve mauvais qu'une entreprise fonctionnant exclusivement, ou en tout cas principalement, sur son territoire puisse, en s'incorporant au Delaware, méconnaître les prescriptions du législateur de Virginie en ces matières. Le problème ne se pose pas avec le système du siège réel. Il peut sans doute arriver que, dans un pays donné, circulent des actions d'une société étrangère dont la législation protège médiocrement les actionnaires minoritaires ou laisse aux dirigeants des libertés estimées excessives dans l'opinion locale, mais le remède à ces dangers n'est pas dans le droit des sociétés ; il est dans celui de l'admission de tels titres à la cote ou à la circulation dans l'Etat considéré.

23. Le problème est probablement de ceux qui se poseront avec le plus d'acuité dans l'avenir.

Si une société étrangère a dans un pays adhérant au système du siège réel un établissement, il n'est pas douteux que le personnel de cet établissement est soumis impérativement à la législation locale du travail. Celle-ci s'applique sans difficulté dans toute la mesure où elle prévoit, même pour les sociétés locales, des organes d'établissement : si une société de siège parisien a un établissement à Lyon, ce dernier devra avoir, le cas échéant, un Comité d'établissement propre. L'extension de ce système à l'établissement en France d'une société étran-

gère paraît nécessaire, et possible moyennant des adaptations éventuelles. Mais s'il s'agit de dispositions accordant aux salariés des droits dans la gestion même de la société, la situation devient beaucoup plus délicate. *A priori*, il semblerait que seule la loi qui régit la société puisse en décider. Ainsi une société allemande ayant un établissement en France, les salariés français pourraient prétendre exercer dans la gestion les prérogatives prévues par la loi allemande, tandis que les salariés de l'établissement allemand d'une société française ne pourraient invoquer la loi allemande sur ce point.

Néanmoins, il est probable que l'exercice en France des droits de gestion prévus par une loi étrangère se heurterait à différentes difficultés qu'il est facile d'imaginer. On se trouve en présence ici d'un de ces terrains sur lesquels les adaptations, l'*Anpassung*, devraient être examinées dans le détail.

Dans le système de l'incorporation il paraîtrait plus choquant que le personnel d'une société exerçant intégralement son activité dans un Etat donné ne puisse en aucune manière prétendre aux prérogatives que la loi de cet Etat lui confère à ce sujet sous prétexte que la société est incorporée dans un Etat qui les ignore. Mais le danger est assurément lointain, parce que les pays adhérant au système de l'incorporation paraissent peu disposés à s'engager dans des réformes de ce genre.

24. Le renouvellement des titres perdus ou volés ne peut normalement être obtenu que dans les conditions admises par la loi qui régit le titre, c'est-à-dire la loi de la société pour les actions ou parts de fondateurs, ou celle du contrat d'emprunt pour les obligations. La loi du lieu où le titre, même au porteur, se trouve peut régir sans doute les conditions de transmission de l'instrument, c'est-à-dire du titre lui-même, s'il est au porteur, mais la loi du titre est toujours maîtresse d'éteindre le droit, ce qui ne laisse au porteur qu'un papier sans valeur.

25. Je serais assez d'avis d'étendre à la matière la jurisprudence *Lizardi* protégeant le contractant qui sans imprudence ni mauvaise foi a ignoré une incapacité établie par la loi étrangère. Si la loi locale est intégralement substituée à la loi de la société quant à sa capacité, on aboutit à une mosaïque compliquée. L'expérience prouve que la simple protection de l'ignorance excusable n'a pas en pratique provoqué tellement de difficultés.

26. Je donnerais la même réponse quant aux pouvoirs des organes sociaux. Si la désignation d'un représentant local dont les pouvoirs seront déterminés conformément à la loi locale paraît plus pratique, c'est qu'on se trouve dans un de ces cas où la société étrangère a un volume d'affaires suffisant dans le pays pour justifier une organisation permanente. En pratique, les sociétés créent alors une filiale de droit local.

Y a-t-il place entre cette solution et celle de la simple protection de la bonne foi pour la solution intermédiaire du représentant local ?

27, 28, 29. Les réponses à ces questions résultent de ce qui précède.

30. Il me paraîtrait recommandable de protéger tout tiers qui n'était pas établi dans l'Etat dont la loi régit la société.

31. La réponse résulte de ce qui précède.

32. Il faut sans doute ici cumuler la loi de la société (pour les actions et parts de fondateur) ou la loi de l'emprunt (pour les obligations) avec la loi du lieu où l'émission publique est projetée. Le cumul rend assurément l'opération plus difficile, mais s'il est évidemment impossible de faire abstraction de la seconde loi, il paraît également dangereux de méconnaître la première qui pourrait prohiber dans le cas considéré toute émission publique ou les subordonner à certaines conditions.

33, 34. Il s'agit de questions très délicates sur lesquelles le projet de l'International Law Association donne des éléments de solution ; nous aurions besoin d'une expérience plus développée pour pouvoir proposer des formules plus fermes.

35. Je ne crois pas que l'exception d'ordre public puisse être éliminée ou réduite dans ce domaine.

37. Il me paraîtrait plus prudent de tendre à une Résolution plutôt qu'à la rédaction d'un projet de convention.

Henri Batiffol.

2. Réponse de M. Elliott E. Cheatham

April 10, 1964.

1. It is agreed that there should be excluded from the consideration questions as to the nationality of The Associations and the carrying on of their business.

2. The term preferred is, « loi de la société ».

3. For most purposes the two factors mentioned will be sufficient, « incorporation » and « Sièges réel ». But there may be situations in which other connecting factors may be important, especially « siège d'exploitation ». The answer is given to this question and to others with the fact in mind that evasion of the normally governing law may be sought not only by astute and honest counsel, but by sharpers who are using the corporate form for rascally ends.

4. It would be useful to follow the second course suggested in the question, that is, to try to deal also with the situation of associations that have their center of operations outside the country of their creation.

5. It is believed wise to attempt to deal with both of the matters raised in the question. Certainly it would be useful to list the juridical matters that are governed by the law of the association. Then it would be useful to state the conclusion or general principle as to which connecting factor should ordinarily be employed. If the second and more difficult matter were covered, it might well be essential (1) to state explicitly that there are situations in which the general principle would be departed from and, (2) to indicate the legal principle on which the departure would be justified (as, public policy or fraud on the law) as well as to give illustrations of the factual situations in which the general principle might not be applied.

6. The first of the two alternatives is preferred, that is, the recognition of foreign associations should be dealt with as a separate problem, even though it is the general principle of conflict of laws that an association validly created under the law of the association will be recognized as such in other countries.

7. Yes, I am in agreement that the choice of the incorporators as to the law of creation should ordinarily be the controlling connection.

8. Yes, some exceptions to the general rule indicated in Question 7. are inevitable.

9. The preference is for alternative (b) stated in the Question, that is, the double set of factors.

10. The third of the stated consequence is believed to be the wisest one, that is (c).

11. The second of the stated results is preferred, that is, the possibility of utilizing the exception should exist in any country.

12. Yes, in determining whether other laws than the laws of the association should be applied, it is correct to distinguish the different degrees of penetration of the association in a country other than that of its personal law.

13. No, the existence of an « établissement », important though it is, should not always be essential to the application of a law other than the personal law of the association.

14. It seems wiser not to attempt to give a precise definition to « établissement » of a foreign association but to give illustrative examples or elements. The fiscal conventions may well be helpful as analogies.

15. Yes, there are issues or situations in which the local law might assume to be competent even in the absence of any « établissement », of the foreign association, as suggested in the answer to Question 13.

16. The existence of an « établissement » by itself should not be sufficient to cause the local law to govern the terms of the existence and validity of the foreign association. But it is such an important element that the country in which the « établissement » exists may impose appropriate protective regulations including publicity measures.

17. Yes, the right to make the principal shareholder chargeable for the debts of the association should exist with regard to foreign associations under appropriate conditions, such as, the degree of penetration mentioned in Question 12 and, perhaps the knowledge or consent of the principal shareholder as to the activities in the foreign country. The right should exist, it is believed, only in favor of the creditors who have dealt with the local « établissement » or with creditors who are citizens or domiciliaries of the country of the « établissement ».

18. The local law should be able to govern the accounts of the foreign association, not as a whole but for the local « établissement » itself and for other matters that are essential to an understanding of the position and relation of the « établissement » with reference to the foreign association.

19. Ordinarily, no. But there may be situations in which the control of the payment of dividends by a foreign association is essential to the protection of local interests, so the local law may apply.

20. Yes, as to the first part of the question ; the local law may deal with the forced liquidation of the « établissement » of a foreign association. No, as to the second part of the question ; such liquidation measures should not entail any result as to the existence of the foreign association as a whole.

21 and 22. No, as to both questions. The local law should not assume to regulate the structure and the internal affairs of a foreign association, specifically the right of minority stockholders, — unless the case is an exceptional one, as outlined in the answer to Question 5. when there is fraud on the law.

23. The local law should not assume to impose on foreign associations the representation of the workers in general, but only as the local establishment.

24. No, the local law should not assume to impose on foreign associations the duty of replacing instruments of title that have been lost or stolen.

25. No, the local law should not assume to ignore the restrictions on capacity imposed by its statute personal ; though it is possible that the statute personal will impose limitations, say, as to the ownership of land which apply only within the country of incorporation and not within other countries.

26. Yes, the local law might assume to control the powers of a representative of a foreign association at least in its transactions with citizens of the country within which the representative acts; for this may be called for in fairness to the third persons with whom the representative deals.

27, 28, 29, 30. As indicated above, the problems dealt with in Questions 25. and 26. may receive different solutions. The possibility of invoking the local law should exist only in favor of third parties; though if the third parties invoked the local law, perhaps the whole of the particular segment of the local law would be applied even though part of it was favorable to the association. The third parties who could invoke the local law would not be third parties generally but only those who were established in the *forum* or who had there entered into a contract.

31. The law that the third parties might invoke would be the law that governed their contract.

32. The conditions of the public issuance of the shares or obligations of a foreign association would ordinarily be those of the laws of the association; though if the shares or obligations are to be sold publicly, as, on an exchange, the local law, too, may have to be complied with.

33 and 34. The writer finds it difficult to answer this question without having a fuller understanding of the particular kind of "quasi-delit" in question.

35. No, the exception of public order can neither be eliminated nor confined within prescribed limits for the subjects here treated. The basis in policy of the exception and the unforeseen variety of situations that may arise make both the elimination and the precise delimitation unwise. It is both possible and wise, however, to state that the exception should

not be used until a careful study of the particular legal problem has convinced the court that the advantage of the general principles are outweighed by the injustice that would be done by adherence to it in the particular situation and until the court has in its decision or opinion made clear that it has given this sort of careful consideration to the matter. The mere invocation of the words « ordre public » cannot take the place of the thorough consideration that the problem calls for.

36. No, the present questionnaire is excellent as it is.

37. The work of the Commission should be directed to the issuance of a Resolution, rather than to the drafting of a proposal of a Convention.

Elliott E. Cheatham.

Comment. The writer asks leave to state briefly some views that are implicit in the answers he has submitted to the Questionnaire.

The advantages in the use of the law of the place of incorporation, so well set out by the Chairman in the preliminary statement, make it desirable to use that law as a general rule to govern most of the matters dealt with.

There are various factors, however, which may justify the use of the local law and some of these factors or situations will be mentioned.

First, the promoters may be rascals who have made use of the easy and indulgent laws of the country of incorporation as part of their plan to swindle their dupes.

Secondly, though the business is an honest one, the connection of the association and its activities with the country of incorporation may be so slight as to show that country has no substantial interest in the application of its law to the matter in question.

Thirdly, the other country in which the foreign association engages in its activities may rightly conclude that its interest in the protection of its citizens or of persons there dealing with the foreign association are superior to the interest of the state of incorporation, and that the advantage in giving the protection of its law outweighs the commercial advantage of adhering to the general rule that the law of the state of incorporation should apply.

Fourthly, the inventiveness of lawyers is so great and the diversity of situations now foreseen or unforeseen is so wide that it is unwise, and it would be ineffectual, to attempt to deal with all of the problems to a single law, however convenient this would be for associations and their managers and lawyers.

A caution to the reader may well be added. The writer has the defects and limitations of his accustomed surroundings which have doubtless affected his answers to the questionnaire. He is a lawyer and professor of law in the United States of America. In that country most of the problems of conflict of laws are *intranational*, not *international*. Most corporations are organized under the laws of one of the component states of the federal nation. A corporation organized under the laws of one state is a "foreign corporation" in the other states, as is a corporation organized under the laws of another country, and the two kinds of "foreign corporations" are, in general, treated alike.

« Under the general corporation laws of the fifty states no distinction is made between the foreign corporation organized under the laws of a sister state (a « United States » corporation) and the foreign corporation organized under the laws of a foreign country (an « alien » corporation). » (*Thompson, Foreign Businesses Operating in the United States*, 1959 Univ. Illinois Law Forum 282, 287-288.)

For tax purposes and similar matters the laws of the central government may distinguish between a corporation organized within the country and one organized abroad.

3. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela

Valence, le 10 mai 1964.

Mon cher et honoré Confrère,

En réponse à votre lettre du 11 mars, en votre qualité de rapporteur de l'Institut de Droit international, je dois, d'abord, vous féliciter de la clarté, de la profondeur et de la rigueur juridique de votre remarquable rapport.

Il sera un excellent point de départ pour les travaux de la Commission.

Ma désignation pour faire partie de la dite Commission a été, pour moi-même, une véritable surprise, n'étant pas un spécialiste en droit commercial, et, moins encore, un homme d'affaires.

Cependant, j'essaie de m'acquitter de mon devoir de répondre à votre questionnaire, après certaines hésitations sur quelques-unes des questions répondues. Je vous prie, par conséquent, de me considérer, à tout moment, bien disposé à me rallier aux opinions des autres membres de la Commission.

Voici mes réponses à votre questionnaire :

1. Oui.
2. *Lex societatis*.
3. D'accord avec la limitation, car je crois l'opposition insurmontable.
4. Le deuxième cas.

5. D'accord.
6. On doit insister sur la reconnaissance des sociétés étrangères.
7. Oui, mais non le facteur exclusif.
8. Oui.
9. b)
10. b)
11. Siège réel et loi du lieu d'exploitation.
12. D'accord.
13. Oui.
14. Le système énumératif semble préférable.
15. Il faudrait prendre en considération les lois impératives de chaque pays.
16. Non.
Oui.
17. Non.
18. Oui.
Non.
19. Non.
20. Oui.
21. Non, avec réserve de ses dispositions de *ius cogens*.
22. Il semble admissible en matière de procédure.
23. Seulement dans l'établissement local.
24. Oui.
25. Oui.
26. Non.
Oui.
27. Des solutions uniformes seraient souhaitables.

28. Oui.

29. Seulement en faveur des tiers.

30. Tous les tiers.

31. La loi du contrat.

32. La loi du pays d'émission.

33. *Lex loci delicti*.

34. Je n'ai pas trouvé cette distinction, ni le dit article 7, dans votre rapport.

35. Je ne crois pas cela possible, non pour des raisons d'ordre public, comme exception à une loi étrangère compétente, mais par l'existence des lois territoriales par leur nature, telles les lois fiscales, celles de protection aux tiers, etc.

36. Non. Une réduction de son contenu serait peut-être souhaitable, si l'on veut sa discussion à une seule session de l'Institut.

37. Un projet de Convention sera de plus grande utilité, s'il y a quelque possibilité que la Conférence de Droit International privé de La Haye poursuive ses travaux en matière de sociétés.

C'est tout ce que je peux vous répondre.

Veillez, mon cher et honoré Confrère et Collègue, croire à l'expression de mes sentiments les plus amicaux et dévoués.

Adolfo Miaja.

4. Observations de M. Johannes Offerhaus

Amsterdam, le 11 janvier 1964.

1. Je suis d'accord pour exclure les questions qui s'attachent à la notion de la nationalité des sociétés, ainsi qu'à l'exercice de leur activité.

2. Parmi les trois formules proposées, je préfère indiquer le problème comme celui de la « loi de la société ». D'une part, je propose d'éviter la terminologie en latin, qui veut dire la même chose mais qui doit être traduite pour tous les Etats bien que tous les membres de l'Institut connaissent le latin. D'autre part, la dénomination « statut personnel » complique les choses, parce qu'elle introduit sans nécessité l'analogie du système des personnes physiques. Pour cette raison aussi, on pourrait reprendre la formule de M. E. C. Henriquez qui parle du « statut de la société ».

3. Parmi les facteurs de rattachement, il faut limiter l'examen aux systèmes de la constitution et du siège réel. Quant aux sièges d'exploitation, ces sièges se trouvent souvent dans plus d'un pays. Même s'il n'y a qu'un siège d'exploitation, celui-ci ne peut être pris comme critère général, parce que, si les travailleurs et quelques consommateurs sont mieux protégés, les autres tiers peuvent se trouver dans d'autres pays. Mieux vaut alors un critère qui s'attache au centre de toute l'activité de la société.

Quant au contrôle, il s'agit là d'une distinction qui peut être utile aussitôt que la réalité de la constitution d'une personne morale est en jeu, dans les rapports soit purement internes, soit internationaux. Il n'y a pas lieu d'adopter ce critère pour les rapports internationaux.

Les critères du siège d'exploitation et du contrôle ne sont guère reconnus actuellement dans la doctrine et dans la jurisprudence comme facteurs de rattachement. En outre, la diversité actuelle dans le monde des sociétés anonymes est telle qu'il semble indispensable de faire un choix limité. Il est impossible de créer une règle de conflits spéciale pour tous les types de sociétés anonymes. Ainsi, on revient aux deux facteurs principaux de rattachement.

Ceci n'exclut pas des règles de conflits spéciales pour des rapports spécifiques, par exemple pour protéger les intérêts des tiers de bonne foi.

4. Il faut sans doute résoudre le cas des sociétés dont le siège réel se trouve en dehors du pays de leur constitution.

5. En répondant par la négative aux deux premières questions, je suis d'avis qu'il y a lieu d'essayer de surmonter l'opposition actuelle qui existe entre la théorie de la constitution et celle du siège réel.

6. La reconnaissance a, dans la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956, été traitée comme problème séparé dans les règles de conflits sur les sociétés anonymes.

Néanmoins, les deux méthodes sont très liées. Si on parle de reconnaissance, on veut dire qu'on reconnaît l'existence comme entité indépendante des actionnaires ; or, en parlant de l'existence, il est indispensable d'exiger un minimum de droits subjectifs. En ce sens, dans l'art. 1 de la Convention de La Haye on a dit que la personnalité juridique comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques. En théorie, on pourrait poser des conditions différentes. L'essentiel d'une règle sur la reconnaissance revient à une règle de conflits qui dit que l'existence et la capacité d'agir comme personnalité juridique sont régies par la loi de la société (loi du pays où elle a été constituée ou loi du pays où se trouve son administration centrale). Il semble que le rapporteur s'est exprimé dans un sens analogue lors des débats sur le Projet de Convention de La Haye, tenus en 1951 (Actes 1951, pp. 143 et 153).

La reconnaissance, dans cet ordre d'idées, est au moins une des conséquences de l'existence ou de la constitution valables

d'après la loi de la société, ce qui revient à dire que le problème de la reconnaissance est intimement lié à celui de la règle de conflit. La règle de conflit regarde l'existence et les rapports juridiques qui découlent de l'existence; la règle sur la reconnaissance comprend l'existence ainsi que ces rapports juridiques spécifiques qui sont considérés par l'Etat reconnaissant comme conditionnés par l'existence.

Dans la dissertation de M. E. C. Henriquez (1961) on trouve aussi cette thèse que la détermination du statut de la société est antérieure à sa reconnaissance.

7, 8. Je me rallie à la préférence pour la loi du pays de constitution comme facteur de rattachement normal, en admettant des exceptions inévitables.

9. L'exception devra se référer au fait que la société a son siège réel dans un autre pays que celui de sa constitution (a), sans y ajouter que la société n'a pas de lien effectif avec ce pays (b).

Dans la Convention internationale de La Haye de 1956, on a pu régler l'équilibre des deux systèmes — l'un à côté de l'autre — en ce sens que dans les Etats dont la loi prend en considération le siège réel, la loi de constitution est remplacée par celle du siège réel.

Un tel équilibre est inutilisable, si on se propose de formuler une règle de conflits générale pour tous les Etats.

Alors, l'exception d'après le degré de rattachement ou de pénétration s'impose. On la trouve dans les publications du Professeur D. Josephus Jitta (en dernier lieu dans son traité en néerlandais, *Internationaal Privaatrecht* (1916), pp. 484-486). M. E. C. Henriquez, dans sa thèse (pp. 43-44), s'y associe, en citant un projet de loi néerlandais sur les sociétés anonymes de l'année 1910, où se trouvait un chapitre sur les sociétés constituées en dehors du Royaume (voir aussi la contribution de

cet auteur dans *De Naamlooze Vennootschap*, (41^{me} année, p. 67 (août 1963)).

Il s'ensuit que l'exception à la règle normale ne devra pas se référer au fait que la société n'a pas de lien effectif avec le pays de sa constitution. La pénétration par des établissements dans les pays autres que celui de la constitution se présente aussi bien dans les cas où la société est liée au pays de sa constitution par des éléments plus ou moins importants. En outre, comment les tiers pourront-ils fournir la preuve que ces liens effectifs manquent ?

Si la société n'a en effet aucun lien effectif avec le pays de sa constitution, il peut y avoir fraude. Les cas de *fraus legis* sont toujours exceptés, même en présence de lien effectif. Une société avec écriteau, boîte à lettres et un employé peut être frauduleuse ; une société sans aucun lien similaire peut être légale.

10. Si la loi de constitution est éliminée, elle sera remplacée par la loi du siège réel, sur certains points (c). Ces points peuvent être très importants et être formulés en des termes généraux. Mais la méthode du remplacement total (a) devra être limitée au cas de fraude.

11. La possibilité de se prévaloir de l'exception doit être reconnue dans tous les pays. Les cas sont tellement variés que la situation dans un pays tiers peut être complètement analogue à la situation dans le pays où se trouve le siège réel. Il est d'intérêt d'émettre une règle sur la loi applicable qui ne soit pas limitée d'après des critères juridictionnels.

12. Oui, la « pénétration » n'est qu'un symbole, comme l'est le « rattachement ». La règle subsidiaire devra être formulée d'après l'importance des points de rattachement, comme dans tout le droit international privé.

13. La présence d'un seul « établissement » ne suffit pas pour l'intervention de la loi locale. Les rapports internes de la société ne dépendent pas de l'établissement ; les rapports externes peuvent être régis par la loi locale sur la base de quelques facteurs parmi lesquels peut se trouver la présence d'un établissement.

14. Je ne désire pas une définition ou une énumération. Dans la Convention de La Haye sur la loi applicable à la vente à caractère international de 1955, on s'est contenté de la seule mention d'un établissement.

15. En l'absence de tout établissement la loi locale peut être compétente en vertu d'un rattachement aux actes des organes ou autres représentants de la société.

16. Je ne vois pas de nécessité à faire régir la loi locale à l'égard des conditions et de la validité de la société étrangère, à part la capacité des fondateurs. Les mesures de publicité peuvent être réglées dans la loi locale interne, mais il me semble qu'on ne devra pas poser une règle générale de conflits.

17. La question posée s'entend à mon avis en ce sens qu'en parlant de la responsabilité du principal actionnaire on veut comprendre tous les cas de *Haftungsdurchgriff*. C'est un problème de droit interne qui n'a pas beaucoup d'éléments internationaux. Si la constitution est plus ou moins fictive, les créanciers qui ont traité avec l'établissement local ou même avec l'administration centrale dans un pays autre que celui de la constitution ont les mêmes intérêts que ceux qui ont traité dans ce dernier pays. Il se pose bien un problème un peu différent : c'est la question de savoir si les conditions pour faire la preuve de la fictivité de la société doivent être réglées par la loi de la société. Mais celle-ci peut être moins avantageuse pour les créanciers que la loi locale. Si elle est moins avantageuse, l'ordre public international est en jeu.

18. Le règlement des comptes d'une société étrangère pourra figurer dans la loi locale interne. Je ne crois pas qu'il faut poser une règle exceptionnelle de conflits pour les comptes des établissements locaux, ni pour ceux de l'administration centrale dans un pays autre que celui de la constitution.

19. La distribution des dividendes ne devra pas être soumise à une règle de conflits spécifique, si des lois internes à ce sujet font défaut.

20. La question de savoir si la loi locale peut organiser la liquidation forcée des établissements, est une question de droit matériel interne. Au cas où telle liquidation a été réglée dans la loi locale, elle n'influence pas l'existence de la société, comme les lois sur la faillite qui n'ont en général que des effets internes.

21, 22. Les relations internes et les droits des actionnaires minoritaires dépendent de la loi de la société d'après la règle normale de conflits.

23. La loi locale ne peut pas prétendre imposer une représentation des travailleurs dans les organes, même limitée à l'établissement local. C'est une question de droit public interne ou bien de traités bilatéraux ou communautaires.

24. Le droit du renouvellement des titres perdus ou volés a des éléments de droit administratif ou bien rattachés à la situation du document, mais quant aux éléments sociétaires, c'est la seule loi de la société qui doit régir.

25 à 27. La capacité de la société se fait sentir dans les pouvoirs de ses organes et représentants. Bien que les pouvoirs soient en principe régis par la loi de la société, les tiers de bonne foi doivent être protégés par la loi locale.

Au cas où la loi de la société régirait même les cas de la bonne foi des tiers, le besoin se ferait sentir de désigner un

représentant local dont le pouvoir serait soumis à la loi locale. C'est une question de droit matériel interne.

Autant que je comprends les questions 25 et 27, il me semble qu'une solution uniforme soit nécessaire.

28. La solution proposée aux articles 5 et 6 du projet de l'I.L.A. semble appropriée.

29, 30. Si on soumet une question à la loi locale, cette loi est applicable en faveur des deux parties en litige.

Il n'est pas indiqué de limiter les tiers protégés à ceux qui sont établis dans le *forum* ou qui y ont contracté, parce que la règle de conflits proposée est basée sur le lieu de l'acte du représentant de la société et qu'elle présuppose que la bonne foi des tiers est fondée sur cet acte. En outre il ne faut pas introduire des rattachements douteux comme l'établissement des tiers et le lieu du contrat conclu.

31. A mon avis, la protection de la bonne foi est basée sur le fait que la société a agi dans un certain lieu, elle n'est pas basée sur les autres facteurs qui déterminent la loi applicable à un contrat. D'ailleurs, ceci mène à un cercle vicieux.

32. L'émission des actions et des obligations d'une société est régie par la loi de la société et par les lois locales administratives des pays dans lesquels la société place ses titres.

33. A l'égard des quasi-délits d'une société étrangère, la règle de conflits devra s'orienter d'après les distinctions qu'on trouve dans le droit des pays qui connaissent la notion du quasi-délit. Je m'abstiens de répondre.

34. Il n'est pas facile de donner à cette question une réponse très nette. Quant à la qualification de l'acte, il me paraît peu douteux que celle-ci devra être faite d'après la loi du lieu du délit (cf. art. 18, al. 1, Projet Benelux). La même solution s'impose à l'égard de toutes les questions de responsabilité

civile lorsqu'il s'agit de la détermination de ceux qui sont responsables : Si c'est la société, ou l'organe, ou bien tous les deux (le *Restatement* § 166 (texte de 1934) se réfère à la loi du délit). C'est en ce sens qu'on décide le plus souvent dans mon pays (cf. la thèse de M. Dubbink, *De onrechtmatige daad in het i.p.r.* (1947), p. 127), bien qu'il faille signaler 1° que van Brakel, *Grondslagen*, (p. 221, note 6), se réfère aux opinions dans d'autres pays où l'on applique la loi de la société, 2° qu'on peut bien assimiler ces problèmes aux « conséquences » de l'acte qui sont déterminées par la loi du pays, à la sphère juridique duquel ces conséquences appartiennent (art. 18, al. 2 Projet Benelux).

Il apparaît de la thèse de M. Loussouarn, (pp. 402 ss.), et des discussions au sein de l'I.L.A. qu'on peut avoir des doutes et je dois dire que je n'ai pas fixé mon opinion. Dans un litige purement interne, la question de savoir dans quelles limites on peut citer la société ou ses organes est déterminée par la loi et par les principes de droit concernant les sociétés, tandis que la responsabilité des pères et mères, des maîtres et instituteurs est régie par les dispositions sur l'acte illicite même. Dans cet ordre d'idées, on devrait juger la responsabilité de la société ou/et de ses préposés d'après la loi qui régit les sociétés locales d'un type analogue ; si on veut éviter cette solution peu élégante, on revient à la loi étrangère de la société !

35. L'ordre public est une notion indispensable dans cette matière. Je préfère limiter l'exception de l'ordre public aux cas manifestes, comme dans les conventions récentes de La Haye.

36, 37. Je n'ai pas besoin de corriger ou de compléter le questionnaire, qui me semble complet et judicieux. Il faut qu'on tende à un projet de Résolution dans lequel on recommande l'adoption de certaines règles.

Johannes Offerhaus.

5. Observations de M. Wilhelm Wengler

Berlin, le 22 mai 1964.

Remarques préliminaires

1. Il conviendrait de préciser rapidement si la Commission doit s'efforcer de parvenir à des résultats concrets ou bien si le thème de ses travaux lui impose de se livrer à des recherches portant sur des questions de principe.

Il est, à mon avis, une de ces questions qui, entre autres, n'a pas été suffisamment étudiée : on peut se demander si c'est par référence à son « statut personnel » que l'on doit déterminer si un groupement de personnes a ou n'a pas la qualité de sujet de droit, ou bien si cette qualité de sujet de droit d'une personne physique ou morale ne dépend pas, finalement, du droit de chacun des pays où il existe un rapport juridique auquel elle participe. La déclaration de décès d'une personne physique, ayant nationalité et domicile étrangers, dans un pays où elle a des biens, trouve son parallèle dans ce fait que la dissolution d'une société liée à une expropriation ne fait pas toujours disparaître sa personnalité juridique dans les autres pays où elle possède des biens non touchés par la mesure d'expropriation.

On peut encore se demander si une société, qui, sur le plan économique, est une unité, constitue aussi sur le plan juridique une personne morale unique, et ceci dans tous les pays où, bien que sous application de droits différents, la personnalité juridique lui est reconnue. Il est possible qu'il existe dans chacun de ces pays une société constituée selon la loi de chacun d'eux et dont l'activité se limite au patrimoine social présent sur chacun de leurs territoires; mais toutes ces sociétés peuvent, malgré cela, porter dans ces différents pays le même nom et leurs organes sociaux peuvent être composés, en tout

ou partie, des mêmes personnes. Il convient enfin d'envisager le cas où les mêmes fondateurs, avec le même capital, procèdent à l'incorporation d'une société conformément au droit de *plusieurs* pays. Le droit international privé des sociétés anonymes ne semble pas, actuellement, permettre la clarification de ces difficiles problèmes.

2. La Commission devra vraisemblablement découvrir les différents points sur lesquels un nombre suffisant de membres consentent à faire un apport. Ces points ne pourront être dégagés qu'au cours des travaux. Il sera par contre certainement utile de préciser au plus vite ce dont la Commission, *a priori*, ne doit pas discuter. Je partage aussi l'avis qu'elle ne devrait pas aborder la question de la nationalité des sociétés anonymes.

L'« autorisation » donnée par un pays à des sociétés anonymes de se livrer sur son territoire à des activités juridiques semble, *prima facie*, ressortir plutôt au droit public ou à la condition des étrangers. Par contre l'interdiction d'exercer toutes ou certaines activités sur le territoire national constitue bien la sanction la plus efficace, par laquelle un pays, autre que le pays d'incorporation, peut imposer le respect de dispositions impératives de sa loi dont précisément il croit devoir faire application aux sociétés anonymes qui ont procédé à leur incorporation dans un pays étranger. De plus la nullité des contrats passés, contrairement à cette interdiction, par une société expressément exclue de l'exercice commercial est une conséquence de droit privé qu'il serait difficile d'écarter dans l'ordre juridique du pays qui a pris la mesure d'interdiction et le problème de savoir si cette conséquence doit être respectée dans d'autres pays relève du droit international privé. Le Projet de La Haye ne dit rien à ce sujet; c'est là peut-être son plus grave défaut.

Même sans cela on ne saurait éviter d'examiner le domaine d'application de prescriptions qui, en fait, trouvent moins application dans des procès entre parties privées mais dont le respect est plutôt imposé d'office par des autorités publiques (registre de commerce, etc.) et qui, de cette manière, semblent relever du droit public.

3. On devra se livrer à un examen critique des conceptions traditionnelles du rôle de la *lex societatis* ; il serait pourtant faux, à mon avis, d'admettre qu'il s'agisse toujours et nécessairement de savoir si le rôle de *lex societatis* doit être attribué soit à une loi A, soit à une loi B. Il est parfaitement possible que ces deux lois, particulièrement leurs dispositions impératives, soient applicables *par cumul*. On ne peut guère dire qu'il serait injuste d'imposer aux organes d'une société anonyme de se conformer aux règles de deux ordres juridiques lorsque cette société, intentionnellement, recherche le centre de son activité ailleurs que dans le pays de son incorporation.

La loi du pays d'incorporation choisi par les fondateurs de la société doit-elle cesser d'être applicable en tant que *lex societatis* lorsque et parce que le pays du siège social effectif revendique l'application, au titre de *lex societatis*, tout au moins des dispositions impératives de sa loi ? A cette première question il ne peut être apporté une autre solution qu'à celle portant sur la loi applicable à un contrat ; dans les deux cas il s'agit de la question de savoir dans quelle mesure la loi choisie par les parties devient inapplicable pour cette raison qu'un autre pays exige qu'il soit fait application des dispositions impératives de son droit. Or, on ne pourra pas dire, par exemple, que le pays où un contrat doit être exécuté n'a pas le droit, si les parties ont expressément choisi comme loi applicable la loi d'un autre pays avec lequel le contrat a certains autres points de rattachement (lieu de formation, domicile des parties), de le soumettre

aux dispositions impératives de sa loi. Si le pays du lieu d'exécution veut, malgré tout, faire appliquer ses règles impératives, on ne pourra pas dire non plus que les pays tiers doivent toujours les appliquer.

De même ne pourra-t-on pas affirmer que le pays dans lequel une société a son siège social réel ne peut pas, lorsque cette société a d'autres points de rattachement effectifs avec le pays choisi pour son incorporation, lui appliquer les règles impératives de sa loi sur les sociétés. Si donc le pays du siège social peut, même contre la volonté des parties, appliquer les règles impératives de sa loi à une société incorporée dans un pays étranger, cela ne signifie cependant pas que le pays d'incorporation soit contraint de renoncer, quant à lui, à l'application des dispositions impératives de son propre droit. Et le pays du siège social n'est pas toujours obligé, pour cette seule raison qu'il estime que son propre droit impératif est applicable, d'ignorer les règles impératives de la loi d'incorporation : même dans ce pays, la loi d'incorporation peut à juste titre être prise en considération comme étant la loi tacitement choisie par les fondateurs de la société.

La vieille querelle entre « loi d'incorporation et loi du siège social » a, à mon avis, moins d'importance aujourd'hui que le problème posé par les rapports entre la *lex societatis* et le droit des pays dans lesquels la société exerce son activité *sans* y avoir son siège social et *sans* avoir procédé à son incorporation, conformément à leur loi. Ce serait cependant, ici aussi, une pétition de principe que de prétendre que la *lex societatis* est toujours exclue lorsque la *lex loci* est compétente, et inversement. Il n'est pas absolument impossible, en effet, de cumuler les dispositions de la *lex societatis* et de la *lex loci*.

A cette idée que les dispositions impératives de deux pays puissent s'appliquer concurremment à une société, la littérature oppose souvent cet argument qu'un tel cumul serait impossible

lorsque ces diverses prescriptions se contredisent. Certainement les règles de la *lex societatis* régissant la composition des organes directeurs ne pourraient être cumulées avec celles du pays d'établissement. C'est cependant aller trop loin que d'exiger que, pour chaque question du droit des sociétés, il n'y ait toujours qu'un seul ordre juridique applicable. Il existe quantité de situations où plusieurs droits concurrents se prêtent au cumul, par exemple lorsqu'une autorisation de l'Etat est nécessaire pour qu'un organe social puisse agir. Même si, pour la solution d'un problème juridique particulier, un tel cumul de législations ne fonctionne pas, il n'en résulte pas que l'un des pays avec lesquels la société a des points de rattachement doive nécessairement, afin d'éviter à la société un conflit entre les obligations auxquelles elle doit se soumettre, renoncer purement et simplement à la compétence de sa loi. Tant qu'une société n'est pas obligée à exercer son activité au dehors du pays choisi pour son incorporation, cela sera sa propre faute si, du fait de la prise d'activités dans d'autres pays, elle s'expose au danger de se voir imposer par ces derniers de se conformer à des prescriptions qu'ils estiment nécessaires dans l'intérêt de leur ordre public. De même que l'on désire qu'un individu ne soit pas appelé sous les drapeaux pour l'accomplissement de son service militaire à la fois dans son pays d'origine et dans le pays de son domicile, de même est-il à souhaiter que les différents pays n'imposent pas à une société de se soumettre à des prescriptions de droit public qui se contredisent. Il n'existe cependant pas, actuellement, de principes juridiques admis par tous qui permettraient de dire quel pays devrait s'effacer lorsque la soumission aux règles de son droit public, dont il affirme la compétence, n'est pas possible sans que l'intéressé ne contrevenne par là aux prescriptions d'un autre Etat, prescriptions qui, selon ce dernier, doivent, elles aussi, être appliquées. On a déjà largement reconnu, dans les pays de la C.E.E., qu'une

solution à ces problèmes ne peut être trouvée que dans l'unification, par les pays membres, de leurs règles de droit public.

4. Aussi longtemps qu'il n'aura pas été procédé à cette unification, la principale motivation qui soit de nature à inciter un pays à appliquer des règles de son droit des sociétés aux sociétés dont la *lex societatis* est une loi étrangère sera le désir de ne pas leur accorder, par la non-application qui leur serait faite de certaines dispositions de sa loi, des avantages dans la concurrence, sur le marché national, avec les sociétés de droit interne. On ne devrait pas, il est vrai, *encourager* les Etats à agir au nom de cette motivation. On ne peut cependant pas blâmer un pays lorsqu'il tend à assurer aux sociétés, tant de droit étranger que de droit interne, des chances égales dans la concurrence sur le marché national. Les milieux économiques eux-mêmes, pour la plupart, ont réalisé qu'ils doivent aspirer non pas tant à des oasis où ils puissent bénéficier de facilités fiscales ou d'une plus grande libéralité du droit des sociétés qu'à l'unification des lois de nature à agir sur la capacité concurrentielle d'une société. Les arguments constitutionnels qui, dans un Etat fédéral, plaident pour la reconnaissance aux sociétés constituées en vertu de la loi d'un des Etats de la Fédération d'exercer leur activité dans tous les Etats membres, tout en n'étant soumises qu'à la loi de l'Etat de leur incorporation, ne sont pas applicables sur le plan international (se référer à Reese et Kaufmann, 58, Col. L. Rev., 1118). Il n'est pas facile de recenser les dispositions du droit des sociétés qui exercent une influence sur la capacité concurrentielle des sociétés. De telles dispositions semblent être plus fréquentes dans les pays anglo-saxons que dans les pays européens. Il serait toutefois à recommander de relever la légitimité d'une égalisation des chances des sociétés, tant de droit interne que de droit étranger, dans la concurrence sur le marché national,

au lieu de se limiter à titre général à la clause d'ordre public, ainsi que le fait le projet de l'I.L.A.

5. Il conviendra de maintenir le principe que le droit d'un pays déterminé est compétent à titre *subsidaire* pour toutes les questions intéressant les sociétés anonymes. Dès que la question de l'applicabilité, à côté ou au lieu de la *lex societatis*, de règles de la loi d'autres pays se pose, il convient de distinguer selon que ce problème se pose dans un pays voulant faire appliquer sa propre loi par ses propres tribunaux ou bien se trouve soulevé dans des pays tiers.

Lorsqu'un pays autre que celui de la *lex societatis* revendique la compétence de certaines règles impératives de sa loi, cela résultera, dans la plupart des cas, de la mise en application de sa clause d'ordre public. Cela n'implique pourtant pas pour les tribunaux des pays tiers ni qu'ils doivent toujours appliquer, eux aussi, ces dispositions de la *lex loci* à côté ou au lieu de la *lex societatis*, ni qu'ils ne puissent jamais en faire application.

La nécessité de faire cette distinction entre l'attitude prise par les pays voulant appliquer leur propre loi à une société anonyme dont la *lex societatis* est étrangère et celle suivie par les pays tiers s'impose avec une particulière netteté lorsque le pays du siège social effectif nie la personnalité juridique d'une société pour cette raison qu'elle ne s'est pas conformée aux dispositions impératives de sa loi, alors que le pays d'incorporation affirme la compétence de sa propre loi et que, par là, la personnalité juridique de la société doit être admise. Supposons alors que des actes juridiques soient conclus au nom de cette société à la fois dans le pays d'incorporation et dans celui du siège social et que ces actes fassent l'objet d'un procès dans un pays tiers. Une question de responsabilité peut se poser : responsabilité soit de la société elle-même, soit, au cas où sa personnalité juridique doive être niée, responsabilité de ses

organes sociaux. Il est alors parfaitement possible qu'à cette question il soit apporté, dans le pays tiers, des réponses diverses pour les différents actes, alors que, en toute vraisemblance, et pour *tous* les actes juridiques passés au nom de la société, la personnalité juridique sera affirmée dans le pays d'incorporation et niée dans le pays du siège social.

6. Abstraction faite de cette distinction à opérer entre, d'une part, un pays voulant appliquer *ses propres* règles à une société anonyme dont la *lex societatis* est en principe une loi étrangère et les pays tiers, les problèmes posés par l'éventuelle applicabilité, à côté ou au lieu de la *lex societatis*, de la loi d'un autre pays doivent être étudiés par grandes catégories de questions :

a) *Premier groupe de questions: le statut interne* d'une société valablement constituée, c'est-à-dire les relations des actionnaires entre eux et les relations entre les actionnaires et les organes sociaux.

Pour cet ensemble de questions l'exclusion de la *lex societatis* au bénéfice de la *lex loci* (ou bien l'application de la *lex loci* à côté de la *lex societatis*) peut être justifiée par des considérations d'ordre public et, en particulier, par la volonté d'assurer des chances égales dans la concurrence. On peut aussi envisager qu'un pays n'autorisera une société régie par une loi étrangère à exercer, sur son territoire, une activité commerciale (notamment en ce qui concerne sa direction) que si la réglementation interne en vertu de la *lex societatis* étrangère contient des dispositions de même nature que celles qui sont imposées aux sociétés ayant sa loi nationale comme *lex societatis*.

b) *Deuxième groupe de questions :*

Relations entre la société (ou ses fondateurs) et les personnes appelées à devenir actionnaires.

Ici aussi c'est la *lex societatis* qui est généralement compétente ; on peut cependant parfaitement envisager que les pays dans lesquels une émission d'actions doit avoir lieu considèrent eux aussi applicables certaines dispositions de leur législation, surtout lorsque la *lex societatis* ne comporte pas de règles similaires. La sanction apportée à la violation des dispositions dont un pays, autre que celui de la *lex societatis*, revendique ainsi l'application pourra être soit la non-reconnaissance de la personnalité juridique de la société, soit son exclusion de toute activité juridique sur le territoire national.

c) *Troisième groupe de questions :*

Relations juridiques entre la société et les tiers (dans la mesure où elles ne sont pas traitées sous l'alinéa b).

1. Il s'agit ici en premier lieu de savoir si une société qui a acquis la qualité de personne morale en vertu non pas de la loi du for mais d'une *lex societatis* étrangère, peut, en tant que sujet de droit, être titulaire dans le pays du for de droits et d'obligations de nature privée (propriété, créances, etc.).

La conception ancienne, selon laquelle la société doit d'abord être « reconnue » à cette fin comme personne juridique dans le pays du for, est certainement dépassée. On ne peut cependant pas affirmer qu'une acquisition définitive de droits subjectifs soit possible dans le cas où ces droits auraient été acquis par l'exercice d'activités pour lesquelles, conformément au droit du pays intéressé, une autorisation était nécessaire mais n'a pas été accordée.

Il faut aussi penser que le pays de localisation des droits peut n'autoriser l'acquisition de droits, par l'exercice d'activités commerciales sur le territoire national, qu'aux seules personnes morales qui, bien que non constituées en vertu

de sa propre loi, *équivalent* dans leur structure juridique aux personnes juridiques de son droit propre ; ceci à moins qu'un traité de droit international public ne lui impose des obligations plus étendues. *Ce problème, il est vrai, est moins d'actualité pour les sociétés anonymes que pour les fondations et les associations.*

Supposons qu'une société anonyme constituée en vertu d'une loi étrangère soit, — en raison de l'interdiction qui lui a été faite d'exercer son activité sur le territoire national ou bien par suite de son manque d'équivalence avec les sociétés anonymes d'ordre interne — réputée incapable d'acquérir en son nom des droits patrimoniaux par des activités commerciales sur le territoire national. Cela ne saurait empêcher que la société étrangère doit, dans certains cas, être censée titulaire d'un droit patrimonial localisé sur le territoire d'un Etat autre que celui de la *lex societatis*. Lorsque, par exemple, un bien appartenant à cette société parvient sans sa volonté (ou par transit) sur le territoire de ce pays qui ne l'autoriserait pas à acquérir des droits par des actes juridiques, on ne saurait nier dans ce pays sa qualité de propriétaire, en arguant de ce que cette société n'est pas autorisée à acquérir des droits par suite de son manque d'équivalence avec les sociétés d'ordre interne.

2. Dans la mesure où le pays de localisation d'un droit déclare à titre général que les personnes morales ne peuvent pas acquérir certains droits, cette interdiction vaut aussi, bien entendu, pour les sociétés anonymes qui, bien que constituées en vertu d'une loi étrangère, sont autorisées à acquérir des droits sur le territoire national.

Si, à l'inverse, la *lex societatis* d'une société anonyme dispose que cette société anonyme n'a pas la capacité d'être titulaire de droits déterminés, cette règle ne doit, dans les

autres pays, être ni ignorée ni appliquée à titre général. Il faudra vraisemblablement appliquer ici les mêmes principes que ceux qui sont valables pour l'exercice, par une société, de son activité sur un territoire étranger. (Se référer aux indications données sous le chiffre 3.) Ces règles faisant obstacle à l'acquisition de certains droits par une société anonyme peuvent en tout cas être cumulées. Ainsi que je l'ai indiqué plus haut, c'est un autre problème que celui de savoir si les pays *tiers*, qui, sur ces matières, n'affirment pas la compétence de leur loi, doivent appliquer purement et simplement soit la *lex societatis* soit la *lex loci*.

3. Lorsqu'une société anonyme constituée en vertu d'une loi étrangère est admise à acquérir, par l'exercice de son activité commerciale, des droits et des obligations de nature privée, une nouvelle question se pose aussitôt : celle de savoir qui représente valablement la société lorsque des droits doivent résulter d'actes juridiques et, en particulier, d'un contrat.

On ne peut certainement pas affirmer à titre général que les pouvoirs de représentation doivent être fixés, en opposition à la *lex societatis*, par référence à la *lex loci contractus* ou à la loi du lieu où la société, à l'extérieur du pays de la *lex societatis*, a fondé un établissement. Lorsque les organes sociaux, lors de la négociation d'un contrat, font savoir eux-mêmes de façon non équivoque que la société est régie par une *lex societatis* bien déterminée, on pourra généralement présumer que la partie cocontractante pouvait se procurer les renseignements portant sur la fixation des pouvoirs de représentation des organes sociaux dans la *lex societatis*. Il n'en est autrement que lorsque les affaires se déroulent dans des circonstances telles qu'il est impossible d'exiger de ceux qui contractent avec la société de se

procurer ces informations : lorsqu'une société possède un magasin pour la vente de biens meubles à l'extérieur du pays de la *lex societatis*, c'est la *lex loci* qui régira, pour les affaires passées par ce magasin, les pouvoirs de représentation des organes sociaux ; lorsqu'une société possède une usine dans un autre pays, c'est aussi la *lex loci*, et non la *lex societatis*, qui régira les pouvoirs de représentation des organes sociaux vis-à-vis des travailleurs et employés locaux.

Cette question des limites dans lesquelles les organes sociaux ont la capacité d'engager la société par des actes passés avec des tiers soulève un problème particulier. On peut, en effet, se demander si l'obligation, qui résulte pour les organes sociaux de l'organisation interne de la société, de ne pas passer avec des tiers des actes qui soient de nature à « heurter les intérêts de la société »¹ rend de tels actes nuls ou bien si elle donne aux actionnaires le droit d'en contester à l'encontre des tiers la validité (*shareholder's derivative action*, etc.)...

Dans cette matière c'est avant tout à la *lex societatis* qu'il appartient de fixer les devoirs des organes sociaux. Si, en vertu de la *lex societatis*, les organes sociaux étaient libres, seul un contact étroit avec le pays du for peut justifier l'application de la loi du for (voir Hausman v. Buckley, 299 Fed^{2d} p. 596). Si par contre les organes sociaux doivent, en vertu de la *lex societatis*, respecter les intérêts dits « de la société », cette *lex societatis* devient, dans cette mesure, applicable dans les autres pays, par exemple en ce qui concerne les droits à dommages et intérêts des actionnaires à l'encontre des organes sociaux (ou des autres actionnaires).

¹ C'est-à-dire les actes portant préjudice soit aux intérêts des actionnaires en faveur des organes sociaux, soit aux intérêts de certains actionnaires en faveur des autres actionnaires.

Enfin si, conformément à la *lex societatis*, le devoir de loyauté des organes sociaux vis-à-vis des actionnaires a aussi des répercussions sur les rapports entre la société (ou les actionnaires) et les tiers cocontractants, les mêmes principes s'appliqueront alors que ceux qui sont valables pour la fixation des pouvoirs de représentation lors d'actes passés à l'extérieur du pays de la *lex societatis*.

4. Une autre question se pose, qui présente un lien étroit avec les problèmes soulevés par la reconnaissance de la personnalité juridique d'une société et par les pouvoirs des organes sociaux d'engager la société par des actes juridiques : celle du droit, le cas échéant, malgré la personnalité juridique séparée de la société, de déclarer responsables, en raison des actes passés au nom de la société, les actionnaires (ou l'actionnaire principal possédant toutes ou presque toutes les actions).

Ici aussi, lorsqu'une *lex societatis* étrangère interdit le *Durchgriff* et que, de ce fait, les sociétés régies par elle obtiennent dans un pays des avantages dans leur concurrence avec les sociétés d'ordre interne, la *lex societatis* ne peut entrer seule en ligne de compte. L'idée qu'il convienne d'assurer une égalité de traitement entre une société dont la *lex societatis* est étrangère et les sociétés dont la *lex societatis* est la loi du pays où cette société étrangère se livre à des activités commerciales n'autorise, par contre, le *Durchgriff* qu'en faveur des seuls créanciers avec lesquels la société étrangère a contracté sur le marché national.

5. La responsabilité de la société elle-même et, éventuellement, celle de ses organes sociaux ou de son principal actionnaire ne peut certainement pas, en ce qui concerne les délits ou quasi-délits des organes sociaux ou des employés, être régie par la seule *lex societatis*. Pour les

délits de droit commun, c'est la *lex loci delicti* qui sera compétente; pour les délits consistant en la violation de dispositions impératives du droit des sociétés, c'est la loi du pays dont les règles sont applicables et ont été violées qui sera compétente, à savoir soit la *lex societatis*, soit la *lex loci*.

Réponse au questionnaire

1. Je doute qu'il soit judicieux de poser cette question abstraite de la « nationalité » des sociétés anonymes, du moins si on ne précise pas en même temps à quelles fins ce concept sert en droit positif. Elle ne devrait pas, en tout cas, être étudiée par la Commission.

La question de savoir si un pays autre que celui de la *lex societatis* peut ne pas autoriser ou n'autoriser que sous certaines conditions une société de droit étranger à se livrer à des activités commerciales sur le territoire national ne peut être totalement laissée de côté,

- a) à la fois parce que la validité ou la non-validité des actes passés malgré l'interdiction est une question de droit privé et la détermination de la loi applicable à cet égard une question de droit international privé,
- b) et parce que, parmi les conditions à l'octroi de l'autorisation, peut justement figurer l'observation de règles édictées par la *lex loci* et portant sur des matières qui, sans cela, seraient régies par la *lex societatis*.

2. L'expression de « statut personnel de la société » est, selon moi, à déconseiller. Je préfère celle de *lex societatis*.

3. Les seuls facteurs de rattachement à retenir sont, à mon avis, l'incorporation conformément à la *lex societatis* suivie et le siège social réel.

4. La réponse à apporter à cette question dépend de la façon dont on détermine la *lex societatis*.

Si c'est la loi du siège social, la loi d'incorporation ne sera compétente que dans la mesure où les fondateurs de la société dans l'exercice de l'autonomie de leur volonté, reconnue par la loi du siège social, se réfèrent à la loi du pays d'incorporation. Si l'on déclare, par contre, que la *lex societatis* est, en principe, la loi d'incorporation, le problème de l'applicabilité, à titre complémentaire, de certaines dispositions de la loi du siège social ne peut certainement pas être abandonné si la Commission désire, en même temps, rechercher quelles sont les règles du droit des sociétés de pays tiers qui peuvent encore trouver application.

5. « Den lieb ich, der Unmögliches begehrt » (Faust II).

6. Cette question sur la « reconnaissance » des sociétés de statut étranger, trop abstraite, est à mon avis mal posée, de même que la question sur leur nationalité. (Voir réponse sous la question 1.)

7-9. Je renvoie ici aux explications données ci-dessus (sous la question 4).

10. Si, d'une part, l'incorporation doit être préférée au siège social comme point de rattachement et si, d'autre part, une société doit être réputée n'avoir pas été constituée conformément à la loi d'incorporation pour cette raison qu'elle n'a dans le pays choisi pour son incorporation ni son siège social ni d'autres points d'attaches véritables, il est impossible de recourir à titre subsidiaire à la loi du siège social pour éventuellement et conformément à cette loi affirmer l'existence de la société. L'essai infructueux de fraude à la loi ne devrait pas être encore récompensé.

11. Chaque pays dont les tribunaux sont compétents devrait, s'il adopte la formule de l'I.L.A., pouvoir agir conformément à la réponse donnée sous la question 10.

12. En principe, oui.

13 à 15. Il existe de nombreux points de rattachement autres que l'établissement, qui puissent donner le droit à un pays d'appliquer certaines dispositions de son droit des sociétés à une société dont la *lex societatis* est étrangère.

Mais une liste limitative n'en est guère possible.

16. Le pays dans lequel une société étrangère a son établissement peut, en particulier, essayer d'appliquer les dispositions de son droit des sociétés dont la non-application à la société étrangère lui donnerait des avantages par rapport aux sociétés de droit interne dans la concurrence sur le marché national ou bien dont l'application, dans le but de protéger ses créanciers ou ses cocontractants nationaux, lui paraît impérieuse pour des raisons d'ordre public lorsque la *lex societatis* de cette société ne contient pas elle-même de règles équivalentes.

17 à 27. La question de savoir si certaines dispositions de la loi locale, autres que la *lex societatis*, « peuvent » être appliquées à une société dont le statut est étranger me paraît équivoque.

Se demande-t-on par là s'il est permis par le droit international public de procéder à l'application de telles dispositions, il convient alors de répondre par l'affirmative à toutes les questions posées.

Se demande-t-on, par contre, si, selon les principes juridiques et politiques généraux du droit international privé, on peut recommander l'application de telles dispositions, il n'est plus alors possible de répondre sans savoir exactement de *quelles* règles il s'agit, sans savoir quel effet entraînera leur application

à des sociétés ayant telle ou telle *lex societatis* et sans savoir, finalement, dans quel contexte ces règles ont été prises.

28. J'approuve, quant au fond, l'article 5 du Projet de P.I.L.A. Quant à l'article 6 : Si un organe social a agi en dehors de ses pouvoirs de représentation, il convient, à mon avis, en ce qui concerne la responsabilité personnelle de l'organe, de répondre par l'affirmative lorsque cette responsabilité trouve son fondement soit dans la *lex societatis*, soit dans la loi du lieu de l'acte, et ceci bien que, conformément à l'article 5, ces pouvoirs de représentation soient régis par la *lex societatis* seule.

29. Il me semble que l'article 5 du projet ne donne pas à la société la possibilité d'invoquer elle-même la loi locale.

30. Les tiers qui ont contracté dans le pays du for peuvent invoquer la *lex fori*; les tiers qui ont contracté dans un troisième Etat peuvent invoquer la loi locale de cet Etat même en dehors de cet Etat.

31. Il s'agit de la *lex loci* du lieu avec lequel la société est rattachée d'une manière justifiant l'exclusion de la *lex societatis*. Dans la plupart des cas cette loi locale sera, en même temps, la *lex loci contractus* ou la *proper law of contract*; ce n'est cependant pas absolument nécessaire.

32. L'émission doit être conforme à la fois aux dispositions du pays d'émission et à la *lex societatis*, à moins que la *lex societatis* ne dispose elle-même qu'elle ne veut pas s'appliquer aux émissions faites à l'étranger.

33 à 34. Tout pays qui considère certaines dispositions impératives de son droit des sociétés comme étant applicables, soit seules, soit en concurrence avec les règles impératives d'un autre pays, peut aussi fixer qui répondra des dommages causés

par leur violation. Je n'approuve pas le Projet de l'I.L.A. qui ne prend en considération que l'application de la *lex societatis*.

35. Je suis de l'avis que l'application de la loi locale, en particulier pour les matières abordées sous les questions 18 à 26, peut être généralement fondée sur la clause d'ordre public et qu'il n'est pas nécessaire de formuler des « clauses de sauvegarde spécialisées ».

36. Je ne fais, quant à moi, aucune proposition et je me limite aux suggestions qui résultent de mes remarques préliminaires.

37. Je préfère une Résolution.

Wilhelm Wengler.

6. Réponse de M. Ben Atkinson Wortley

Bruxelles, 11 septembre, 1963.

1. Exclure nationalité mais considérer les conditions de cet exercice et les permissions essentielles à cet exercice.
2. *Lex societatis*.
3. Commençons par l'incorporation.
4. Voir réponse n° 3.
5. Non.
Non.
Oui.
6. Non.
Oui.
7. Oui.

8. Oui, pour certaines matières.
9. a) Non.
b) Pour certains buts, peut-être par exemple les impôts qui ne nous concernent pas, je suppose.
10. a) Non.
b) Non.
c) Oui, peut-être.
11. Pour quelles fins ?
12. Non. Cela me semble trop vague. Il faudrait spécifier les cas d'intervention expressément.
13. Oui pour protéger les créanciers.
14. Énumération s'il vous plaît. — Oui.
15. L'existence des biens dans la localité.
16. Non.
Oui en vue de protéger les créanciers et actionnaires.
17. Ce serait dangereux en l'absence de fraude. Evidemment les créanciers de l'établissement local.
18. Oui. C'est à la loi locale de décider.
19. Sauf pour la distribution qui est faite localement.
20. Oui, certes, en ce qui concerne les biens locaux.
Non, pas nécessairement.
21. D'ordinaire, non.
22. Non, sauf pour les biens et les personnes sous son contrôle.
23. Que dans les établissements locaux.
Oui.
24. Non.
25. Quant aux biens locaux, mais ce ne serait pas à conseiller.

- 26. Non, à moins de fraude, peut-être.
- 27. Uniformes si possible.
- 28, 29, 31, 33, 34. Je n'ai pas les textes devant moi — mieux vaut les citer entièrement. Je préférerais discuter le sujet généralement, sans se référer aux travaux des autres associations.
- 32. Dépendent de la loi locale inévitablement.
- 33. Les deux.
- 34. —
- 35. Non.
- 36. Oui. Pourriez-vous mettre les questions 28, 29, 30, 31, 33 et 34 in extenso sans références à l'I.L.A. s'il vous plaît ? Je préfère une toute nouvelle discussion, « standing on its own bottom » !
- 37. Les deux.

B. A. Wortley.

Les sociétés anonymes en droit international privé

Vingt-huitième Commission

2. Rapport définitif et projet de Résolution

présentés par

M. George van Hecke

Six membres de la Commission (MM. Batiffol, Cheatham, Miaja, Sereni, Wortley et Wengler) ont envoyé des observations sur le projet de Résolution joint au rapport provisoire.

Le rapporteur est heureux de constater qu'il se dégage de ces observations un accord sur les deux propositions de base du rapport provisoire qui sont 1) une formule de conciliation de l'opposition entre le siège réel et l'incorporation comme facteur de rattachement pour la détermination de la loi de la société et 2) une tentative de tracer des limites à l'application de la loi locale aux sociétés étrangères.

Des observations d'une portée plutôt générale sont faites par M. Wengler en ce qui concerne les articles 6 et 9.

M. Wengler fait remarquer à propos de l'article 9 que la distinction faite dans le rapport provisoire (n° 6) entre la réglementation administrative de l'activité des sociétés étrangères — qui serait exclue du projet de Résolution — et l'imposition aux sociétés étrangères admises à l'établissement de certaines dispositions de la loi locale sur les sociétés, est difficile à adopter. Réflexion faite, le rapporteur estime qu'en effet cette distinction

ne peut pas être maintenue telle quelle. La distinction entre les réglementations qui restent en dehors du projet de Résolution et celles qui font l'objet de l'article 9 doit être tracée autrement.

Les réglementations administratives qui ne sont pas réglées par le projet de Résolution, autrement que par la mention du deuxième alinéa de l'article 6 qui a pour objet de réserver entièrement la liberté d'action du législateur local, sont celles que M. Wengler qualifie justement de « lois générales interdisant (ou ordonnant) à quiconque — personne physique ou morale — d'accomplir tel ou tel acte sur le territoire national ». Elles peuvent soit viser toutes les entreprises quelconques (par exemple en interdisant aux particuliers une activité qui est réservée à l'autorité) soit viser les entreprises étrangères (par exemple en réservant une activité déterminée aux nationaux ou en exigeant pour les étrangers une autorisation administrative). Dans les deux cas ces réglementations visent les entreprises, sans se soucier de la question de savoir si elles appartiennent à une personne physique ou à une personne morale et il y a là un motif suffisant pour que le projet de Résolution ne s'en occupe pas. C'est ce que la nouvelle rédaction proposée pour l'article 6 essaie de préciser en parlant des « lois locales relatives à l'exercice des activités économiques ».

Dans une autre catégorie se trouvent toutes les dispositions par lesquelles le pays d'accueil entend réglementer des problèmes spécifiques aux personnes morales et cela quelle que soit la forme de l'intervention. Celle-ci peut consister soit dans une conditions mise à l'octroi de l'autorisation administrative requise des sociétés étrangères (exemple : l'exigence d'un capital minimum pour les banques étrangères), soit dans l'imposition aux sociétés étrangères de certaines règles du droit local des sociétés (exemple : la publicité des comptes annuels), soit dans l'établissement de règles spéciales ne visant que les sociétés étrangères (exemple : la désignation d'un représentant chargé

de la direction de l'établissement local). Les formes de ces trois interventions sont différentes: dans le premier cas il s'agit d'une règle administrative (condition des étrangers), dans le deuxième cas il s'agit d'une règle de rattachement (droit international privé) tandis que dans le troisième cas il s'agit plutôt, comme le fait justement remarquer M. Batiffol, de droit matériel (règle de droit international privé matériel). Quelle que soit leur forme, toutes les interventions qui portent ainsi sur des problèmes spécifiques du droit des sociétés doivent, au même titre, faire l'objet de la réglementation proposée dans l'article 9.

D'autre part, pour mieux faire ressortir la portée de l'article 9 M. Wengler propose d'y insérer des considérants qui exposent, d'une part, le droit strict (d'après le droit des gens établi) de l'Etat local d'imposer certaines règles aux sociétés étrangères et, d'autre part, la désirabilité d'une certaine retenue des Etats dans ce domaine. La teneur des considérants proposés correspond aux idées du rapporteur. Mais on peut hésiter sur la question de la place qu'il convient de leur assigner : doivent-ils figurer dans le corps de la Résolution ou dans son préambule ? Le rapporteur propose de les insérer dans le corps de la Résolution, mais sous forme d'un article séparé, de manière à pouvoir facilement les déplacer vers le préambule si on le désire.

Le rapporteur estime pouvoir passer maintenant aux observations spéciales concernant les différents articles du projet de Résolution.

La proposition de M. Wengler d'insérer à l'article 1 un renvoi à l'article 7 et une réserve quant aux autres lois applicables ne paraît pas devoir être suivie. D'abord le renvoi ne devrait pas viser seulement l'article 7 mais aussi l'article 8. Ensuite, et surtout, l'article 1 doit être lu en relation avec l'ensemble de la Résolution sans qu'il soit nécessaire de le dire.

A l'article 3, M. Wengler propose d'exprimer l'idée que les Etats tiers ne peuvent refuser la reconnaissance de la société

que si l'Etat du siège réel prend cette attitude. Cette remarque vaut également, semble-t-il, pour l'article 4. M. Batiffol avait exprimé la même idée dans sa réponse à la question 11. Le rapporteur croit que la formule proposée peut être interprétée en ce sens. Les mots « au regard de la loi du pays de son siège réel » ont, d'après le rapporteur, la signification que l'on s'en rapporte sur ce point à l'attitude prise par la « loi » du pays du siège réel au sens général, y compris ses règles de rattachement. Si la « loi » du pays du siège réel ne réclame pas compétence parce qu'elle s'en remet à la loi du pays de l'incorporation, cette « loi » répute la constitution régulière. Les articles 3 et 4 doivent donc être lus comme incorporant cette notion de renvoi, qui a d'ailleurs été prônée par Rabel (*Rabel*, II, 2^e éd., p. 50).

Pour tenir compte d'une judicieuse observation de M. Wortley la rédaction de l'article 4 a été modifiée de manière à montrer que le financement par obligations aussi bien que par actions constitue un lien effectif.

L'article 5 a donné lieu à deux critiques assez semblables. Pour M. Cheatham le texte est trop formel, ce qui conduit au double défaut d'être, d'une part, trop rigide et de pouvoir, d'autre part, trop facilement être tourné. M. Wengler, de son côté, souligne également la trop grande rigidité du texte. Le texte a été légèrement remanié pour tenir compte de cette observation, mais le rapporteur désire souligner que la portée de l'article 5 est surtout négative. Il s'agit d'exclure toute intrusion, via la notion de « siège réel », de la théorie du contrôle.

A l'article 6, la proposition de M. Wengler de parler de « capacités » au lieu de « droits » ne paraît pas devoir être retenue. La notion de « capacité » ne constitue pas nécessairement une clarification si l'on songe à la confusion possible entre la « capacité de jouissance » (*Rechtsfähigkeit*) et la « capacité d'exercice » (*Handlungsfähigkeit*).

A l'article 7 la rédaction proposée paraît assez large, contrairement à ce que craint M. Batiffol, pour viser l'ensemble des règles concernant le capital puisqu'elle spécifie bien « toutes les règles qui s'y rapportent ».

A l'article 8 la rédaction a été modifiée pour tenir compte d'une remarque de M. Batiffol concernant l'expression « structure de la société » qui lui paraît peu adéquate. Il a toutefois paru nécessaire de répéter le mot « organes » lorsqu'il s'agit de la détermination des droits et obligations, car les organes peuvent ne pas être des « associés ». Enfin les exemples ont été maintenus non parce qu'ils seraient nécessaires — des exemples ne le sont jamais — mais parce qu'ils paraissent utiles au lecteur. Ils pourraient d'ailleurs facilement être supprimés, ou déplacés vers un autre article, sans que la rédaction de la disposition doive être modifiée.

A l'article 9, M. Miaja de la Muela suggère une précision de la notion « établissement ». Il voudrait indiquer que toute « exploitation » constitue un établissement. Le rapporteur persiste à penser qu'il n'est guère possible de donner dans la Résolution elle-même une définition de la notion de l'établissement ou une énumération des diverses formes de l'établissement. Quant au fond de la suggestion de M. Miaja de la Muela, le rapporteur pense que la notion d'exploitation n'apporte pas de précision supplémentaire, car il est concevable qu'on appelle « exploitation » une activité qui s'accomplit sans un établissement, par exemple la vente par correspondance organisée par un grand magasin.

Aux articles 11 et 12 M. Wengler fait remarquer qu'il s'agit de problèmes qui concernent tant les personnes physiques que les personnes morales, qui passent des contrats à l'étranger par l'intermédiaire d'un représentant. Cependant la représentation des personnes morales par leurs organes est un phénomène différent de celui de la représentation, que ce soit d'une per-

sonne physique ou d'une personne morale, par un porteur de procuration. Or seule la représentation « organique » des personnes morales fait l'objet des articles 11 et 12 tels qu'ils sont rédigés et cette question paraît suffisamment propre aux personnes morales, dont les sociétés anonymes constituent le cas le plus important, pour être traitée dans la Résolution.

M. Wortley est opposé à la méconnaissance de la loi de la société que propose, dans certaines conditions, l'article 12. Mais il paraît être le seul membre de la Commission à penser ainsi et le rapporteur maintient donc le texte tout en se rendant bien compte qu'une discussion approfondie sera indispensable sur ce point.

A l'article 13, M. Wengler fait remarquer, à juste titre, que le véritable problème est celui de la règle de rattachement qui sera appliquée par les tribunaux d'un pays qui n'est ni celui de la loi de la société ni celui de l'établissement soumis à certaines lois locales et qui sont appelés à déterminer les conséquences d'un acte contraire à la loi de la société. Ces conséquences ne peuvent être déterminées que par la loi de la société; c'est ce que dit le texte proposé. La loi de la société vaut en effet pour tous les actes de la vie sociale, quel que soit le pays où ils sont accomplis. La loi locale ne prétend, au contraire, régir que les actes accomplis sur le territoire; elle n'a aucun autre titre à s'appliquer. En conséquence, comme il a déjà été dit dans le rapport provisoire, son application par les tribunaux d'un pays tiers ne pourrait se justifier qu'en vertu de la *lex loci delicti* et il n'est donc pas nécessaire d'en parler dans le cadre de la Résolution.

Reste l'article 14. MM. Wengler et Wortley mettent sa nécessité en doute, le premier parce qu'il estime que la souplesse qu'il propose d'introduire dans l'article 9 est de nature à parer à toutes les éventualités. Le rapporteur n'en est pas convaincu. L'article 9 régleme la possibilité pour l'Etat de l'établisse-

ment d'imposer sa loi en certaines matières ; c'est une application de la théorie des « lois de police et de sûreté » ou des « lois administratives ». L'article 14, au contraire, vise un mécanisme différent, celui de l'exception d'ordre public ou *Vorbehaltsklausel* qui, dans un cas concret déterminé et seulement dans ce cas en raison de ses particularités, commande d'écarter l'application de la loi de la société. L'exception d'ordre public reste nécessaire malgré l'article 9 parce que, alors que l'article 9 règle une série de questions déjà suffisamment connues, des questions nouvelles peuvent se poser alors qu'elles n'ont pas encore fait l'objet d'études suffisantes pour établir une règle de rattachement plus précise. L'exemple cité dans le rapport provisoire paraît toujours adéquat. La question de savoir dans quels cas, en dehors d'une procédure de liquidation, les tribunaux du lieu d'activité ou même d'un pays quelconque peuvent méconnaître la personnalité séparée de la société (*Haftungsdurchgriff*), est encore trop insuffisamment connue à l'heure actuelle pour qu'on puisse formuler une règle à ce sujet. Il paraît pourtant inévitable que, dans certains cas, les tribunaux estimeront nécessaire de méconnaître la personnalité séparée de la société malgré et à l'encontre de la loi de la société. Une soupape de sûreté reste donc indispensable.

Pour terminer, le rapporteur désire remercier une nouvelle fois les membres de la Commission dont la coopération active a permis l'élaboration du projet de Résolution.

(New York, le 9 juin 1965.)

Projet de Résolution

L'Institut de Droit international

Reprenant le sujet déjà traité en ses sessions de Hambourg (1891) et de New York (1929) et prenant en considération les travaux récents de la Conférence de La Haye de droit international privé et de l'International Law Association,

Désirant contribuer à surmonter l'opposition qui existe actuellement en matière de facteur de rattachement des sociétés anonymes,

Désirant également tracer les limites dans lesquelles les Etats peuvent, en raison d'une activité exercée sur leur territoire, édicter des dispositions applicables aux sociétés étrangères,

Recommande à l'adoption de tous les Etats les règles suivantes pour résoudre les conflits de lois concernant les sociétés par actions :

Article 1

Une société anonyme est régie par la loi du pays qui a été choisi par les fondateurs pour sa constitution et où cette société a son siège statutaire.

Article 2

Toute société constituée conformément à la loi définie ci-dessus sera reconnue dans tous les autres pays comme un sujet de droit.

Article 3

Si une société a, dans un pays autre que celui de sa constitution et de son siège statutaire, son siège réel et l'objet prin-

cial de son entreprise, la reconnaissance de cette société comme sujet de droit pourra être refusée si sa constitution n'est pas régulière au regard de la loi du pays de son siège réel.

Article 4

Si une société a son siège réel en dehors du pays de sa constitution et de son siège statutaire et si elle n'a avec ce dernier pays aucun lien effectif, la reconnaissance de cette société comme sujet de droit pourra être refusée si sa constitution n'est pas régulière au regard de la loi du pays de son siège réel.

Le lien effectif doit résulter d'éléments autres que la simple désignation d'un siège statutaire et peut consister notamment en la présence d'un siège d'exploitation, l'origine du capital ou des fonds empruntés, ou la résidence des actionnaires ou dirigeants.

Article 5

Le siège réel d'une société est l'endroit où ses organes compétents prennent les décisions qui leur incombent et manifestent la volonté de l'être social, même si ces organes en ce faisant se conforment à des directives émanant d'actionnaires résidant dans un autre pays.

Article 6

Une société reconnue jouit de tous les droits qui lui appartiennent en vertu de la loi qui la régit, à l'exception des droits que le pays de reconnaissance refuse soit aux étrangers, soit aux sociétés nationales d'un type correspondant.

Elle ne peut toutefois exercer son activité que dans les conditions imposées par les lois locales relatives à l'exercice des activités économiques.

Article 7

La loi de la société régit les conditions de forme et de fond de la constitution de la société, notamment quant à l'exigence

d'un capital minimum avec toutes les règles qui s'y rapportent tant lors de la constitution qu'au cours de l'existence de la société.

Article 8

La loi de la société détermine les organes nécessaires au fonctionnement de la société, leurs pouvoirs, les droits et obligations des organes et des actionnaires tant entre eux qu'envers la société, en ce inclus notamment la protection des actionnaires minoritaires et le remplacement des actions perdues ou volées.

Article 9

Le droit des gens ne s'oppose pas à ce qu'un pays autre que celui dont la législation est, conformément aux articles qui précèdent, la loi de la société, et notamment le pays où la société exerce son activité au moyen d'un établissement, applique à des sociétés dont la loi est étrangère des dispositions de sa propre législation tendant à protéger les créanciers nationaux de ces sociétés et à assurer entre celles-ci et les sociétés de droit interne des chances égales dans la concurrence, dans la mesure où les dispositions de la loi de la société ne permettent pas déjà, par elles-mêmes, la protection jugée nécessaire.

Si l'application cumulée de telles dispositions et de celles de la loi de la société n'est pas possible, toute activité peut leur être refusée sur le territoire national, si ce n'est par la fondation d'une société filiale nationale.

Tout pays autre que celui dont la législation est la loi de la société devrait — avant de faire usage de la faculté qui lui est laissée, conformément aux alinéas qui précèdent, de faire application de dispositions de sa propre législation — prendre en considération, outre les intérêts dont il désire assurer la protection, l'intérêt résultant pour la communauté internationale d'une intensification des relations économiques internationales par la

possibilité pour les sociétés d'exercer, directement et sous le seul régime de la loi de la société, leur activité dans les pays autres que celui dont la loi les régit.

Article 10

Lorsqu'une société possède pour l'exercice de son activité un établissement dans un pays autre que celui de sa constitution et de son siège statutaire, le pays dans lequel est situé cet établissement peut imposer à la société des obligations tenant à : (a) la publicité ou l'enregistrement de ses statuts, de ses comptes annuels et des pouvoirs de ses organes, (b) la désignation d'un représentant chargé de la direction de l'établissement et l'application éventuelle à ce représentant des lois locales concernant les pouvoirs et les responsabilités des organes directeurs, (c) l'application des dispositions locales concernant l'association des travailleurs à l'entreprise mais seulement au niveau de l'établissement.

Le pays dans lequel est situé l'établissement peut également, dans les conditions prévues par sa propre loi, procéder à la liquidation de l'établissement dans l'intérêt des créanciers.

Article 11

L'émission publique des actions est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi de la société que du pays où a lieu l'émission. L'émission publique d'obligations est soumise cumulativement aux dispositions tant de la loi du contrat d'emprunt que du pays où a lieu l'émission.

Article 12

Les pouvoirs de représentation des organes sociaux sont déterminés par la loi de la société. La responsabilité personnelle

de l'organe social qui a émis une déclaration de volonté par laquelle la société n'est pas liée est soumise à la loi du lieu où cette déclaration de volonté a été émise.

Article 13

Dans le cas des contrats conclus dans un pays autre que celui de la constitution et du siège statutaire, la société ne peut invoquer les restrictions que la loi de la société impose au pouvoir de représentation de l'organe qui a conclu le contrat si de telles restrictions n'existent pas conformément à la loi du lieu où le contrat est conclu et si le cocontractant pouvait raisonnablement ignorer les dispositions de la loi de la société.

Pour l'application de la disposition qui précède, un contrat est réputé conclu dans un pays déterminé seulement s'il y est conclu *inter præsentes* ou, dans le cas des contrats conclus par correspondance, si l'offre et l'acceptation ont toutes deux été émises dans ce pays.

Article 14

La responsabilité encourue du chef de violations de la loi de la société est régie par la loi de la société.

Article 15

La loi applicable en vertu des articles qui précèdent peut être écartée lorsque dans un cas déterminé son application entraîne un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

ANNEXE

Observations de membres de la vingt-huitième Commission en réponse au rapport provisoire et au projet de Résolution de M. George van Hecke du 7 janvier 1965.

1. Observations de M. Henri Batiffol

Paris, le 26 avril 1965.

Les articles 3 et 4 proposent une voie moyenne entre l'application pure et simple du système de l'incorporation et l'observation rigoureuse du système du siège réel. A ce titre, ils méritent la plus grande attention.

L'article 7 mentionne l'applicabilité de la loi de la société à l'exigence d'un capital minimum. Cette mention paraît trop étroite : il s'agit de l'applicabilité de cette loi à l'ensemble de règles concernant la formation du capital — tant lors de la constitution qu'au cours de l'existence de la société, comme le spécifie avec raison le projet.

L'article 8 prévoit l'application de la même loi en ce qui concerne « la structure de la société et les droits et obligations des organes et des actionnaires... ».

Malgré le succès actuel du terme « structure », il n'est pas certain qu'il ait un sens juridique bien défini et je préférerais dire que la loi de la société « détermine les organes nécessaires au fonctionnement de la société, leurs pouvoirs, les droits et obligations des associés tant entre eux qu'envers la société ».

Je ne vois pas la nécessité de consacrer une mention spéciale à la protection des actionnaires minoritaires qui entre manifestement dans la détermination des pouvoirs des organes. S'il paraît psychologiquement utile de le dire, c'est plutôt l'affaire du rapport que du projet de Résolution.

Quant au remplacement des titres perdus ou volés, il me paraît relever du régime du capital social visé par l'article 7 tant lors de la constitution qu'au cours de l'existence de la société ; sa mention à l'article 8 apparaît comme hétérogène au contenu de ce texte.

Dans l'article 9, la désignation d'un représentant chargé de la direction de l'établissement local, et soumis à l'application des lois locales quant à ses pouvoirs, paraît être du « droit matériel » plutôt que règle de conflits de lois ; ce n'est sans doute pas une raison pour exclure cette mention, mais il faudrait peut-être lui assigner une place particulière.

J'ai l'impression d'autre part que l'alinéa 9 devrait être ou développé pour plus de précisions, ou commenté de telle manière que son sens apparaisse plus clair.

Henri Batiffol.

2. Observations de M. Elliott E. Cheatham

Nashville, Tennessee, March 26, 1965.

Dear Dr. van Hecke,

Please accept this very late acknowledgement of your letter of January and of the excellent proposed report and draft of a resolution for the Institute's committee on corporations in private international law. I thank you, as I know all members of your committee do, for your leadership and aid.

There is only one matter on which I submit a question or reservation. It is Article 5 of the proposed resolution (p. 245), which defines "le siège réel" of a society. The designation there given may be opposed in spirit to the position taken in the report on p. 234, 2nd paragraph, last sentence, as to "les réunions" etc. Furthermore, it might open an easy way to escape from the application of the appropriate law, as, if a society with its principal connections in Brussels had its formal meetings in Lille, or one of Toronto, Canada, had its meetings across the border in nearby Buffalo, United States. To my regret I have no immediate suggestion for a substitute to be considered by you.

With appreciation.

Sincerely yours,

Elliott E. Cheatham.

3. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela

Valencia, le 30 mars 1965.

Mon éminent et cher Confrère,

Pressé par le délai de réponse à votre admirable rapport provisoire sur « Les sociétés anonymes en droit international privé », je dois, avant tout, vous féliciter une nouvelle fois des qualités de finesse et profondeur juridique de votre étude.

Je suis heureux de pouvoir me rallier aux conclusions de votre projet de Résolution.

Seulement, je me permets de vous exprimer la convenance d'une précision sur le concept d'*établissement*, aux effets de l'article 9 de votre projet : je crois qu'on pourrait ajouter une déclaration ou présomption *juris et de jure* que toute société

a des établissements dans le pays, ou dans chacun des pays d'exploitation.

Veillez, Monsieur le Professeur et cher Confrère, agréer mes salutations les plus amicales et dévouées.

Adolfo Miaja de la Muela.

4. Lettre de M. Angelo Piero Sereni

Rome, le 1^{er} février 1965.

Mon cher Collègue,

J'ai lu le rapport provisoire avec projet de Résolution que vous avez élaboré en votre qualité de rapporteur de la vingt-huitième Commission de l'Institut de Droit international, et je suis d'accord avec le rapport et le projet de Résolution.

Mes félicitations pour votre excellent travail et mes salutations distinguées.

Angelo Piero Sereni.

5. Observations de M. Wilhelm Wengler

Berlin, le 18 mai 1965.

On a l'impression, en sortant de la salle, après les débats, d'être plus instruit qu'auparavant. C'est encore ce que je ressens à la lecture tant du remarquable rapport provisoire que des opinions émises par mes collègues au sein de la Commission, et ceci malgré l'éloge bien amical que m'apporte le rapporteur au sujet des observations que j'avais faites en réponse au questionnaire. Aussi renoncerai-je à tout nouveau développement sur les questions de principe et me limiterai-je au projet de Résolution.

L'article 1 du projet recueille mon approbation. Je recommanderais toutefois, pour une meilleure compréhension du lecteur, d'y ajouter les mots suivants : « conformément à l'article 7, et sous réserve de dispositions de la loi d'autres pays qui y peuvent être déclarées applicables ».

Articles 3 et 4. J'approuve la distinction, à la base de ces deux articles, entre, d'une part, les sociétés qui ont écarté la *lex societatis* « naturelle » que serait la loi du pays où s'exercent et l'activité de ses organes et l'ensemble de ses activités commerciales, et, d'autre part, les sociétés pour lesquelles il y a de même éclatement entre les sièges statutaire et réel mais dont les activités ne sont pas concentrées dans le pays du siège réel.

Pour rendre l'article 3 plus clair, je propose toutefois d'insérer, après « refuser », les mots « par le pays du siège réel », et d'ajouter, à la fin du texte actuel : « Les Etats tiers pourront, dans ce cas, adopter la même attitude ». Il n'y a aucune raison à ce que les Etats tiers puissent, *contre* la volonté de cet Etat, assurer la priorité reconnue dans la Résolution à la loi du pays où se trouvent et le siège réel et l'objet principal de la société.

Article 5. Il ne me semble pas que cette définition du siège réel corresponde aux besoins concrets. Il se peut, justement pour une société anonyme et surtout pour une société contrôlée par un petit nombre de personnes, qu'il y ait éclatement entre les divers lieux où assemblée générale des actionnaires, conseil de surveillance (d'administration), comité de direction prennent les décisions relatives à la vie interne de la société. Il me paraît préférable de dire que le siège réel est le lieu où les *personnes extérieures* à la société entrent, de façon habituelle, en contact avec l'organe qui la représente et qui y prend les décisions relatives à ses activités extérieures.

Article 6, alinéa 1. Parler de « capacités » et non de « droits » éviterait de possibles malentendus.

Alinéa 2. Cet alinéa signifie probablement que les *lois générales* interdisant (ou ordonnant) à quiconque — personne physique ou morale — d'accomplir tel ou tel acte sur le territoire national, s'appliquent sans restriction aux organes et employés d'une société anonyme de droit étranger, sans que celle-ci puisse arguer de ce que sa *lex societatis* n'interdit (ou n'ordonne) pas une telle activité. J'incline à penser que la rédaction actuelle devrait être modifiée en ce sens.

Article 8. Il conviendrait, pour plus de clarté, d'insérer, après le mot « titres », la précision suivante : « des actionnaires ». La loi de la société ne s'applique pas à la perte de titres d'obligation émis en dehors du pays du siège social.

Article 9. Le préambule du projet de Résolution émet le désir de tracer des limites à l'application de la loi locale à des sociétés étrangères. Là, il ne peut s'agir seulement de *constater* des limites apportées par le droit des gens, mais bien plus de *recommander* aux différents Etats de limiter, en certaines circonstances, le domaine d'application de la loi locale, sans y être tenus par le droit des gens. C'est pourquoi l'article 9 ne me paraît pas conforme au but posé par le préambule, lorsqu'il dispose qu'un Etat *peut* imposer à une société de droit étranger telle ou telle obligation. De toute évidence le but de cet article n'est pas de lui recommander d'imposer l'application de ces dispositions de la loi locale.

De plus la rédaction actuelle demeure obscure sur un point : Doit-on en conclure qu'un Etat *ne pourrait jamais* imposer à une société étrangère les dispositions de son droit des sociétés *non* énumérées dans l'article ? Il résulte de l'article 14 que ce n'est pas ce que l'on veut dire.

Le rapporteur estime (rapport provisoire 6, p. 238), qu'un Etat — désireux de ne pas accorder inconditionnellement à une société de droit étranger l'autorisation d'exercer son activité sur le territoire national — peut, par des règles du droit administratif, lier cette activité à la condition que ses statuts (ou la *lex societatis* qui les complète) contiennent certaines clauses, identiques à celles que la loi locale impose aux sociétés de droit interne. Si l'on admet ce point de vue, je ne vois pas pourquoi un Etat ne pourrait pas de même faire dépendre son autorisation administrative de ce que la société étrangère *se soumette, en plus* des dispositions de la *lex societatis*, à certaines dispositions de sa loi. Mais alors, si l'on en convient, un Etat ne pourrait-il pas accorder aux sociétés de droit étranger son autorisation d'exercer leurs activités sur le territoire national, sous la condition implicite que, à côté des dispositions de leur *lex societatis* étrangère, elles se conforment à certaines dispositions de la loi interne et que les autorités du pays où elles exercent leurs activités puissent en imposer l'application ? La distinction, opérée par le rapporteur, entre, d'une part, la réglementation administrative de l'autorisation — qui serait exclue du projet de Résolution — et, d'autre part, toute disposition de droit privé dont un Etat pourrait, dans le cadre d'une autorisation inconditionnelle, imposer l'application aux sociétés de droit étranger, ne me paraît pas, en pratique, pouvoir être adoptée.

C'est pourquoi je proposerais que le texte actuel de l'article 9 soit précédé de deux alinéas, dont la teneur pourrait être la suivante :

Alinéa 1 : « Le droit des gens ne s'oppose pas à ce qu'un pays autre que celui dont la législation est, conformément au précédent article, la loi de la société, et, notamment, le pays où la société exerce son activité par un établissement, applique à des sociétés dont la loi est étrangère des dispositions de sa propre législation

tendant à protéger les créanciers nationaux de ces sociétés et à assurer entre celles-ci et les sociétés de droit interne des chances égales dans la concurrence, dans la mesure où les dispositions de la loi de la société ne permettent pas déjà, par elles-mêmes, la protection jugée nécessaire. »

Alinéa 2 : « Si l'application cumulée de telles dispositions et de celles de la loi de la société n'est pas possible, toute activité peut leur être refusée sur le territoire national, si ce n'est par la fondation d'une société filiale nationale. »

L'actuel alinéa 1, devenant alinéa 3, énumérerait les exemples de dispositions de la loi locale, dont on envisage le plus souvent l'application aux sociétés de droit étranger. Un alinéa 4, que je propose, pourrait disposer que :

« Tout pays autre que celui dont la législation est la loi de la société devrait, avant de faire usage de la faculté qui lui est laissée, conformément aux alinéas précédents 1 à 3, de faire application de dispositions de sa propre législation, prendre en considération, outre les intérêts dont il désire assurer la protection, l'intérêt résultant pour la communauté internationale d'une intensification des relations économiques internationales par la possibilité, pour les sociétés, d'exercer, directement et sous le seul régime de la loi de la société, leur activité dans les pays autres que celui dont la loi les régit. »

Quant à l'actuel alinéa 2, il deviendrait le cinquième et dernier alinéa de cet article 9.

Articles 11 et 12. Il ne s'agit pas ici de problèmes propres au régime des sociétés anonymes en droit international privé, mais du problème général de la représentation d'un sujet de droit lors de la passation d'un contrat à l'étranger. S'il convient que la Résolution traite de ce point, avec limitation aux organes des sociétés anonymes, je n'ai pas d'objection à faire quant au texte proposé.

Article 13. La remarque du rapporteur est pertinente. Si un Etat prétend appliquer à une société anonyme dont la *lex societatis* est un droit étranger certaines dispositions de son droit des sociétés, il résultera presque toujours de la règle générale soumettant à la *lex loci delicti* les problèmes de responsabilité, que cet Etat fera appliquer la loi locale à la responsabilité encourue pour violation de ses dispositions de droit interne déclarées applicables. Mais il en sera de même pour l'applicabilité de la *lex societatis* à la responsabilité encourue pour les violations de cette *lex societatis* qui se seront produites dans d'autres pays, lorsque, aux lieux où ces violations se sont produites, la *lex societatis* est compétente, ainsi que le prévoient les articles 7 et 8.

A mon avis, le véritable problème de droit international privé, en ce qui concerne la responsabilité encourue pour violation de dispositions du droit des sociétés, pourrait être ainsi posé : Comment un Etat tiers, autre que ceux qui, même dans un contexte autre que celui de la responsabilité pour dommages, assurent le respect, par exemple au moyen de sanctions administratives, d'une disposition à laquelle il a été fait violation, devrait-il se comporter lors de demandes en dommages-intérêts fondées sur la violation d'une disposition du droit des sociétés applicable dans ces autres Etats ? C'est soulever un problème général, et bien délicat, de responsabilité délictuelle en droit international privé. Peut-être la Commission ne devrait-elle prendre aucune Résolution à ce sujet, tant que le rapport sur les délits n'a pas été déposé.

Article 14. Je ne désire pas aborder deux problèmes :

1. La lacune résultant de la non-application, pour des motifs d'ordre public, de la loi étrangère normalement compétente conduit-elle toujours à l'application des dispositions de la *lex fori* ?

2. La clause d'ordre public exige-t-elle toujours que le contenu du droit étranger applicable conformément aux règles de conflit normales, diffère de celui des dispositions correspondantes de la *lex fori* ?

Je me demande du moins quelle est, dans le système proposé par la Résolution, la relation entre les articles 9 et 10, d'une part, et l'article 14, d'autre part. Les articles 9 et 10 semblent devoir jouer, dans le projet, un rôle analogue à celui tenu, par exemple, par l'article 2 de la Convention de La Haye sur les mariages. La clause d'ordre public, maintenue à titre subsidiaire, ne devrait s'appliquer qu'aux seuls cas où il existe « manifestement » incompatibilité avec l'ordre public du for. Cette limitation me paraît trop vague et me semble, par là, faire perdre de sa force à l'ensemble du projet réprouvant l'application, en dehors des cas énumérés à l'article 9, de la loi locale aux sociétés de droit étranger.

Les adjonctions proposées ci-dessus pour une nouvelle rédaction de l'article 9 devraient-elles recueillir l'approbation du rapporteur, l'article 14 pourrait être supprimé.

Wilhelm Wengler.

6. Observations de M. Ben Atkinson Wortley

Manchester, 30th March, 1965.

- Article 1. I agree.
" 2. I agree.
" 3. I agree.
" 4. Provided that the raising of capital by public offers of shares or of loan capital by offers of debentures in a particular country is regarded as creating an effective lien with that country, I am happy about this article.

- Article 5. I agree.
- " 6. On the whole I think the last two lines are all that is needed if we substitute for "elle", "une société reconnue". I do not think we should encourage the creation of exceptions directed at foreign companies. It is true that in England the foreigner cannot own a share in a British ship, but I am not aware of any other restrictions of a commercial character, and I am certainly not in favour of encouraging them.
- " 7. I agree.
- " 8. I think the law referred to should be the law mentioned in Article 1.
- " 9. I see no objection at present.
- " 10. I agree.
- " 11. I agree.
- " 12. I am very doubtful about this article in so far as it attempts to validate contracts *ultra vires* the agent making them. I think it should be enough for the representative to be liable in damages for an implied warranty of authority.
- " 13. I agree.
- " 14. Is inevitable, but need you say so? Is it good policy to harp on these questions?

B. A. Wortley.

III. Le renvoi en droit international privé

Vingt-troisième Commission

*Observations de M. Alexandre Makarov sur le rapport
supplémentaire présenté par M. Georges S. Maridakis
en date du 6 février 1963*¹

Heidelberg, le 2 juin 1965.

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

Au mois de mai 1963 le Secrétaire Général *ad interim* de l'Institut de Droit international a expédié à tous les Membres et Associés de notre compagnie votre remarquable rapport supplémentaire concernant le renvoi en droit international privé. En ma qualité de membre de la vingt-troisième Commission, dont vous êtes le rapporteur, je me permets de présenter quelques observations sur votre rapport, en faisant aussi parvenir ces observations à Madame Bastid en sa qualité de Secrétaire Général de l'Institut.

Dans sa séance plénière du 11 septembre 1961 à Salzbourg, l'Institut a décidé de charger la vingt-troisième Commission de poursuivre sa tâche (Annuaire de l'Institut, Session de Salzbourg

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, session de Bruxelles, 1963, vol. 50, t. I, p. 497 et s.

1961, tome II, p. 327). Permettez-moi de vous exprimer tout d'abord très amicalement mon regret que les membres de notre Commission aient été éliminés de l'élaboration du rapport supplémentaire et que ce rapport ait été distribué à tous les Membres et Associés de l'Institut sans que les membres de la vingt-troisième Commission aient pu vous présenter leurs observations.

I. Le rapport supplémentaire expose sous III et IV ce qui s'est passé au sein de l'Institut en 1932 à Oslo, lors de la discussion du rapport sur les Conflits de lois en matière d'état et de capacité des individus. Ce qui est essentiel c'est que dans sa Résolution de 1932, l'Institut a adopté un considérant dans lequel il a admis que « depuis cette époque (depuis 1900) un courant d'ordre conventionnel, législatif et jurisprudentiel s'est manifesté dans divers pays en faveur de certaines applications de cette doctrine (de la doctrine dite du « renvoi ») » et que dans l'article premier de la Résolution on lit :

« La capacité des mineurs, des aliénés, des faibles d'esprit et des prodigues est déterminée par leur loi nationale.

Toutefois, lorsque cette loi renvoie à une autre loi, celle-ci doit être appliquée. »

Ce fut donc l'adoption de la théorie du renvoi sans aucune restriction dans la matière spéciale dont la Résolution de 1932 s'est occupée.

II. Sous V, le rapport supplémentaire examine l'évolution survenue depuis 1932 concernant la matière du renvoi.

1. De prime abord le Rapporteur cite les dispositions de lois et de quelques projets, ainsi que la jurisprudence en Suède, aux Pays-Bas, aux Etats-Unis et en Suisse qui repoussent le renvoi.

a) Quant aux textes de lois, je n'ai rien à observer (sauf la citation de la loi d'introduction au Code civil brésilien du 4 septembre 1962: ce n'est pas l'article 24, mais l'article 16 de cette loi qui repousse le renvoi).

b) En abordant les textes de projets cités dans le rapport supplémentaire (Annuaire, Session de Bruxelles, Vol. 50, I, 1963, p. 502) je me permets de mentionner que le projet d'un Code européen de droit international privé élaboré par *M. Frankenstein* n'est qu'un projet de codification purement privé: il ne reproduit que l'opinion personnelle de son auteur et devrait, à mon avis, être envisagé dans la rubrique de la doctrine, et non pas dans celle des projets officiels.

Quant au projet du Benelux de 1951, ce projet doit être placé, comme je l'ai exposé dans mes observations du 15 mars 1956 au sujet de votre rapport provisoire (Annuaire, Session d'Amsterdam, 1957, vol. II, p. 75), dans la rubrique des textes qui acceptent le renvoi, et cela pour les raisons suivantes:

L'article premier de ce projet rejette le renvoi « sauf disposition contraire » et l'article 15 contient une telle « disposition contraire », car il détermine les cas où la loi nationale d'une personne doit être remplacée par la loi de son domicile, la loi déclarée applicable par les règles de droit international privé de sa loi nationale ou (lorsque la personne en question a son domicile hors de son pays et hors des pays du Benelux) par les règles de droit international privé tant de sa loi nationale que de la loi de son domicile.

Le projet hongrois élaboré par *M. Szászy* et adopté en 1947 par la Commission des réformes juridiques en Hongrie (cf. *Makarov*, « Recueil de textes concernant le droit international privé », 2^e éd., tome premier, 1953, La Hongrie, p. 1), le projet, qui contenait dans son article 11 un rejet du renvoi, a été écarté car la loi d'introduction au nouveau Code civil ne contient pas de règles de conflit et le Gouvernement hongrois n'a pas

l'intention de codifier pour le moment le droit international privé (cf. *Szászy*, « Private International Law in the European People's Democracies », Budapest, 1964, p. 82).

c) En abordant la matière de la jurisprudence je dois dire que j'accepte sans réserve que la jurisprudence récente des pays scandinaves est hostile à l'acceptation du renvoi (cf. *Korkisch*, « Der Anteil der nordischen Länder an den Fragen des internationalen Privatrechts », *Rabels Zeitschrift*, 23 (1958), p. 614 et ss.).

J'accepte également que dans la jurisprudence des Etats-Unis l'exemple de l'arrêt de la Surrogate's Court de New York en date du 10 avril 1950 (*In re Schneiders Estate*), arrêt qui a essayé d'introduire le renvoi jusqu'alors inconnu aux Etats-Unis, n'a pas été suivi par d'autres tribunaux. Je me permets cependant de souligner que, si on veut citer cet arrêt, il doit être placé, non pas dans la rubrique des textes qui repoussent le renvoi (*Annuaire*, p. 502), mais dans la catégorie de ceux qui l'acceptent (et cela malgré le fait que le « renvoi » dans la décision « *re Schneiders Estate* » ait été basé sur des fausses prémisses). On lit notamment dans l'arrêt de la Surrogate's Court, N.Y. County (*In re Schneiders Estate*): 96 N.Y.S. 2d 652:

« The court is confronted at the outset with a preliminary question as to the meaning of the term « law of the situs » — whether it means only the internal or municipal law of the country in which the property is situated or whether it also includes the conflict of laws rules to which the courts of that jurisdiction would resort in making the same determination... Nevertheless, the above stated principles, together with the rule enunciated in the Restatement on the Conflict of Laws, in the English authorities on the subject and in analogous cases in courts of this State and others, require us to accept it as a part of our law and to hold that a reference to the law of the

situs necessarily entails a reference to the whole law of that country, including its conflict of laws rules. »¹

La jurisprudence des Pays-Bas refuse aussi le renvoi (cf. *Kosters et Dubbink*, « *Algemeen Deel van het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* », 1962, p. 287).

Quant à la jurisprudence suisse, il me semble que son attitude concernant le renvoi n'est pas fixée définitivement (cf. *Schnitzer*, « *Handbuch des internationalen Privatrechts* », 4^e édition, tome 1, Bâle 1957, p. 216). En tout cas, on ne peut pas dire que les tribunaux suisses, en particulier dans leurs décisions récentes, rejettent absolument le renvoi. (Cf. le compte rendu de *M. Aubert*, « *Renvoi in Swiss Law* »: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 5, 1956, p. 478 et ss.; cf. surtout les décisions du Tribunal fédéral du 19 janvier 1934, *Huwylers-Imboden v. Schneider-Huwylers*: BGE 60, II, 1; du 7 février 1935, *De Vayne van Brakell Buys v. de Vayne van Brakell Buys*: BGE 61, II, p. 12; du 18 mai 1951, *Remund v. Klein*: BGE 77, II, p. 113; du 11 novembre 1954, *Caliaro v. Aargau Regierungsrat*: BGE 80, I, p. 434.) Seule la décision du Tribunal Fédéral du 21 octobre 1955 rejette le renvoi en soulignant qu'en matière des obligations la règle de conflit déclare applicable le droit interne compétent sans prendre en considération les règles de conflit de ce droit. Ce n'est donc pas une réfutation générale de la théorie du renvoi, mais seulement sa réfutation pour le domaine des obligations. *M. Aubert* (*loc. cit.* p. 483, et s.) souligne d'autre part qu'en matière de droit matrimonial la jurisprudence fédérale de la Confédération helvétique accepte le renvoi. La jurisprudence suisse ne peut donc pas être placée dans la rubrique des textes qui repoussent le renvoi: elle donne des réponses non uniformes, mais appropriées aux diverses matières du droit.

¹ Cf. la note doctrinale de *Zweigert* sous le texte de cette décision: *Rabels Zeitschrift*, 16 (1951), p. 633 et ss.

2. Le rapport supplémentaire passe ensuite aux textes qui acceptent le renvoi (Annuaire, Session de Bruxelles, 1963, vol. 50, I, p. 503). La liste de ces textes doit être complétée comme suit:

a) Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile. Cette convention (v. pour son texte *Makarov*, « Recueil de textes concernant le droit international privé », 2^e éd., tome II, 1960, p. 305 et ss.) a été signée par cinq Etats, mais n'a été ratifiée jusqu'à présent que par les Pays-Bas (cf. *Revue critique de droit international privé*, 1962, p. 186). La Convention n'emploie pas le terme « renvoi », mais elle contient un nombre de dispositions qui le règlent, pour autant qu'il s'agisse des conflits entre la loi nationale d'une personne et la loi de son domicile.

b) Loi tchécoslovaque sur le droit international privé et de procédure du 4 décembre 1963, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1964 (« *Sbirka zákonu* » 1963, N° 97; traduction française: *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1963, p. 273 et ss.). Voici le texte de l'article 35 de cette loi (*Bulletin*, p. 282):

« En cas d'applicabilité, aux termes de la présente loi, d'une législation dont les dispositions renvoient à la loi tchécoslovaque ou, au second degré, au droit d'un autre Etat, un tel renvoi peut être accepté, si cela correspond à un règlement raisonnable et équitable du rapport concerné. »

c) Projet de loi polonais sur le droit international privé (1961) (« *Nowe Prawo* », 1961, p. 1415 et ss; traduction française: *Revue critique de droit international privé*, 1962, p. 189 et ss.) Ce projet dispose:

« Art. 4. — § 1. Si la loi étrangère applicable selon la présente loi renvoie à la loi polonaise, il faut appliquer cette dernière.

« § 2. Si la loi étrangère, désignée par la présente loi renvoie à une autre loi étrangère, il faut appliquer cette loi à moins qu'elle ne se déclare elle-même inapplicable. »

Dans la rédaction de ce projet de 1963 (après la troisième lecture) ces dispositions forment l'article 3 du projet (sauf quelques modifications purement rédactionnelles): cf. *Kazimierz Przylowski*, Extrait de « *Studia cywilistyczne* », vol. V, 1964, p. 3 et ss. (7).

d) Projet de loi élaboré en 1963 par le Ministère de la justice du Venezuela concernant les règles de droit international privé (v. « *Exposición de motivos y proyecto de ley de normas de derecho internacional privado* », Caracas, 1963). L'article 4 de ce projet dispose (*loc. cit.*, p. 13):

« Lorsque le droit étranger compétent déclare applicable le droit d'un Etat tiers qui, pour sa part, se déclare compétent, devra être appliqué le droit interne de cet Etat tiers.

Lorsque le droit étranger compétent déclare applicable le droit du Venezuela, devra être appliqué ce droit.

Dans les cas non prévus dans les deux alinéas précédents, devra être appliqué le droit interne de l'Etat déclaré compétent par la règle de conflit du Venezuela. »

3. Le rapport supplémentaire mentionne la jurisprudence de quelques pays dont les tribunaux repoussent le renvoi, mais passe sous silence la jurisprudence des pays qui l'acceptent. Je me permets de combler cette lacune.

a) En commençant par la jurisprudence française je dois constater qu'elle est restée fidèle à la tradition qui a été fondée par l'arrêt *Forgo*, c'est-à-dire qu'elle est restée fidèle au renvoi. *M. Batiffol* a cité dans son *Traité* (3^e édition, 1959, N° 303, p. 354) les arrêts qui acceptent le renvoi. La jurisprudence de ces dernières années nous permet de compléter cette liste. Je tiens à citer l'arrêt de la Cour de cassation, ch. civ., 1^{re} sect., du 15 mai 1963, *Patino c. dame Patino* (*Clunet*, 1963, p. 1016). Cet arrêt accepte le renvoi au second degré, en le déclarant partiellement inefficace par l'effet de substitution de l'ordre public. Mais, comme le souligne judicieusement *M. Malaurie*

dans sa note doctrinale (Clunet, 1963, p. 1024), une telle substitution présuppose le jeu du renvoi.

b) La jurisprudence belge reste aussi favorable au renvoi. (Cf. les décisions citées par *Graulich*, « Principes de droit international privé », 1961, p. 142, N° 197, note 1.)

c) La jurisprudence allemande reste, elle aussi, fidèle à l'acceptation du renvoi en interprétant l'article 27 de la loi d'introduction au Code civil comme une règle générale qui ne se limite pas aux cas envisagés dans son texte. La jurisprudence récente de la Cour fédérale a même appliqué le renvoi au premier degré dans un cas où il s'agissait non pas d'un statut personnel mais d'une matière du droit des obligations (décision du 14 avril 1958: « Neue Juristische Wochenschrift », 1958, p. 750 et ss.). Une autre décision de la Cour fédérale celle du 9 juin 1960 (*loc. cit.*, 1960, p. 1720 et s.) a admis le renvoi au second degré dans un cas où il s'agissait d'une prescription libératoire.

d) La jurisprudence britannique continue d'appliquer la « foreign court theory » qui n'est qu'une espèce de renvoi. (Cf. *Martin Wolff*, « Private International Law », 2^e éd., 1950, p. 196 et s.; *Graveson*, « The Conflict of Laws », 4^e éd., 1960, p. 62 et s., surtout p. 69: « The doctrine of renvoi in one part or the other discussed above is part of English law »; *Clive Schmitthoff*, « The English Conflict of Laws », 3^e éd., 1954, p. 97 et s.).

III. En résumant je dois constater que si on élimine de l'énumération des textes qui repoussent le renvoi (Annuaire, Session de Bruxelles, 1963, vol. 50, I, p. 501 et s.) ceux qui n'appartiennent pas à cette catégorie, c'est-à-dire le projet du Benelux (1950), le projet de *M. Frankenstein* qui n'est qu'un témoignage de son opinion privée, la jurisprudence suisse dont l'attitude concernant le renvoi n'est pas fixée définitivement, et

la décision de la New York Surrogate's Court du 10 avril 1950 (in re Schneiders Estate) qui accepte le renvoi, il ne restera que neuf textes. D'autre part, si on complète l'énumération des textes qui acceptent le renvoi (Annuaire, p. 503) en y ajoutant les textes que je viens d'exposer (convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 sur le droit international privé, projet polonais de 1961-1963, projet élaboré en 1963 au Venezuela, et quant à la jurisprudence celle de la France, de la Belgique, de l'Allemagne, de la Grande-Bretagne) le nombre des textes dans cette énumération qui acceptent le renvoi sera de quatorze.

IV. Le rapport supplémentaire ne s'occupe pas de la doctrine. Je suivrai cet exemple et cela nonobstant le fait que je pourrais citer maints exemples de l'acceptation du renvoi dans les publications récentes.

V. Lors de la discussion du rapport définitif de la vingt-troisième Commission par l'Institut dans ses séances plénières à Salzbourg trois opinions ont été présentées (cf. *von Overbeck*, « Renvoi in the Institute of International Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1963, p. 544 et s.)

L'opinion de notre éminent Rapporteur concernant le rejet absolu du renvoi a été appuyée par MM. Ago (Annuaire, session de Salzbourg, 1961, II, p. 287 et s.), Cheshire (*loc. cit.*, p. 289) et Eustathiades (*loc. cit.*, p. 192 et s.). MM. Batiffol (*loc. cit.*, p. 282, 305 et s.) et Niederer (*loc. cit.*, p. 294) étaient d'avis que le renvoi doit être en principe accepté mais avec des exceptions qui doivent être précisées. Par contre, le rejet du renvoi en principe mais avec des exceptions précises a été préconisé par MM. Makarov (*loc. cit.*, p. 279 et s.), Wengler (*loc. cit.*, p. 283), Offerhaus (*loc. cit.*, p. 284) et Babiński (*loc.*

cit., p. 290). MM. Balladore Pallieri (*loc. cit.*, p. 309) et De Nova (*loc. cit.*, p. 312) étaient aussi d'avis que le principe du rejet du renvoi devait être accepté, mais que l'application des règles de conflit de l'Etat étranger pourrait être prévue dans des cas exceptionnels afin de réaliser l'harmonie dans le règlement du cas d'espèce dans les différents pays (une concrétisation de ces cas exceptionnels n'a pas été prévue par nos confrères que je viens de nommer).

Le rapport supplémentaire propose (Annuaire, session de Bruxelles, t. I., p. 509) de rétablir *in integrum* la Résolution de l'Institut adoptée en 1900 à Neuchâtel, c'est-à-dire de rejeter le renvoi sans aucune restriction. Ce rapport supplémentaire ne reproduit même pas les petites concessions que notre éminent Rapporteur était prêt à faire à Salzbourg lors de la discussion concernant le rapport définitif en séance plénière de l'Institut du 7 septembre 1961 (Annuaire, Session de Salzbourg, tome II, p. 295 et s.). Le soussigné a présenté à Salzbourg un sous-amendement à l'amendement de M. Balladore Pallieri, qui prévoyait l'application de règles de conflit de l'Etat étranger dans des cas exceptionnels, afin de réaliser l'harmonie dans le règlement du cas d'espèce dans les différents pays, en admettant le rejet du renvoi comme point de départ. Le texte du sous-amendement du soussigné fut le suivant :

« Toutefois l'application des règles de droit international privé de l'Etat étranger pourrait être prévue notamment dans des cas où une telle application permettrait de réaliser l'harmonie dans le règlement du cas d'espèce dans les différents pays.

» Ainsi, si en matière de statut personnel, la règle de conflit du for déclare compétente, directement ou non, une règle d'un autre ordre juridique qui accepte cette compétence, c'est cette dernière règle qui devrait trouver application.

» En outre, pourrait être respecté, en matière de droits réels concernant les choses corporelles, le renvoi de la loi du *situs* déclarée applicable par la règle de conflit du for à une autre législation. »

Je me permets de reprendre le texte que j'ai proposé à Salzbourg dans mes observations concernant votre rapport supplémentaire présenté au nom de la vingt-troisième Commission. J'accepte donc le rejet du renvoi comme point de départ, mais je tiens à fixer les cas où le renvoi doit être suivi pour parvenir à l'harmonie dans le règlement du cas d'espèce dans les différents pays.

Quant à l'harmonie entre les décisions judiciaires que je viens de mentionner, j'accepte que cette harmonie ne puisse être atteinte par l'acceptation du renvoi que sous certaines conditions. Dans les cas du renvoi réciproque au premier degré l'harmonie des décisions ne peut être atteinte que dans des cas où de deux ordres juridiques en présence l'un accepte le renvoi et l'autre le rejette. Si un Danois meurt domicilié en Allemagne et que des questions de droit successoral doivent être tranchées par un juge allemand, celui-ci appliquera le droit allemand, en acceptant le renvoi du droit danois à la loi du dernier domicile du *de cujus*. Une harmonie des décisions sera atteinte parce que, si le procès était intenté au Danemark, le juge danois appliquerait aussi le droit allemand, étant donné que le droit danois considère comme statut personnel la loi du domicile et n'accepte pas le renvoi. Mais si le dernier domicile du *de cujus* danois a été en Grèce, le juge grec appliquera, conformément à l'article 28 du Code civil hellénique, la loi nationale du défunt, c'est-à-dire le droit danois (le droit hellénique n'accepte pas le renvoi), tandis que le juge danois devra appliquer le droit hellénique comme la loi du dernier domicile du *de cujus*, étant donné que le droit danois est aussi hostile au renvoi. Le renvoi réciproque ne peut donc contribuer à l'harmonie des décisions judiciaires que dans les cas où de deux ordres juridiques en question l'un accepte le renvoi et l'autre le refuse. Mais je ne vois pas de raisons pour récuser le

renvoi dans les cas où l'harmonie des décisions judiciaires peut être acquise grâce à son intervention.

En résumant mes observations, je regrette de ne pas être à même d'accepter la proposition du rapport supplémentaire présenté au nom de la vingt-troisième Commission, c'est-à-dire la proposition de rétablir *in integrum* la Résolution de notre Institut adoptée en 1900 à Neuchâtel. Je reprends les propositions que j'ai faites en 1961 à Salzbourg et que j'ai reproduites ci-dessus.

Veillez agréer, mon cher et très honoré Confrère, l'expression de mes sentiments sincèrement dévoués.

A. Makarov.

*Réponse de M. Georges Maridakis aux observations
de M. Alexandre Makarov du 2 juin 1965
sur le rapport supplémentaire*

Siphnos, le 26 juillet 1965.

Mon cher et très honoré Collègue,

Je vous remercie de votre longue lettre du 2 juin, et je m'excuse d'y répondre avec un grand retard.

Son contenu a retenu toute mon attention. Les judicieuses remarques dont votre lettre est pleine me font un devoir de vous présenter ci-dessous quelques mises au point.

Laissez-moi d'abord vous signaler que c'est sur la prière de M. Guggenheim que j'ai rédigé le Rapport supplémentaire du 6 février 1963.

Il va de soi qu'un rapport supplémentaire ne pouvait que se référer à la fois au Rapport provisoire et au Rapport définitif, afin d'éviter de répéter tout ce que le lecteur était censé ne point ignorer.

Les Parties III et IV de ce rapport supplémentaire ¹ se réfèrent aux discussions d'Oslo (1932).

Je crois, à cet égard, que le point avait été fait alors par Albert de La Pradelle, lorsqu'il a proposé de charger une Commission « de reprendre *dans son ensemble* la question du Renvoi tranchée *incidemment* dans les présentes résolutions. »

En ce qui touche les développements postérieurs à 1932, il est naturel que, rédigeant mon Rapport vers la fin de 1962, je n'aie pu avoir connaissance de textes ou décisions judiciaires qui n'ont vu le jour que dans le courant de 1963, tels que: le projet hongrois élaboré par Szászy, la loi tchécoslovaque, pro-

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, session de Bruxelles, 1963, vol. 50, t. I, p. 498 et ss.

mulguée dans la même année, le projet *polonais* ou celui du *Venezuela*, enfin l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire *Patino* en mai 1963. C'est pourquoi je me suis borné à reproduire l'article 51 de l'avant-projet du Code civil français de 1955.

Pour la *Foreign Court Doctrine* il me semble que ce qu'en écrit *Cheshire*, P.L.L. éd. 1961, pages 68/69 mérite une attention particulière.

A la session de Salzbourg, dans mon désir de concilier les points de vue divergents en présence, j'en suis venu à formuler la proposition insérée dans l'Appendice (Annuaire, session de Salzbourg, 1961, vol. 49, t. II, p. 303).

Je regrette de devoir revenir dans mon Rapport supplémentaire à ma proposition initiale qui fut d'ailleurs acceptée par la majorité de la Commission.

Par sa lettre du 18 mars, Madame Bastid m'écrit: « Vous pouvez réunir votre Commission dès le début de la session et j'espère qu'une solution pourra être trouvée. »

Or, deux solutions sont possibles: ou l'Institut reviendra purement et simplement aux Résolutions de 1900 (Neuchâtel), ou bien, ainsi que vous le proposez, il devra accepter le rejet du renvoi en principe et fixer les cas où le renvoi pourra jouer à titre exceptionnel. La difficulté que les débats de Salzbourg ont révélée, consiste à formuler le texte de manière à ce que les exceptions en ressortent nettement.

Personnellement, je crains que l'*Entscheidungseinklang* ne soit irréalisable en fait. Il est d'autre part certain que, là où le renvoi est admis, il constitue un moyen qui rend la tâche du juge plus aisée dans l'application de la *lex fori*. C'est précisément le but que le législateur allemand a visé lorsqu'il a admis le renvoi par l'article 27 EGBGB.

Gebhard, le rapporteur et rédacteur de l'EG écrit dans son Rapport: « Die Vorschrift (des jetzigen Art. 27 EGBGB) empfiehlt sich einerseits, weil sie die Kollisionen (des Staats-

angehörigkeitsprinzips) mit den Konsequenzen der Theorie vom Wohnsitze mindert, anderseits weil ohne deren Prinzipie zu nahe zu treten, dem deutschen Recht ein weiterer die Sicherheit des inländischen Rechtsverkehrs fördernder Herrschaftskreis zugewiesen wird » (Voir *Neuhaus* « Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts » (1962) 181, note 444).

Peut-être ne faut-il pas attacher trop d'importance au fait que les démocraties populaires de *Pologne*, de *Hongrie*, de *Tchécoslovaquie* ont adopté le renvoi, si l'on considère ce qu'en écrit *Szászy* (Private International Law in the European people's democracies, 1964, p. 100): « Accordingly, certain questions which are considered to be of primary importance in the science of capitalist states, ex. the problem of *renvoi* and of qualification, are deemed to be of secondary importance only, whereas other questions to which only secondary importance is attached in the science of private international law of capitalist countries, ex. the exemption of a foreign state from the jurisdiction of domestic court, are treated as primarily important. »

Tout en vous souhaitant de bonnes vacances, je vous prie de croire, cher et très honoré Collègue, à mes sentiments les meilleurs et les plus dévoués.

G. S. Maridakis.

1. Réponse de M. Geoffrey C. Cheshire
à la lettre de M. Maridakis du 26 juillet 1965

11th August 1965.

My dear Colleague,

I have read with lively interest your reply to the observations of Professor Makarov concerning your supplementary report of 6th February, 1963 on *renvoi*. As I am unable to attend the session of the Institute at Warsaw, permit me to express my agreement with the conclusion that you reach in the final paragraph of that report.

Yours sincerely

G. C. Cheshire.

2. Réponse de M. Makarov
à la lettre de M. Maridakis du 26 juillet 1965

Heidelberg, le 9 août 1965.

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

J'ai bien reçu votre lettre du 26 juillet dernier et je vous en remercie sincèrement. C'est avec le plus grand intérêt que j'ai pris connaissance de vos arguments. Aujourd'hui, je viens de recevoir la circulaire du Secrétaire général de l'Institut de Droit international du 6 ct. m'informant que la vingt-troisième Commission dont vous êtes le rapporteur se réunira le jeudi 2 septembre à Varsovie. Je regrette infiniment que pour des raisons d'ordre purement personnel je ne puisse pas participer à la prochaine session de notre Institut. Je dois donc vous prier de vouloir bien excuser mon absence à la séance susmentionnée de votre Commission. Etant donné que j'ai précisé mon point de vue dans mes observations du 2 juin

dernier, je pense qu'il est superflu de revenir sur mes arguments : Je devrais reprendre tout ce que j'ai exposé il y a quatre ans à Salzbourg et répété dans mes observations concernant votre rapport supplémentaire. Or, des deux solutions possibles que vous mentionnez dans votre lettre du 26 juillet j'accepte celle qui rejette le renvoi en principe, mais fixe des cas où le renvoi doit être suivi. J'ai exposé ces cas à Salzbourg et les ai repris dans mes observations. Permettez-moi de vous adresser la prière d'accepter d'une manière bienveillante mon insistance.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments très dévoués et les meilleurs.

A. Makarov.

**3. Réponse de M. José de Yanguas Messia
à la lettre de M. Maridakis du 26 juillet 1965**

Madrid, le 23 août 1965.

Mon cher et très honoré Collègue,

J'avais l'intention de me rendre à Varsovie, et j'avais même fait réservation d'une chambre à l'hôtel Europejski. Malheureusement, une affaire personnelle me retient à Madrid et m'empêche d'y aller. Je le regrette de tout cœur. A plus forte raison, parce que j'aurais bien voulu participer au débat sur votre rapport.

Devant cette impossibilité, je ne veux pas manquer d'appuyer par écrit entièrement votre proposition à l'Institut, au sujet du Renvoi.

La solution consistant à accepter le rejet du Renvoi en principe et à admettre des exceptions, peut être discutée, en principe. Mais si on tâche de l'appliquer, les débats de Salzbourg ont révélé — comme vous le dites avec raison — la

difficulté pratique de préciser les cas dans lesquels le Renvoi pourrait jouer à titre exceptionnel. Je partage, donc, sans aucune réserve, votre avis favorable au retour pur et simple aux Résolutions de Neuchâtel de 1900.

Croyez bien, mon cher Confrère et ami, que je regrette de tout cœur ne pas pouvoir appuyer de vive voix votre thèse, et veuillez agréer, je vous prie, l'assurance de mes sentiments cordialement dévoués.

José de Yanguas Messía.

IV. L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé

Quatrième Commission

Résumé de l'historique de la question

présenté par

M. J. P. A. François

A la session de Neuchâtel en 1959 j'avais soumis, comme rapporteur de la vingt-cinquième Commission, un rapport sur la « Reconsidération des principes du droit de la guerre »¹. Lors de la discussion, plusieurs membres exprimèrent l'avis que la matière traitée était trop vaste et trop compliquée pour faire l'objet d'une discussion par l'Institut au cours d'une seule session.

En outre, sur plusieurs points, des divergences d'opinion se manifestèrent, notamment sur la question de l'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé. Le rapporteur avait, alors, défendu la position que pendant la durée des hostilités (*durante bello*), les règles du droit de la guerre s'appliquaient sans discrimination aux parties au conflit, même dans le cas où l'organe compétent de l'ONU a désigné l'agresseur ou dans le cas où une action militaire est entreprise par ou sous les auspices de l'ONU. Plusieurs membres émirent l'avis que cette thèse devait être nuancée. Tout en admettant que dans certaines circonstances, s'il s'agit notamment des obligations ayant pour but de restreindre les horreurs de la guerre, obligations qui sont imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires, toute discrimination devait être exclue, ces membres estimaient qu'en principe, il faudrait admettre l'inégalité de traitement lorsque l'une des

¹ Voir *Annales de l'Institut de Droit international*, session d'Amsterdam 1957, vol. 47, t. I, pp. 323 et ss. et session de Neuchâtel, 1959, vol. 48, t. II, pp. 178 et ss.

parties au conflit est désignée comme agresseur. C'est ainsi que l'Institut décida d'instituer une Commission spéciale pour l'étude de ce point précis et que le rapporteur de la vingt-cinquième Commission fut désigné comme rapporteur de la nouvelle Commission (quatrième) sur l'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé.

Dans mon nouveau rapport,¹ je n'ai pas maintenu le point de vue rigide de la non-discrimination que j'avais défendu à Neuchâtel. Conformément aux désirs exprimés à Neuchâtel par les membres de l'Institut, j'ai nuancé mon opinion et admis qu'il fallait, en principe, abandonner le point de vue de l'égalité des parties, car cette égalité risquait de compromettre l'évolution ultérieure de la Communauté des Etats. Toutefois, en ce qui concerne les règles qui ont pour but de restreindre les horreurs de la guerre et qui sont imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires, l'égalité restait entière.

Comme il était à prévoir, cette thèse n'a pas été acceptée à l'unanimité par la nouvelle Commission. Certains membres, MM. Kunz, Bindschedler et Eustathiades, ont persisté dans leur opinion qu'il convenait de rejeter toute discrimination. En revanche, d'autres membres se rallièrent complètement au point de vue défendu par le rapporteur: MM. Jenks et Quincy Wright. D'autres membres enfin, tout en acceptant la thèse du rapporteur, exprimèrent des opinions divergentes sur des points de détail.

Après des discussions prolongées, l'Institut a adopté la Résolution suivante:

« L'Institut de Droit international, estimant, d'une part, que les obligations ayant pour but de restreindre les horreurs de la guerre et imposées aux belligérants pour des motifs

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, session de Bruxelles, 1963, vol. 50, t. I, pp. 1 et ss, et t. II, pp. 306 et ss.

humanitaires par les Conventions en vigueur, par les principes généraux du droit et par les règles du droit coutumier, sont toujours en vigueur pour les parties dans toutes catégories de conflits armés et s'étendent également aux actions entreprises par les Nations Unies;

» d'avis, d'autre part, que sous cette réserve, il ne peut y avoir complète égalité dans l'application des règles du droit de la guerre lorsque l'organe compétent des Nations Unies a constaté qu'un des belligérants a recouru à la force armée en violation des règles du droit des gens consacrées par la Charte des Nations Unies;

» invite la quatrième Commission à poursuivre l'étude de la question de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions cette inégalité devrait être acceptée. »

Le Bureau a décidé de ne pas inscrire cette question à l'ordre du jour de la session de 1965, les membres du Bureau étant, à juste titre, d'avis que ce problème très compliqué nécessitait un délai de préparation plus long.

Actuellement une question se pose, savoir quelle attitude la Commission doit-elle adopter à l'égard de cette question?

On pourrait procéder de plusieurs façons:

- 1) poursuivre l'étude au sein de la quatrième Commission sur la base d'un nouveau rapport;
 - 2) instituer une nouvelle Commission;
 - 3) abandonner provisoirement l'étude de cette question.
- ad 1: Il me semble que cette voie offre peu de chances de succès. Les divergences de vues qui se sont manifestées au sein de la Commission ne disparaîtront guère.
- ad 2: La constitution d'une nouvelle Commission, composée de membres qui seraient prêts à accepter en principe l'inégalité préconisée par la Résolution, pourrait être envisagée.
- ad 3: Eu égard aux divergences de vues qui continueront à s'affronter dans cette matière, on pourrait décider de

ne pas poursuivre la discussion sur cette question.

A l'appui de cette dernière suggestion, on pourrait peut-être citer l'incertitude qui règne dans ce domaine, car on ignore avec quelles armes une guerre éventuelle serait menée. On pourrait également tenir compte de « l'ambiguïté » du sujet, invoquée par M. Chaumont lors de la discussion à Bruxelles. Cette ambiguïté provient, d'après M. Chaumont, de ce que, à la faveur de cette question, on est amené à régler certains problèmes fondamentaux tels que l'interprétation à donner à certaines clauses de la Charte des Nations Unies, la définition de l'agression, la question de la force obligatoire des résolutions du Conseil de Sécurité, le problème de la neutralité dans le cadre de la Charte, etc. De l'avis de M. Chaumont, ces problèmes ne peuvent pas être résolus par implication.

M. Chaumont a fait observer qu'on a beaucoup parlé d'agression, mais c'est un fait que l'évolution des Nations Unies s'est écartée de ces préoccupations et qu'en plaçant la question dans cette perspective, l'Institut serait en retard par rapport aux Nations Unies. En conséquence, M. Chaumont ne saurait accepter des expressions qui impliquent que les Nations Unies sont restées dans le cadre strict de la Charte, alors que tel n'est pas le cas. Il considère que la neutralité est tout à fait compatible avec le système des Nations Unies, c'est même un élément précieux de sécurité collective. M. Chaumont demande alors que l'on soit très prudent dans la rédaction des propositions afin de ne pas prendre de position dans l'interprétation de la Charte.

A toutes fins utiles, le rapporteur voudrait faire observer dès maintenant qu'ayant exercé la fonction de rapporteur pendant dix ans, il priera le Bureau — si l'on décide de poursuivre l'étude de ce problème — de charger de cette tâche un collègue plus jeune.

(La Haye, le 11 juin 1965.)

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES du Tome I

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

	Pages
I. La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations (Première Commission) Exposé préliminaire de M. Herbert W. Briggs	5
1. <i>Exposé préliminaire de M. Briggs du 11 avril 1963</i>	5
<i>Première partie — Considérations sur la nature du sujet</i>	5
<i>Deuxième partie — La nationalité des réclamations</i>	22
I. <i>Nationalité à la date de la présentation</i>	24
A. Sens de l'expression « Date de la présentation »	24
B. Jurisprudence des tribunaux internationaux admettant que les réclamations doivent posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date de leur présentation	30
C. Quelques observations sur la jurisprudence	48
II. <i>Nationalité à la date du dommage</i>	56
A. Sens de l'expression « Date du dommage »	56
B. Jurisprudence des tribunaux internationaux admettant que les réclamations doivent posséder la nationalité de l'Etat requérant à la date du dommage	56
C. Quelques observations relatives à la jurisprudence sur la nationalité des réclamations à l'origine	71
III. <i>Continuité de la nationalité</i>	72
IV. <i>La nationalité des réclamations est-elle soumise à la théorie du lien ?</i>	75

	Pages
V. <i>Quelques décisions des Commissions nationales de réclamations rendues sur la base du droit international</i>	80
1. The International Claims Commission of the United States 1949-1954	82
2. The Foreign Claims Settlement Commission of the United States, 1954	89
VI. <i>Projets de codification de la matière relative à la nationalité des réclamations</i>	102
1. Conférence de codification de La Haye 1930. Base de discussion n° 28	102
2. American Institute of International Law, 1925	106
3. Harvard Research Draft de 1929	107
4. Institut de Droit international sessions de Cambridge (1931) et d'Oslo (1932)	108
5. Propositions présentées par M. Garcia Amador en 1958 et en 1961 à la Commission du droit international	114
6. Propositions Sohn-Baxter de 1961	116
VII. <i>Quelques observations en guise de conclusion</i>	118
<i>Projet de Résolution sur la nationalité des réclamations</i>	122
<i>Questionnaire</i>	124
2. <i>Rapport et projet de Résolution de M. Herbert W. Briggs, du 10 novembre 1964</i>	126
Accord sur la préparation d'un projet de Résolution sur la nationalité des réclamations	126
Mandat de la Première Commission	127
La portée du projet de Résolution	131
Nationalité à la date de la présentation	132
Nationalité à la date du dommage	136
Continuité de la nationalité	137
Projet d'article 1	138
Article 2 (a)	139
Article 2 (b)	142

	Pages
Article 2 (c)	143
Article 3	144
La protection des apatrides	146
La double nationalité et les réclamations internationales	150
Irrecevabilité de réclamations internationales présentées en faveur de nationaux de l'Etat requis	151
Le principe de la nationalité active	156
La nature complémentaire des deux règles	168
Projet de Résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale	172

Annexe

<i>Observations de membres de la Première Commission et de MM. Castrén et Verdross en réponse à l'Exposé préliminaire et au questionnaire de M. Herbert W. Briggs du 11 avril 1963</i>	<i>174</i>
1. Observations de M. Rudolf L. Bindschedler	174
2. Réponse de M. Constantin C. Eustathiades	177
3. Observations de M. Nathan Feinberg	184
4. Observations de Sir Gerald Fitzmaurice	197
5. Observations de M. Paul Guggenheim	200
6. Observations de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga	205
Observations complémentaires de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga	208
7. Observations de M. Paul De Visscher	211
8. Réponse de M. B. A. Wortley	215
9. Observations de M. Quincy Wright	218
10. Observations de M. Erik Castrén	221
11. Observations de M. Alfred Verdross	223
 II. Les sociétés anonymes en droit international privé (Vingt-huitième Commission) Rapport provisoire et Projet de Résolution de M. George van Hecke	 226
1. Rapport provisoire de M. George van Hecke du 7 janvier 1965	226
Projet de Résolution	244

Annexe I

Exposé préliminaire de M. George van Hecke du 30 juillet 1963	248
Questionnaire	259

Annexe II

Observations de membres de la vingt-huitième Commission en réponse à l'Exposé préliminaire et au questionnaire de M. George van Hecke du 30 juillet 1963	265
--	-----

1. Réponse de M. Henri Batiffol	265
2. Réponse de M. Elliott E. Cheatham	274
Commentaire de M. Elliott E. Cheatham	279
3. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela	281
4. Observations de M. Johannes Offerhaus	283
5. Observations de M. Wilhelm Wengler	292
Réponse de M. Wilhelm Wengler au questionnaire	305
6. Réponse de M. Ben Atkinson Wortley	309

2. <i>Rapport définitif de M. George van Hecke du 9 juin 1965</i>	312
---	-----

<i>Projet de Résolution</i>	319
---------------------------------------	-----

Annexe

<i>Observations de membres de la vingt-huitième Commission en réponse au rapport provisoire et au projet de Résolution de M. George van Hecke du 7 janvier 1965</i>	324
---	-----

1. Observations de M. Henri Batiffol	324
2. Observations de M. Elliott E. Cheatham	325
3. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela	326
4. Lettre de M. Piero Angelo Sereni	327
5. Observations de M. Wilhelm Wengler	327
6. Observations de M. B. A. Wortley	333

III. Le renvoi en droit international privé (Vingt-troisième Commission) 335

Observations de M. Alexandre Makarov sur le rapport sup-	
--	--

	Pages
plémentaire présenté par M. Georges S. Maridakis en date du 6 février 1963	335
Réponse de M. Georges Maridakis aux observations de M. Makarov du 2 juillet 1965	347
1. Réponse de M. Geoffrey C. Cheshire à la lettre de M. Maridakis du 26 juillet 1965	350
2. Réponse de M. Alexandre Makarov à la lettre de M. Georges Maridakis du 26 juillet 1965	350
3. Réponse de M. José de Yanguas Messía à la lettre de M. Georges Maridakis du 26 juillet 1965	351
IV. L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé (Quatrième Commission)	353
Résumé de l'historique de la question présenté par M. J. P. A. François	353
Table analytique des matières	357

