

## OPINION INDIVIDUELLE DE SIR GERALD FITZMAURICE

[Traduction]

## I

## INTRODUCTION

1. Bien que j'aie voté, avec un certain regret d'ailleurs, dans le même sens que la majorité des membres de la Cour, convenant avec eux qu'en l'espèce la demande belge est irrecevable et cela essentiellement pour le motif principal sur lequel se fonde l'arrêt — à savoir que lorsqu'un pré-judice est causé à une société, seul le gouvernement dont relève la société peut *prima facie* présenter une réclamation internationale — mon attitude diffère quelque peu de la leur sur divers aspects de l'affaire, ainsi que je voudrais l'indiquer. En particulier: *a)* je vais beaucoup plus loin que l'arrêt quant aux limites que j'assignerais pour ma part au principe de l'« hégémonie » de la société et du gouvernement dont elle relève; de plus, *b)* si je me suis senti tenu de voter comme je l'ai fait, je n'en considère pas moins comme peu satisfaisant un droit qui, dans son état actuel, oblige la Cour à s'abstenir de se prononcer sur le fond de la demande de la Belgique pour un motif relevant à vrai dire — du moins dans les circonstances de l'affaire — d'un certain formalisme juridique.

2. Il y a en outre plusieurs questions particulières, qui ne sont pas traitées dans l'arrêt de la Cour ou qui n'y sont qu'effleurées, sur lesquelles je voudrais présenter certaines observations. Bien que ces observations ne puissent avoir que le caractère d'*obiter dicta* sans posséder l'autorité d'un jugement, les opinions qui émanent d'une manière ou d'une autre d'une instance judiciaire constituent, tant qu'il ne sera pas possible d'édicter, dans le domaine juridique international, des textes législatifs exprès ayant un effet obligatoire direct, le principal moyen de préciser et de développer le droit de façon quelque peu concrète. Je suis d'accord avec l'ancien juge sir Hersch Lauterpacht<sup>1</sup> pour estimer que les tribunaux internationaux doivent avoir cette considération présente à l'esprit, ce qui les met dans une situation différente de celle des tribunaux nationaux pour ce qui est d'examiner, ou du moins de commenter, des aspects dépassant la stricte *ratio decidendi* d'une affaire.

\*

<sup>1</sup> On trouvera les références et citations utiles dans les premiers paragraphes de l'opinion individuelle émise par mon collègue M. Jessup dans la présente affaire; je m'associe aux vues qu'il exprime à ce propos.

3. Je me propose d'indiquer, dans la partie suivante (II) de la présente opinion (par. 4-34), les critères en vertu desquels je me suis cru obligé de souscrire à la conclusion principale de la Cour, mais je le ferai en partant de la thèse que certaines des considérations juridiques qui imposent cette conclusion se révèlent, dans le domaine international, perdre toute valeur pratique dès qu'on les applique à une situation qui sort de l'ordinaire. Dans la partie qui vient ensuite (III, par. 35 et 36), j'énoncerai les conclusions qu'il conviendrait, selon moi, de tirer de la deuxième partie quant à la place à faire aux considérations d'équité dans le domaine juridique international et à la nécessité croissante d'un *système* fondé sur l'équité dans ce domaine. Dans les deux parties suivantes (IV et V), je me propose, comme je l'ai dit au paragraphe 2, de formuler des observations sur un certain nombre de questions (ayant également un caractère plus ou moins préliminaire) qui, sans se rattacher au point particulier sur lequel repose la décision de la Cour, figuraient dans la longue série des questions débattues par les Parties et qui expliquent, ou pourraient expliquer, le rejet individuel de la demande belge par certains membres de la Cour. La quatrième partie (par. 37-65) traitera de certains points se rapportant à la nationalité des actionnaires de la société Barcelona Traction, et la cinquième partie (par. 66-83) d'autres questions de caractère préliminaire, à savoir la question de la compétence en matière de faillite et un aspect particulier de la règle de l'épuisement des recours internes. Enfin, dans la sixième et dernière partie (par. 84-90), je parlerai — ce sujet ayant manifestement donné lieu à certains malentendus — de la conception générale de la jonction des exceptions préliminaires au fond. J'ajouterai pour finir une postface concernant la longueur de la procédure dans la présente instance et dans d'autres affaires, ainsi que certaines questions connexes.

## II

### LA QUESTION DE LA QUALITÉ POUR AGIR<sup>2</sup> DE LA BELGIQUE

4. Si, comme je l'ai dit, je suis parvenu finalement à la même conclusion que la Cour dans son arrêt, c'est par une voie différente. En particulier, je ne me fonde pas, comme l'arrêt le fait dans une certaine mesure (voir ses par. 33-36), sur des considérations qui figurent également en assez bonne place dans l'argumentation des Parties et qui sont axées sur la question de savoir envers qui, ou envers quelle entité, il existait en

<sup>2</sup> Je suis à présent d'accord avec mon collègue M. Morelli pour estimer que la question de savoir si la Belgique a le droit de présenter une réclamation pour le compte des actionnaires de la société Barcelona Traction, dans la mesure où ceux-ci sont belges, est en réalité une question de fond et non de capacité (le problème sous-jacent étant de déterminer quels sont les droits des actionnaires eux-mêmes), mais il est commode, pour mon propos immédiat, de considérer que c'est la qualité pour agir du Gouvernement belge qui est en question.

l'espèce une obligation de ne pas agir de manière contraire au droit international. Il ne me semble pas que ce soit là vraiment la question qui se pose, dès lors qu'il s'agit non pas d'obligations conventionnelles ni d'autres obligations particulières mais d'obligations découlant du droit international général en matière de traitement des étrangers. Si dans ce dernier domaine un Etat commet, soit directement soit par l'intermédiaire de ses services ou de ses autorités, un acte illicite, il viole le droit international, qu'un autre Etat ait qualité ou non pour soulever la question. Par exemple, s'il s'agit d'un individu, il se peut qu'il soit apatride. Si, en la présente affaire, certains actes ont contrevenu au droit international, ils ne sont en aucune manière légitimés ni ne perdent rien de leur caractère illicite par le fait que le Canada n'a pas poursuivi l'affaire (ou peut-être même ne pouvait pas la poursuivre<sup>3</sup>) ni parce que l'on estime que la Belgique n'a pas qualité pour agir elle-même. De plus, se demander à l'égard de quelle entité l'obligation existe n'est guère utile, même pour déterminer qui a qualité pour agir, car il faudrait identifier d'abord cette entité elle-même et la discussion risquerait de tourner en rond.

5. La question importante et la seule pertinente est de savoir qui, ou quelle entité, aurait éventuellement le droit de présenter une réclamation à raison d'un préjudice causé aux *actionnaires* du fait du traitement illicite de la *société*. Pour répondre à cette question, il est avant tout nécessaire, puisqu'il s'agit d'une société et de ses actionnaires, de prendre en considération la conception et la structure des sociétés dans leurs systèmes d'origine, qui sont des systèmes de droit privé ou interne; il faut en outre s'en tenir strictement au principe selon lequel quand, dans le domaine juridique international, on est amené à utiliser des concepts de droit privé ou à s'occuper d'institutions de droit privé, on ne doit pas les déformer ou les traiter d'une manière qui ne soit pas conforme à leur véritable nature, telle qu'elle ressort du système ou des systèmes qui les ont créés. Cela dit, il est presque aussi important de ne pas oublier que les conditions qui règnent dans le domaine international peuvent être très différentes de celles de l'ordre interne et que l'application stricte de règles pleinement justifiées pour celui-ci devient parfois moins défendable lorsqu'on les transpose sur le plan international<sup>4</sup>. En négligeant cette

---

<sup>3</sup> Si l'on pense qu'il n'existait pas de lien effectif entre le Canada et la société Barcelona Traction en vertu du principe posé dans l'affaire *Nottebohm* (voir ci-après par. 26 à 32).

<sup>4</sup> Je partage pleinement à cet égard les vues exprimées par lord McNair dans son opinion en l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950); parlant du système de tutelle des Nations Unies, il a dit à cette occasion (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 148) que les institutions de droit privé ne pouvaient être importées telles quelles et « en bloc » dans le domaine international et que les règles de droit privé ne pouvaient être considérées, dans ce domaine, que comme des indications de principe et non comme des injonctions rigides. Cependant il n'est pas question, en l'espèce, que le droit international crée une nouvelle institution internationale analogue à l'institution de droit privé qui est la société anonyme. Cette dernière demeure une création du

précaution, on risque d'aboutir à la déformation contraire, en ce sens que les restrictions ou atténuations à la règle prévues sur le plan interne ne se retrouveront peut-être pas suffisamment sur le plan international, d'où un certain nombre de paradoxes, anomalies et injustices.

6. C'est ce qui semble s'être produit, au niveau international, dans le cas de la société. La société par actions, dans laquelle la responsabilité des actionnaires est limitée, étant exclusivement une création du droit privé, il est évident que le droit international est tenu en principe de prendre la société telle qu'elle est, c'est-à-dire de reconnaître sa structure de base telle qu'elle résulte des concepts de droit privé applicables<sup>5</sup> et de lui donner effet. Une des caractéristiques fondamentales de la société est qu'elle est dotée, en raison même de son caractère social, d'une personnalité distincte primant celle de ses éléments constitutifs — les actionnaires —, d'où des distinctions soigneusement marquées entre le champ d'action, les fonctions et les droits de la société en tant que telle, agissant par l'intermédiaire de sa direction ou de son conseil d'administration, et ceux de l'actionnaire. De toute évidence, il faut maintenir ces distinctions sur le plan international, si l'on ne veut pas dénaturer complètement la notion de société en tant que personne morale. Ainsi, de même qu'aucun actionnaire n'a de recours devant les tribunaux nationaux lorsqu'un acte dommageable ou une rupture de contrat sont commis au préjudice de la société, et que seule cette dernière peut intenter une action par l'intermédiaire de sa direction, à laquelle la décision appartient — décision que d'une manière générale l'actionnaire doit accepter —, de même, si un acte illicite préjudiciable à la société ou portant atteinte à ses droits se produit sur le plan international, il n'appartient pas au gouvernement de l'actionnaire mais en principe à celui de la seule société de présenter une réclamation internationale ou d'engager une procédure judiciaire internationale; la décision appartient à ce dernier gouvernement, décision que là encore l'actionnaire étranger doit accepter, en ce sens que ni lui ni son gouvernement ne peuvent exiger du gouvernement de la société qu'il agisse (et encore moins l'y contraindre).

7. Dans un cas comme dans l'autre, peu importe que le tort fait à la société rejaillisse ou « se répercute » sur l'actionnaire<sup>6</sup>, par exemple en

droit purement privé, que le droit international doit prendre dans l'état où il la trouve. Ce contre quoi je m'élève, dans la présente opinion, c'est le fait que le droit international l'ait effectivement prise comme il l'a trouvée à *certaines égards* mais non à d'autres, introduisant ainsi une distorsion injustifiée.

<sup>5</sup> Il est inévitable que ces concepts ne puissent être évoqués dans la présente opinion qu'en des termes très généraux. Les détails varient d'un pays à l'autre et il est possible que certaines indications ne soient pas valables ou soient sujettes à de très fortes restrictions dans le cas de certains pays.

<sup>6</sup> Supposons que, par la négligence coupable d'un tiers, les entrepôts de la société brûlent; l'actionnaire risque de subir indirectement un grave préjudice mais il n'a aucun recours: il ne s'agissait pas de son bien mais de celui de la société. Il en est de même s'il est porté atteinte à son intérêt du fait de l'inexécution par un tiers d'un contrat passé avec la société, car lui-même n'est pas partie au contrat. Il en va tout autrement si l'acte incriminé est dirigé contre ses droits propres d'actionnaire ou

faisant baisser le cours de ses actions ou en réduisant les bénéfices de la société — et par conséquent les dividendes — ou encore en rendant (faute d'acheteurs) la cession des actions plus difficile; en effet, si l'actionnaire peut prétendre en droit à ce que ses actions ne soient pas annulées ou confisquées sans indemnité, il n'a aucun titre à exiger qu'elles atteignent un certain cours ou s'y maintiennent; et si l'actionnaire a le droit de percevoir le dividende déclaré, il n'a nullement celui d'exiger qu'un dividende soit déclaré ni (s'il l'est) qu'il soit de tel ou tel montant<sup>7</sup>; de même, s'il est en droit de disposer librement de ses actions<sup>8</sup>, la loi ne lui garantit ni un acheteur ni un prix.

8. Mais à ce stade il apparaît clairement que quelque chose ne va plus, que l'analogie s'effondre parce que certaines restrictions ou modifications — certaines atténuations, pourrait-on dire —, qui sur le plan interne s'appliquent à la situation décrite ci-dessus et viennent en quelque sorte la tempérer, ne se retrouvent pas ou ne se retrouvent pas suffisamment en l'état actuel du droit dans le domaine international; à ce niveau en effet, l'actionnaire risque en pareil cas, et si l'on s'en tient à ce qui semble être actuellement le droit, de n'avoir aucun moyen de protéger ses intérêts, alors qu'il en va autrement sur le plan interne où le principe de l'« hégémonie » est équilibré par certains autres éléments qui font contrepoids et dont on ne retrouve qu'en partie l'équivalent dans le droit international existant (voir ci-après par. 11 et notes de bas de pages y relatives).

\*

9. Pour bien comprendre cette question, il est nécessaire de considérer la justification rationnelle du « principe de l'hégémonie ». Celle-ci ne tient pas seulement à la situation purement juridique qui résulte de la personnalité morale distincte de la société, ni au fait qu'en l'occurrence les droits auxquels il est porté atteinte sont ceux de la société et non de l'actionnaire, même si son porte-monnaie en souffre ou risque d'en souffrir (voir ci-dessus par. 7 et note 6). Elle ne découle pas non plus des considérations pratiques qui, du moins sur le plan interne, doivent normalement exclure la possibilité d'une action distincte et indépendante des actionnaires motivée par le traitement infligé par des tiers à la société en tant que telle.

10. La véritable raison (extérieure au droit mais sous-jacente à celui-ci)

---

lèse directement ces droits — si, par exemple, on porte atteinte de façon illicite à son droit de disposer librement de ses actions ou si des décisions régulièrement prises à l'assemblée générale des actionnaires sont déclarées nulles et non avenues, etc.

<sup>7</sup> Sauf bien entendu pour les diverses catégories de valeurs à intérêt fixe.

<sup>8</sup> En règle générale. En temps de guerre ou dans d'autres situations exceptionnelles, les propriétaires de certaines catégories de titres (par exemple ceux qui sont libellés en une monnaie étrangère) peuvent en effet être tenus de les céder au gouvernement ou à la banque centrale, ou de ne les céder qu'à l'un ou à l'autre.

qui justifie que l'on dénie à l'actionnaire la possibilité d'agir lorsqu'il y a atteinte aux droits de la *société* est que normalement il n'a pas besoin de le faire. La *société* agira et, ce faisant, protégera automatiquement non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux des actionnaires. On part donc de la double hypothèse que la société est capable d'agir et qu'elle le fera, à moins d'avoir des raisons impérieuses de s'abstenir<sup>9</sup> dans son propre intérêt et donc indirectement dans celui des actionnaires; la décision à prendre est une décision de politique générale, qui appartient *prima facie* à la direction. (Or c'est précisément à ce point que l'on commence à discerner une profonde différence entre la situation sur le plan interne et la situation sur le plan international; en effet, si un gouvernement refuse d'intervenir au nom d'une société de sa nationalité qui a été lésée par un acte étranger illicite, ou s'il s'en abstient, ce sera pour des raisons propres au gouvernement, non à la société<sup>10</sup>; et n'ayant généralement rien à faire avec les intérêts de ladite société: ceux-ci risquent en fait de se trouver encore plus gravement compromis par le refus ou l'abstention du gouvernement, qui ne procurera à la société aucun avantage éventuel ou à long terme et ne lui évitera aucun inconvénient, contrairement à ce qu'on pourrait attendre si la décision émanait d'elle. Les mobiles sont entièrement distincts. Mais n'anticipons pas.)

11. L'idée que la société agira ou qu'elle aura de bonnes raisons de n'en rien faire (raisons qui, finalement, seront aussi dans l'intérêt des actionnaires) est également implicite dans l'axiome — qui peut s'exprimer sous diverses formes et sur la vérité présumée duquel repose une si grande part du droit applicable — que le sort de l'actionnaire est lié à celui de la société; que sa fortune suit celle de la société, qu'ayant choisi de partager le destin de la société il doit en accepter les conséquences, bonnes ou mauvaises, tant qu'il n'aura pas rompu ses rapports avec la société, etc. Cette idée a été fort bien exposée dans un ouvrage récent<sup>11</sup>, où il est dit que:

«Si, en principe, les actionnaires doivent subir le sort de la société, c'est parce que la personne morale est un sujet de droit capable de défendre par l'action sociale les intérêts que les actionnaires y ont engagés ... ils prêtent à la personne morale une part de leur per-

<sup>9</sup> Parce que cela serait trop onéreux, ou par exemple parce que cela risquerait d'avoir des répercussions inopportunes, de heurter certains intérêts puissants, de gêner la réalisation de quelque autre objectif, d'entraîner certaines révélations embarrassantes, etc.

<sup>10</sup> Ces raisons peuvent avoir un rapport avec le fond de la demande mais peuvent tout aussi bien ne pas en avoir. Par exemple il est fort possible qu'un gouvernement ne souhaite pas appuyer une réclamation privée contre un autre gouvernement avec lequel il est en train de mener des négociations difficiles sur une question dont l'importance nationale est primordiale. On pourrait citer beaucoup d'autres exemples analogues.

<sup>11</sup> Paul De Visscher, «La protection diplomatique des personnes morales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1961, tome 102, p. 465.

sonnalité et de leurs droits dans le but d'en obtenir un rendement accru et une protection plus efficace. Dès lors si telle est la justification de l'unité de la personne morale, telle en est aussi la limite. »

La nature et la portée de cette limite sur le plan international seront examinées plus loin. Dans les droits nationaux, elle revêt deux formes principales, l'une externe et l'autre interne, cette dernière consistant en la possibilité d'agir au sein de la société elle-même par la voie des mécanismes et des procédures qui lui sont propres (voir ci-après, par. 12). Pour ce qui est de la première limite, les systèmes de droit les plus développés comportent des dispositions dont il a été dit, en termes très généraux, qu'elles ont

« pour objet de protéger les intérêts des actionnaires lorsque les dirigeants de la société font passer leurs propres intérêts avant ceux de la société, et aussi de protéger les intérêts des actionnaires minoritaires <sup>12</sup> ».

Ces dispositions varient évidemment suivant les pays mais, sans entrer dans le détail, on peut dire qu'elles ont pour effet général de permettre aux actionnaires ou bien d'intenter une action en leur propre nom contre un tiers dans diverses circonstances (par exemple lorsqu'il y a eu fraude,

<sup>12</sup> Beckett, « Diplomatic Claims in respect of Injuries to Companies », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, 1932, p. 193, note 7, citant (voir aussi p. 192) les droits néerlandais, anglais, français et allemand. Beckett cite également un passage de l'ouvrage *Halsbury's Laws of England*. Dans le même passage tel qu'il figure dans l'édition ultérieure de ce dernier ouvrage (1954), l'auteur, après avoir dit que, normalement, seule la société — et non les actionnaires — peut intenter une action contre un tiers, ajoute ceci :

« Toutefois, lorsque les personnes de qui on veut obtenir réparation détiennent et contrôlent la majorité des actions, et ne permettent pas d'intenter une action au nom de la société, des actionnaires réclamants peuvent intenter une action en leur nom propre et pour le compte des autres, ce qu'ils peuvent faire également au cas où l'interdiction d'agir ainsi en justice aurait pour effet de permettre à une société de ratifier par une résolution ordinaire une résolution spéciale irrégulièrement adoptée. »

Voir aussi Mervyn Jones, « Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies », dans *British Year Book of International Law*, vol. XXVI, 1949, p. 232-234, citant les droits américain, autrichien, belge, anglais, français, italien, norvégien, suédois et suisse.

Voir en outre, pour ce qui est du droit allemand, « La personnalité morale et ses limites », publiée par Pichon & Durand-Auzias pour l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris à la Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 43-44 (auteur : M. Ulrich Drobnig); et *ibid.*, p. 150, le commentaire suivant du professeur J. M. Grossen concernant le droit suisse : « Il en existe heureusement d'autres [des sanctions] qui ... permettent [aux actionnaires] de contraindre la personne morale, plus exactement ses organes, à changer d'attitude. »

Pour les dispositions du même ordre qui existent en droit français, voir le par. 11 de l'opinion individuelle de mon collègue M. Gros.

malversation ou négligence de la part de la direction ou lorsque celle-ci refuse ou s'abstient à tort d'agir pour protéger les intérêts de la société), ou bien d'engager une procédure contre la direction de la société pour la contraindre à prendre les mesures voulues. Bref le droit interne contient généralement certaines dispositions pour le cas où le postulat fondamental d'après lequel la société agira — ce qui rendra superflue l'action des actionnaires — cesse de se vérifier<sup>13</sup>.

12. L'autre possibilité que le droit privé accorde aux actionnaires (ou du moins à une majorité d'actionnaires et même souvent à une minorité), s'ils sont mécontents de la façon dont la société est gérée — par exemple lorsque la direction s'abstient d'agir contre un tiers pour protéger les intérêts de la société — consiste à agir de l'intérieur dans le cadre de la société elle-même, en utilisant ses rouages normaux (assemblées générales, votes de résolutions, etc.) en vue d'influencer et, s'il le faut, de changer la politique de la société ou même, en dernier ressort, de modifier ou de remplacer la direction elle-même. Dans certains cas, la reconstitution de la société offre une autre possibilité.

\*

13. La question qui se pose maintenant est de savoir dans quelle mesure ces limites que le droit met au pouvoir exclusif de la direction en reconnaissant aux actionnaires un droit d'action indépendant se retrouvent sur le plan international et viennent, de manière correspondante, y tempérer le principe du droit d'intervention exclusif du gouvernement de la société en admettant une possibilité d'intervention de la part de celui des actionnaires, même quand c'est la société elle-même qui a été lésée et non, à strictement parler, les droits propres des actionnaires.

---

<sup>13</sup> Outre le passage de l'ouvrage *Halsbury's Laws of England* cité au premier alinéa de la note 12 ci-dessus, les extraits suivants du même ouvrage indiquent également quelle est la situation en droit anglais (*loc. cit.*, p. 222-223). J'ai supprimé les renvois aux notes :

« 458. *Droits des membres considérés collectivement et prévus par la législation.* Les membres d'une société ont collectivement des droits prévus par la législation dont certains peuvent être exercés à la majorité simple, tel le droit d'adopter des résolutions aux assemblées prévues par les statuts; d'autres droits peuvent être exercés à la majorité qualifiée, par exemple, en cas de reconstitution de la société; d'autres, enfin, peuvent être exercés par une minorité, par exemple le droit de demander la convocation d'une assemblée d'actionnaires ou de demander au *Board of Trade* de désigner un inspecteur aux fins d'une enquête sur les affaires de la société ou encore, lorsqu'elle s'estime opprimée, de demander réparation aux tribunaux.

Les droits prévus par la législation ne peuvent être ni supprimés ni modifiés par aucune disposition, quelle qu'elle soit, des statuts [de la société]. »

« 461. *Droits en vertu du droit général.* Parmi les droits reconnus aux membres d'une société par le droit général figure celui ... d'empêcher les membres du conseil d'administration d'abuser des pouvoirs de la société, d'abuser de leurs propres pouvoirs ou d'agir inéquitablement vis-à-vis des membres de la société. »

Cette question doit être posée car, s'il est inadmissible que le droit international fausse la structure de la société (notion qui relève essentiellement du droit privé) en ne tirant pas toutes les conséquences qui découlent logiquement de la personnalité propre de cette dernière, distincte de celle des actionnaires, il serait tout aussi injuste — et ce serait la fausser tout autant — de ne pas donner effet en droit international aux limitations dont ce principe s'accompagne dans le système même que l'on cherche à appliquer *mutatis mutandis* sur le plan international. Bref, cette application doit être intégrale et non partielle. Mais est-elle vraiment intégrale? ou bien n'est-on pas dans un cas où le droit international, tout en prétendant se fonder sur les aspects pertinents du droit interne et s'en inspirer, ne le fait que dans une certaine mesure seulement, s'écartant de ce droit au point précis où il permet aux actionnaires, dans certaines circonstances, d'obliger la direction de la société à agir?

14. En réalité il semble qu'il n'y ait qu'un seul type de situation où l'intervention du gouvernement d'actionnaires étrangers soit plus ou moins nettement admise: quand la société intéressée a la nationalité<sup>14</sup> de l'Etat responsable des actes ou du dommage dont il est fait grief et quand ceux-ci, ou les conséquences qui en découlent, sont de nature à mettre la société dans l'incapacité *de facto* de protéger ses intérêts et, partant, ceux des actionnaires<sup>15</sup>. Il est évident que, dans les cas de ce genre, aucune intervention ni réclamation pour le compte de la *société* elle-même ne saurait par hypothèse être possible sur le plan international puisque, d'une part, il s'agit d'une société nationale et non étrangère et que, d'autre part, l'autorité à laquelle la société devrait pouvoir s'adresser pour obtenir appui ou protection est précisément l'auteur du préjudice. Par conséquent, ce qui arrive en l'occurrence ce n'est pas tellement que la règle normale d'intervention par le gouvernement de la société, pour le compte de la seule société, devient inapplicable, mais qu'elle perd toute pertinence et toute signification. La personne morale étant devenue impuissante et incapable d'agir utilement, les actionnaires viennent en quelque sorte se substituer à la direction pour assurer la protection des intérêts de la société par tous les moyens légaux qui leur sont ouverts. Si certains actionnaires sont de nationalité étrangère, l'un

<sup>14</sup> Pour mon propos, je pars du principe qu'une société a la nationalité du pays où elle s'est constituée, et que c'est le droit de ce pays qui régit son statut et ses activités. Mais voir ci-après, par. 33 et 34.

<sup>15</sup> Si le préjudice causé à la société ou l'inexécution d'un contrat passé avec elle est le fait, non d'une autre personne privée mais de l'administration, le même principe s'applique: seule la société peut intenter une action en justice, pour autant que la loi nationale admette la responsabilité judiciaire de l'Etat. Si toutefois, comme dans l'affaire *El Triunfo* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 464), les mesures prises par les autorités contre la société ont pour effet de la paralyser complètement, les actionnaires peuvent agir et, s'ils ne parviennent pas à obtenir réparation des tribunaux nationaux et sont de nationalité étrangère, ils peuvent — selon la thèse considérée ici comme étant désormais plus ou moins généralement admise — faire appel à l'aide et à l'intervention de leur gouvernement.

de ces moyens consiste à solliciter l'intervention de leur gouvernement, ce qui doit être considéré comme admissible dans ces conditions. A ce propos, l'auteur cité <sup>16</sup> au paragraphe 11 poursuit en ces termes :

« Il en découle nécessairement que si la justification rationnelle de la technique de la personnalité morale vient à s'écrouler par le fait même de l'Etat dont le droit régit le statut et l'allégeance de la personne morale, la personnalité morale n'est plus qu'une fiction vide de tout sens, dans laquelle il ne faut plus voir qu'un faisceau de droits individuels. »

15. Si pertinentes que soient ces considérations de principe, divers motifs ont été allégués pour contester la validité de cette exception, ou restriction, à la règle qui refuse au gouvernement de l'Etat national des actionnaires le droit d'intervenir à raison d'atteintes portées à la société. On nous dit par exemple que ce type d'intervention au nom d'actionnaires étrangers ne devrait être autorisé que lorsque la société est elle aussi essentiellement étrangère par sa gestion et son contrôle, ainsi que par la nature des intérêts qu'elle recouvre, et lorsque sa nationalité locale ne résulte pas du fait qu'elle s'est volontairement constituée dans le pays mais lui a été imposée par le gouvernement de celui-ci ou par une disposition de sa législation locale comme condition préalable à l'exercice de son activité dans le pays ou à l'octroi d'une concession. En pareil cas, nous dit-on, la nationalité de la société est une nationalité artificielle qui ne correspond pas aux réalités sous-jacentes et c'est pour cette raison (mais pour cette raison seulement) que le gouvernement local ne devrait pas pouvoir opposer l'obstacle de sa nationalité qu'il a sciemment voulu interposer entre lui-même et ces réalités, peut-être dans le dessein exprès d'empêcher une intervention étrangère. Mais, ajoute-t-on, quand la nationalité locale a été délibérément choisie par la société, il n'y a aucune raison de prévoir une semblable dérogation à la règle fondamentale de l'anonymat.

16. Il est vrai que c'est dans ces cas de nationalité locale « imposée » que des situations propres à inciter les actionnaires étrangers de la société à faire appel à l'intervention de leur gouvernement ont le plus de chances de se produire. Néanmoins aucune raison de principe suffisante ne paraît rendre cette distinction nécessaire. Le fait de la constitution locale de la société, le capital étant aux mains d'étrangers, reste le même dans les deux cas, quels que soient les motifs ou les procédés employés. D'ailleurs les raisons qui incitent les intérêts étrangers à chercher ou non à se revêtir de la nationalité locale ne sont pas toujours faciles à démêler : ces raisons peuvent être très complexes. Il ne serait pas exact non plus de dire que des sociétés à forte participation étrangère, contrôlées principalement de l'étranger, ne demandent jamais *volontairement* à se constituer d'après la loi du pays : en fait elles le font souvent et cette attitude peut être dictée

<sup>16</sup> *Loc. cit.* dans la note 11 ci-dessus.

par des motifs commerciaux valables. Pourtant en pratique elles sont tout aussi sujettes à être considérées dans le pays comme foncièrement étrangères et à y être en butte à des mesures qui peuvent les empêcher d'agir par elles-mêmes en tant que *sociétés*.

17. Une autre objection qui a été avancée est que, pour autant que la doctrine reconnaissant un droit d'intervention pour le compte des actionnaires étrangers d'une société constituée localement, qui n'est pas en mesure d'agir par elle-même ou qui a été mise dans l'impossibilité de le faire, puisse s'appuyer sur un certain nombre de précédents tirés de la jurisprudence internationale, un examen attentif des affaires invoquées révèle que la « société » en cause avait généralement le caractère d'une firme, d'un *partnership* ou d'un type d'association analogue, plutôt que d'une véritable société ayant une personnalité distincte de celle de ses membres. Partant, objecte-t-on, dans la mesure où les associés ont été autorisés à introduire une réclamation et où leur gouvernement a été admis à appuyer celle-ci, leur action concernait un préjudice causé à des droits *stricto sensu*, d'un caractère bien défini, leur appartenant en propre au sein de l'association, et non pas aux droits de l'association en tant que telle. Dans les cas où en revanche, nous dit-on, il s'agissait vraiment d'une société ayant la personnalité morale, la capacité de réclamer au nom des actionnaires résultait des dispositions expresses d'un traité, d'une convention ou du compromis saisissant le tribunal, et par conséquent ces cas ne sauraient être cités comme impliquant la reconnaissance d'un principe général de droit autorisant de telles réclamations.

18. Il est peut-être vrai que le fondement exact d'un certain nombre des décisions en question n'est pas très facile à déterminer avec précision et qu'il prête à d'abondantes controverses, comme l'ont amplement démontré les procédures écrite et orale des deux phases de la présente affaire. La place me fait défaut ici pour une analyse approfondie — qui n'est d'ailleurs pas nécessaire, car les considérations de principe invoquées dans certains des paragraphes précédents de la présente opinion, qui sont fondées sur des analogies avec le droit interne, sont en elles-même tout à fait suffisantes pour justifier la doctrine reconnaissant un droit d'intervention en faveur d'actionnaires qui « se substituent » à une société de nationalité locale, moribonde ou incapable, en vue de protéger ses intérêts et les leurs.

19. Je suis donc d'avis que les deux paragraphes suivants, extraits de la source citée plus haut <sup>17</sup>, rendent exactement compte de la situation sur le plan juridique :

« En définitive, pour apprécier la recevabilité de la protection des actionnaires, il faut s'attacher essentiellement à l'idée de l'effectivité de la personne morale. Il importe peu que, selon les critères du droit interne, la personne morale subsiste ou non. Même lorsqu'elle subsiste, le juge international peut admettre la protection diplomati-

<sup>17</sup> *Loc. cit.* dans la note 11 ci-dessus, à la p. 477.

que des actionnaires, dès l'instant où il constate en fait que le dommage causé à la personne morale a eu pour effet de paralyser ou de stériliser l'effet utile que la technique de la personnalité morale devait normalement produire au profit des actionnaires.

Dans ce cas, dit-on, le juge international, qui n'est pas lié par les critères du droit interne, « perce le voile corporatif ». Il serait plus exact de dire qu'il constate l'absence de toute personnalité effective, l'absence de tout intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés. »

Ces deux paragraphes décrivent pratiquement trait pour trait — même si ce n'est que dans les grandes lignes — la situation de la société Barcelona Traction, qui, tout en continuant officiellement d'exister<sup>18</sup>, a été, en ce qui concerne ses opérations *en Espagne*, entièrement paralysée et mise dans l'impossibilité de poursuivre la moindre activité utile — situation que, du côté espagnol, on n'a pas seulement reconnue, mais sur laquelle, à des fins particulières, on a beaucoup insisté. En effet la société a été réduite à une telle impuissance que, privée de tous ses avoirs et de toutes ses sources de revenus en Espagne, elle ne pouvait plus se procurer les moyens financiers d'assurer sa défense; et ce sont les actionnaires qui ont dû les lui fournir, ces actionnaires à qui l'Espagne conteste aujourd'hui le droit d'invoquer la protection diplomatique de leur gouvernement.

20. C'est pourquoi, si la société avait été constituée non pas selon le droit canadien mais selon le droit espagnol, je n'aurais eu aucune hésitation à soutenir qu'une réclamation présentée par la Belgique au nom des actionnaires belges de la société était recevable; en vérité, une des ironies du sort en la présente affaire, et non la seule<sup>19</sup>, tient au fait que le Gouvernement belge eût été en bien meilleure posture, quant à la recevabilité de sa demande, si la société avait été espagnole au lieu d'être canadienne.

\*

<sup>18</sup> Je partage l'opinion exprimée dans le passage qui vient d'être cité, selon laquelle la survie toute théorique de la société ne modifie en rien les réalités de la situation. Toutefois (et paradoxalement) la position belge aurait été plus forte si les événements qui se sont déroulés en Espagne avaient non seulement entraîné l'« hispanisation » de l'entreprise en *Espagne*, mais aussi imposé la liquidation de la Barcelona Traction elle-même, car dans ce cas il aurait été bien plus difficile de prétendre, comme on l'a fait en invoquant la fiction du maintien en vie de la société, que seul le Gouvernement canadien était en droit d'introduire une réclamation.

<sup>19</sup> Voir la note précédente. On peut également penser (voir l'opinion individuelle de mon collègue M. Gros, par. 12) que la société se serait mieux trouvée d'une expropriation ou d'une nationalisation avouée et sans fard de son entreprise en Espagne, accompagnée d'une indemnisation adéquate, que de la procédure de la faillite. Toutefois cela aurait dépendu de la nature et du montant de l'indemnité.

21. La nationalité canadienne de la société doit-elle donc faire écarter la demande belge? Dans l'état actuel du droit, il semblerait que oui. Il convient cependant à ce propos d'examiner un certain nombre de points afin de montrer pourquoi, si cette conclusion est valable sur la base du droit existant, ce droit lui-même, dans son état actuel, n'est pas satisfaisant à cet égard.

22. Le premier point est celui-ci: il résulte logiquement des considérations formulées dans les paragraphes 5 à 13 ci-dessus que si sur le plan interne les actionnaires ont une possibilité de recours dans certaines circonstances bien que *prima facie* ce soit la situation de la société et non (directement) la leur qui soit en jeu, le droit d'intervenir et de présenter une réclamation devrait être reconnu dans des circonstances correspondantes sur le plan international au *gouvernement* des actionnaires. Un cas de ce genre a déjà été examiné ci-dessus dans les paragraphes 14 à 20: la société n'existe plus, ou bien elle est paralysée, et il ne peut être question que *son* gouvernement intervienne ou présente une réclamation car c'est lui-même qui est fautif, si faute il y a eu. De même, si l'on veut que le droit international reste fidèle à la conception de la société et, dans le traitement qu'il lui réserve sur le plan international, donne pleinement effet à ses éléments essentiels, il faut qu'il prenne en considération le cas où le gouvernement de la société — qui n'est pas l'auteur du préjudice (mais n'est pas non plus le gouvernement de la majorité des actionnaires) — refuse ou s'abstient d'agir pour des raisons qui le concernent et *qui sont entièrement étrangères aux intérêts de la société* (voir ci-dessus par. 10), alors même qu'il est ou semble être fondé en droit à le faire et que les intérêts de la société l'exigent. De même que sur le plan interne semblable refus ou abstention de la part de la direction de la société donnerait normalement aux actionnaires le droit d'agir — soit (à supposer que l'élément de dol ou de faute existe) en assignant devant les tribunaux la direction ou le tiers auteur de l'acte dommageable ou de la rupture de contrat, soit en mettant en mouvement les mécanismes internes de la société — de même, sur le plan international, la non-intervention du *gouvernement* de la société devrait donner au gouvernement des actionnaires le droit d'agir (et il est clair qu'on pourrait trouver les moyens de résoudre les difficultés pratiques qui se poseraient au cas où le gouvernement de la société changerait ultérieurement d'attitude, si seulement les juristes voulaient bien s'en donner la peine; j'estime, à ce propos, que les paragraphes 94 à 98 de l'arrêt de la Cour accordent trop d'importance à ce problème).

23. En fait le droit international n'ouvre pas cette possibilité à l'heure actuelle, sauf à la rigueur dans un cas, celui où le gouvernement de la société n'a pas en fait la capacité juridique nécessaire pour agir (voir à ce sujet par. 26 à 32 ci-après). Les raisons de cette insuffisance, car c'en est une, sont peut-être parfaitement compréhensibles; il n'en reste pas moins que le droit international est à cet égard un système sous-développé par rapport au droit privé et qu'il n'offre pas les recours nécessaires pour

protéger sur le plan international les intérêts non seulement des actionnaires *mais aussi de la société elle-même*. Quelles sont ces raisons? C'est évidemment qu'un gouvernement ne se trouve pas dans la même situation qu'une société et ne peut pas être soumis aux mêmes contraintes. La direction d'une société a des devoirs, non seulement envers la société mais aussi envers les actionnaires, et elle est tenue d'agir au mieux des intérêts de la première et par conséquent aussi des seconds, après avoir mûrement évalué ces intérêts compte tenu de tous les éléments d'information. Un gouvernement n'a pas les mêmes devoirs. Il est parfaitement libre, pour des raisons de politique générale, de ne tenir aucun compte des intérêts de la société, voire d'agir d'une manière qu'il sait leur être contraire; et, s'il le fait, on ne possède contre lui aucun recours international analogue à ceux qu'on pourrait exercer contre la direction d'une société qui se comporterait de la même façon sur le plan interne. A l'échelon international, il n'existe aucun moyen d'intenter une action contre un gouvernement qui refuse d'intervenir au nom de l'un de ses nationaux ou de l'une de ses sociétés nationales ou d'appuyer leur réclamation <sup>20</sup> et l'on ne saurait voir dans ce refus la violation d'une quelconque obligation du droit international général. Bien entendu, il est encore moins possible de changer ou de remplacer un gouvernement qui refuse ou s'abstient d'agir, alors que sur le plan interne les actionnaires ont la possibilité de le faire pour ce qui est de la direction de la société.

24. De tout cela, on tire à présent prétexte pour dire, comme le droit le fait actuellement, que, si le gouvernement de la société n'agit pas, aucun autre ne peut le faire. On devrait plutôt y voir une raison d'aboutir précisément à la conclusion inverse. Tout en reconnaissant que le gouvernement national de la société ne peut jamais être *mis en demeure* d'intervenir et que les motifs qu'il a de ne pas le faire ne sauraient être mis en question, même s'ils ne concernent en rien le fond de la demande, une règle qui répondrait à des préoccupations plus éclairées disposerait simplement qu'en pareil cas le gouvernement des actionnaires a le droit d'agir <sup>21</sup>— en particulier si, comme il arrive souvent, c'est seulement parce que les actionnaires sont principalement étrangers que le gouvernement de la

---

<sup>20</sup> Théoriquement, le droit *interne* du pays intéressé pourrait alors prévoir une voie de recours contre le gouvernement, et une action politique serait éventuellement possible. Mais cela ne changerait rien, ni dans un cas ni dans l'autre, au problème essentiel.

<sup>21</sup> Je ne suis guère ébranlé par la remarque faite à divers propos, selon laquelle l'existence d'une participation majoritaire massive place la Belgique dans une situation particulière alors que, dans d'autres cas, on pourrait se trouver en présence d'actionnaires étrangers de plusieurs nationalités et, par suite, de demandes multiples. Cette remarque ne s'applique qu'au *quantum* de la réparation qui serait due aux divers gouvernements et, une fois que l'on aurait admis le principe de réclamations au nom des actionnaires en de semblables circonstances, il ne serait pas difficile de trouver ensuite les moyens d'éviter la multiplicité des *procédures*, car c'est cela qui importe.

société estime qu'il n'existe pas un intérêt national suffisant pour justifier une intervention de sa part<sup>22</sup>. Dans son état actuel, le droit repose sur l'idée que le gouvernement de la société possède non pas simplement un droit *prima facie* (ce qui serait compréhensible), mais un droit exclusif (ce qui ne l'est pas). Il n'y a aucune raison de principe pour que, si le titulaire présumé d'un droit d'action s'abstient de l'exercer, une autre partie qui a peut-être en fait un intérêt matériel plus important dans l'affaire ne puisse se substituer à lui si le droit en dispose ainsi. Il pourrait certes y avoir des difficultés pratiques; mais cela ne constitue pas une objection sérieuse en l'absence d'obstacle tenant à une nécessité intrinsèque du droit. Qu'un système prévoyant de la sorte un double titre à agir, l'un primaire, l'autre secondaire (ou latent), puisse fonctionner à condition d'être convenablement réglementé, les possibilités d'action reconnues à cet égard aux actionnaires sur le plan interne et qui ont été décrites plus haut semblent bien le démontrer.

\*

25. Il faut par conséquent considérer que le droit international est imparfait et sous-développé dans ce domaine car, alors qu'il retient la règle de l'« hégémonie » de la société et de son gouvernement, il n'offre pas les garanties et les solutions de rechange que le droit privé a instituées pour empêcher que l'hégémonie de la direction de la société ne conduise à des abus. Plus exactement, ce que prescrit le droit et que la Cour ratifie donc nécessairement dans son arrêt (voir les par. 66-68, 77-83 et 93 de ce dernier), c'est une sorte de « politique de l'autruche » consistant à éluder la difficulté en se cachant la tête dans les sables de la fiction: tant que le gouvernement de la société a théoriquement la possibilité d'agir (aussi peu réelle soit-elle), aucun autre gouvernement n'est habilité à le faire. Ainsi le droit autorise ce gouvernement à agiter éternellement devant l'actionnaire étranger la carotte d'une protection hypothétique qui ne sera jamais exercée et invite le malheureux affamé à s'en contenter car, s'il est vrai qu'il ne lui sera jamais permis de la manger, du moins restera-t-elle toujours offerte à sa contemplation<sup>23</sup>! Certes le droit international doit accepter le fait qu'on ne peut ni obliger un gouvernement à agir ni

<sup>22</sup> Telle est ou telle a été la politique bien arrêtée d'un certain nombre de gouvernements. Je ne suis pas convaincu par l'argument selon lequel les personnes qui achètent des actions de sociétés dont la nationalité est autre que la leur doivent être réputées savoir que ce risque existe. A mon avis, cela ne change rien à la question de principe.

<sup>23</sup> Ou comme la nymphe poursuivie par l'éphèbe figé aux flancs d'un vase grec qui inspira à Keats sa célèbre *Ode à une urne grecque* (deuxième strophe, vers 7 à 10 — traduction Laffay):

« Amant hardi, jamais, jamais tu n'auras son baiser,  
Si près du but pourtant; mais ne t'afflige pas;  
Elle ne pourra se flétrir, encore que tu ne goûtes pas ton bonheur.  
A jamais tu l'aimeras et toujours elle sera belle! »

le changer. Mais il n'a pas à accepter comme un fait (et encore moins à édicter positivement) que malgré cela aucun autre gouvernement n'est jamais fondé à agir — que la carotte doit être agitée pour l'éternité et jamais mangée ou que la belle, toujours poursuivie, restera perpétuellement hors d'atteinte (voir la note 23).

\* \* \*

### *L'affaire Nottebohm*

26. Il reste cependant un point d'un ordre tout à fait différent, qui est à mon avis le plus important de ceux que soulève la question de la qualité pour agir de la Belgique: quelle serait la situation si, au lieu d'avoir simplement abandonné l'affaire, le Canada se trouvait en fait dans l'impossibilité de poursuivre son action, en raison d'une incapacité juridique créée par le droit international lui-même qui le priverait du droit d'agir? C'est en effet une chose de voir le droit proclamer, pour le motif qu'un gouvernement aurait un droit d'action exclusif, que, même si le gouvernement en question n'exerce pas ce droit, aucun autre n'est habilité à le faire. Une telle position est peut-être regrettable, pour les raisons que j'ai indiquées; elle est du moins défendable. Mais ce serait une autre chose, et totalement inadmissible, que le droit confère un droit particulier tout en frappant le gouvernement qui en a la jouissance d'une incapacité de l'exercer dans certaines circonstances, et qu'ensuite, lorsque ces circonstances apparaissent et que l'incapacité joue, l'on maintienne la règle de l'exclusivité et l'incapacité qui en découle pour les gouvernements d'autres parties dont l'intérêt est indéniable. L'arrêt adopte implicitement cette attitude car une partie importante de son texte (voir le paragraphe précédent) repose sur l'idée que, tant qu'il demeure *possible* au gouvernement dont relève la société de présenter une réclamation (et cela qu'il le fasse ou non), les actionnaires ne sont pas privés, en *droit* du moins, de toute perspective de protection.

27. Ces considérations revêtent une importance toute particulière si l'on songe à ce que serait en l'espèce le motif d'une éventuelle incapacité du Canada, à savoir — si l'on se fonde sur certaines décisions antérieures et sur divers autres facteurs<sup>24</sup> — qu'il n'existait pas entre le Gouvernement canadien et la Barcelona Traction de lien suffisamment étroit pour donner à ce gouvernement un intérêt pouvant motiver une action judiciaire. En outre un élément essentiel à faire entrer en ligne de compte serait précisément l'absence d'actionnaires canadiens ou de participation cana-

<sup>24</sup> En particulier, la décision de la Cour dans l'affaire *Nottebohm* (fond) (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 et suiv.) et le rapport de la commission d'arbitrage dans l'affaire de *l'I'm Alone* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1614). Le même genre de considérations s'applique à l'utilisation de pavillons de complaisance ou de prétendus sièges sociaux qui ne sont rien d'autre qu'une adresse et une boîte aux lettres, etc.

dienne au capital-actions de la société et le fait que la majeure partie des actions était aux mains de Belges. A mon avis, l'incapacité du Gouvernement canadien, du moins si elle est fondée sur ces motifs, doit en logique et en droit impliquer *ipso facto* la capacité juridique du gouvernement des actionnaires dont le statut non canadien a entraîné cette incapacité.

28. Vu l'importance de cette question et par conséquent la possibilité d'appliquer éventuellement à la situation du Canada la décision rendue par la Cour en l'affaire *Nottebohm*<sup>25</sup>, ce qui aurait manifestement pu avoir une influence sur l'issue de toute cette partie de l'affaire, je considère qu'il n'aurait pas fallu écarter ladite question pour le motif qu'aucune des Parties n'a contesté l'existence d'un droit d'intervention et de réclamation pour le Canada. A mon avis, dans l'exercice de la faculté qu'a la Cour d'agir d'office, les Parties auraient dû être invitées à développer leurs thèses sur ce point et il aurait fallu essayer d'obtenir que le Gouvernement canadien intervienne, au titre de l'article 62 du Statut de la Cour, pour que ses vues soient connues. Si pour diverses raisons pratiques il n'avait pas été possible de le faire durant le cours normal de la procédure orale, les Parties auraient dû, à mon avis, être invitées à revenir ultérieurement plaider cet aspect, éventuellement après un certain délai destiné à permettre un échange de vues écrit. Cela n'a pas été fait; or l'arrêt (voir par. 70 et, d'une manière générale, par. 70-76) non seulement évoque la question mais encore indique la raison pour laquelle la Cour n'a pas cru devoir prendre en considération l'affaire *Nottebohm*: l'absence d'une véritable analogie entre les deux situations, celle de l'affaire *Nottebohm* et celle de la présente espèce. En même temps la Cour conclut en fait, de façon positive, qu'il existe entre le Canada et la Barcelona Traction un lien suffisant pour que le Canada puisse présenter une réclamation s'il le désire et elle parvient à cette conclusion sans examiner les contre-arguments que l'affaire *Nottebohm* pourrait fournir. Dans ces conditions, et sans essayer moi-même de trancher la question au fond, je me sens obligé de dire pourquoi la décision rendue en l'affaire *Nottebohm* a incontestablement un rapport avec cette question, qui est l'une des grandes questions sur lesquelles porte l'arrêt de la Cour, et pourquoi il existe en réalité une analogie frappante entre les deux affaires, de sorte qu'on pourrait très bien considérer que le principe de la décision *Nottebohm* s'applique fort bien à la situation présente.

29. Dans l'affaire *Nottebohm*, dans laquelle le Liechtenstein était demandeur contre le Guatemala, les trois motifs principaux sur lesquels la Cour s'est fondée pour conclure que le Liechtenstein n'avait pas la capacité voulue pour présenter une réclamation au nom de M. Nottebohm ont été les suivants:

- i) la nationalité liechtensteinoise que M. Nottebohm — jusque-là ressortissant allemand — avait acquise par naturalisation im-

<sup>25</sup> Voir la référence dans la note 24 ci-dessus.

médiatement après le déclenchement de la guerre en 1939 était purement artificielle, en ce sens que M. Nottebohm n'était pas animé par un désir réel de s'identifier avec le Liechtenstein et son destin, mais qu'il avait le dessein d'essayer de se dépouiller de son caractère ennemi en acquérant un statut neutre;

- ii) par sa résidence, son domicile et ses affaires, il était en fait rattaché au Guatemala;
- iii) c'était précisément contre le Guatemala que la demande était présentée.

Vu ces circonstances, la Cour a conclu que, bien que M. Nottebohm eût incontestablement la nationalité liechtensteinoise au regard de la loi du Liechtenstein, cette nationalité ne pouvait être considérée comme conférant à cet Etat le droit de présenter une réclamation pour son compte contre le Guatemala<sup>26</sup>. En d'autres termes, que la réclamation de M. Nottebohm n'était pas « opposable » au Guatemala à la requête du Liechtenstein, ce qui signifiait que ce dernier Etat, dans les circonstances particulières de l'espèce, n'avait pas qualité pour agir.

30. Si l'on appliquait ces critères à l'affaire de la *Barcelona Traction*, des arguments très solides permettraient de soutenir que l'on est en présence d'un contexte similaire et même presque identique: la société s'est constituée au Canada non pas pour y faire des affaires (au contraire) mais en raison de certains avantages, fiscaux notamment, que cette situation pouvait lui procurer; la totalité de l'entreprise de la société se trouvait en Espagne où, par l'intermédiaire de ses filiales, se déroulaient toutes ses activités, aucune n'étant exercée ailleurs; enfin, c'est précisément contre l'Espagne que le Gouvernement canadien présenterait sa réclamation s'il décidait d'intervenir. L'analogie est véritablement frappante; si l'on ajoute à cela, dans le cas de la *Barcelona Traction*, la situation des actionnaires — à savoir qu'ils n'étaient pas canadiens, ce qui rend le lien avec le Canada encore plus ténu —, il devient évident qu'il y avait là un point à approfondir, surtout si l'on a raison de penser que le fait de conclure à l'*incapacité* du Canada (à supposer que l'on eût abouti à une telle conclusion<sup>27</sup>) aurait dû entraîner automatiquement la

<sup>26</sup> La Cour a pris grand soin de limiter sa conclusion au cas d'une demande présentée à l'encontre du *Guatemala*. Elle n'a pas posé en principe une incapacité générale du Liechtenstein de présenter une réclamation au nom de Nottebohm, contre tout autre Etat quel qu'il soit. L'eût-elle fait que cela serait pratiquement revenu à reléguer Nottebohm dans la catégorie des apatrides en matière de réclamations internationales.

<sup>27</sup> Il y a bien entendu des arguments contraires — mais qui ne font que souligner la nécessité d'un examen approfondi. On pourrait se demander par exemple si la décision prise dans l'affaire *Nottebohm*, qui renonce au critère certain de la nationalité en faveur d'autres critères moins bien définis, était elle-même justifiée. Voir ce que dit Brownlie de l'affaire *Flegenheimer* dans *The Principles of Public International Law*, (Oxford, 1966, p. 328) (affaire portée devant la Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, *International Law Reports*, 25 1958-I, p. 91) et voir tout le commentaire de la décision rendue dans l'affaire *Nottebohm* que donne Brownlie, *loc. cit.*, p. 334-

reconnaissance de la capacité de la Belgique à présenter une réclamation pour le compte de toute personne ou entité qui, aux dates pertinentes, était en même temps de nationalité belge et actionnaire de la Barcelona Traction.

\*

31. J'ai déjà indiqué (par. 28 ci-dessus) qu'à mon avis la Cour n'était pas dispensée d'examiner ces questions capitales du simple fait que les Parties ne les ont pas soulevées et qu'elles n'ont pas *aux fins de la présente instance* contesté la qualité pour agir du Gouvernement canadien. Il est vrai que dans l'affaire *Nottebohm* la Cour s'est appuyée dans une certaine mesure sur le fait que le Guatemala n'avait jamais admis le droit d'intervention du Liechtenstein, alors qu'il est possible de soutenir que l'Espagne a admis celui du Canada et n'aurait plus le droit de s'y opposer désormais. Cette manière de voir est peut-être juste, mais cela ne me paraît pas aller de soi. En premier lieu, elle repose sur une simple *absence d'objection* de la part de l'Espagne aux *représentations diplomatiques* faites par le Canada pour le compte de la Barcelona Traction il y a une vingtaine d'années; il est pour le moins douteux que cette attitude puisse constituer une *reconnaissance* positive d'un droit canadien à présenter aujourd'hui (le cas échéant) une *réclamation* diplomatique pour le compte de la société, reconnaissance qui serait de nature à interdire formellement à l'Espagne de soulever une exception à ce titre. Dans ce contexte, les représentations diplomatiques — qui n'ont pas forcément à se fonder sur la revendication d'un droit ni à impliquer cette revendication, mais qui sont souvent admises ou reçues en l'absence de toute revendication ou prétention de ce genre — appartiennent à une catégorie d'actes internationaux qui se distinguent de la présentation d'une réclamation formelle devant une juridiction internationale.

32. Ce qui importe davantage c'est que, si une forclusion quelconque devait jouer (ce qui pourrait fort bien se produire) parce que dans le passé l'Espagne n'a pas objecté à l'intervention du Canada, cette forclusion ne pourrait s'appliquer qu'à l'*Espagne* dans une procédure que le *Canada* entamerait contre cet Etat. Elle ne pourrait en aucun cas jouer contre la *Belgique* dans une procédure opposant cette dernière à l'Espagne. Une absence d'objection de la part de l'Espagne présente au moins une certaine importance, à la différence d'une attitude similaire de la Belgique, car l'Espagne avait constamment *intérêt* à s'opposer à l'intervention du Canada s'il existait quelque motif juridique pour ce faire. La Belgique n'avait aucun intérêt semblable; au contraire l'intérêt véritable des actionnaires belges a toujours été que le Canada intervienne pour le

---

347. On peut aussi se demander si, en tout état de cause, cette décision s'appliquerait à des sociétés aussi bien qu'à des individus. Ces questions, et d'autres encore auraient dû être étudiées.

compte de la *société*: c'est précisément le défaut d'une telle intervention depuis 1952 environ qui a placé les actionnaires belges dans la situation où ils se trouvent à présent. Par suite on ne peut déduire aucune conséquence défavorable pour la Belgique du fait que celle-ci n'a pas opposé d'objection à la qualité pour agir du Canada; en l'occurrence on ne pouvait guère s'attendre à ce qu'elle le fasse et elle n'avait pas sujet de le faire dans une procédure où la position de la Belgique était essentiellement (voir par. 46 ci-après) qu'elle avait un droit à faire valoir *indépendamment* d'un droit canadien quelconque. C'était à la Cour, agissant d'office, comme elle en a le pouvoir, qu'il appartenait d'examiner cette question primordiale nonobstant le silence des Parties.

\* \*

33. Toujours à propos de cette partie de l'affaire, il est une autre question qui à mon avis aurait dû être examinée, à savoir si, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la « nationalité » même de la Barcelona Traction en tant que telle ne devrait pas être considérée comme belge et non canadienne. Sur le plan de la doctrine, la question du critère à appliquer pour déterminer le statut national des personnes morales a été abondamment débattue et prête à beaucoup de controverses; s'il paraît préférable (du moins aux fins du droit international public par opposition au droit international privé, ainsi qu'à diverses autres fins) d'appliquer le critère de l'Etat où la société est constituée, il ne fait pas de doute non plus que différents critères sont utilisés pour des objets différents et qu'une certaine fluidité existe encore dans ce domaine<sup>28</sup>. Cela étant, il est certes parfaitement possible de soutenir que les circonstances mêmes qui pourraient conduire à considérer que l'Etat où la société a été constituée n'a pas qualité pour agir — un lien effectif faisant défaut parce que le centre de la propriété, du contrôle et des principaux intérêts commerciaux de la société se trouve ailleurs — pourraient en même temps inciter à penser qu'en pareil cas un critère de nationalité différent devrait être appliqué<sup>29</sup>. La question de la nationalité des sociétés présente encore certains autres aspects sur lesquels mon collègue M. Gros formule des observations extrêmement pertinentes au début de son opinion individuelle.

34. Je suis, bien entendu, parfaitement conscient des difficultés que

<sup>28</sup> Voir Beckett, « Diplomatic Claims in respect of Injuries to Companies », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17 (1932), p. 180-188; Paul De Visscher, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1961, tome 102, p. 446-462; van Hecke, « The Nationality of Companies Analysed », dans *Netherlands International Law Review* (1961), p. 223-239; et Ginther, « Nationality of Corporations », dans *Austrian Public International Law Review*, vol. XVI (1966), p. 27-83.

<sup>29</sup> Ou alors que le critère du droit de présenter une réclamation internationale devrait être le lieu où se situent les intérêts prédominants. A ce propos je souscris (mais *de lege ferenda*) à une grande partie de ce que déclare mon collègue M. Jessup dans les par. 57-70 de son opinion.

présente cette manière de voir et qui n'auraient sans doute pas manqué d'apparaître si les Parties avaient vraiment traité la question. Mon propos est ici d'indiquer la façon dont, à mon avis, les choses auraient dû se dérouler. Les Parties auraient dû être invitées à développer pleinement leurs thèses sur ce sujet. A mon sens, il ne suffisait pas de considérer que, puisque aucune d'elles n'avait contesté la nationalité canadienne de la Barcelona et qu'elles s'étaient toutes deux fondées sur l'idée que la société était canadienne, la Cour n'était pas appelée à envisager autre chose. Une telle attitude peut être parfaitement justifiable de la part de juridictions internes car il existe alors normalement des voies d'appel ou d'autres recours. Elle ne sied pas à la justice internationale, où la possibilité de faire appel ou d'exercer d'autres recours n'existe pratiquement jamais. Dans ce domaine, le principe *caveat actor* risque d'être poussé trop avant lorsqu'il s'agit d'un point qui, loin d'être simplement accessoire, pourrait avoir une importance majeure pour le règlement de l'affaire.

### III

#### CONSIDÉRATIONS D'ÉQUITÉ ET SYSTÈME D'« EQUITY »

35. La conclusion générale à tirer des considérations exposées dans la partie II ci-dessus est que, dans les cas de ce genre, les résultats auxquels aboutit une conception stricte du droit, tel qu'il existe actuellement *de lege lata*, ne sont pas satisfaisants. En n'appliquant que partiellement — application nécessaire et, dans ses limites, justifiée, mais à sens unique — les principes de droit interne touchant à la structure intrinsèque de la personne morale, le droit international risque de créer des situations qui ne peuvent se produire ou du moins ne se produisent pas dans des circonstances analogues sur le plan national ou qui, si elles se produisaient, aboutiraient certainement à un redressement par voie législative. Parce qu'il omet de tenir compte de divers autres principes de droit interne destinés à permettre aux actionnaires soit d'agir dans certains cas où l'action sociale ne peut être ou n'est pas exercée, soit d'influencer ou de modifier les organes directeurs de la société ou leur politique, ou parce qu'il n'en tient compte que dans une mesure assez limitée, le droit international actuel a pour conséquence inadmissible que des intérêts importants peuvent ne bénéficier d'aucune protection et que des actes dommageables aux conséquences éventuellement graves peuvent ne pas même faire l'objet d'une enquête. Comme mon collègue M. Jessup me le rappelle, on lit dans la sentence rendue dans l'affaire des *Indiens Cayuga* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 179):

« On peut invoquer ici les considérations d'équité que les tribunaux n'ont cessé d'invoquer lorsque le strict respect de la personnalité morale d'une société aboutirait à des résultats injustes ... En pareil cas, les tribunaux n'ont pas hésité à chercher, au-delà de la personnalité morale ... quels étaient les bénéficiaires réels. »

Nous sommes donc là dans une situation où s'applique une observation célèbre du président Huber dans l'affaire *Ziat, Ben Kiran*<sup>30</sup>, souvent citée, laquelle mettait en cause une entité ayant la nationalité de l'Etat défendeur. Il s'agissait par conséquent d'un type d'affaire où l'idée qu'une intervention étrangère puisse être admise est à vrai dire beaucoup plus étonnante, théoriquement, qu'elle ne l'est dans une affaire comme celle qui nous occupe. Il y a pourtant une ressemblance et l'observation du président Huber est également à propos ici :

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

Dans le présent contexte, les considérations d'équité dont la Cour fait mention aux paragraphes 92-101 de l'arrêt soulignent la nécessité de traiter de façon moins rigide certains des problèmes de recevabilité en jeu.

36. Cependant la question peut être élargie au-delà des nécessités propres à ce domaine particulier. Comme le disait autrefois Ménignhac en des termes qui sont plus que jamais actuels, « le droit international doit s'appliquer avec équité ». Un certain nombre d'indices montrent depuis peu que, dans la sphère du droit international, on ressent le besoin d'un ensemble de règles ou de principes qui puisse jouer à l'échelon international un rôle analogue à celui que joue, ou du moins jouait à l'origine, le système anglais de l'*equity* dans les pays de *common law* qui l'ont adopté. Statuer sur une affaire selon des *règles d'equity* relevant du système général de droit applicable et rendre une décision *ex aequo et bono* sont deux choses entièrement différentes, ainsi que la Cour l'a indiqué au paragraphe 88 de son arrêt dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord (C.I.J. Recueil 1969, p. 48)* par manière d'introduction aux raisons qui l'ont conduite à fonder en partie sa décision sur des considérations d'équité, comme elle aurait fort bien pu le faire aussi dans la présente affaire. Quoi qu'il en soit, je voudrais profiter de l'occasion qui m'est offerte pour reproduire dans un *Recueil* de la Cour un bref exposé, désormais classique, de la manière dont historiquement la nécessité d'un système fondé sur l'équité s'est fait sentir; il s'agit d'un passage extrait d'un ouvrage<sup>31</sup> couramment utilisé dans le pays où l'*equity* en tant que système juridique est née et dont les termes pourraient presque avoir été choisis en vue de s'appliquer au droit international :

« L'*equity* est ce corps de règles ou de principes qui constitue une annexe ou une glose par rapport aux règles générales de droit.

<sup>30</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 729.

<sup>31</sup> *Snell's Principles of Equity*, 26<sup>e</sup> éd., par R. L. Megarry et F. W. Baker, 1966, p. 5-6.

Elle représente une tentative faite ... par le système ... juridique pour résoudre un problème se posant à tous les systèmes juridiques qui arrivent à un certain stade d'évolution. Pour assurer la marche harmonieuse de la société, il est nécessaire de formuler des règles générales qui s'appliquent assez bien dans la majorité des cas. Tôt ou tard cependant des situations se présentent où, face à un ensemble de faits imprévus, les règles générales aboutissent à une inéquité manifeste. Lorsque cela se produit, la justice exige soit une modification de la règle, soit, si ... la règle ne peut être librement changée, une autre règle ou un autre corps de règles destinées à atténuer la sévérité des règles de droit. »

Il serait difficile de mieux décrire le genre d'impasse où l'on se trouve dans des circonstances comme celles de l'espèce et dont un système fondé sur l'*equity* devrait permettre de sortir: comme l'auteur du passage cité le dit ensuite, l'*equity* ne se distingue pas du droit « en ce qu'elle vise une fin différente car l'une et l'autre ont pour but la justice ». Mais, peut-on ajouter, le droit et l'équité ne peuvent réaliser la justice que si on les laisse se compléter mutuellement.

#### IV

##### LA NATIONALITÉ DES ACTIONNAIRES ET LA CONTINUITÉ DE LA PARTICIPATION

37. Me proposant, dans cette quatrième partie de mon opinion, ainsi que dans la cinquième, d'examiner certaines questions (définies dans la seconde moitié du par. 3 ci-dessus) que la Cour n'a pas eu à *trancher* vu la base sur laquelle elle a fondé son arrêt, je voudrais indiquer quelle portée j'entends donner aux observations qui suivent. Il serait évidemment impossible d'examiner ces questions en faisant totalement abstraction des faits et des circonstances de l'espèce. Mais, bien qu'exprimant l'opinion d'un juge sur les points de droit en cause et peut-être aussi sur certains points de fait, je n'entends pas donner à mes déclarations et conclusions valeur de *jugement* (même si les termes que j'emploie en donnent parfois l'impression). Il s'agit de questions que la Cour a prises en considération mais qu'elle n'a pas eu besoin d'examiner à fond aux fins précises de son arrêt. Si un plus ample débat avait eu lieu au cours du délibéré de la Cour, j'aurais peut-être été amené à changer d'opinion sur certains points et c'est donc sous la forme d'une analyse que je présente ici mes vues.

\* \* \*

A) *Nationalité des réclamations présentées par des actionnaires*

38. La troisième exception préliminaire comportait en fait deux aspects. En premier lieu, il s'agissait de dire si, dans les circonstances de l'espèce, une demande peut être présentée au nom d'actionnaires, quelle que soit leur nationalité. L'arrêt ayant répondu par la négative, le demandeur se trouve de ce fait débouté en totalité. Mais si la réponse avait été affirmative, avant de pouvoir rejeter la troisième exception préliminaire et déclarer la demande recevable (du moins quant à cette exception), il aurait encore fallu établir que son caractère national était celui de l'Etat demandeur. Rappelons ici les deux observations formulées par la Cour permanente et devenues classiques :

« c'est le lien de nationalité ... qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique ... <sup>32</sup> »

et

« 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 droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international <sup>33</sup>. »

Il s'agit vraiment ici d'une question de capacité <sup>34</sup>; en effet, sans le « lien de nationalité » et les effets qu'il entraîne, l'Etat demandeur n'aurait pas la qualité voulue pour intervenir et pour introduire une réclamation, car il ne saurait alors prendre « fait et cause pour l'un [de ses ressortissants] », en la personne desquels seulement il peut « fai[re] valoir son droit propre ... de faire respecter ... le droit international ».

39. En l'espèce, cela supposait la nécessité d'établir que les personnes privées intéressées étaient, à toutes les dates déterminantes et avec le degré de continuité nécessaire, à la fois a) belges et b) actionnaires de la Barcelona Traction. Il fallait notamment examiner: i) s'il suffisait que l'actionnaire fût une *société* ayant la nationalité belge en raison du lieu où elle s'était constituée, ou s'il était en outre nécessaire d'établir que les

<sup>32</sup> Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16.

<sup>33</sup> Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12. Le passage cité a été repris en termes presque identiques dans la décision rendue en l'affaire *Panevezys*, *loc. cit.*

<sup>34</sup> Comme on l'a déjà fait observer dans la note 2 (première partie), l'élément de la troisième exception préliminaire qui est traité dans l'arrêt de la Cour ne vise pas vraiment la question de la capacité de l'Etat requérant, ni celle de la recevabilité de la demande, mais soulève un point de fond: les actionnaires ont-ils des droits quelconques quant au fond lorsque c'est la société en tant que telle qui est lésée? En revanche, lorsqu'il s'agit d'établir la nationalité et la qualité d'actionnaire des parties privées intéressées, ce sont véritablement la capacité de l'Etat requérant et la recevabilité de la demande qui sont en cause.

*actionnaires* individuels de cette société étaient également belges, ou du moins qu'ils l'étaient en majorité; ii) si le *beneficial owner* d'actions détenues en fait par des *nominees* ou des *trustees* de nationalité autre que belge, qui jouissaient provisoirement du *legal ownership*, pouvait encore être considéré comme « actionnaire » tant que durait cette situation, et si, dans la négative, cette situation n'a pas entraîné une interruption du « titre à présenter une réclamation » de nature à faire perdre à son détenteur privé, et par conséquent à son gouvernement, toute qualité pour agir; enfin iii) quelles étaient les dates déterminantes auxquelles la qualité d'actionnaire et la nationalité nécessaires devaient exister et si elles existaient en fait auxdites dates. Il est clair cependant que je dois me borner ici à n'examiner que les points qui présentaient en l'espèce une importance particulière.

\* \*

1) *Charge de la preuve, question du quantum, etc.*

40. Il a naturellement été soutenu du côté espagnol que des présomptions quant à la propriété d'actions, si fortes soient-elles, ne suffisent pas, et que l'existence de cette propriété doit être prouvée de manière positive. Cette affirmation est sans conteste exacte en principe, mais elle appelle certaines réserves eu égard aux circonstances de l'espèce. Il n'y a jamais eu aucun doute réel sur l'existence, au cours des années, et probablement depuis 1920 au moins, d'une participation belge substantielle au capital social de la Barcelona Traction ou du moins d'importants intérêts belges dans cette société. Les points prêtant à contestation étaient autres: a) s'agissait-il d'intérêts d'actionnaires au sens strict ou plutôt d'un simple *beneficial interest* concernant des actions dont le *legal ownership* était aux mains de non-Belges? b) quelle était l'importance des intérêts en cause? atteignaient-ils les 88 pour cent revendiqués du côté belge? c) existaient-ils aux deux dates cruciales — celle de la déclaration initiale de faillite prononcée contre la Barcelona Traction en Espagne et celle de l'introduction de l'instance devant la Cour — et non pas seulement avant ou après chacune de ces deux dates ou l'une des deux?

41. L'argumentation présentée a perdu une grande partie de sa pertinence du fait qu'elle n'a pas distingué nettement deux questions: d'une part, existait-il en principe un motif de réclamation; d'autre part, à supposer que ce motif existât et que le bien-fondé de la réclamation fût prouvé, quel devait être le *quantum* des dommages-intérêts ou de la réparation à allouer à l'Etat demandeur? En théorie, il suffisait d'établir qu'une seule personne physique ou morale avait, aux dates qui importent, à la fois la qualité d'actionnaire de la société et la nationalité de l'Etat demandeur pour que cet Etat eût, en principe, le droit de présenter une réclamation, puisque la validité de cette réclamation — son fondement juridique intrinsèque — ne saurait dépendre de son importance quantitative

déterminée par le nombre d'actionnaires ou le montant des intérêts financiers en jeu. Ce montant ne saurait, en droit, influencer que sur le *quantum* de la réparation ou des dommages-intérêts dus au cas où la demande serait reconnue fondée<sup>35</sup>. Sans véritablement renverser la charge de la preuve, cette situation amène à l'envisager dans une optique différente, car on peut alors penser qu'il est certaines circonstances où, dans des réclamations de ce genre, le seul moyen pour l'Etat défendeur de contester valablement la qualité pour agir du demandeur serait de faire ressortir que l'existence ne fût-ce que d'un seul actionnaire certain ayant la nationalité de ce dernier n'a pas été prouvée, et que rien ne permet raisonnablement de la présumer. C'est précisément le genre de situation qui se présente si, comme en l'espèce, la partie demanderesse possède depuis de longues années ce que l'on pourrait appeler un « intérêt historique » dans l'affaire, dont l'existence est et a toujours été notoire, les deux parties ayant agi constamment en conséquence, intérêt qui est implicitement reconnu et n'a guère donné lieu à contestation, du moins formellement, jusqu'à l'ouverture d'une procédure judiciaire internationale. Il est quasiment impossible de ne pas déduire de pareilles circonstances qu'il existe des intérêts privés substantiels appartenant à l'Etat en question. Mais, comme on va le voir (au par. 43 ci-après), la question ne dépend nullement de simples déductions ou présomptions.

42. En l'espèce, l'effort auquel on s'est livré pour démontrer que la nationalité belge des actions n'avait pas été établie a pris une forme particulière, consistant moins à nier l'existence ou la preuve de l'existence d'une quelconque participation belge qu'à soutenir que la participation apparemment ou prétendument belge n'avait pas le caractère requis. Il importe ici de relever que les actions de la société Barcelona Traction sont divisées en trois grandes catégories: les actions au porteur, les actions nominatives (c'est-à-dire autres qu'au porteur) inscrites au nom de diverses personnes physiques et morales en dehors d'une société de statut belge désignée par le sigle Sidro<sup>36</sup>, et enfin les actions inscrites au nom de cette même Sidro, société dont le principal actionnaire est une autre société constituée et ayant son siège en Belgique, la Sofina<sup>37</sup>. Comme cette dernière catégorie — que, par commodité, l'on appellera la participation Sidro-(Sofina) — comprenait près des deux tiers de la totalité des actions émises par la Barcelona Traction et environ les cinq huitièmes des actions qui auraient été détenues par des Belges, le seul problème pratique qui se pose, d'après le principe selon lequel « un seul actionnaire » suffit, consiste à se prononcer sur le caractère et le statut de la participation Sidro-(Sofina). Par contre le statut des autres actions

<sup>35</sup> Dire que, dans la pratique, un gouvernement ne présenterait généralement pas de réclamation dans un cas de ce genre si les intérêts en jeu n'étaient pas substantiels est évidemment sans rapport avec le fond de l'argumentation exposé ici.

<sup>36</sup> Société internationale d'énergie hydro-électrique, S.A.

<sup>37</sup> Société financière de transports et d'entreprises industrielles, S.A.

— actions au porteur et actions nominatives autres que celles détenues par la Sidro — serait une question secondaire qui, sauf pour ce qui est du *quantum* des dommages-intérêts, ne prendrait de l'importance que si l'on parvenait à établir que la participation Sidro-(Sofina) ne possédait pas le statut et le caractère voulus pour pouvoir, en soi, servir de fondement à une demande belge. C'est donc sur cette question que je vais me pencher à présent. Son aspect est double: premièrement, quel était et quel est le véritable caractère national de la Sidro-(Sofina)? deuxièmement, cette entité était-elle, aux dates pertinentes, le véritable actionnaire?

\* \*

## 2) Statut de la Sidro-(Sofina)

43. Même s'il n'y avait pas d'autre moyen de l'établir, le fait que la Sidro-(Sofina) était initialement propriétaire de plus d'un million d'actions nominatives de la Barcelona Traction (inscrites au nom de la Sidro), soit plus de la majorité du capital-actions de la Barcelona Traction, est prouvé de façon concluante si l'on constate qu'en 1939, en prévision de la guerre, la Sidro a transféré la totalité de ces actions, en bloc, à une firme américaine de courtiers, en tant que *nominees*, puis à une société américaine de *trustees* connue sous le nom de Securitas Ltd. et, après la fin de la guerre, à une autre firme américaine de *nominees*, qui les a finalement retransférées à la Sidro<sup>38</sup>. Puisque *nemo dare potest quod non habet* et que la validité de ces transferts n'a jamais été contestée (c'est même sur le postulat de cette validité que repose l'argumentation espagnole concernant cette partie de l'affaire), il s'ensuit que, du moins à l'origine, la Sidro-(Sofina) devait bel et bien avoir été actionnaire de la Barcelona Traction. On allègue toutefois que, par ces transferts, la Sidro-(Sofina), tout en conservant en droit le *beneficial interest* des actions, en a perdu le *legal ownership*, qu'elle a en fait cessé d'être effectivement actionnaire, de sorte qu'à partir de ce moment et jusqu'à ce que les actions soient finalement retransférées à la Sidro (mais ce transfert, prétend-on, ne serait intervenu qu'après la date critique essentielle<sup>39</sup>, les actionnaires de la Barcelona Traction n'étaient pas belges pour ce qui est de ce groupe d'actions, lequel ne saurait donc servir aujourd'hui de base à une réclamation belge. Ce point fera l'objet des paragraphes 48 à 59 ci-après. Pour l'instant, j'examinerai la première question indiquée à la fin du paragraphe 42 ci-dessus, celle du véritable caractère national de la Sidro-(Sofina).

\*

<sup>38</sup> Il semble donc que, pendant la période de la Securitas (voir à ce sujet les par. 55-59 ci-après) les *nominees* aient détenu les actions pour le compte de cette société et non pour celui de la Sidro-(Sofina).

<sup>39</sup> Soit le 12 février 1948, date à laquelle la société Barcelona Traction a été initialement déclarée en faillite par un tribunal espagnol. La question de la date du préjudice subi par la société soulève certaines difficultés étant donné que ce préjudice a mis plusieurs années à se matérialiser complètement. Toutefois, je partage l'avis exprimé par M. Jessup au par. 75 de son opinion individuelle.

44. Personne n'a jamais soutenu que la Sidro et la Sofina fussent autre chose que des sociétés belges en ce sens qu'il s'agissait de sociétés constituées conformément à la loi belge, ayant leur siège social en Belgique et donc, selon les critères les plus généralement reçus<sup>40</sup> et qui ne sont contestés par aucune des Parties, de sociétés possédant la nationalité belge. L'objection avancée — objection curieuse de la part de l'Espagne — est que, bien que la Sidro-(Sofina) fût de statut belge, on aurait pu constater, en levant le voile social, que les *actionnaires* de la Sidro-(Sofina) elle-même étaient en grande partie non belges. On a soutenu que cette affirmation était pertinente à deux égards; en particulier elle révélait l'inconsistance, en dernière analyse, de l'argument belge selon lequel les économies d'une multitude d'humbles épargnants belges, canalisées au profit de la Barcelona Traction par l'intermédiaire de la Sidro-(Sofina), auraient souffert du traitement infligé à la Barcelona Traction par l'Espagne; en effet, a-t-on allégué du côté espagnol, la Sidro-(Sofina) recouvrait des intérêts qui n'étaient pas belges ou du moins dont le caractère belge n'avait pas été établi.

45. Je n'estime pas nécessaire d'examiner l'affaire sous cet angle particulier car l'argument belge selon lequel il aurait été porté préjudice aux économies de centaines de petits actionnaires belges, vu leur participation à la Sidro-(Sofina), concerne dans une large mesure l'aspect moral plutôt que l'aspect juridique du problème. Sur le plan du droit, la question essentielle est autre: il s'agit de savoir si, le statut belge que sa constitution conférait à la Sidro-(Sofina) étant établi et incontesté, il existe cependant des raisons valables de soutenir qu'il faut lever le voile social pour déterminer le caractère des intérêts qui, en fin de compte, se dissimulent derrière ce voile. Il semble bien que, si quelqu'un pouvait adopter une telle attitude, ce ne serait certainement pas l'Espagne et qu'il lui est même interdit de le faire. En effet, c'est précisément l'Espagne qui, à propos de la Barcelona Traction, affirme que la nationalité canadienne que possède cette société *en vertu de sa constitution* est décisive et qu'on ne saurait lever le voile social pour tenir compte de la participation non canadienne qu'il recouvre — ce qui paradoxalement<sup>41</sup> n'a pas empêché l'Espagne de vouloir lever ce voile dans le cas de la Sidro-(Sofina), mais non dans celui de la Barcelona Traction. Pourquoi cette tentative?

46. Le raisonnement était le suivant: c'est la *Belgique* qui n'a pas le droit de s'opposer à ce qu'on lève le voile de la Sidro-(Sofina), parce que c'est elle, précisément, qui a soutenu, à l'égard de la Barcelona Traction, qu'il fallait lever le voile social pour mettre au jour les véritables intérêts belges dans cette société. Mais, à ce point du raisonnement, il devient clair que les thèses en présence s'annulent, tout comme en mathématiques moins par moins égale plus, et qu'elles ne tranchent pas

<sup>40</sup> Voir note 14 dans la première partie.

<sup>41</sup> Mais ce n'est qu'un des nombreux cas où on ait « joué sur les deux tableaux » dans cette affaire fertile en paradoxes.

la question objective de la légitimité de la levée du voile, et des circonstances où elle peut s'opérer. Supposons néanmoins qu'un argument procédant purement et simplement du *tu quoque* puisse avoir quelque valeur dans la mesure où il justifierait une sorte de forclusion. La Belgique doit donc, nous dit-on, concéder ce qu'elle-même prétend faire admettre : puisqu'elle soutient que la nationalité canadienne de la Barcelona Traction n'est pas déterminante, elle doit de même admettre que la nationalité belge apparente de la Sidro-(Sofina) n'est pas une preuve déterminante du véritable caractère de cette entité, caractère qu'il est donc nécessaire d'établir par référence aux détenteurs effectifs de son capital social. Il me semble qu'en raisonnant ainsi on interprète mal la position du Gouvernement belge, laquelle ne revient aucunement à nier la nationalité canadienne de la société Barcelona Traction ni le droit qu'ont la société et son gouvernement de présenter une réclamation, mais consiste simplement à affirmer (en l'absence d'une telle réclamation) l'existence au profit de la Belgique d'un droit « parallèle » d'intervenir au nom de tous ceux des actionnaires qui sont belges. S'il y a parmi ces actionnaires des sociétés possédant la nationalité belge en vertu de leur constitution, la Belgique prétend avoir le droit de présenter une réclamation en leur nom en tant qu'elles sont actionnaires de la Barcelona Traction. D'après cette thèse du « droit parallèle », ce que la Belgique se verrait obligée de concéder est quelque chose de très différent de ce qui ressort de la thèse espagnole. S'il apparaît que la majeure partie de la participation au capital social de la Sidro-(Sofina) elle-même n'est pas belge, la Belgique ne se trouvera pas pour autant privée du droit de formuler une réclamation pour le compte de cette société en tant qu'entité, car elle n'oppose aucune prétention de ce genre au droit du Canada d'intervenir au nom de la Barcelona Traction, malgré le caractère non canadien des participations au capital de cette société. Ce que la Belgique *devrait* concéder, et elle n'aurait vraisemblablement pas de difficulté à le faire, c'est que si elle *refusait* d'intervenir au nom de la Sidro-(Sofina) (par exemple à cause de l'existence d'intérêts non belges dans cette société, tout comme il se peut que le Canada n'intervienne pas en faveur de la Barcelona Traction en raison de l'existence d'intérêts non canadiens), il deviendrait *alors* légitime, selon la thèse du « droit parallèle », que *d'autres* gouvernements encore — ceux des actionnaires non belges de la Sidro-(Sofina) — présentent une réclamation au nom de *ces* actionnaires, au cas où la Belgique n'interviendrait pas au nom de cette société en tant que telle. C'est là que se trouve la véritable analogie, et c'est seulement en ce sens et dans de telles circonstances que la position de la Belgique au sujet de la Barcelona Traction l'obligerait à admettre la levée du voile de la Sidro-(Sofina).

47. Quant à savoir si la thèse belge du « droit parallèle » est fondée en droit, c'est là bien entendu une question entièrement différente. Suivant l'arrêt de la Cour (auquel je m'associe *de lege lata*), elle ne l'est pas. Mais dans les limites de ses prémisses, le raisonnement est parfaitement logique et absout la Belgique de toute accusation d'incohérence lorsqu'elle

revendique le droit d'intervenir au nom de la Sidro-(Sofina) en tant qu'entité ayant la nationalité belge en vertu du lieu où elle s'est constituée, quels que soient les éléments qui la composent. Le résultat est donc le même sous quelque angle que l'on envisage la question : à partir du moment où une demande présentée au nom d'actionnaires est recevable, une demande belge en faveur de la Sidro-(Sofina) l'est aussi. En effet, la position fondamentale de l'Espagne est qu'on ne peut jamais lever le voile d'une société en dehors de certaines circonstances exceptionnelles dont l'existence n'est pas admise en l'espèce, tandis que la Belgique soutient que le voile peut être levé lorsque le gouvernement de la société refuse d'intervenir en son nom. Or le Gouvernement belge, dont relève la Sidro-(Sofina), ne refuse pas d'intervenir au nom de cette entité, si bien que, là non plus, il n'y a pas lieu de percer la façade sociale.

\* \*

### 3) *La question des nominees, trustees, etc.*

48. La seconde offensive importante contre la situation des sociétés Sidro-(Sofina) en tant que propriétaires de la majeure partie des actions de la Barcelona Traction ne tendait pas à contester la nationalité belge de ces entités mais à leur refuser la qualité d'actionnaires de la Barcelona Traction. Il a été souligné que pendant certaines périodes, et notamment aux dates qui importent pour établir la validité de la réclamation belge, les actions de la Sidro-(Sofina) étaient en possession de *nominees* ou *trustees* de nationalité américaine. Le fait n'est pas contesté. Pour l'Espagne, il a eu pour résultat que, tout en conservant le *beneficial ownership*, ou le *beneficial interest*, des actions la Sidro-(Sofina) a cessé d'en être le *legal owner* ou plutôt a cessé d'être le véritable *actionnaire*. Par conséquent, au moment où le droit à réclamation de la Belgique serait né — c'est-à-dire à la date où le préjudice allégué a été infligé à la Barcelona Traction — les actionnaires n'étaient pas belges, mais américains et, partant, le lien de nationalité postulé par la Cour permanente (voir par. 38 ci-dessus) comme indispensable pour fonder un droit de réclamation n'existait pas en ce qui concerne la Belgique, ou du moins n'existait pas pour ce qui est de ce paquet d'actions <sup>42</sup>.

49. Cette assertion de l'Espagne est liée en partie à la question de la continuité : le transfert des actions à des *nominees* ou *trustees* non belges aurait interrompu, à un moment crucial, la continuité de la propriété ou du statut belge. La section B ci-après contient certaines observations sur la condition de continuité requise pour les réclamations internationales : j'y indique notamment que les droits qui fondent la réclamation

<sup>42</sup> Pour ce qui est des autres actions, c'est-à-dire les actions au porteur et les actions nominatives autres que celles qui étaient inscrites au nom de la Sidro-(Sofina), l'Espagne a affirmé que leur prétendue nationalité belge reposait sur des présomptions et n'avait pas été prouvée.

doivent avoir « appartenu » à un ressortissant de l'Etat réclamant non seulement au moment où s'est produit l'acte dénoncé mais aussi, et sans interruption, jusqu'à la date où la réclamation internationale a été introduite et l'instance engagée (et même à strictement parler, selon certains, jusqu'à la date du jugement ou de la sentence). Pour le moment, je me bornerai à examiner quel effet l'on est fondé à attribuer, à propos d'une réclamation comme celle-ci, au transfert d'actions à des *nominees* étrangers, ou à des *trustees* étrangers, selon le cas. Dans l'une ou l'autre éventualité, celui qui a transféré les actions est-il dépouillé par là de sa qualité d'actionnaire aux fins de la réclamation, et son gouvernement est-il en conséquence privé du droit d'introduire une réclamation en son nom (à supposer qu'il le possède à d'autres égards)?

50. Il convient de noter tout d'abord que, d'après la position constamment prise par la Belgique en l'espèce — à savoir qu'il faut aller au-delà des apparences formelles —, la question de la nature de l'intérêt acquis par les *nominees* ou *trustees* américains est sans pertinence puisque en tout état de cause c'est la Sidro-(Sofina) qui a conservé le *beneficial ownership* ou *beneficial interest* des actions (ce qu'aucune des Parties ne conteste) et que, selon la thèse belge, ce seul fait suffit à fonder une demande belge. De plus, la Partie belge soutient que de toute manière le transfert n'a nullement eu pour effet de dépouiller la Sidro-(Sofina) de sa qualité d'actionnaire, et c'est cet aspect du problème que je me propose d'aborder maintenant.

\*

51. Je n'ai pas besoin d'exposer ici les faits relatifs au transfert des actions nominatives de la Sidro au nom de *nominees* américains et au nom de la société de *trustees* Securitas Ltd., si ce n'est pour dire que le but de cette opération était manifestement (en prévision des hostilités et de l'occupation probable) d'éviter qu'elles ne tombent aux mains de l'ennemi. Les diverses opérations effectuées sont expliquées en détail dans les paragraphes 90 et suivants de l'opinion individuelle de M. Jessup — et quoique je n'arrive pas aux mêmes conclusions que lui quant à l'effet du transfert au nom de la Securitas je peux souscrire à son exposé des faits. J'examinerai en premier lieu la question de l'effet du transfert des actions au nom de *nominees*.

\*

#### a) *Les nominees*

52. Selon la thèse espagnole, le transfert des actions au nom de *nominees* aurait eu pour résultat d'investir ceux-ci du *legal ownership*; en outre ce résultat n'aurait pas été modifié par la situation juridique propre au *nominee*, dont le titre de propriété est, en droit, soumis à diverses conditions: il ne peut rien faire, au sujet des actions, si ce n'est sur instructions

du propriétaire « réel »; mais il est tenu de se conformer à ces instructions, etc. Cela, nous dit-on, ne change rien au fait que c'est le *nominee* qui est inscrit sur les livres de la société comme étant, en nom, le propriétaire des actions, de sorte que, s'il est l'actionnaire nominatif, on peut se demander comment quelqu'un d'autre pourrait l'être aussi. Un argument sur lequel on a insisté de plus en plus au cours de la procédure orale est que la véritable question n'était pas de savoir à qui « appartenaient » les actions ou qui en était « propriétaire », mais plutôt qui était l'« actionnaire » ou qui était inscrit comme tel; je pense toutefois avec M. Jessup (voir par. 99 et suiv. de son opinion) que cette distinction est artificielle. Si le *nominee* était vraiment l'« actionnaire », il serait habilité à exercer les droits normaux d'un actionnaire, ce qui n'est pas le cas: le droit lui interdit même expressément de les exercer. Il a en fait une sorte de statut intermédiaire, en ce sens qu'il n'est que l'instrument par lequel la personne qui est censée ne plus détenir que le *beneficial ownership* continue en réalité à exercer tous les droits du *legal ownership*. Témoin les principes ci-après, consacrés par le droit anglo-américano-canadien (auquel on doit l'institution du *nominee*), qui n'ont pas été contestés et qui ont même été reconnus du côté espagnol:

- i) l'actionnaire peut librement céder ses actions: le *nominee* ne peut le faire qu'avec le consentement du *beneficial owner* (qui est en fait son « commettant »)<sup>43</sup> et sur ses instructions;
- ii) aux assemblées générales, l'actionnaire peut exercer son droit de vote comme il l'entend; le *nominee* est obligé de voter selon les instructions de son commettant;
- iii) l'actionnaire a le droit de percevoir tout dividende déclaré; le *nominee* doit remettre le dividende au commettant, lequel acquitte également l'impôt dont il est passible;
- iv) les actions détenues par le *nominee*, en qualité de *nominee*, ne figurent sur aucun inventaire de ses avoirs;
- v) le commettant peut ordonner au *nominee* de prendre toutes mesures nécessaires pour la protection des actions et, dans certains systèmes de droit, il peut lui-même ester en justice à cette fin;
- vi) le commettant peut à tout moment remplacer le *nominee* ou mettre fin à ses fonctions, en lui ordonnant de faire procéder aux modifications voulues sur le registre des actionnaires de la société — (on peut ajouter à cela que, s'agissant des transferts effectués par la Sidro, aucun droit de mutation n'était exigible en vertu de la loi applicable parce qu'aucun changement de propriété n'était censé intervenir).

---

<sup>43</sup> Bien entendu, il n'y a pas à proprement parler de relations de mandat, mais le terme *commettant* est utile ici et semble se justifier si l'on envisage la situation d'un point de vue concret.

53. Par conséquent, même si, comme on l'a soutenu, il faut, pour examiner cette question se demander non pas qui est le « propriétaire » des actions, mais qui en est le titulaire (*holder*), la seule conclusion possible est que le véritable titulaire (*shareholder*) reste à tout moment le commettant, le *nominee* n'étant actionnaire qu'en nom seulement, c'est-à-dire que, comme le terme même de *nominee* l'indique, son rôle est purement nominal. Il n'exerce pas de contrôle réel sur les actions, ce contrôle demeurant l'apanage du commettant dont le *nominee* est tenu de suivre les instructions. Il s'ensuit que, à part le fait qu'il dissimule l'identité du propriétaire véritable (et c'est là une des principales raisons d'être du système des *nominees*), le *nominee* n'est actionnaire que pour donner effet aux instructions de son commettant — de sorte que, lorsqu'il y a transfert d'actions à un *nominee*, le contrôle exercé sur les actions ne change pas de mains; ce qui change, c'est la façon dont ce contrôle s'exerce. Il n'y a là guère plus qu'un mécanisme. Il s'ensuit également que si, à quelque fin que ce soit, le *nominee* devait établir l'existence d'un lien « effectif » entre lui-même et les actions, c'est-à-dire d'un lien qui ne consiste pas simplement dans le fait que les actions sont inscrites à son nom, il lui serait impossible de parvenir à ce résultat en satisfaisant toutes les règles acceptées dans d'autres domaines quant à ce qui constitue un tel lien.

54. D'autre part, la comparaison que l'on fait parfois entre la situation d'un *nominee* et celle d'un *trustee* est très trompeuse mais, pour cette raison même, très révélatrice: en effet, un *trustee* a de véritables droits sur le bien qui lui est confié en dépôt, droits qu'il peut faire valoir *même à l'encontre du bénéficiaire du trust*. Sous réserve des dispositions expresses de l'acte de *trust* et du droit général des *trusts*, non seulement le *trustee* n'a nullement l'obligation d'agir selon les instructions du bénéficiaire (*cestui que trust*) ou de se conformer à ses directives, mais encore il est souvent juridiquement tenu *de ne pas le faire* et d'agir fort différemment de ce que veut le bénéficiaire. Celui-ci peut agir en justice pour contraindre le *trustee* à respecter les conditions du *trust* mais, dans ces limites et dans celles des dispositions pertinentes du droit des *trusts*, le *trustee* est totalement indépendant et libre d'agir à sa guise.

\*

#### b) *Securitas Ltd.*

55. Cela m'amène à la question du transfert des actions de la Sidro-(Sofina) opéré en faveur de la Securitas, en vertu des divers *Trust Deeds* dont M. Jessup fait état dans son opinion. Logiquement, suivant le point de vue que je viens d'exprimer au paragraphe 54, je devrais considérer (comme il le fait) que le transfert des titres à la Securitas a effectivement conféré à celle-ci le *legal ownership*, la Sidro-(Sofina) ne gardant que le *beneficial interest*, d'autant que l'objet même de l'opération était de

mettre la Securitas en mesure de pouvoir légalement *refuser* de se conformer aux instructions de la Sidro-(Sofina) *elle-même* si les *trustees* jugeaient que ces instructions avaient été données sous la pression de l'ennemi. En outre, comme M. Jessup le fait observer, il n'a été produit, en dépit de demandes répétées, aucune preuve positive de ce que la relation de *trust* ait pris fin avant la date cruciale du 12 février 1948 (date de la première des mesures qui devaient aboutir à dépouiller la Barcelona Traction de ses intérêts espagnols), bien qu'elle ait apparemment pris fin à peine deux ou trois mois plus tard, au moment où, à la demande de la Sidro, la Securitas envoya les certificats d'actions qu'elle avait reçus en dépôt à la firme de *nominees* du New Jersey qui les détint ensuite pour la Sidro-(Sofina). Dès lors, en l'absence de preuve contraire, on devra présumer que les actions étaient encore la propriété d'Américains et non de Belges à la date cruciale du 12 février 1948.

56. Cependant, même si l'on est de ceux qui pensent que l'opération Securitas a eu pour effet de priver provisoirement la Sidro-(Sofina) de sa qualité d'actionnaire de la Barcelona Traction (ce qui n'est pas mon avis, pour des raisons que j'indiquerai), il me semble que la situation a radicalement changé vers le milieu de 1946 — ou peu après — soit un peu plus d'un an après la fin de la guerre en Europe. Si les *Trust Deeds* conclus avec la Securitas n'ont, comme le dit M. Jessup, jamais été produits au cours de l'instance, ils ont été précédés dans le temps, du moins quant à l'entrée en vigueur, par quelque chose qui a été produit, à savoir un contrat de *custodian* entre la Sidro et la Securitas, daté du 6 septembre 1939 (la guerre ayant alors éclaté mais ne s'étendant pas encore à la Belgique), contrat qui figure à l'appendice 2 à l'annexe 3 du mémoire belge en cette affaire. Il ressort tout à fait clairement des termes de ce contrat que son seul objet était de mettre matériellement à l'abri les titres sur lesquels il portait et qu'il n'affectait en rien la qualité d'actionnaire de la Sidro, à la différence du résultat produit plus tard par les deux *Trust Deeds*, dont l'un était également daté du 6 septembre 1939 mais, de toute évidence, ne devait prendre effet qu'au moment où la Belgique serait véritablement touchée par la guerre, l'autre étant daté de février 1940. *A cause de sa probabilité intrinsèque*, je ne vois pas de raison de mettre en doute l'affirmation belge selon laquelle ces *Trust Deeds* ne devaient entrer en vigueur qu'au cas et à partir du moment où la région de Bruxelles serait occupée par l'ennemi; alors seulement, en effet, il existerait un danger de voir l'ennemi faire pression pour obtenir que les actions lui soient remises. Peu importe également, à mon avis, que les modifications apportées au premier *Trust Deed* par le second n'aient jamais été révélées. Je ne vois aucune raison de mettre en doute l'assurance donnée par la Belgique à ce sujet, à savoir qu'il s'agissait de modifications de caractère technique, destinées à tenir compte de certaines lois belges du temps de guerre, qui venaient d'être adoptées, ce qui là encore me paraît en soi probable. Mais le point n'a pas vraiment d'importance car, pour le moment, nous sommes de toute façon en train de « supposer le pire », c'est-à-dire qu'à eux

deux ces *Trust Deeds* ont bien transféré en quelque sorte le *legal ownership* des actions à la Securitas pour la durée de la guerre.

57. Cela m'amène au troisième élément intéressant la question qui soit *intrinsèquement probable*, à savoir que les *Trust Deeds* auraient (comme la Belgique l'affirme) contenu une disposition stipulant que la situation qu'ils créaient prendrait fin dès qu'un certain délai convenu se serait écoulé après la fin de la guerre; effectivement, on a du mal à croire que, même pour éviter une saisie par l'ennemi, la Sidro-(Sofina) aurait signé un acte lui ôtant tout contrôle futur sur ses actions sans quelque garantie de rétrocession ultérieure. Qu'une telle disposition ait existé et qu'elle ait dûment produit ses effets pendant le deuxième semestre de 1946 me semble en vérité, même si l'on fait abstraction de sa probabilité intrinsèque, pouvoir être raisonnablement déduit des faits cités par M. Jessup au paragraphe 92 de son opinion. D'où le changement de situation que j'ai mentionné au début du paragraphe 56 ci-dessus, à savoir que la société Securitas — qui, dans une lettre à la Sidro du 14 avril 1947, parlait d'elle-même comme ayant, depuis le 31 décembre 1946, détenu les actions « en garde ... pour votre compte » (langage qui n'est pas celui d'un *trustee*) — a retrouvé à ce moment son statut initial de simple *custodian*, la Sidro-(Sofina) redevenant le *legal owner* et le véritable actionnaire — (le fait que les actions étaient encore inscrites au nom de *nominees* est sans pertinence pour les raisons indiquées aux paragraphes 52 à 54 ci-dessus). Si cette façon de voir est juste, les actions appartenaient donc, là encore, à des Belges à la date cruciale du 12 février 1948. Il y aurait bien eu une solution de continuité de 1939 à 1946 dans le statut même de ces actions mais, étant antérieure à toute date susceptible d'être considérée comme cruciale, cette solution de continuité serait sans conséquence.

58. Force est d'admettre qu'en l'absence des instruments pertinents la conclusion qui précède ne peut être qu'une conjecture. Mais c'est, je crois, une conjecture raisonnable, qui est justifiée par les faits dont on a connaissance et dont le bien-fondé paraît probable. Bien sûr, les *Trust Deeds* constitueraient, si on les produisait, ce que le *common law* appelle la « meilleure » preuve et, sauf si l'on pouvait établir qu'ils ont été perdus ou détruits, une juridiction interne n'admettrait sans doute pas une preuve moins formelle de leur contenu. Mais les tribunaux internationaux ne sont pas liés par des règles aussi strictes, dont beaucoup ne conviennent pas à des litiges entre gouvernements. Dire que si les *Trust Deeds* n'ont pas été produits c'est qu'ils contenaient des éléments préjudiciables à la cause belge, est une conclusion qui ne s'impose nullement. Des documents établis en prévision de la guerre et dans la situation où se trouvaient à l'époque des pays comme la Belgique pouvaient fort bien contenir des dispositions ou employer une phraséologie qu'un gouvernement hésiterait à divulguer maintenant, parce que près de trente ans se sont écoulés ou pour toute autre raison. Tout bien pesé et eu égard à ce qui semble être une présomption très raisonnable quant à la manière dont les choses ont

dû se passer, la Belgique devrait à mon avis se voir accorder le bénéfice du doute.

\*

59. Cela m'amène à un point plus important à mes yeux qu'aucun de ceux qui ont été évoqués jusqu'ici à ce propos. Selon moi, des instruments élaborés dans des circonstances exceptionnelles, en vue de protéger des biens devant la menace d'une guerre et d'un ennemi singulièrement rapace (je veux parler bien entendu du Reich nazifié et non de l'Allemagne ou des Allemands dans des circonstances normales), ne peuvent être considérés du même œil que des actes conclus à d'autres époques et dans le cours habituel des choses. Un tribunal international devrait assurément se garder de tomber dans cette erreur. A mon avis, lorsque des valeurs font l'objet de mesures comme celles dont il est question ici, et quel que soit l'effet que les tribunaux nationaux donneraient à ces mesures aux fins du droit interne ou privé, elles doivent être considérées sur le plan international comme créant entre les parties une relation d'une nature particulière n'ayant pas un effet tel que les actions se trouvent dépouillées de leur caractère national et que le gouvernement de l'auteur du transfert soit empêché d'appuyer ultérieurement une réclamation à leur sujet dans une instance internationale. Mise à part toute dispute byzantine, s'il y a jamais eu un cas où l'on fût fondé à considérer la réalité plutôt que la forme, c'est bien celui-ci.

\* \* \*

#### *B) Le critère de la continuité de la demande*

60. Je ne me propose pas d'examiner ici s'il a été établi en fait que des actions de la Barcelona ont été continuellement entre des mains belges<sup>44</sup>, au moins jusqu'à la date de l'ouverture de la présente instance. Comme le dit M. Jessup, qui se livre à un examen assez approfondi de la question, l'affaire repose en grande partie sur une série de présomptions, même s'il est difficile de croire qu'aucune action n'a été continuellement aux mains de Belges; une seule action l'aurait-elle été, cela suffirait théoriquement à fonder une réclamation, suivant l'argumentation développée plus haut (voir par. 41 ci-dessus). J'examinerai plutôt la doctrine même de la continuité.

61. Il est clair que le « lien de nationalité » entre l'Etat demandeur et la personne privée dont il endosse la réclamation (voir par. 38 ci-dessus) doit avoir existé à la date où les actes incriminés se sont produits, faute de quoi ledit Etat ne pourrait soutenir qu'il a été victime d'une violation

<sup>44</sup> Il est également admis que, pour que la condition de continuité soit satisfaite, il doit s'agir non pas nécessairement de *la même personne* physique ou morale, mais seulement de personnes successives *de même nationalité*.

du droit international « en la personne de son ressortissant ». Quoiqu'on l'ait appelé la fiction de Vatel, il semble bien que ce principe constitue un fondement indispensable du droit de présenter une réclamation internationale pour le compte de particuliers (à moins qu'il n'en existe un autre, de caractère fonctionnel par exemple: ainsi, lorsqu'une organisation internationale présente une réclamation pour le compte d'un de ses fonctionnaires). Mais on voit moins bien pourquoi on devrait poser en principe que si la personne à l'origine de la réclamation était bien un ressortissant de l'Etat demandeur à la date du dommage, il faudrait qu'elle le reste ou que les biens en cause conservent le caractère national ou que le droit de réclamation ne passe pas aux mains d'un ressortissant d'un autre Etat *après* cette date; en effet c'est à la date du dommage que naît le préjudice causé à l'Etat dans la personne de son ressortissant et que naît aussi, par conséquent, le droit « de faire respecter ... le droit international », de sorte que, comme on l'a soutenu dans l'affaire *Stevenson*<sup>45</sup> (quoique sans succès<sup>46</sup>), la réclamation s'imprègne dès l'origine et d'une manière indélébile du caractère national: en somme le préjudice infligé à l'Etat demandeur n'est pas effacé par le fait que le particulier ou la société cesse de posséder sa nationalité ou que les biens passent aux mains d'un ressortissant d'un autre Etat<sup>47</sup>; la situation devient même tant soit peu absurde quand on interprète la règle de la continuité comme excluant de pareilles réclamations, même si elles reprennent ensuite leur nationalité d'origine après un laps de temps relativement court, comme cela peut fort bien arriver dans le cas de titres précisément.

62. Il est clair que dans son opinion dissidente en l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>48</sup> M. van Eysinga a estimé que la règle de la continuité, raisonnable en tant que disposition à insérer d'un commun accord dans des *traités* relatifs aux réclamations — (ou contenue implicitement dans ces traités du fait de dispositions limitant leur application aux personnes qui ont la nationalité de l'Etat demandeur à la date du traité) — n'est pas une règle de droit international *coutumier*, domaine où elle pourrait conduire à des résultats déraisonnables. Si donc une application stricte de cette règle se justifie lorsque cela est nécessaire pour empêcher des abus<sup>49</sup>, il faut l'éviter dans les cas où elle serait

<sup>45</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 494.

<sup>46</sup> Toutefois, dans cette affaire, les personnes devenues bénéficiaires à la suite du changement de nationalité de la réclamation non seulement avaient par hypothèse une nationalité *différente* de celle du demandeur originaire mais encore avaient la nationalité de l'Etat *défendeur* — ce qui créait une situation spéciale. A d'autres égards encore, la décision de l'arbitre ne constituait pas un rejet pur et simple de la thèse du caractère national *ab initio*.

<sup>47</sup> Si la valeur correspondante a été reçue à l'occasion du transfert, on peut se demander si le « dommage » n'a pas été réparé; mais c'est là une autre question.

<sup>48</sup> *C.P.J.I. série A/B n° 76*, 1939, p. 33 à 35.

<sup>49</sup> Quand par exemple (hypothèse envisagée par M. van Eysinga) on essaie de trouver un fondement, qui n'existerait pas par ailleurs, à la juridiction obligatoire, en cherchant un Etat capable d'invoquer une clause conventionnelle à cet effet.

source d'injustice; le même point de vue a été récemment soutenu par des auteurs qui préconisaient une application plus souple de la règle afin de ne pas « laisser un nombre important de droits sans moyen pratique de défense...<sup>50</sup> ». Tel est évidemment le cas lorsque le changement de nationalité a été *involontaire*, s'il est dû par exemple à une rectification des frontières de l'Etat ou au fait que la personne qui succède au propriétaire des biens en cause, en vertu d'un testament par exemple, se trouve posséder une nationalité différente de celle du demandeur ou du propriétaire originaire. Ou, pour prendre un autre exemple, en quoi le fait qu'un territoire précédemment dépendant accède à l'indépendance et devient un Etat distinct devrait-il priver des catégories entières d'ayants droit, dans cet Etat, de toute possibilité de réparation du préjudice causé? Or, ce serait bien là l'effet de la règle de la continuité car, techniquement, leur nationalité aurait changé, et l'ancien Etat souverain ou protecteur ne pourrait plus endosser leur réclamation, tandis que le nouvel Etat ne pourrait pas non plus ou, selon la doctrine en question, ne devrait pas pouvoir le faire, soit que la personne à l'origine de la réclamation n'ait pas eu sa nationalité au moment du dommage, soit que, comme il n'existait pas alors en tant qu'Etat, lui-même ne puisse, par le seul fait qu'il a acquis ce statut, prétendre avoir subi un préjudice quelconque dans la personne de son ressortissant<sup>51</sup>. (Telle était en fait plus ou moins la situation dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*. La matière devrait bien entendu être réglée par le droit de la succession d'Etats mais il est assez douteux que cela soit encore le cas — voir les développements détaillés figurant à ce sujet dans O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, 1967, vol. I, p. 537-541.)

63. Bref, une application trop rigide et trop généralisée de la règle de la continuité peut conduire à des situations où d'importants intérêts ne sont pas protégés, où des personnes lésées ne peuvent faire valoir

---

<sup>50</sup> O'Connell, *International Law*, Stevens-Oceana, 1965, vol. II, p. 1120; et M. R. Y. Jennings déclare dans le *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 121, cours général de 1967, vol. II, p. 476-477, en citant Sinclair, *British Year Book* 1950, p. 127, que le point de vue de M. van Eysinga « est conforme à l'évolution historique de la règle sur la nationalité des réclamations retracée par M. Sinclair, à savoir que cette règle s'est développée au XIX<sup>e</sup> siècle dans le cadre de l'interprétation des traités créant des commissions de réclamations et qu'elle est issue de la règle normale selon laquelle ces traités doivent s'interpréter strictement » — autrement dit ce n'était pas réellement une règle de droit international coutumier.

<sup>51</sup> Cette dernière situation est essentiellement celle qui se présentait dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil* 1963) sous le chef de « l'exception *ratione temporis* », que j'ai cru devoir retenir de *lege lata* dans mon opinion individuelle pour les raisons données dans la cinquième partie de celle-ci (*ibid.*, p. 127-130). Le point particulier qui présente un intérêt dans le contexte actuel est traité à la page 129, premier alinéa. Mais j'ai omis alors de tenir compte de la possibilité que la question fût considérée comme couverte par le droit de la succession d'Etats, point qui demeure toutefois incertain (voir la fin du par. 62 ci-dessus).

leurs droits, où des dommages ne sont pas réparés, et cela non pas pour un motif quelconque relatif au fond de la réclamation, mais parce que des considérations purement formelles ont pour résultat qu'aucun Etat n'a qualité pour agir <sup>52</sup>. Cette situation est d'autant moins défendable aujourd'hui que ce que l'on a toujours considéré comme l'autre grande justification de la règle de la continuité (voire parfois comme la source et l'origine mêmes de cette règle) a perdu une grande partie de sa valeur: je veux parler de la nécessité d'empêcher les abus qui se produiraient si les réclamations pouvaient être cédées à titre onéreux aux ressortissants d'Etats puissants, de telle sorte que les gouvernements de ces derniers Etats puissent en imposer l'acceptation à l'Etat défendeur. Même les Etats puissants ne peuvent agir ainsi désormais: en fait, pour des raisons qu'il n'y a pas lieu d'approfondir ici, ils se trouvent aujourd'hui, à cet égard, nettement désavantagés.

64. On ne peut pas non plus soutenir de façon plausible qu'en n'appliquant *pas* strictement la règle de la continuité on créerait des difficultés juridiques du fait qu'en cas de succès de la réclamation c'est l'Etat demandeur qui recevrait les dommages-intérêts ou l'indemnité, même si la personne privée intéressée n'était plus son ressortissant ou si les biens endommagés n'appartenaient plus à l'un de ses ressortissants; en effet, étant donné que l'Etat fait valoir son droit propre en présentant la réclamation, il est toujours admis, et internationalement bien établi, que toute réparation allouée doit être versée à l'Etat demandeur, qu'elle lui appartient et qu'il peut en user à sa guise. Cela ressort implicitement de l'opinion exprimée par la Cour permanente dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, selon laquelle le dommage subi par l'individu ne peut « que fournir une mesure convenable de la réparation *due à l'Etat* » (les italiques sont de nous) <sup>53</sup>. S'il existe des entraves à la liberté qu'a l'Etat de disposer de la réparation accordée, elles sont imposées par son droit interne. Au regard du droit international, l'Etat demandeur peut faire de la réparation l'usage qu'il lui plaît: il peut la garder pour lui-même (bien que ce ne soit naturellement pas le cas normal), il peut la verser à la personne privée lésée, qu'elle ait encore sa nationalité (comme ce sera généralement le cas) ou qu'elle ait depuis lors acquis la nationalité d'un autre Etat, ou encore il peut la verser à son ressortissant, propriétaire du bien en cause, ou à l'étranger qui lui a racheté ce bien ou la réclamation, etc. Du point de vue international, cela ne soulève aucune difficulté, ni juridique ni pratique.

65. Si l'on s'inspire de ces considérations en l'espèce, la conclusion doit être que, pour autant qu'il y avait une participation belge au

<sup>52</sup> Cette situation serait même pire que celle où se trouve, en la présente espèce, la Barcelona Traction; il y a en effet un gouvernement qui est autrefois intervenu, aurait pu continuer à intervenir et pourrait encore théoriquement intervenir en faveur de cette société, alors que, en application de la règle de la continuité, il peut arriver qu'aucun gouvernement ne puisse intervenir.

<sup>53</sup> C.P.J.I. série A n° 17, 1928, p. 28.

12 février 1948, la demande s'est imprégnée une fois pour toutes et de façon indélébile du caractère national belge et que les transactions dont les actions peuvent avoir fait ultérieurement l'objet n'ont pas à entrer en ligne de compte, car elles n'ont d'incidence que sur le montant (*quantum*) de la réparation qui devrait éventuellement être versée si la Belgique obtenait gain de cause, ou encore sur l'identité des personnes physiques ou morales que le Gouvernement belge désignerait finalement pour recevoir une juste part de cette réparation.

## V

## QUESTIONS LIÉES A LA QUATRIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

66. La Cour ne traite pas dans son arrêt de la quatrième exception préliminaire soulevée par l'Espagne, qui fut jointe au fond en même temps que la troisième par l'arrêt rendu dans la phase préliminaire (1964) de l'affaire; en d'autres termes, elle n'aborde pas la question de l'épuisement des recours internes. Or cette question a retenu l'attention de certains des membres de la Cour et il n'a jamais été exclu que certains d'entre eux pussent rejeter la demande belge en se fondant non pas sur l'absence de qualité pour agir de la Belgique mais sur l'idée que la Barcelona Traction ne s'était pas adéquatement prévaluée des voies de recours qui lui étaient ouvertes devant les tribunaux espagnols. Dans ces conditions, sans chercher à procéder à un examen général de la quatrième exception préliminaire, je m'estime autorisé à formuler certaines observations de portée limitée sur un ou deux aspects de la question auxquels j'attache une importance particulière (et qui sont importants aussi pour préciser le droit — voir par. 2 ci-dessus), en rappelant toutefois ce que j'ai dit plus haut au paragraphe 37 et qui s'applique autant, sinon plus, aux présentes observations.

\* \* \*

1) *La question de la compétence*

67. Bien que la question de la compétence des tribunaux espagnols dans la procédure de faillite engagée contre la Barcelona Traction, société canadienne, ne fasse pas techniquement partie de la quatrième exception préliminaire relative à l'épuisement des recours internes, on verra qu'elle s'y rattache par un lien important; comme elle présente aussi un certain caractère préliminaire, il n'est pas déplacé de lui consacrer ici quelques développements.

68. Il me semble probable qu'*envisagée sur le plan international*<sup>54</sup> la déclaration de faillite prononcée contre la Barcelona Traction outre-

<sup>54</sup> La question de savoir si cette compétence existait en vertu du droit *espagnol* dans la situation où se trouvait la Barcelona Traction n'est ni pertinente ni décisive

passait bel et bien la compétence légitime, ou du moins normale, de l'Espagne. Si je suis de cet avis, ce n'est évidemment pas parce que la société n'était pas de nationalité espagnole et encore moins parce que j'aurais des doutes (quoiqu'il en reste toujours) sur le point de savoir si à proprement parler la société exerçait une activité commerciale en Espagne, y possédait des biens et y avait un domicile ou un siège<sup>55</sup>. C'est à cause de la nature du prétendu manquement qui motivait la demande en faillite à laquelle le tribunal a accédé. Pour me faire mieux comprendre, je prendrai l'exemple de la filiale de la Barcelona Traction, l'Ebro<sup>56</sup>, société également canadienne mais qui, elle, exerçait incontestablement une activité commerciale en Espagne, où elle possédait des biens, avait des bureaux, etc. Si donc c'était l'Ebro qui avait été mise en faillite, et ce pour défaut de paiement de dettes commerciales contractées du fait de son activité dans le pays, il n'aurait pu être question dans ce cas d'un excès de compétence, malgré la nationalité canadienne de l'Ebro, car de telles questions auraient légitimement été du ressort de l'Espagne. (On remarquera en effet que, du côté belge, il a été expressément admis que la mise en faillite de l'Ebro, si la chose s'était produite, eût été parfaitement justifiable du point de vue *juridictionnel*.) Mais, ainsi qu'il ressort clairement du jugement de faillite lui-même, ce n'est nullement pour un motif de ce genre que la faillite de la Barcelona Traction a été prononcée. C'est exclusivement à raison du non-paiement des intérêts de ses obligations en livres sterling émises hors d'Espagne et détenues de même hors d'Espagne, sauf les quelques obligations qu'avaient acquises peu avant certains particuliers espagnols, dans le dessein exprès, semble-t-il, de déclencher la procédure de faillite. Pourtant, s'agissant de ces mêmes obligations émises conformément au droit canadien, tout le mécanisme nécessaire à la garantie et à l'exécution de la dette par l'intermédiaire d'une institution canadienne bien connue, la National Trust, avait été créé, existait et pouvait être mis en œuvre au Canada où, en dernier ressort, il aurait été possible aussi d'assigner la société en vue de la nomination d'un *receiver*.

69. De toute évidence, si le but réel que l'on visait avait été d'obtenir le paiement des arriérés d'intérêt sur les obligations, c'est au Canada qu'on aurait agi, et même qu'on devait agir, car la mesure prise par les requérants espagnols à la faillite contrevenait de façon manifeste aux importantes dispositions interdisant les actions individuelles en justice qui figuraient dans les *Trust Deeds* (clause 44 du *Trust Deed* relatif aux obligations *Prior Lien* et clause 35 du *Trust Deed* relatif aux obligations

---

aux fins d'une instance internationale, où il s'agit précisément d'établir si la compétence qu'un Etat s'arroe ou confère à ses propres tribunaux est fondée en droit international.

<sup>55</sup> La Barcelona Traction était une société holding; or *par définition* une société *holding* n'est pas une société *d'exploitation*. Ce point est trop souvent perdu de vue, bien que plusieurs décisions en aient souligné l'importance.

<sup>56</sup> Forme abrégée de Ebro Irrigation and Power Co. Ltd.

*First Mortgage* — mémoire, annexes, vol. I, ann. 28). Ces dispositions faisaient naturellement partie des conditions obligatoires attachées aux titres et liaient automatiquement les requérants dès lors qu'ils en étaient devenus acquéreurs. Elles stipulaient qu'aucun obligataire n'avait le droit d'intenter une action en recouvrement tant que le *trustee* (canadien) n'avait pas refusé ou négligé d'agir après en avoir été requis.

70. Dans ces conditions, la compétence *originnaire* appartenait manifestement au Canada et les tribunaux espagnols auraient dû se déclarer incompétents, du moins en première instance et tant que les recours disponibles par l'intermédiaire de l'organisme canadien National Trust n'avaient pas été utilisés. Il est vrai qu'à l'heure actuelle le droit international n'impose aux Etats aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale en pareilles matières (et il en est évidemment d'autres: par exemple les questions de transports maritimes, la législation antitrust, etc.), mais il leur laisse à cet égard une grande latitude. Néanmoins *a*) il postule l'*existence* de limites, même si dans tout cas d'espèce c'est au tribunal qu'il incombe éventuellement de les définir aux fins de l'affaire dont il s'agit, et *b*) il impose à tout Etat l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre Etat quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée.

\*

71. Ces considérations s'appliquent non seulement à la question initiale de la compétence de l'Espagne pour connaître de la faillite, mais aussi à divers stades ultérieurs de la procédure de faillite elle-même, et en particulier, comme partie du processus de liquidation définitive de l'entreprise de la Barcelona Traction en Espagne, à la prétendue annulation des actions de l'Ebro (société canadienne) qu'elle détenait — et qui à l'époque étaient placées sous le contrôle de l'organisme canadien National Trust ou d'un *receiver* nommé par les tribunaux canadiens — et au « remplacement » de ces actions par des titres émis en Espagne et vendus ultérieurement à la nouvelle société espagnole spécialement constituée, la Fecsa <sup>57</sup>, sans qu'il en soit référé à aucun moment aux autorités canadiennes compétentes ni qu'aucune action soit intentée pour obtenir l'exécution de ces mesures au Canada, si bien que dans ce pays (comme partout ailleurs, hors d'Espagne) les titres originaires n'ont jamais perdu leur validité. Les mêmes observations s'appliquent aussi au prétendu transfert dans la ville de Barcelone du registre canadien des actions de l'Ebro, de ses bureaux canadiens et de son siège social lui-même (également canadien), bien que ces éléments, qui ne pouvaient être *matérielle-*

<sup>57</sup> Sigle de Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.

ment transférés sans le consentement de l'Ebro ou sans une mesure d'exécution au Canada, soient restés là où ils étaient et s'y trouvent encore aujourd'hui, non seulement en fait mais en droit, puisque l'Ebro est une société canadienne régie par le droit canadien quant à son statut, quant à son siège et quant au lieu où est tenu le registre de ses actions et où se trouvent ses bureaux. Bref, ce qui s'est réellement passé semble avoir eu le caractère d'une expropriation déguisée de l'entreprise.

72. Si donc il était nécessaire d'aboutir à une conclusion sur ce point, on ne pourrait qu'affirmer, à mon avis, que sur le plan international toute la procédure de faillite est, pour cause d'excès de compétence, nulle *ab initio* et sans effet.

\* \*

## 2) L'épuisement des recours internes: la question de la notification

73. La conclusion que nous venons d'indiquer a aussi de l'importance pour la question de l'épuisement des recours internes, dans la mesure où elle peut amener à considérer qu'à strictement parler cette question ne se posait en aucune façon. En effet il n'y a pas lieu d'épuiser ces recours lorsqu'on est en présence d'une procédure qui est nulle *ab initio* sur le plan international pour cause d'excès de compétence. Du moins en ce qui concerne le *fond* de la procédure, il ne saurait y avoir d'obligation internationale en ce sens dès lors que, sur le plan international, la procédure était entachée de vice dès le début.

74. Quoi qu'il en soit, d'autres considérations incitent également à penser que toute la question de l'épuisement des recours internes est sans pertinence dans les circonstances de l'espèce. En effet, s'il s'avère que, suivant les normes internationales applicables, la Barcelona Traction n'a jamais été dûment *avisée* de la déclaration initiale de faillite (sur ce point, voir ci-après), de telle sorte que, sur le plan international, les délais que comporte la procédure de faillite n'ont jamais commencé à courir à son égard, on est sans doute fondé à conclure qu'aucune obligation d'épuiser les recours internes n'a jamais pu naître. De même (bien que le cas ne soit pas tout à fait analogue) une personne jouissant de l'immunité diplomatique ne la perd pas pour le seul motif qu'elle ne tient pas compte des poursuites dont elle fait l'objet devant les tribunaux internes et le droit de réclamation du gouvernement dont cette personne est ressortissante n'est pas subordonné à la condition qu'elle ait au préalable épuisé les recours internes dont elle dispose pour faire valoir ou pour défendre son immunité. Encore une fois, le fait qu'il soit possible, voire probable, que la direction de la société ait eu *en fait* connaissance de la procédure en temps utile pour faire opposition dans le délai prescrit est manifestement sans pertinence. Si un certain mode de notification est requis *par la loi* et si cette notification n'est pas faite, les délais dont elle est le point de départ ne commencent tout simplement pas à courir

en droit et, là encore, toute la procédure est entachée de vice et frappée de nullité.

75. A ce sujet, il convient de faire nettement le partage entre les procédures qui, lorsqu'elles sont nulles, le sont *ab initio* et celles dont le *résultat* est mis en cause, par exemple parce qu'elles auraient abouti à un déni de justice. Pour ces dernières, il est évident qu'en principe du moins l'épuisement des recours internes est indispensable. Il en va autrement, en tout cas pour ce qui est du fond, quand le vice présumé porte non point sur l'issue de l'affaire, mais sur la façon même dont la procédure a été engagée.

76. Pour déterminer la sorte et, pour ainsi dire, le degré de notification qui était juridiquement requis, il ne suffit manifestement pas, lorsqu'un élément étranger est en jeu, d'appliquer simplement les normes du droit interne ni de se contenter de constater que les prescriptions de la loi nationale ont été dûment respectées — si tant est qu'elles l'aient été. Sur le plan international, il faut rechercher si objectivement — et quand il s'agit d'une société étrangère dont le siège et la direction sont à l'étranger — une « notification » sous forme de simple publication du jugement de faillite par voie de presse suffit, en particulier lorsque la publication n'a lieu que localement et non dans le pays où se trouvent la direction et le siège de la société. Cette question se rattache directement à celle de l'excès de compétence que nous avons déjà étudiée plus haut; à cet égard, il importe de ne pas oublier (voir par. 68) que ce n'est nullement le comportement de l'entreprise espagnole de la Barcelona Traction qui était en question au cours de la procédure de faillite ou qui a motivé le jugement de faillite, mais un fait essentiellement étranger à l'Espagne, à savoir le service des obligations en sterling, qui concernait directement la société au Canada et le *trustee* canadien des obligataires, la National Trust. Le fait même que, comme les requérants à la faillite l'ont admis expressément au sujet du domicile de la société, « celle-ci n' ... a pas en Espagne [de domicile] pas plus qu'elle n'y a un quelconque établissement commercial direct » porte logiquement à conclure que, sur le plan international, il fallait procéder à une notification au Canada ou faire appel aux moyens qui pouvaient exister au Canada pour ce faire. On ne voit vraiment pas comment le fait — apparemment admis — que la société n'était pas domiciliée en Espagne a pu conduire à la conclusion, suggérée dans la requête de faillite et acceptée par le juge, que dans ces conditions « il faudra s'en tenir à [la] publication au *Bulletin officiel* de Tarragone » — à quoi le juge a ajouté la publication au *Bulletin officiel* de la province de Barcelone, mais rien de plus.

77. Je me rends parfaitement compte que le droit espagnol, comme du reste certains autres systèmes juridiques anciens et hautement développés, envisage la faillite essentiellement du point de vue des créanciers et a pour objet de sauvegarder par-dessus tout, ou du moins d'abord, leurs droits, c'est-à-dire d'éviter dans la mesure du possible que les avoirs du débiteur soient prématurément cédés, dispersés ou dissimulés de telle

sorte qu'il soit porté préjudice à ces droits. Je ne tiens donc pas compte des réactions spontanées du juriste formé à l'école de la *common law*, qui s'étonnera qu'un débiteur puisse être déclaré en faillite, ou une société liquidée, sur la base d'une procédure qui n'a fait l'objet d'aucune notification préalable — et à laquelle le débiteur n'était pas représenté et n'a pas eu la possibilité de comparaître, et ce bien que la déclaration de faillite prenne effet immédiatement et signifie pour le failli la perte totale de sa situation commerciale et de sa capacité juridique. J'admets aussi que, toujours dans la même conception, on ne prévoie qu'un délai très bref pour faire opposition à la faillite en vue de la faire annuler et d'effacer ses effets.

78. Mais, pour ces raisons mêmes, il me semble indispensable, en contrepartie de la rigueur extrême d'un tel système, que la déclaration de faillite fasse à tout le moins l'objet d'une notification de justice effective au débiteur qui a été déclaré en faillite, et cela sous une forme telle que l'on soit sûr d'avoir porté directement le fait à la connaissance de la personne ou de l'entité intéressée<sup>58</sup>. A défaut de cette garantie, la procédure vue dans son ensemble n'est pas loin de constituer sinon une sorte de dissimulation, en tout cas un obstacle qui compromet sérieusement la possibilité de faire opposition à la faillite en temps utile — de sorte qu'une procédure déjà extrêmement favorable au créancier en arrive à faire bon marché des intérêts du débiteur, et cela à un point difficilement compatible avec les normes d'administration de la justice prescrites par le droit international. Tel est en particulier le cas lorsqu'il ne peut être fait opposition à la faillite que dans un délai de huit jours, à compter de la date non pas de la *notification* mais de la publication par voie de presse du jugement de faillite lui-même, et que, s'il n'observe pas ce délai, l'intéressé se trouve à jamais forclos.

79. Ces considérations s'appliquent à fortiori quand, comme c'est le cas en l'espèce, un élément étranger est en jeu, le failli étant une personne morale étrangère dont le siège et la direction sont situés à l'étranger, et quand le motif de la faillite n'est pas lié à l'activité commerciale de cette société dans le pays mais intéresse ses obligataires (principalement à l'étranger). Dans ces conditions, on ne saurait tenir pour suffisante la simple publication dans la presse locale, et qui plus est non pas dans la presse courante mais dans des périodiques extrêmement spécialisés qui

<sup>58</sup> Selon le droit anglais — pour citer le système qui m'est le plus familier —, en cas de liquidation d'une société sur requête, cette requête doit non seulement faire l'objet d'une annonce (insérée non pas simplement dans le journal officiel *London Gazette* mais aussi dans un quotidien ordinaire) sept jours francs au moins avant l'audition de la requête, mais elle doit encore être notifiée à la société à son siège social, également avant l'audition de la requête, lors de laquelle la société a naturellement le droit d'être représentée (*Halsbury's Laws of England, loc. cit.* dans les notes 12 et 13 ci-dessus, p. 544-549). Lorsqu'il s'agit d'une société étrangère, la notification n'en doit pas moins être effectuée, et si la société n'a pas en Angleterre de domicile élu ou d'établissement commercial où il soit possible de le faire, la notification à l'étranger sera autorisée (*ibid.*, p. 842-843).

sont généralement peu lus si ce n'est par des personnes ayant une raison particulière de le faire. Il est d'ailleurs douteux qu'une publication dans la presse puisse suffire en l'absence de toute autre mesure. Il devrait au moins y avoir publication non seulement dans la presse locale, mais aussi dans celle du pays ou de la ville où le failli réside ou (s'il s'agit d'une société) a son siège; il y a d'ailleurs lieu de penser — encore que ce point n'ait jamais été définitivement éclairci — que c'était bien là en fait ce que la loi espagnole elle-même prescrivait.

80. Quoi qu'il en soit, j'estime que, dans des circonstances comme celles de la présente espèce, même une publication faite dans les conditions que je viens d'indiquer ne saurait suffire. Il faut qu'il y ait, sous une forme ou sous une autre, notification judiciaire; or, ainsi qu'il est dit dans l'exposé des faits qui figure au début de l'arrêt de la Cour (par. 15), il n'y a eu à l'époque aucune notification de cette nature: il a fallu attendre quinze ans, c'est-à-dire juin 1963, pour que la Barcelona Traction obtienne, comme elle le demandait, une expédition du jugement de faillite. Le motif donné dans ce jugement pour justifier que la publication se fasse uniquement dans les *Bulletins officiels* de Tarragone et de Barcelone, savoir que le domicile de la société était « inconnu », est difficilement conciliable avec le fait que l'adresse du siège de la société — « Head Office, 25 King Street West, Toronto, Canada » — figurait dans un des principaux documents que les requérants avaient fournis au juge de la faillite, avec sa traduction en espagnol: il s'agit des pièces 3 et 3bis du dossier, c'est-à-dire du rapport du conseil d'administration de la société, présentant son bilan pour 1946, dont les chiffres ont été cités à l'appui de la demande en faillite (mémoire, annexes, vol. II, p. 258).

81. Même si la loi espagnole n'exigeait pas que des mesures de publicité fussent prises en pareil cas à Toronto (voir la fin du par. 79 ci-dessus), elle ne l'interdisait certainement pas. En fait de telles mesures de publicité auraient été tout à fait en accord avec les dispositions pertinentes de cette loi et avaient déjà été prises par les tribunaux espagnols dans d'autres affaires, notamment dans les affaires *Moncayo* et *Niel-on-Rupell*, et allaient l'être de nouveau dans une situation comparable un an plus tard, dans l'affaire *Namel*, par le même juge qui s'occupait alors de la faillite de la Barcelona Traction. On aurait pu à cet effet procéder d'au moins trois ou quatre façons différentes: publication dans des journaux de Toronto; lettre recommandée avec avis de réception; notification personnelle par les soins d'un consulat d'Espagne au Canada, si la loi canadienne le permettait; ou en dernier ressort notification par l'entremise des autorités canadiennes elles-mêmes.

82. On a soutenu que la notification ou la publication au Canada aurait été un acte internationalement inadmissible d'*imperium* accompli en territoire étranger. Mais de tels actes se produisent tous les jours et constituent même la façon normale de porter formellement à la connaissance de personnes résidant ou domiciliées dans un pays donné les actes de procédure qui les concernent dans un autre pays. La publication

locale, et en tout cas la notification par voie postale, n'impliquent aucun acte d'*imperium*; quant aux autres modes de notification mentionnés plus haut, ils ont l'assentiment général ou particulier des autorités locales. Les décisions des tribunaux espagnols citées au paragraphe précédent attestent que ces tribunaux eux-mêmes ont eu recours dans d'autres affaires à la publication dans des journaux étrangers. La vérité, c'est que rien n'a été fait pour essayer d'aviser la Barcelona Traction au Canada.

83. A mon avis, cette omission — même si elle n'est imputable qu'à une inadvertance ou à un oubli — est de nature à vicier l'ensemble de la procédure sur le plan international et à la rendre nulle ou inopérante *ab initio*. A l'égard de la société, la procédure n'a jamais été, à proprement parler, engagée dans les formes. Par conséquent (et je renvoie aux observations formulées au par. 75 ci-dessus), étant donné cette nullité, la question de l'épuisement des recours internes ne se posait pas.

## VI

### LA CONCEPTION GÉNÉRALE DE LA JONCTION AU FOND

84. Lorsqu'elle a joint au fond les troisième et quatrième exceptions préliminaires dans la phase précédente (1964) de la présente affaire, la Cour a formulé plusieurs observations portant aussi bien sur la conception générale de la jonction au fond en tant qu'acte judiciaire que sur les raisons particulières d'y procéder en l'occurrence (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 41-46). La Cour n'a pas estimé nécessaire cette fois-ci d'ajouter quoi que ce soit à ces observations. Il me semble cependant qu'il y a lieu d'énoncer certaines remarques complémentaires, sauf en ce qui concerne la quatrième exception préliminaire: il a toujours été clair en effet que cette exception, relative à l'épuisement des recours internes, était intimement liée aux problèmes de fond essentiels soulevés par la demande et ne pouvait être prise en considération qu'en liaison avec ceux-ci, de sorte qu'il n'était pas possible de la trancher sans préjuger dans une large mesure le fond — situation qui est généralement considérée comme étant éminemment de celles qui appellent la jonction.

\*

85. En ce qui concerne la troisième exception préliminaire, sur laquelle le présent arrêt est principalement fondé — et malgré les explications détaillées données aux pages 44 à 46 du *Recueil* où figure l'arrêt antérieur —, la situation n'était peut-être pas d'une clarté aussi évidente, encore que, comme il est dit dans cet arrêt, des questions relatives au fond eussent été abordées dans les écritures et plaidoiries de la première phase de l'affaire relatives à cette exception. Il convient donc peut-être de souligner que, indépendamment du doute existant (voir *loc. cit.*,

p. 44-45) sur le point de savoir si l'exception avait un caractère exclusivement préliminaire et ne relevait pas au moins en partie du fond, la Cour ne pouvait sans entendre le fond se considérer comme suffisamment éclairée sur ce qui était évidemment l'une des questions clés de l'affaire: celle de savoir si, outre les atteintes alléguées aux droits de la Barcelona Traction, il n'y avait pas eu aussi des atteintes à tel ou tel des droits — au sens strict — appartenant aux actionnaires, par suite soit des actes mêmes qui avaient lésé la société soit d'actes distincts lésant uniquement des droits d'actionnaires en tant que tels. C'est précisément ce point que la Cour avait entre autres à l'esprit dans les deux passages ci-après de son arrêt antérieur qui ont été cités ou mentionnés à plusieurs reprises au cours des plaidoiries dans la présente phase de l'affaire mais ne paraissent pas avoir été parfaitement compris, à savoir (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 44):

« On peut demander si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à cette société par un gouvernement étranger, un droit ou un intérêt distincts et indépendants et, s'il en est ainsi, dans quelle mesure et dans quelles circonstances; on peut notamment demander si de telles circonstances, à supposer qu'elles puissent exister, sont réunies dans l'affaire actuelle. »

et (*ibid.*, p. 45):

« Bref, la question de la qualité d'un gouvernement pour protéger les intérêts d'actionnaires en tant que tels n'est elle-même qu'un aspect ou une conséquence de la question préalable de la situation juridique des actionnaires telle que le droit international la reconnaît. »

86. Ces observations montraient clairement qu'il *pouvait* exister des intérêts d'actionnaires reconnus et protégés en droit et équivalant donc à des droits, ainsi que des circonstances dans lesquelles une atteinte aux droits de la société léserait aussi les droits propres des actionnaires. Mais elles n'autorisaient nullement à penser que le préjudice subi par les actionnaires du fait d'un dommage causé à la société par un acte illicite leur donnait nécessairement en soi un motif de réclamation que leur gouvernement pût légitimement faire valoir sur le plan international — ce qui est plus ou moins la thèse développée par la Belgique.

87. Ce n'était pas là le seul point sur lequel un examen du fond s'imposait pour que la Cour pût se prononcer sur la troisième exception préliminaire; en effet, outre la question du statut juridique des actionnaires et de la nature de leurs droits et intérêts, cette exception soulevait celle de la nationalité des intéressés. L'Espagne ne s'est pas bornée à affirmer qu'en principe aucune réclamation ne pouvait être introduite en faveur d'intérêts d'actionnaires à raison d'un préjudice causé à la

société et non à ces intérêts en tant que tels; elle a aussi fait valoir qu'à supposer une telle réclamation possible les intérêts d'actionnaires n'étaient pas en l'espèce véritablement belges ou encore que les actions n'étaient pas entre des mains belges aux périodes critiques. La Cour a estimé nécessaire d'entendre plaider le fond pour avoir la certitude d'être suffisamment renseignée sur le caractère et l'importance relative des intérêts en jeu dans la Barcelona Traction et ses filiales; à vrai dire, ce n'est qu'au stade du fond que sur ce point tous les faits furent pleinement mis au jour (si tant est qu'ils le furent); et, selon l'une des tendances qui se sont dégagées au sein de la Cour, c'est dans ce contexte plutôt qu'en raison du statut des actionnaires que la demande belge doit être tenue pour irrecevable.

\*

88. La portée d'une jonction au fond peut encore prêter à d'autres malentendus — en particulier si le tribunal retient finalement l'exception et ne se prononce pas sur le fond bien qu'il l'ait laissé plaider, comme ce fut le cas en l'espèce. Il existe peut-être une certaine tendance à supposer qu'un tribunal international prononçant la jonction est déjà à demi disposé à rejeter l'exception, qu'il le fera en fin de compte et qu'il statuera sur le fond. Cependant, même si la présente affaire et d'autres avant elle ne démontreraient pas la témérité d'une telle supposition, il est clair que, si elle était en principe fondée, le mécanisme de la jonction au fond d'exceptions préliminaires perdrait tout son sens: ce serait simplement un ajournement inutile (et injustifié) et non une suspension véritable de la décision sur l'exception.

89. Tout aussi peu justifiée, comme le montrent d'autres affaires, est l'hypothèse inverse, à savoir que la jonction révèle de la part du tribunal une attitude favorable à l'égard de l'exception — théorie qu'il suffit d'énoncer pour faire apparaître combien elle est peu plausible. Il peut effectivement y avoir des cas où, pour divers motifs lui semblant valables, un tribunal hésitera à prendre dans la phase préliminaire d'une affaire une décision dont l'effet serait d'exclure immédiatement et à jamais toute possibilité d'entendre le fond et de se prononcer sur celui-ci. Mais, bien qu'il faille laisser au tribunal compétent le soin d'apprécier les éléments en jeu, la jonction au fond doit toujours reposer sur des motifs valables, car elle ne peut en aucun cas être autre chose qu'un sursis à statuer sur l'exception, décidé parce que, pour une raison ou pour une autre, le tribunal ne croit pas être à même de se prononcer sur l'exception à ce stade en accordant par ailleurs le poids voulu aux divers aspects de l'affaire et en tenant la balance de la justice égale entre les parties. Une jonction ne peut jamais être interprétée comme laissant présager une conclusion qui serait déjà à demi formée.

\*

90. Il serait tout aussi excessif de vouloir tirer de l'acceptation d'une exception préliminaire des conclusions quant à l'attitude que le tribunal a ou aurait adoptée sur le fond de la demande. En soi, le fait que, sur la seule base d'une exception préliminaire en tant que telle, le tribunal tient la demande pour irrecevable ne saurait justifier aucune conclusion de ce genre *quelle qu'en soit la teneur*.

\* \* \* \* \*

#### POSTFACE

J'approuve tout à fait l'initiative qu'a prise la Cour au paragraphe 27 de l'arrêt (et pour la première fois dans un *arrêt* \*) d'attirer l'attention sur la longueur de la procédure dans la présente affaire, afin d'indiquer à qui incombe la responsabilité. Si les parties à une instance devant la Cour estiment nécessaire de disposer de plusieurs années pour rédiger et présenter leur argumentation écrite et orale, cela est leur affaire et, m'étant trouvé moi-même jadis dans la même situation en nombre d'occasions, je puis en comprendre les raisons.

Il y a toutefois lieu de protester énergiquement lorsque le blâme afférent à de tels délais est publiquement attribué à l'attitude prétendument dilatoire et temporisatrice de la Cour elle-même — soit que l'on ignore manifestement la réalité des faits \*\*, soit qu'on n'y prête pas une attention suffisante.

Nous ne nous trouvons d'ailleurs pas ici dans la seule circonstance où la Cour a été présentée sous un jour faux, d'une manière préjudiciable à sa dignité et à son bon fonctionnement en tant qu'institution judiciaire indépendante.

(Signé) G. G. FITZMAURICE.

---

\* Une *ordonnance* de la Cour relative aux délais en la présente instance a déjà mentionné la question.

\*\* On trouvera certaines indications sur la réalité des faits, par exemple dans la note 14, p. 447, de mon article publié dans le *Kansas Law Review*, vol. 13, n° 3, mars 1965. Depuis la parution de cet article, les délais sollicités par les Parties ont atteint de quatre à cinq ans pour la procédure écrite et de trois à six mois pour les plaidoiries. Voir également, pour un exposé beaucoup plus complet, Léo Gross: « The Time Element in Contentious Proceedings in the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1969, vol. 63, p. 74.