

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

AFFAIRE DE LA BARCELONA  
TRACTION, LIGHT AND POWER  
COMPANY, LIMITED

(NOUVELLE REQUÊTE: 1962)

(BELGIQUE c. ESPAGNE)

VOLUME III

Procédure orale (exceptions préliminaires)

*(suite et fin)*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

CASE CONCERNING THE  
BARCELONA TRACTION, LIGHT  
AND POWER COMPANY, LIMITED

(NEW APPLICATION: 1962)

(BELGIUM v. SPAIN)

VOLUME III

Oral Proceedings (Preliminary Objections)

*(Conclusion)*



Référence abrégée:

*C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power  
Company, Limited (nouvelle requête: 1962),  
vol. III*

---

Abbreviated reference:

*I.C.J. Pleadings, Barcelona Traction, Light and Power  
Company, Limited (New Application: 1962),  
Vol. III*

N° de vente: **347**  
Sales number: **347**

AFFAIRE DE LA BARCELONA  
TRACTION, LIGHT AND POWER  
COMPANY, LIMITED

(NOUVELLE REQUÊTE: 1962)

(BELGIQUE c. ESPAGNE)



CASE CONCERNING  
THE BARCELONA TRACTION, LIGHT  
AND POWER COMPANY, LIMITED

(NEW APPLICATION: 1962)

(BELGIUM v. SPAIN)

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

---

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

---

AFFAIRE DE LA BARCELONA  
TRACTION, LIGHT AND POWER  
COMPANY, LIMITED

(NOUVELLE REQUÊTE: 1962)

(BELGIQUE c. ESPAGNE)

VOLUME III

Procédure orale (exceptions préliminaires)

*(suite et fin)*

---

---

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

---

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

---

CASE CONCERNING THE  
BARCELONA TRACTION, LIGHT  
AND POWER COMPANY, LIMITED

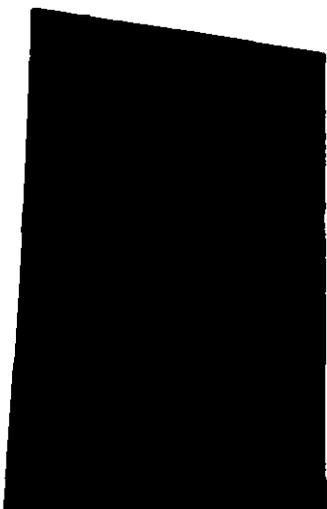
(NEW APPLICATION: 1962)

(BELGIUM v. SPAIN)

VOLUME III

Oral Proceedings (Preliminary Objections)

*(Conclusion)*



## PLAN GÉNÉRAL DE LA PUBLICATION

L'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), inscrite au rôle général de la Cour sous le numéro 50 le 19 juin 1962, a fait l'objet de deux arrêts rendus le 24 juillet 1964 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 6*) et le 5 février 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3*).

Les mémoires et plaidoiries relatifs à cette affaire sont publiés dans l'ordre suivant :

- Volume I. Introduction de l'instance et début de la procédure écrite;
- Volumes II-III. Procédure orale (exceptions préliminaires);
- Volume IV. Contre-mémoire;
- Volume V. Réplique;
- Volumes VI-VII. Duplique;
- Volumes VIII-X. Procédure orale (deuxième phase) et correspondance.

Les documents (annexes aux pièces de procédure écrite et documents présentés après la fin de la procédure écrite) seront traités séparément.

N.B. — Le dossier de la première affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, introduite en 1958 et rayée du rôle en 1961, a fait également l'objet d'un traitement séparé (voir *C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*).

## GENERAL PLAN OF PUBLICATION

The case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*New Application: 1962*), entered as No. 50 in the Court's General List on 19 June 1962, was the subject of two judgments, the first of 24 July 1964 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964, p. 6*) and the second of 5 February 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3*).

The order of publication of the pleadings and oral arguments in this case is as follows:

- Volume I. Institution of proceedings and initial pleadings;
- Volumes II-III. Oral proceedings (preliminary objections);
- Volume IV. Counter-Memorial;
- Volume V. Reply;
- Volumes VI-VII. Rejoinder;
- Volumes VIII-X. Oral proceedings (second phase) and correspondence.

The documents (annexes to the pleadings and documents submitted after the closure of the written proceedings) will be treated separately.

N.B. The documentation in the first case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, brought before the Court in 1958 and removed from the List in 1961, has also been the subject of separate treatment (see *I.C.J. Pleadings, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*).

### MATIÈRES DU VOLUME III

Le présent volume contient le texte des plaidoiries prononcées sur les exceptions préliminaires au cours des audiences publiques du 16 avril au 19 mai 1964.

La pagination fait suite à celle du volume **II** contenant le texte des plaidoiries prononcées du 11 mars au 16 avril.

Les renvois aux deux précédents volumes sont indiqués par un chiffre romain gras.

---

### CONTENTS OF VOLUME III

This volume contains the text of the oral arguments relating to the preliminary objections presented during the public hearings from 16 April to 19 May 1964.

The pagination follows on from that of Volume **II**, which contains the text of the oral arguments presented between 11 March and 16 April.

References to the two earlier volumes are indicated by roman figures in bold type.

## TABLE DES MATIÈRES

### ANNEXES AUX PROCÈS-VERBAUX

(16 avril-19 mai 1964)

	Page
PLAIDOIRIE DE M. SAUSER-HALL: Troisième exception préliminaire . . . . .	545
Nouvelles conclusions du Gouvernement belge. . . . .	546
Délimitation des points juridiques en discussion . . . . .	557
Thèse du Gouvernement espagnol . . . . .	560
Structure des personnes morales. . . . .	562
Nationalité des personnes morales et protection diplomatique	564
Cas du déni de justice . . . . .	568
Thèse du Gouvernement belge. . . . .	571
Notion d'effectivité . . . . .	572
Protection diplomatique des actionnaires par leur État national	574
Examen de la pratique internationale . . . . .	576
Prétendue règle du droit international s'opposant à ce que la Belgique assume la protection diplomatique de ses ressortis- sants actionnaires d'une société canadienne . . . . .	586
Éléments à prendre en considération dans le cas d'espèce. . .	597
PLAIDOIRIE DE M. ROLIN: Quatrième exception préliminaire et jonction au fond. . . . .	600
Limites juridiques de la règle de l'épuisement des voies de recours interne . . . . .	601
Recours administratifs . . . . .	603
Recours des sociétés auxiliaires . . . . .	614
Opposition au jugement déclaratif de faillite . . . . .	625
Absence de publication. . . . .	631
Absence de notification. . . . .	632
Défaut de compétence du juge de Reus. . . . .	634
Recours en revision . . . . .	639
Grief d'ensemble concernant les décisions judiciaires . . . . .	644
Réfutation de la thèse du fait générateur . . . . .	646
Demande de jonction au fond . . . . .	652
Jonction au fond de la troisième exception préliminaire. . . .	661
Jonction au fond de la quatrième exception préliminaire . . .	666
QUESTIONS BY JUDGES SIR GERALD FITZMAURICE AND JESSUP. .	670
RÉPLIQUE DE M. CASTRO-RIAL . . . . .	673
Mission de M. Arthur Dean . . . . .	674
Commission d'experts de 1950. . . . .	675

	Page
RÉPLIQUE DE M. REUTER. . . . .	680
Question dite des <i>clean hands</i> . . . . .	680
Questions de fait concernant le groupe de la Barcelona Traction	681
REPLY OF SIR HUMPHREY WALDOCK: First preliminary objection	690
The private discussions prior to the discontinuance . . . . .	691
The Arthur Dean documents . . . . .	695
The intergovernmental negotiations . . . . .	734
Summary and salient facts . . . . .	745
Private negotiations subsequent to discontinuance . . . . .	747
Legal aspects of the discontinuance . . . . .	750
<i>Désistement d'instance</i> and <i>renonciation à l'action</i> in municipal and international law . . . . .	750
Discontinuance after filing of preliminary objections . . . . .	757
Replies to questions from Members of the Court. . . . .	759
RÉPLIQUE DE M. GUGGENHEIM: Deuxième exception préliminaire	761
Clauses juridictionnelles et déclarations unilatérales d'accep- tation de juridiction . . . . .	761
Caducité de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927 . . . . .	762
Incidence de l'article 37 du Statut de la Cour . . . . .	766
Thèse de la validité potentielle de l'article 37 en 1946 à l'égard des Etats non parties au Statut . . . . .	772
Attitude du Gouvernement espagnol . . . . .	776
Réponse aux questions posées par sir Gerald Fitzmaurice . . . . .	781
Application <i>ratione temporis</i> de l'article 17 du traité hispano- belge de 1927 . . . . .	784
RÉPLIQUE DE M. MALINTOPPI: Quatrième exception préliminaire	791
Recours administratifs . . . . .	791
Régularité de la publication du jugement déclaratif de faillite	794
Question de la notification . . . . .	798
Recours des filiales . . . . .	800
Prétendu défaut de compétence du juge espagnol . . . . .	804
Réfutation de divers arguments . . . . .	807
RÉPLIQUE DE M. AGO: Troisième exception préliminaire et jon- tion au fond . . . . .	819
Protection diplomatique exercée par le Gouvernement canadien	820
Réponse à la question posée par M. Jessup . . . . .	823
Action exercée par le Gouvernement belge . . . . .	825
Sens et portée véritables de la demande actuelle du Gouver- nement belge . . . . .	827
Prétendue existence d'actionnaires belges de la Barcelona Traction . . . . .	837
Question des <i>nominees</i> . . . . .	840
Prétendue admissibilité d'une protection diplomatique d'ac- tionnaires à la suite d'un préjudice causé à une société étran- gère par l'action d'un Etat . . . . .	845
Notion de personnalité morale. . . . .	852
Percement du voile de la personnalité morale . . . . .	855

## TABLE DES MATIÈRES

XI

	Page
Analyse des précédents . . . . .	857
Question de la jonction au fond des troisième et quatrième exceptions préliminaires . . . . .	866
DÉCLARATION DE M. CASTRO-RIAL . . . . .	873
Réponse à la question posée par M. Jessup . . . . .	873
Dépôt des conclusions finales du Gouvernement espagnol . . .	873
DUPLIQUE DE M. DEVADDER . . . . .	874
Réfutation de la réplique de M. Castro-Rial . . . . .	874
DUPLIQUE DE M. SERENI: Première exception préliminaire . . .	878
Réfutation des arguments de droit énoncés par sir Humphrey Waldock . . . . .	878
DUPLIQUE DE M. VAN RYN: Première exception préliminaire . .	884
Circonstances du désistement . . . . .	886
Réponse à la première question posée par sir Gerald Fitzmaurice	895
Condition préalable stipulée par M. Juan March . . . . .	896
Réponse aux critiques de sir Humphrey Waldock . . . . .	902
DUPLIQUE DE M <sup>me</sup> BASTID: Deuxième exception préliminaire . . .	909
Application de l'article 37 du Statut de la Cour . . . . .	911
L'Espagne est-elle en droit d'opposer la deuxième exception préliminaire?	914
Continuité de la jurisprudence de la Cour . . . . .	917
Prétendue caducité de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927 . . . . .	921
Réponses aux questions posées par sir Gerald Fitzmaurice . . .	926
Compétence de la Cour <i>ratione temporis</i> . . . . .	928
REJOINDER OF MR. LAUTERPACHT: Third preliminary objection . . .	931
Effect of the diplomatic protection exercised by Canada on Belgium's <i>jus standi</i> . . . . .	931
Admissibility of the present Belgian claim . . . . .	936
Quality of shareholder of Sidro . . . . .	939
The question of nominee shareholdings . . . . .	941
Right to protect shareholders in foreign companies . . . . .	948
Possibility of multiple claims . . . . .	949
The lifting of the corporate veil . . . . .	953
Authorities referred to by Professor Ago . . . . .	954
Failure to meet the Belgian case. . . . .	957
DUPLIQUE DE M. SAUSER-HALL: Troisième exception préliminaire . . .	969
Réponse à la questions posée par sir Gerald Fitzmaurice . . .	969
DUPLIQUE DE M. ROLIN: Quatrième exception préliminaire et jonction au fond. . . . .	976
Inaccessibilité des recours administratifs . . . . .	977
Griefs contre les autorités judiciaires . . . . .	985
Régularité de l'opposition au jugement déclaratif de faillite. . .	993
Autres recours judiciaires. . . . .	998

	Page
Conclusions . . . . .	1008
Demande de jonction au fond . . . . .	1010
Jonction au fond de la troisième exception préliminaire. . . . .	1014
Jonction au fond de la quatrième exception préliminaire . . . . .	1017

## CONCLUSIONS FINALES

Conclusions du Gouvernement belge . . . . .	1023
Conclusions du Gouvernement espagnol . . . . .	1032

DOCUMENTS PRÉSENTÉS A LA COUR APRÈS LA FIN  
DE LA PROCÉDURE ÉCRITE

Liste des documents déposés par l'agent du Gouvernement belge	1042
Liste des documents déposés par l'agent du Gouvernement espagnol	1042

---

# ANNEXES AUX PROCÈS-VERBAUX

DES AUDIENCES PUBLIQUES  
TENUES DU 16 AVRIL AU 19 MAI 1964

*sous la présidence de sir Percy Spender,  
Président*



## PLAIDOIRIE DE M. SAUSER-HALL

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

[Audience publique du 16 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, c'est à moi qu'est échu l'honneur de répondre au nom du Gouvernement belge à la troisième exception préliminaire soulevée par le Gouvernement espagnol.

Ce n'est pas la première fois que j'ai l'honneur insigne de m'adresser à votre illustre aréopage. Je connais toutes les responsabilités, toutes les charges qui pèsent sur moi envers le gouvernement qui m'a honoré de sa confiance. Mais je connais aussi tous les devoirs que j'ai assumés envers vous par mon acceptation même de cette cause, Monsieur le Président et Messieurs, devoir de vous présenter des faits véridiques, une argumentation loyale éloignée de l'exagération et éloignée du sophisme.

Je puis vous donner l'assurance que je ferai tout mon possible, avec probité, pour vous convaincre du caractère si profondément juste de la cause que j'ai accepté de défendre, si juste qu'aucune des exceptions préliminaires qui sont placées devant nous comme de redoutables chevaux de frise ne pourra barrer le chemin de la justice.

Notre propos est surtout d'établir devant vous que les motifs allégués par la Partie adverse ne sont pas de nature à justifier l'obstruction du prétoire au Gouvernement belge; celui-ci n'a pas pris avec la légèreté que se sont permis de lui reprocher nos adversaires la décision de défendre les intérêts des ressortissants belges dans cette affaire. Le caractère légitime de ces intérêts ne peut pas être contesté, mais on s'efforce de nous critiquer en employant toutes les ressources — et je reconnais qu'elle sont très grandes — d'une technicité qui oublie peut-être un peu trop que le droit a pour but ultime de réaliser la justice.

Après ces quelques mots d'introduction, j'ai hâte d'aborder l'exposé technique de la partie de la cause belge qui concerne le *jus standi* de la Belgique, c'est-à-dire son droit de protéger les actionnaires belges d'une société canadienne, lésés par une série d'actes de l'Espagne, actes qui sont considérés comme illicites par la Belgique, de les protéger d'abord par la voie diplomatique et finalement devant votre haute juridiction.

Dans ses propos introductifs, mon jeune collègue et ami le professeur Lauterpacht a montré très clairement que la présente action était une action pour la protection d'actionnaires. Il en résulte qu'une fois prouvée la nationalité de quelque 88 % des actionnaires de la Barcelona Traction, le *jus standi* de la Belgique dans la présente affaire se trouve de ce fait même établi.

L'exposé que je vais entreprendre se justifie donc, de l'avis du Gouvernement belge, pour l'hypothèse où la Cour estimerait devoir examiner aussi, au stade de la présente procédure, c'est-à-dire à titre préalable, s'il existe ou non en droit international une règle qui oblige la Cour, en la présente cause, une règle de droit international qui dénie d'emblée à

la Belgique l'accès du prétoire pour cette simple raison que la Belgique se présente en tant qu'Etat national des actionnaires de la Barcelona Traction.

Nous n'avons pas l'intention de reprendre en détail tous les points qui ont été examinés dans les observations et conclusions de la Belgique. En particulier, nous n'avons pas l'intention de nous étendre sur l'analyse de tous les précédents internationaux judiciaires et gouvernementaux et autres qui s'y trouvent aux pages 124 à 164 des observations et conclusions de la Belgique (I).

Nous ferons exception pour quelques-uns de ces cas. Mais aucune des argumentations des constatations que nous passerons sous silence ne peut être considérée comme abandonnée par la Belgique; nous les confirmons expressément ici à la barre, dans la teneur qu'elles ont aux termes de la requête du 14 juin 1962, du mémoire belge du 30 octobre 1962 et des observations et conclusions belges du 14 août 1963.

Pour faciliter à la Cour la compréhension du point de vue de la Belgique et pour lui permettre de suivre plus aisément les développements dans cette question particulièrement discutée par le Gouvernement belge que nous avons adoptés, nous divisons notre plaidoyer en cinq parties, qui sont les suivantes:

- premièrement, nouvelles conclusions de la Belgique;
- deuxièmement, délimitation des points juridiques en discussion;
- troisièmement, thèse espagnole et sa réfutation;
- quatrièmement, la thèse de la Belgique;
- cinquièmement, la partie qui sera la plus étendue, la plus importante, la protection des actionnaires par leur Etat national.

Le fondement du *jus standi* de la Belgique, notamment la question des participations belges dans la Barcelona Traction, en fait, a déjà été traité par M. le professeur Lauterpacht. Il vous a aussi montré le rôle que pouvait jouer l'équité dans l'interprétation à donner aux règles du droit international en matière de sociétés et en matière de protection des sociétés et des actionnaires, règles qu'il m'incombe donc actuellement de vous exposer; le problème de la jonction de l'exception préliminaire n° 3 au fond de la cause sera traité avec la jonction de l'exception préliminaire n° 4.

Voyons donc tout d'abord le problème des nouvelles conclusions de la Belgique.

Avant d'aborder l'étude de la question de la protection diplomatique des actionnaires, qui reste le point central et l'objet véritable de mon plaidoyer, je me vois contraint, par la manière même dont le Gouvernement défendeur a présenté son exception, d'éliminer au préalable ce que je me permettrai d'appeler une fausse question. Cette fausse question c'est celle de savoir quelles sont les personnes physiques et morales que le Gouvernement belge entend réellement défendre dans la présente action.

En effet, la thèse principale de nos adversaires au sujet de la troisième exception, ainsi que mon éminent contradicteur l'a nettement réaffirmé, c'est que dans le cours de toute son action et encore dans la présente instance, la Belgique n'agit pas pour la protection de ses ressortissants actionnaires de la Barcelona Traction, mais assume en réalité la protection de cette société elle-même — la protection de la société comme telle

qui, la Belgique ne l'a jamais contesté, est de nationalité canadienne. Suivant le Gouvernement défendeur, la Belgique aurait adopté cette position tout au long de la correspondance diplomatique, ensuite elle y aurait persisté dans toute la première instance devant la Cour, instance qui est actuellement rayée. Enfin, elle l'aurait encore maintenue dans l'instance dont vous êtes actuellement saisis et cela en dépit de changements qui sont considérés par la Partie adverse comme des changements beaucoup plus apparents que réels de ses conclusions.

Nous commencerons donc par répondre aussi brièvement que possible à cette première objection espagnole en examinant successivement le contenu de la correspondance diplomatique, ensuite la position adoptée par la Belgique pendant la première instance et enfin en comparant les conclusions des deux instances, les conclusions de la première instance et les conclusions que le Gouvernement belge a l'honneur de prendre devant vous dans l'instance actuelle.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, voyons tout d'abord ce qui résulte de la correspondance diplomatique.

M. l'agent du Gouvernement belge a consacré une partie de ses développements à montrer que dès la première note diplomatique adressée par la Belgique à l'Espagne en mars 1948 la Belgique a clairement indiqué que sa raison d'agir et l'objet de son action étaient la protection des ressortissants belges actionnaires de la Barcelona Traction. Le Gouvernement belge a indiqué que cette attitude avait été maintenue dans toutes les notes diplomatiques que la Belgique a adressées à l'Espagne jusqu'à l'introduction de la première instance devant la Cour.

Comme j'ai le désir d'épargner le temps de la Cour, je me bornerai à me référer à cet exposé de M. l'agent du Gouvernement belge (voir II, p. 316) et je me bornerai en outre à renvoyer la Cour pour le surplus aux notes diplomatiques belges elles-mêmes qui sont éloquentes à ce sujet (voir annexes au mémoire belge, vol. IV, p. 976 à 1063). Je me contenterai donc de relever quelques conclusions essentielles qui se dégagent de l'examen de cette correspondance diplomatique.

La première de ces conclusions c'est que, avec la plus grande netteté, le Gouvernement belge a invoqué constamment la possession par ses ressortissants de l'énorme majorité des actions de la Barcelona Traction comme motif de ses interventions diplomatiques. Ses interventions diplomatiques n'ont jamais eu d'autre motif que celui-là.

Deuxièmement, à aucun moment le Gouvernement belge n'a songé à nier que la Barcelona Traction était une société canadienne. Il l'a au contraire constamment qualifiée comme telle.

Troisièmement, dans sa première note diplomatique la Belgique a déjà dénoncé les mesures prises à l'égard de la société canadienne et de ses filiales et a demandé l'effacement, l'annulation de ces mesures.

Quatrièmement, pendant près de quatre années le Gouvernement espagnol ne trouva rien à redire à cette attitude et ne mit jamais un instant en doute que le Gouvernement belge agissait pour la protection de ses ressortissants actionnaires de la Barcelona Traction.

Il est révélateur de noter à ce sujet que dans ses réponses à la première demande d'arbitrage de décembre 1951, faite par la Belgique, le Gouvernement défendeur parlait des « démarches effectuées en défense de supposés intérêts privés » et exigeait à titre préalable « la preuve de la nationalité belge des titulaires des intérêts en question, étant donné que la nationalité canadienne de la société établit la présomption contraire »

(note espagnole du 22 décembre 1951, vol. IV des annexes au mémoire belge, p. 1001).

La note espagnole du 3 janvier 1952 est encore plus claire à cet égard. On y trouve des expressions comme « procédure d'arbitrage en défense des intérêts auxquels se réfère la note belge »; or, la note belge se référerait toujours aux « intérêts des actionnaires belges de la Barcelona Traction ». Et plus loin encore on trouve cette phrase très caractéristique qui émane des autorités espagnoles: « le fait que cette ambassade défende la Sidro [société belge] comme participant important de la Barcelona Traction en alléguant qu'elle possède la nationalité belge ». Donc il n'y a pas de doute que les Espagnols eux-mêmes se sont rendu compte que la Belgique entendait bien défendre des intérêts belges dans la Barcelona Traction et non pas la société comme telle.

Cinquièmement, cependant dans certaines notes, le Gouvernement belge a utilisé une terminologie impropre; mais dans ces notes le contexte indiquait toujours clairement que l'action de la Belgique se fondait sur et tendait à la protection de ses ressortissants actionnaires, en sorte que la conviction que le Gouvernement défendeur se faisait sur ce point ne pouvait pas s'en trouver modifiée. C'est ainsi que mon honorable contradicteur, suivant en cela les exceptions préliminaires (I, p. 177) a cru pouvoir trouver un aveu de l'intention de la Belgique de défendre diplomatiquement la Barcelona Traction dans le passage suivant de la note belge du 6 février 1958 qui disait:

« Dès sa première note du 27 mars 1948, le Gouvernement belge a justifié son intervention en faveur d'une société de droit canadien par des indications détaillées quant à l'importance des intérêts belges engagés dans ladite société. »

Faut-il vraiment rappeler que cette interprétation après coup d'une note reçue dix années auparavant est en contradiction formelle avec la manière dont le Gouvernement espagnol l'a comprise à l'époque où il l'a reçue?

Il y a plus. La note belge du 6 février 1958 elle-même contenait des précisions qui ne permettaient aucun doute quant à la volonté de la Belgique d'agir toujours pour la protection de ses ressortissants actionnaires. Je citerai ici le passage suivant extrait du volume IV des annexes au mémoire belge, pages 1044 et 1045:

« Quant à la thèse du Gouvernement espagnol suivant laquelle une participation belge prépondérante dans la Barcelona Traction ne créerait pas un lien de rattachement suffisant de la Barcelona Traction à la Belgique, le Gouvernement belge fait remarquer qu'une jurisprudence arbitrale importante et de nombreuses conventions internationales récentes ont reconnu aux actionnaires le droit d'être représentés par leur Etat dans une instance internationale. Le Gouvernement espagnol l'admet d'ailleurs dans le cas où il s'agit d'une réclamation dirigée contre l'Etat dont la société a revêtu la nationalité. Le Gouvernement belge estime que ce droit existe à fortiori lorsque le dommage est imputable à un Etat dont la société lésée n'a pas la nationalité. »

Il est encore une autre expression utilisée par le Gouvernement belge dans cette même note et que je voudrais relever parce qu'elle me paraît définir assez nettement la position que le Gouvernement belge adoptera

dans la première instance qu'il intentera quelques mois plus tard. Voici le passage :

« Il n'est pas nécessaire que la totalité du capital d'une société soit aux mains de ressortissants d'une nationalité étrangère pour permettre à leur gouvernement de faire valoir pour leur compte [donc pour le compte de ces ressortissants belges] les droits de la société dépouillée. »

Ce n'est que neuf années après le début du litige, dans sa note du 10 juin 1957, que le ministère espagnol des Affaires étrangères dévoile ses batteries pour la première fois et qu'il amorce un système de défense qui servira plus tard de fondement à sa thèse sur le défaut de tout *jus standi* de la Belgique dans cette affaire. Il est écrit dans cette note espagnole :

« Dans le Mémoire du 31 décembre 1956, en se fondant sur des intérêts prétendument belges représentant une partie du capital-actions de la Barcelona Traction, le Gouvernement belge demande que l'Espagne adopte des mesures qui puissent conduire au rétablissement des droits de l'ancienne société ou, en cas d'impossibilité, assume la réparation du préjudice supposé; en d'autres termes, le dessein de protéger les soi-disant intérêts belges sert de prétexte au Gouvernement belge [voilà l'accusation espagnole] pour étendre sa protection à toute la Barcelona Traction; il en vient ainsi [c'est le reproche que lui adresse l'Espagne] à se substituer dans l'exercice de sa protection au Gouvernement national de la société prétendument préjudiciée, c'est-à-dire à celui du Canada. »

Et le Gouvernement espagnol poursuit, dans l'antépénultième alinéa de sa note, en invitant le Gouvernement belge à justifier de son droit d'action dans les termes suivants :

« En conséquence, ce département demande à l'ambassade de Belgique de vouloir bien fournir la preuve que le Gouvernement belge est habilité sur le plan international à protéger la Barcelona Traction et ceci en conformité avec les règles internationales en vigueur en la matière, et non en se basant sur un critère singulier qui ne trouve pas de fondement dans la doctrine et la pratique internationales. »

Le Gouvernement belge, dans sa note du 8 juillet 1957, ne laisse pas de marquer sa surprise des motifs invoqués par l'Espagne pour décliner sa proposition de déférer à votre haute Cour de Justice le litige entre les deux Etats. Il rappelle que, dès sa première intervention, il avait tenu « à indiquer le lien d'allégeance existant entre la Belgique et les victimes véritables des mesures dénoncées »; il cite à l'appui plusieurs passages de ses notes antérieures et, sur le point précis de la nationalité des personnes lésées, la note belge expose ce qui suit :

« Si le Gouvernement belge a affirmé, à maintes reprises, dans le passé et dès le mois de mars 1948 (voir note de l'ambassade de Belgique à Madrid du 27 mars 1948, n° 1343) que la Société internationale d'énergie hydro-électrique (Sidro), de nationalité belge, ayant son siège à Bruxelles, possédait et possède encore 1 362 593

actions de la Barcelona Traction, *c'est qu'il en avait la preuve certaine*. Il la trouve dans les déclarations que cette société a faites à la Banque Nationale de Belgique le 29 mai 1946 en exécution des arrêtés belges du 6 octobre 1944, relatifs au recensement des titres belges et étrangers. Des documents comptables établissent dans son chef la propriété de ces mêmes titres à la date de ce jour.

En outre, le public belge possède des actions de la Barcelona Traction représentant dans l'ensemble un certain pourcentage de la totalité des actions émises, ce qui pourrait être démontré ultérieurement, si la chose s'avérait nécessaire. »

Dans sa longue réponse du 30 septembre 1957, le ministre espagnol des Affaires extérieures reproche d'abord au Gouvernement belge de n'avoir pas retenu

« la raison véritable sur laquelle le Gouvernement espagnol se fonde pour refuser de soumettre cette affaire à la Cour internationale de Justice ... [et:] Le fait de soumettre le prétendu litige à une autorité internationale implique qu'on tient pour résolue la question de savoir si le Gouvernement belge possède ou non des titres à assumer la protection de la Barcelona Traction, alors qu'en réalité le Gouvernement espagnol n'a pas encore approuvé ce point indispensable à l'acceptation de la réclamation diplomatique. »

Le Gouvernement défendeur axe donc toute son argumentation sur l'équivoque qu'il a introduite lui-même dans sa note précédente du 10 juin 1957 où il accuse la Belgique de se servir d'un prétexte pour protéger diplomatiquement toute la société de la Barcelona Traction. Il répète encore que

« le désir de protéger ces prétendus intérêts belges sert de prétexte au Gouvernement belge pour vouloir étendre cette protection à la Barcelona Traction tout entière, d'où il résulte que le Gouvernement belge vient se substituer au Gouvernement du pays dont relève la société prétendument lésée, à savoir le Canada, quant à la protection exercée par celui-ci ».

Le Gouvernement espagnol adresse au Gouvernement belge la critique de confondre « la preuve de la nationalité des intérêts soi-disant belges avec la prétention dudit Gouvernement belge d'assumer la protection de la Barcelona Traction » et il estime que — et c'est toujours le même reproche —

« le désir de couvrir la Barcelona Traction avec le statut national de quelques associés belges, à l'effet d'assurer la protection internationale de cette société, constitue le point crucial qui prime toute autre appréciation ».

Le Gouvernement espagnol insiste encore sur le fait que le Gouvernement canadien est aussi intervenu, en sa qualité d'Etat national, pour protéger la Barcelona Traction en Espagne et qu'en entendant ultérieurement

« soumettre ... l'affaire à un arbitrage international, le Gouvernement belge voulut de la sorte transférer définitivement d'un pays à l'autre la protection internationale de la Barcelona Traction ».

Il affirme aussi que :

« Si cette protection était possible, cela supposerait un changement de nationalité de la Barcelona Traction en substituant à son lien canadien un hypothétique lien avec l'Etat belge. »

Il relève finalement :

« Comme celle-ci possède la nationalité canadienne et, dès lors, n'a aucun lien juridique avec l'Etat belge, quelques intérêts belges limités dans la Barcelona Traction ne peuvent se comparer à un lien de celle-ci avec la Belgique. »

Les dernières notes espagnoles sont ambiguës sur le point à trancher par la Cour. Elles soutiennent tantôt que la protection diplomatique de la Barcelona Traction veut être exercée par la Belgique, tantôt que celle-ci entend substituer sa nationalité à celle qu'a la Barcelona Traction en vertu de son statut canadien, tantôt qu'elle veut attribuer à la Barcelona Traction le statut belge de ses actionnaires, voire même substituer le droit conventionnel hispano-belge au droit conventionnel hispano-canadien qui est applicable à la Barcelona Traction. Toutes ces variantes se trouvent dans les notes diplomatiques espagnoles.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, vous pouvez constater que, par cet échange de correspondance diplomatique si on la considère dans son ensemble, on peut constater un certain nombre de confusions, tant du côté espagnol que du côté belge.

L'Espagne adresse à ce sujet à la Belgique des observations un peu abracadabrantes qui étaient toutes très loin des intentions du Gouvernement belge.

D'autre part, le Gouvernement belge, nonobstant toutes les critiques qui lui étaient adressées par le Gouvernement espagnol, a maintenu dans la première instance qu'il a introduite devant la Cour internationale de Justice les positions qu'il avait formulées au cours de cette correspondance diplomatique. Il estimait que, agissant pour la protection des actionnaires belges qui représentaient une majorité écrasante dans la Barcelona Traction, cette prépondérance lui permettait de faire valoir pour le compte de ces actionnaires sur le plan international les droits de la société complètement dépourvue, ce qui devait avoir pour effet d'assurer la réparation à l'ensemble des actionnaires.

Cela apparaît très clairement dans les conclusions de cette première instance. Si vous vous reportez aux conclusions de la première requête et du premier mémoire vous pourrez constater qu'il y en avait quatre.

Dans la première, la Belgique demandait à la Cour un arrêt déclaratoire quant au caractère internationalement illicite des abus dénoncés et quant à la responsabilité de l'Etat espagnol. Le Gouvernement belge, dans la deuxième conclusion, demandait le rétablissement de la Barcelona Traction dans ses biens, droits et intérêts. Dans sa troisième conclusion de caractère alternatif, il demandait pour le cas où cette *restitutio in integrum* ne serait pas possible, le versement à titre d'indemnité d'une somme équivalant à l'intégralité de l'actif net de la Barcelona Traction, toutes dettes déduites. Et enfin, à titre subsidiaire, et pour le cas où la Cour aurait estimé que la force prépondérante des intérêts belges ne permettait pas au Gouvernement belge de poursuivre la réparation de tout le préjudice subi par la société, le Gouvernement belge demandait

une indemnisation de la part du préjudice correspondant à la participation des belges dans la société.

La Cour sait que le Gouvernement défendeur, dans l'exception préliminaire qu'il opposa à cette première requête belge, a soutenu que le Gouvernement belge assumait dans son action la protection diplomatique d'une société canadienne. Et cela, non seulement lorsqu'il demandait la réparation du préjudice intégral subi par la société, mais également lorsqu'il limitait à titre subsidiaire sa demande à la part de ce préjudice qui correspondait aux participations de la Belgique.

C'est précisément pour éviter cette confusion que le Gouvernement belge, lorsqu'il a été amené, après l'échec des négociations privées, à introduire une nouvelle demande, a considérablement modifié ses conclusions. Ces modifications tendent toutes à indiquer clairement à la Cour que l'action de la Belgique tend actuellement exclusivement à la protection de ses ressortissants actionnaires lésés dans la Barcelona Traction par les actes ou par les omissions des autorités espagnoles.

Ces modifications n'ont pas seulement le but de clarification qui vient d'être indiqué; elles comportent aussi une importante limitation de la demande belge. Nous avons vu que dans l'instance de 1958, le Gouvernement belge, soucieux exclusivement, comme il l'est encore actuellement, de protéger les intérêts des actionnaires belges dans la société, avait été d'avis que, vu le caractère prépondérant de ces intérêts, son action pouvait tendre à obtenir pour eux, en cas d'impossibilité d'effacement des effets des actes dénoncés, le *renflouement de la société Barcelona Traction* par l'octroi d'une indemnité égale au préjudice causé à l'ensemble des actionnaires, c'est-à-dire à la société elle-même. Le Gouvernement belge s'est toutefois rendu compte du caractère contestable de cette application de la théorie du contrôle, et il a, dans sa même requête de 1958, demandé à titre subsidiaire une réparation du dommage causé à la société et cela jusqu'à concurrence des participations belges, c'est-à-dire le dommage subi par les seuls actionnaires belges.

Dans la requête de 1963 — la requête actuelle — la Belgique a abandonné l'ancienne demande principale pour se limiter à la réparation du dommage subi par les actionnaires belges. Examinons d'un peu plus près les conclusions *actuelles* du Gouvernement belge, en les comparant à celles de l'ancienne instance de 1958.

L'ancienne conclusion n° 1 (conclusion de 1958) était, je vous l'ai dit, d'ordre purement déclaratoire. Actuellement, elle est complétée en ce que le Gouvernement belge y demande que la Cour déclare que l'Espagne est tenue envers la Belgique de réparer le préjudice subi par les ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la Barcelona Traction, comme conséquence des actes illicites dénoncés.

L'ancienne conclusion n° 2 de la requête de 1958, qui tendait à la restauration intégrale de la Barcelona Traction par l'Etat espagnol, est remplacée par une demande d'effacement de toutes les conséquences que les actes contraires au droit des gens ont eues pour lesdits ressortissants belges, c'est-à-dire pour les actionnaires.

Est-il besoin de dire, de développer devant vous, que cette demande d'effacement est imposée au Gouvernement belge par les principes généraux du droit international en matière de réparations et ainsi que par les règles contenues dans le traité hispano-belge de 1927 sur le règlement judiciaire et l'arbitrage. Le fait que le Gouvernement belge agissait exclusivement pour les actionnaires belges ne pouvait le dispenser de

demander au premier chef que leurs droits et intérêts dans la Barcelona Traction leur soient restitués, c'est-à-dire que lesdits actionnaires soient remis, autant que cela pouvait se faire naturellement, dans la position où ils se trouvaient avant que les actes dénoncés aient été accomplis.

Comme il a été indiqué plus haut, la conclusion n° 3, qui dans la requête de 1958 se présentait comme une alternative de la conclusion n° 2, a été, dans la requête de 1963, purement et simplement supprimée par qu'elle visait à obtenir pour l'Etat belge l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi par la Barcelona Traction. C'est la suppression de cette conclusion qui démontre d'une manière absolument irréfutable que l'Etat belge entend exclusivement limiter sa demande au préjudice subi par ses propres ressortissants.

La conclusion subsidiaire n° 4 de la requête de 1958 a été complètement réformée pour présenter plus clairement l'indemnité de remplacement qui est demandée au cas où l'effacement des mesures incriminées s'avérerait impossible.

Voilà les modifications contenues dans la requête, dans la demande qui est actuellement pendante devant vous, Monsieur le Président et Messieurs les juges, comparée à celle de 1958.

Ces modifications ont eu le don d'exciter la colère du Gouvernement défendeur. Il a dénoncé à ce sujet une combinaison retorse de désistement-réintroduction. Il faut énergiquement répéter que cette combinaison n'existe pas. Notre honorable contradicteur n'a d'ailleurs pas repris cette accusation dans ses explications orales, ceci en présence de l'historique du désistement tel qu'il est exposé dans nos observations et tel qu'il a été retracé par Me Van Ryn. Le Gouvernement belge est resté dans les limites de son droit en présentant ses nouvelles conclusions à la Cour, mais la Partie défenderesse persiste à vouloir les ignorer; elle s'exprime de la manière suivante dans ses conclusions à elle sur la troisième exception préliminaire:

« Plaise à la Cour, dire et juger: que la demande formulée par le Gouvernement belge dans sa requête et dans son mémoire, et dans toutes et chacune des trois conclusions dans lesquelles elle est articulée est définitivement irrecevable pour défaut de qualité du Gouvernement belge dans la présente affaire, étant donné [voilà le point tout à fait étrange] que la société Barcelona n'a pas la nationalité belge [comme si on ne l'avait jamais soutenu] et que, dans le cas d'espèce, l'on ne saurait admettre une action diplomatique ou judiciaire internationale en faveur de prétendus actionnaires belges de la société pour le préjudice que cette dernière affirme avoir subi. »

Et au cours des plaidoiries, le Gouvernement, les représentants du Gouvernement espagnol, les conseils et agents du Gouvernement espagnol ont poussé cette argumentation jusqu'à ses dernières limites.

Cette prétention du Gouvernement défendeur de vouloir imposer à la Partie demanderesse d'autres conclusions que celles prises actuellement par la Belgique, de n'accepter la discussion que sur des conclusions déformées par lui, est à proprement parler inadmissible; nous ne pensons pas que pareille situation se soit jamais présentée devant la Cour, ni devant n'importe quel autre tribunal international. La Partie demanderesse est toujours maîtresse de décider en faveur de qui elle veut intervenir.

Dans sa très brillante, je dirai même, dans sa trop brillante plaidoirie du 23 mars dernier, notre honorable contradicteur et adversaire a dirigé contre ce point de vue une attaque aussi insidieuse que poussée, car il est un très bon bretteur.

Nous n'avons pas à résumer son argumentation; son argumentation, elle est sous vos yeux.

En substance, l'orateur nous a reproché de réintroduire sous la forme d'une nouvelle requête du 14 juin 1962, la même requête que celle du 15 septembre 1958 et de formuler dans le nouveau mémoire du 30 octobre 1962 des conclusions qui matériellement se couvrent complètement avec celles de notre mémoire du 15 juin 1959, et il pousse l'audace jusqu'à vouloir nous enfermer dans le dilemme suivant.

Le dilemme est formulé de la manière suivante (voir II, p. 198):

« Ou bien la correspondance officielle, qui a eu lieu entre le Gouvernement espagnol et le Gouvernement belge de 1948 à 1958, doit être considérée exclusivement en relation avec la première instance devant la Cour, celle qui apparaît, même de l'extérieur, comme la continuation logique de cette correspondance sur le plan judiciaire. Dans ce cas, il est évident [dit-il] que dans l'optique de la deuxième instance, le Gouvernement belge n'a pas rempli la condition de l'épuisement préalable des négociations diplomatiques. En effet, les deux notes de 1961 ne font que se référer à « la correspondance diplomatique que le Gouvernement belge a échangée antérieurement avec le Gouvernement espagnol au sujet de cette affaire »; et l'on ne saurait y trouver la moindre ébauche d'une négociation préalable en vue d'une instance différente. »

Voilà une des branches du dilemme. L'autre, la voici:

« Ou alors, seconde hypothèse, toute la correspondance doit être considérée comme constituant le préalable nécessaire sur le plan diplomatique, aussi bien pour la deuxième que pour la première instance. Dans ce cas [il conclut donc et c'est extraordinaire], il faut admettre qu'il existe un lien évident entre les deux instances et que nous avons pleinement le droit de remonter de la plus récente à la précédente et au-delà, même de celle-ci, à tout ce qui l'a précédée, pour nous rendre compte de la vraie nature de l'affaire. Nous avons même le droit [et cela me paraît énorme] incontestable de considérer l'énoncé des conclusions de la première instance comme plus correct que celui des conclusions de la deuxième, si elle correspond mieux à l'essence de l'affaire, telle qu'elle est apparue dès le début. »

Voilà donc le dilemme en présence duquel nous nous trouvons, les prétentions impitoyables que formule le Gouvernement espagnol pour l'interprétation de conclusions qui ont été déposées par le Gouvernement belge dans l'exercice de son libre droit de plaideur.

Monsieur le Président et Messieurs les juges, tout plaideur qui se trouve placé par son adversaire devant un dilemme de ce genre qui prétend l'enserrer comme dans une tenaille, a une réaction naturelle, c'est de faire sauter une des branches au moins de la tenaille.

Ce dilemme, dans lequel on prétend nous enfermer, n'existe pas, il ne repose sur rien. En l'espèce, ce sont les deux branches de la tenaille que nous sommes en mesure de faire sauter.

Nous faisons sauter la première branche de la tenaille en affirmant qu'il est plus qu'étrange de voir notre honorable contradicteur tenter une fois de plus d'introduire dans le débat l'exception du non-épuisement des voies de négociations diplomatiques, alors qu'il résulte de l'exposé de M. l'agent du Gouvernement espagnol que celui-ci, tout en ayant envisagé une telle exception, a renoncé à la formuler. Au surplus, nous avons montré que toutes les notes diplomatiques belges sont dans la ligne d'une action pour la protection des actionnaires belges et que, d'ailleurs, la correspondance diplomatique a porté tant sur le droit de protection de la Barcelona Traction que sur le droit de protection des actionnaires.

Quant à la deuxième branche de la tenaille, on ne voit pas bien en quoi l'existence d'un lien évident entre les deux instances permettrait à nos adversaires de tenir pour négligeables les différences qui existent entre la première et la seconde et surtout de prétendre interpréter celle-ci par celle-là, voire de substituer celle-là à celle-ci.

Il est sans doute certain que la nouvelle requête belge, le nouveau mémoire sont basés sur les mêmes faits que ceux de 1958, qu'ils invoquent comme les précédents les mêmes actes illicites commis à l'égard de la Barcelona Traction et de son groupe et qu'ils se fondent sur la même participation des actionnaires belges dans la Barcelona Traction.

Mais le Gouvernement belge ayant été amené à se désister à son corps défendant de la première instance, afin de ne pas faire obstacle à l'ouverture de négociations privées qui semblaient présenter des chances sérieuses d'aboutir à une transaction équitable, aucun reproche ne peut lui être adressé d'avoir tenu compte des observations contenues dans les premières exceptions préliminaires afin d'éviter précisément et si possible que la nouvelle requête ne donne ouverture aux mêmes difficultés, aux mêmes controverses théoriques relatives à la protection des sociétés dans une affaire où, comme le Gouvernement belge l'avait toujours exposé, c'était bien dans le chef des actionnaires belges que se situait l'intérêt dont le Gouvernement assurait la protection.

Les nouvelles conclusions du Gouvernement belge à cet égard sont d'une clarté totale. La Belgique invoque le préjudice subi par ses ressortissants actionnaires, et en demande réparation. Si cette réparation a pour conséquence l'annulation de la faillite avec tous ses effets sur les ressortissants belges lésés, ou le droit au paiement de dommages-intérêts pour les seules participations des ressortissants belges, cela ne concerne que le mode de réparation demandé à la Cour, mais non pas la nature de l'action; sur ce point la discussion ne devrait plus être permise.

En effet, le mode de réparation qui est demandé à la Cour ne concerne que la mesure du préjudice qui est causé aux actionnaires de la Barcelona Traction par les agissements et les omissions qui sont reprochés à l'Etat défendeur. Le préjudice subi par la Barcelona Traction est nécessairement aussi causé à ses actionnaires. Les actionnaires, en toute première ligne, ont le droit à ce que leur situation d'actionnaire soit rétablie autant que possible, telle qu'elle l'était avant que les actes illicites aient été commis; c'est la règle posée par la Cour permanente de Justice

internationale dans son arrêt concernant l'*Usine de Chorzów* (fond), arrêt du 13 septembre 1928, série A, n° 17, pages 47-48.

Les actionnaires ont droit en outre à une indemnité de remplacement si cette restitution se révèle irréalisable dans la pratique. Si la remise en état des actionnaires entraîne inévitablement celle de la société, c'est là une conséquence qui n'altère ni la nature ni la portée de la demande belge, qui reste une demande pour la protection des actionnaires. Sans doute, cette remise en état éventuelle de la société est-elle susceptible de profiter à d'autres que les sujets protégés, et on pourrait concevoir qu'un tribunal refuse de l'ordonner si la demande en était faite par un Etat dont les ressortissants n'ont qu'une faible participation dans la société lésée. C'est là une affaire d'espèce.

Or, en la présente cause, la Belgique représentant 88 % des actionnaires de la Barcelona Traction, il ne serait pas équitable de refuser à ces actionnaires majoritaires l'application de la règle générale du droit international quant à la *restitutio in integrum*, sous prétexte que quelques actionnaires non protégés et disséminés et répartis en d'autres Etats en bénéficieraient également. Mais c'est là, je dois insister sur ce point, une question qui relève uniquement du fond.

La prétention de la Partie adverse d'interpréter nos conclusions à sa manière, c'est-à-dire, en réalité, de les remplacer par d'autres afin de pouvoir mieux les combattre et les abattre, ne peut donc trouver dans cet aspect de la demande belge aucun fondement.

Elle est en outre tout à fait inadmissible, car elle est contraire à toutes les conceptions du droit de procédure puisqu'elle invite la Cour à se prononcer sur autre chose que ce qui est clairement demandé par la Partie demanderesse dans sa requête et son mémoire. Si on acceptait le point de vue véritablement anarchique soutenu par le Gouvernement espagnol, la Cour pourrait être amenée à rendre des sentences qui se situeraient tout à fait en dehors des questions que la Partie demanderesse a entendu soumettre à son appréciation. Et la Cour finirait par franchir les limites universellement posées à la liberté du juge qui ne peut pas décider *ultra petita*. La Partie demanderesse qui entend soumettre aux juges d'autres questions litigieuses que celles qui ont été soulevées par le demandeur, ne peut le faire qu'en ayant recours aux demandes reconventionnelles qui sont autorisées par l'article 63 du Règlement de la Cour. Elles ne sont pas possibles dans le domaine des exceptions préliminaires.

C'est donc en fonction des seules conclusions actuelles, fondées sur la protection des actionnaires belges, que la Cour aura à se prononcer. La Belgique y affirme son droit propre, proclamé à maintes reprises par votre haut tribunal, de protéger ses ressortissants lésés par des actes internationalement illicites d'Etats étrangers.

C'est dans ces termes, et dans ces termes seulement, que se pose à la Cour la question du *jus standi* de la Belgique que je vais aborder incessamment.

En le faisant, je dois commencer par rappeler, car vraiment la Partie adverse l'a trop fréquemment oublié, que nous sommes dans la procédure des exceptions préliminaires seulement, et cela par la volonté du Gouvernement défendeur : c'est lui qui conteste au Gouvernement belge la qualité pour intervenir en faveur des actionnaires belges de la Barcelona Traction. Il nous conteste le *jus standi*, il a donc la charge de la preuve. Il doit administrer la preuve qu'il y a une règle de droit des

gens qui s'oppose à ce que la Belgique puisse prendre sous sa protection diplomatique des actionnaires de nationalité belge qui ont été lésés par la faillite arbitrairement déclarée et encore plus arbitrairement exécutée en Espagne de la société canadienne *Barcelona Traction*. Dans la procédure sur l'exception préliminaire n° 3, le Gouvernement belge n'a qu'à prouver les participations effectives de ses nationaux dans la société mise en faillite, la nationalité belge des intéressés lésés, et cette preuve, il l'a déjà administrée; le plaidoyer de notre jeune collaborateur le professeur Lauterpacht est là pour l'établir.

Si la Cour, comme je l'ai dit plus haut, estimait devoir aller plus loin, elle ne perdra pas de vue que l'Espagne, étant demanderesse dans cette procédure en exceptions préliminaires, doit prouver qu'il existe une règle de droit international nous interdisant l'accès du prétoire pour agir au profit d'actionnaires belges dans une société étrangère. Elle a l'*onus probandi*, je le répète. Si elle échoue dans l'administration de cette preuve, son exception fondée sur l'absence du *jus standi* est vouée à l'insuccès, car il est incontesté que chaque État a le droit de protéger, par la voie diplomatique et judiciaire internationale, ses ressortissants lorsqu'ils sont victimes d'actes injustes internationalement contraires au droit des gens, commis par un État étranger.

Cette question de l'*onus probandi* étant précisée, nous passerons plus tard à l'examen du problème de la protection des actionnaires en droit international.

[Audience publique du 17 avril 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs les juges, j'ai donc exposé hier à la Cour le plan de ma plaidoirie et j'ai abordé le premier chapitre concernant la réfutation du point de vue espagnol en ce qui concerne les nouvelles conclusions de la Belgique.

J'aborde maintenant un chapitre qui, je l'espère, sera très bref, car j'ai aussi le souci de ménager le temps de la Cour: la délimitation des points juridiques en discussion.

Le problème juridique que soulève le présent litige et auquel la Cour est respectueusement priée de donner une solution conforme au droit se pose, si je ne fais erreur, pour la première fois devant elle.

La question cardinale à examiner n'est pas, comme le prétend le Gouvernement espagnol, celle de savoir si le Gouvernement belge peut ou non intervenir en faveur d'une société canadienne. Je vous ai longuement expliqué hier que c'était là une fausse question.

Le problème qui est posé à la Cour de céans par la troisième exception préliminaire est celui de la protection diplomatique par un État et de son droit d'introduire une action judiciaire internationale en faveur de ceux de ses nationaux, personnes juridiques ou personnes individuelles, qui ont subi des pertes dans des sociétés étrangères où ils ont fait des investissements financiers, pertes résultant d'un acte ou d'une omission contraire au droit d'un État, et sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la responsabilité internationale du dommage incombe à l'État dont la société lésée a la nationalité ou à un autre et troisième État.

L'opposition de l'Espagne et de la Belgique au sujet de ce problème qu'on peut formuler très clairement est complète, irréductible, et c'est pourquoi les négociations diplomatiques ont été rapidement inutiles, bien qu'elles se soient prolongées pendant une dizaine d'années.

L'Espagne soutient qu'on ne peut accorder la protection diplomatique qu'à la personne juridique, qu'à la société qui est internationalement lésée et ne la confier qu'à son Etat national, avec quelques exceptions.

La Belgique, au contraire, affirme que la personnalité juridique de la société peut être percée et que les associés, sociétaires, actionnaires peuvent, lorsqu'ils n'ont pas la même nationalité que l'être collectif, être protégés diplomatiquement par *leur propre Etat national*. Voilà l'opposition des deux thèses ramenées à leurs lignes essentielles.

On peut constater cependant qu'au cours de l'actuelle procédure écrite un certain rapprochement s'est réalisé entre les thèses des deux Parties. On peut considérer qu'elles sont d'accord sur les points suivants de droit international général qui sont, en définitive, des vérités premières dont l'Espagne revendique la paternité ou la priorité ou le droit de préférence; nous ne voulons pas lui disputer cet honneur.

Premier principe: l'institution de la protection diplomatique est destinée à garantir les règles de droit international général relatives au traitement des étrangers. Nous sommes d'accord, il n'y a pas lieu de revenir sur ce point.

Deuxième principe: en mettant en mouvement l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, chaque Etat exerce son *droit propre*, celui, d'après votre jurisprudence, de faire reconnaître en la personne de ses ressortissants le respect du droit international tout entier. Ici aussi nous sommes d'accord: l'Etat ne fait pas valoir le droit de ses ressortissants, il fait valoir son *droit propre*. Il n'y aura pas lieu de revenir sur ce point.

Troisième principe: en vertu du droit international public général, et tous accords étant *réservés*, la protection diplomatique ne peut être exercée que par l'Etat dont les lésés ont *la nationalité*. La Belgique invoque cette règle et pour son intervention en faveur des *individus actionnaires* de la Barcelona Traction qui ont la nationalité belge et pour *Sidro et autres personnes morales et sociétés* qui remplissent les conditions de son droit pour être investies de la nationalité belge. Mais la Belgique ne comprend pas du tout — et considère comme une contradiction de la Partie adverse — que dans ses conclusions le Gouvernement espagnol, après avoir lui-même défendu ce principe, tente de justifier son action d'irrecevabilité pour défaut de *jus standi* de la Belgique par les mots « étant donné que la *Barcelona Traction n'a pas la nationalité belge* », alors que la Belgique n'a *jamais* soutenu qu'elle en fût investie.

Cette conclusion du Gouvernement espagnol est, à mon avis, tout à fait artificielle. Tout ce qui est artificiel dans une argumentation juridique a un caractère tendancieux; et tout ce qui est tendancieux vise à induire la Cour en erreur.

Quatrième principe: le lien de nationalité qui relie une personne à l'Etat qui prétend faire usage en sa faveur de son droit de protection diplomatique doit être *juridique*, en ce sens qu'il doit résulter du droit de cet Etat. Ici aussi la Belgique est d'accord.

Cinquième principe: La Belgique prend acte avec satisfaction de la concordance des points de vue des deux gouvernements pour ce qui concerne la protection diplomatique des *personnes morales*. En principe la Belgique comprend cette règle de telle façon qu'on doit comprendre par là seulement que les personnes morales sont susceptibles de protection diplomatique comme les individus. Il ne sera pas non plus revenu sur ce point.

Enfin, sixième principe: le Gouvernement belge prend encore acte avec satisfaction de l'affirmation par le Gouvernement espagnol, fondée sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 6 avril 1955 dans l'affaire *Nottebohm* (fond) (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 25 et suiv.), que

« un lien juridique représenté par la nationalité attribuée à une personne par l'Etat sur la base de son propre droit, doit correspondre, pour qu'on puisse le faire valoir sur le plan international, à un minimum réel, à un *rattachement effectif* entre la personne et l'Etat car la nationalité existant sur le plan juridique doit être, en plus, une nationalité *effective* ».

Les deux Etats admettent cette conséquence, aussi bien le Gouvernement belge que le Gouvernement espagnol. Ils sont d'avis que si la nationalité purement juridique, la nationalité de pur droit, est une *condition nécessaire* pour l'exercice de la protection diplomatique, cette condition *n'est pas toujours à elle seule suffisante* pour que l'Etat national puisse faire valoir le lien de nationalité sur le plan international. Mais il y aura encore lieu d'examiner de plus près cette formule.

Le champ des controverses entre les deux Etats se trouve ainsi dégagé d'un certain nombre d'obstacles, de discussions superfétatoires. Il n'en reste pas moins singulièrement étendu.

La question cruciale dans ce litige n'est pas du tout celle qui est indiquée par le Gouvernement espagnol dans sa note du 30 septembre 1957; il ne s'agit pas du « désir du Gouvernement belge de couvrir la Barcelona Traction avec le statut de quelques associés belges à l'effet d'assurer la protection internationale de cette société canadienne ». Une pareille affirmation reviendrait toujours à dire que la Belgique entendrait, d'une manière ou d'une autre, d'une façon plus ou moins ouverte ou plus ou moins dissimulée, affirmer la nationalité belge de la Barcelona Traction. Je vous ai démontré hier que cela n'était pas le cas.

*La question cruciale est la suivante: il s'agit de savoir s'il existe ou non, en droit international public général, une règle qui s'oppose à ce que l'Etat national des actionnaires puisse accorder sa protection diplomatique à ces derniers et introduire en leur faveur une instance arbitrale ou judiciaire devant une juridiction internationale lorsqu'ils sont lésés dans leurs biens, droits et intérêts par suite d'actes illicites selon le droit des gens, commis par un autre Etat, contre la société dont font partie ces sociétaires.*

Sur la base de ces considérations, la question soumise à la Cour peut donc être formulée d'une manière concrète, d'une façon qui soit très adaptée aux faits de la cause et cela de la manière suivante:

Existe-t-il un précepte de droit international qui refuse la qualité pour agir, le *jus standi*, à la Belgique, Etat national de la Sidro, société enregistrée en Belgique, y ayant son siège, et dont les intérêts économiques sont belges, société qui est actionnaire principale de la Barcelona Traction, laquelle est une société canadienne, incorporée au Canada, mais dans laquelle des personnes physiques et des personnes juridiques ont également fait des investissements importants? Existe-t-il une règle de droit des gens, dans les circonstances de fait que je viens d'indiquer, aux fins qui puissent s'opposer à ce que la Belgique demande, par la voie judiciaire internationale, à l'Espagne qu'elle considère comme l'auteur d'un déni de justice, acte internationalement illicite, réparation de la perte complète de ses participations ou investissements belges causée par la faillite en Espagne d'une société qui n'a donc ni la nationalité

belge ni la nationalité espagnole? Voilà les questions qu'il y a lieu de résoudre; je les ai formulées une première fois de façon abstraite et générale, une seconde fois de façon concrète, c'est-à-dire bien adaptée au fait de la cause.

Monsieur le Président, j'aborde maintenant la troisième partie de mon plaidoyer consacré à la thèse espagnole et à sa réfutation.

Ainsi que vous aurez pu le constater par la lecture des pièces de procédure, la thèse du Gouvernement espagnol au sujet de la protection internationale des personnes juridiques est extrêmement simple et il la formule avec intransigeance.

Il soutient que la qualité pour agir n'appartient qu'au seul Etat national de la Barcelona Traction en faillite, même pour la protection des intérêts des actionnaires belges de la société qui subissent des pertes énormes de ce chef (je vous rappelle qu'il s'agit d'une centaine de millions de dollars). Il apporte cependant une exception à ce point de vue pour le cas où l'Etat national de la société aurait lui-même causé le dommage, pour la raison que les actionnaires sont alors privés de toute protection par l'Etat qui, normalement, devrait sauvegarder leurs droits dans la société, c'est-à-dire qu'ils sont privés de la protection du propre Etat national de la société.

Le Gouvernement espagnol apporte quelques exceptions à cette application de la loi nationale de l'Etat national de la société dans l'exercice de sa protection diplomatique. Il exige en outre que la société, lorsqu'il s'agit donc d'un dommage causé par l'Etat national même de la société, soit dissoute ou qu'elle soit pratiquement morte. Il fait aussi quelques réserves au sujet des sociétés de personnes sans qu'il les ait jamais bien précisées.

En tout cas, l'Etat espagnol se refuse à prendre en considération l'éventualité où le dommage a été causé par un Etat tiers, sans que l'Etat national de la société accorde sa protection aux actionnaires, soit qu'il ne puisse pas le faire, soit qu'il ne veuille pas le faire parce que l'entreprise n'incorpore pour lui que des intérêts étrangers; le Gouvernement espagnol estime que c'est normal: l'Etat national de la société a, à son avis, un droit de protection qu'il qualifie de préférentiel et exclusif. Le Gouvernement espagnol affirme en outre fortement le caractère unitaire des intérêts incorporés dans toute personne juridique, ce qui s'oppose, selon lui, à ce qu'on perce ou qu'on lève le voile de la personnalité juridique pour examiner les éléments composants de la société, pour savoir ce qu'il y a derrière le voile de la personnalité juridique, ce qui l'empêche aussi d'adopter des solutions appropriées à la différence des situations économiques qui se présentent dans la vie. La protection diplomatique des sociétés, affirme le Gouvernement espagnol, à la seule exception que je viens de vous mentionner, est réglée, en droit international public, de la même manière que la protection de l'individu.

C'est en se fondant sur cette conception que le Gouvernement espagnol soutient que la Belgique s'efforce en vain « de tourner un obstacle qu'il qualifie « d'insurmontable » résultant du fait que la protection en faveur de la société avait déjà été exercée par le Gouvernement canadien ». L'Espagne voudrait faire croire à la Cour que l'intervention canadienne est là, qui se dresse comme un redoutable monolithe sur la voie où la Belgique s'est engagée et lui en interdirait absolument le passage. Il a été longuement exposé dans la procédure écrite que cet obstacle formidable, cet obstacle insurmontable n'existe pas du tout en fait. Le

Canada est intervenu contre l'Espagne entre 1948 et 1951 en faveur de sociétés canadiennes, l'une déclarée en faillite de la façon arbitraire qui vous a été exposée — la Barcelona Traction — et l'autre — l'Ebro — dont les avoirs ont été incorporés sans autre forme de procès dans la faillite de la Barcelona Traction, sans même que l'Ebro ait été elle-même déclarée en faillite.

Le Gouvernement espagnol relève aussi que des emprunts de la Barcelona Traction sont soumis à un régime de surveillance canadien appelé *trustee*, qu'ils sont surveillés par la National Trust, qui est une corporation canadienne qui a son siège à Toronto. Il estimerait que ce serait aussi en faveur de ce National Trust que le Gouvernement canadien est intervenu. Il est cependant révélateur que mon honorable collègue, le professeur Ago, lorsqu'il cherche à prouver l'intérêt réel du Canada, le lien d'effectivité entre la Barcelona Traction et le Canada, ce lien d'effectivité qui est aussi exigé par le Gouvernement espagnol, il est — dis-je — révélateur qu'il passe, mais comme chat sur braise, sur la participation canadienne (et pour cause, parce que la participation canadienne est de 1 à 2 % du capital); il passe aussi comme chat sur braise sur la présence du siège social à Toronto de la société, pour invoquer l'existence du *trustee*, de la National Trust, qui n'est en définitive qu'un représentant et un gardien des créanciers de la Barcelona Traction; ces créanciers ne sont pas eux-mêmes canadiens et la National Trust n'a nullement le caractère d'un organe de la Barcelona Traction.

La raison fondamentale de l'intervention canadienne, les faits semblent le prouver, n'a pas été ce souci de sauvegarder les intérêts de la Barcelona Traction et de l'Ebro. En effet, lorsque les créanciers de ces sociétés, notamment de la Barcelona, ont été remboursés par suite de cette vente des biens en Espagne dont nous vous avons retracé les péripéties en procédure écrite, toute intervention canadienne a cessé: la dernière note canadienne est du 22 décembre 1951 et la vente des biens du 4 janvier 1952. Après la vente, les seuls intérêts en souffrance, les seuls intérêts qui restaient à défendre, étaient ceux des actionnaires de la Barcelona Traction, des Belges, qui se trouvaient entièrement dépouillés par la vente des actifs de sa société canadienne, et alors, tout naturellement, le Canada s'est effacé devant la Belgique.

En réalité, le Canada s'est finalement rendu compte de la vanité de ses protestations diplomatiques, et n'ayant avec l'Espagne aucun lien *juridictionnel* qui lui permettait de lui imposer une solution arbitrale ou judiciaire du différend, il a finalement renoncé en fait à poursuivre son intervention.

Actuellement, toute tentative d'intervention diplomatique du Canada a complètement disparu de l'horizon juridique; depuis près de treize ans, le Canada s'est complètement désintéressé de l'affaire. Comme M. l'agent du Gouvernement belge l'a rappelé, le Canada n'a réagi en aucune façon lorsque la Belgique l'a informé de son intention de porter l'affaire de la Barcelona Traction devant la Cour internationale de Justice, en lui communiquant le texte de sa première requête du 15 septembre 1958.

Vaut-il la peine de mentionner encore les démarches du Canada qui auraient eu lieu, par la voie diplomatique, en faveur de la Barcelona Traction, avant le litige qui a causé la ruine de cette société? Nous ne le pensons pas; il s'agissait à l'époque de simples appuis amicaux au sujet de la fixation des tarifs d'électricité ou au sujet de l'autorisation

de devises qui n'avaient aucun caractère contentieux. Le fait qu'à cette époque la Belgique ne soit intervenue que lorsque les droits de ses actionnaires belges furent véritablement mis en péril, confirme la thèse fondamentale de la Belgique selon laquelle elle n'est jamais intervenue en faveur de la Barcelona Traction comme telle; elle n'a jamais voulu protéger la Barcelona Traction, mais elle est seulement intervenue en faveur des actionnaires belges, lorsqu'ils ont été menacés, lorsqu'ils ont été finalement atteints dans leurs droits et cela d'une façon vitale.

Cette véritable intervention belge, comme l'a signalé M. l'agent du Gouvernement belge, s'est produite déjà en septembre 1936, lorsque les biens, droits et intérêts du groupe belge furent réellement mis en danger par la saisie par des comités d'ouvriers, pendant la guerre civile espagnole, des entreprises d'électricité des sociétés auxiliaires de la Barcelona Traction en Espagne. Le Gouvernement belge est alors intervenu, et cela aussi bien à Madrid qu'à Barcelone, pour réserver tous les droits de ses ressortissants, en tant qu'actionnaires de la Barcelona Traction, et réserver ses droits pour couvrir les préjudices qui leur auraient été causés.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, en réalité toute cette argumentation espagnole que je viens de vous résumer porte à faux parce qu'elle repose sur le postulat inexact qu'un acte illicite international ne peut avoir frappé une société que s'il constitue une violation du droit international à l'égard du seul Etat dont cette société a le statut. Il y a là une manifeste pétition de principe. Ce postulat invoqué par l'Espagne, c'est précisément ce que le Gouvernement belge demande à l'Espagne de prouver. Nous n'aurons pour notre part pas grand-peine, je l'espère tout au moins, à convaincre la Cour que le droit international ne contient aucune règle dans ce sens. Et, pour ce faire, je demanderai à la Cour de vouloir m'accorder l'autorisation d'entrer dans un domaine un petit peu ingrat, qui est celui de la théorie générale des personnes morales.

Je serai aussi bref que possible car, à mon âge, on n'oublie pas le précepte du vieux Faust qui dit que toute théorie est grise. Ce qui s'oppose à la reconnaissance sans réserve de la protection des personnes morales par leur seul Etat national tient, d'une part, à la structure même des personnes morales et, d'autre part, au caractère très particulier du lien de nationalité qui rattache la personne morale à un Etat déterminé.

J'aborderai successivement ces deux ordres de cause de rattachement qui contiennent en eux-mêmes déjà le germe de la réfutation de la thèse espagnole.

Ces êtres collectifs qu'on appelle les personnes morales ne sont pas du tout réglementés par le droit d'une façon uniforme. Alors que sur le plan juridique il n'y a qu'une espèce de personne physique, chaque homme ayant une personnalité en droit qui est semblable à celle des autres hommes et qui n'est voilée que dans son exercice dans la division des sujets humains en personnes complètement capables, ou incomplètement capables, ou complètement incapables, qu'on retrouve dans toutes les législations des Etats civilisés, il y a au contraire plusieurs espèces de personnes juridiques qui ont des capacités spéciales. Le caractère unitaire de la personne juridique, sur quoi le Gouvernement espagnol insiste avec tant d'énergie dans la procédure écrite pour en tirer des déductions

de caractère absolu, n'existe tout simplement pas. Les groupements d'intérêts organisés *collectivement* ne sont pas du tout réglementés d'une manière uniforme par le droit. Depuis la société simple jusqu'aux sociétés ayant une personnalité juridique complète, et sans parler des personnes de droit public, les groupements juridiquement organisés présentent plusieurs degrés d'intégration collective et ils font l'objet de réglementations diverses.

La raison en est que tout groupement juridiquement organisé de personnes représente sur le plan juridique une *synthèse* de tous leurs éléments composants en une unité, *synthèse qui peut être variable et plus ou moins poussée*. Dans la personne juridique l'unité organisée tend à absorber la pluralité des sujets de droit, mais ce qu'il faut relever c'est que cette opération synthétique *n'est jamais égale dans toutes les personnes juridiques ni même complète*. Autrement dit, l'unité juridique parfaite de la personne morale ou de la société n'existe pas. Il y a toujours un résidu de la pluralité des diverses personnes qui la composent dans l'unité de la personne juridique. Les exemples sont nombreux en droit dans lesquels l'indépendance et la personification des groupements collectifs sont reconnues à certains égards et méconnues à d'autres points de vue.

On peut constater ainsi, dans le droit positif, une *gradation du processus de synthèse* des personnes juridiques ou plutôt des individus groupés en personnes juridiques, en un sujet unique. Parfois, la fusion de ces éléments composants est *insuffisante pour réaliser une personne juridique*, une unité nouvelle sur le plan juridique. Il en est ainsi des sociétés simples, des phénomènes d'association résultant des indivisions successorales ou des indivisions familiales. Dans d'autres formes de collectivités juridiques apparaît une fusion plus accentuée des intérêts composants, en sorte qu'un début de personnalité juridique se dégage. Il en est ainsi, selon certains systèmes du droit, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite.

Dans d'autres groupements de droits collectifs, la fusion des droits des intérêts individuels est poussée plus loin, sans être complète; la personnalité juridique est dégagée; la personnalité juridique existe et il y a indubitablement un nouveau sujet du droit avec tous ses attributs. Néanmoins, la personnalité individuelle des membres n'est pas complètement absorbée par celle de la collectivité; parce que les sociétaires peuvent avoir un tel intérêt personnel à la fortune collective et au résultat d'entreprises corporatives que, d'une manière ou d'une autre, ils en restent maîtres; plusieurs moyens juridiques leur permettent de le faire, soit par des statuts accordant un vote plural aux associés les plus intéressés, soit par une gérance qui est confiée à quelques associés personnellement responsables des dettes de la personne juridique afin d'en augmenter le crédit. Nous trouvons cette forme dans les sociétés en commandite par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée.

Enfin, la fusion des intérêts collectifs peut être aussi complète que le permet le droit; elle peut être aussi poussée que l'autorisent les règles de la réglementation du droit positif; l'unité des intérêts collectifs s'accomplit, elle est pleinement reconnue. Mais même dans cette éventualité, il est impossible de faire complètement abstraction des membres qui composent la personne juridique. Il en résulte que certaines limitations sont inéluctablement apportées à l'unité de la personne juridique,

dans l'intérêt de qui? Dans l'intérêt des membres pour protéger les minorités, pour protéger les droits acquis, pour protéger la bonne foi ou pour des raisons d'équité.

Dans l'ordre interne, il est des situations dans lesquelles, malgré l'existence d'une société anonyme, les intérêts propres des actionnaires ont reçu une sanction juridique, bien qu'il ait pu être soutenu que la personne juridique, la société, était seule en cause. Il en est ainsi pour la mise en œuvre des responsabilités encourues par l'administration d'une société anonyme; par exemple, lorsque les organes de la société n'agissent pas, lorsque les actionnaires, lésés indirectement par une mauvaise gestion, peuvent, dans certaines conditions, intenter, *ut singuli*, l'action sociale.

D'où la nécessité, dans certains cas, de lever le voile de la personnalité juridique, de percer le voile de cette personnalité, pour découvrir quelles sont, dans un litige, les personnes qui sont effectivement intéressées. Et c'est ce qu'a fait, ainsi que nous l'avons relevé dans le mémoire belge — I, page 151, paragraphe 315, note 3 —, c'est ce qu'a fait déjà au début du XIX<sup>e</sup> siècle, en 1809, le Chief Justice Marshall dans la cause *Bank of United States v. Deveaux*, jugement qui a dégagé la doctrine du *disregard of legal entity*; je ne peux pas traduire cela autrement que par la « levée du voile légal ». Nous avons aussi repris l'exposé de cette affaire dans les observations et conclusions belges de 1963, I, page 116, n<sup>o</sup> 134; le juge américain s'y est donc attribué le droit de « percer le voile de la personnalité juridique », pas de son gré, pas d'une façon arbitraire, mais pour mieux assurer l'administration de la justice. Voilà la justification du système.

Cela signifie que la personnalité juridique de l'être collectif *n'absorbe jamais complètement les personnes* qui le composent, *in casu* n'absorbe pas les actionnaires de la Barcelona Traction. Si les dommages causés à une société par un acte internationalement illicite la touchent, ce sont ces personnes, ces actionnaires qui ont droit à réparation. Et si, finalement, elles ne peuvent pas l'obtenir par des réclamations directes, c'est leur Etat national, à eux actionnaires, qui a qualité pour *endosser* leurs plaintes, et les faire valoir contre l'auteur du dommage, en vertu de son droit propre, conformément au droit des gens qui lui assure la faculté d'obtenir, par une intervention diplomatique, le respect du droit international dû à la personne de ces ressortissants.

En définitive, la personnalité juridique des sociétés commerciales reste un mécanisme de droit privé destiné à régler et organiser d'une manière pratique et efficace les groupements des personnes physiques qui se forment dans un but lucratif. Elle n'est elle-même qu'un procédé juridique, qu'un mécanisme juridique pour reprendre l'expression du professeur Reuter ici présent, qui n'a rien de comparable à la réalité personnelle et vivante de l'être physique.

Cette considération prend aussi toute son importance en matière de « nationalité » des personnes morales; et c'est ce qui m'amène à examiner un deuxième ordre de considérations entraînant la réfutation de la thèse espagnole. Je vais donc parler de la nationalité des personnes morales. Je prie mon très savant contradicteur de se rassurer, je n'ai pas du tout, en abordant toute cette question en passe de devenir célèbre, la nationalité des sociétés, l'arrière-pensée sournoise de vouloir convaincre la Cour que la Barcelona Traction peut être assimilée à un ressortissant belge. Vous le savez, je le répète pour la dixième fois, nous

n'avons jamais soutenu cette thèse et ne la soutenons pas. Mais je voudrais montrer à la Cour que le concept de nationalité, quand on l'applique à une société, prend une physionomie propre et conduit à des conséquences, à des effets juridiques qui sont bien différents de ceux attachés à la nationalité des personnes physiques, notamment sur le plan de la protection diplomatique.

Ce qui frappe tout d'abord lorsqu'on étudie la nationalité des personnes morales, c'est que très rarement les lois positives s'en occupent et la réglementent d'une façon précise. Elle n'a pas un caractère unitaire comme celle de l'individu. La nationalité de l'individu est la même, sort ses effets dans tous les domaines, domaine du droit civil, domaine du droit pénal, domaine du droit international.

La qualité des personnes morales reste vague par la façon dont elle est déterminée et aussi par ses effets. Celle de l'individu entraîne des privilèges et des obligations de droit public précises, car il est un membre de l'État et lui doit l'allégeance politique; il est tenu envers lui à des obligations d'obéissance et de loyalisme. Cette situation, tout à fait particulière, que la nationalité confère aux personnes physiques justifie certainement le rôle efficace attribué par le droit des gens à l'État national dans la domaine de la protection diplomatique de ses ressortissants; les ressortissants sont l'élément principal de l'État.

La nationalité des personnes morales et des sociétés est tout à fait différente.

Au point de vue de la défenderesse, ce serait le droit de l'État conférant son statut juridique à une personne juridique ou à une société qui détermine sa nationalité. Cette conception est exacte lorsque les membres organisés en groupement sont rattachés au même État national que celui qui attribue sa nationalité à la société; il n'y a alors pas de problème. Mais il en est autrement lorsque le groupement à protéger comprend des éléments étrangers; alors le poids de la nationalité des étrangers se fait sentir et contre-balance aisément celui de la corporation comme telle.

L'étude du droit international privé permet de constater que l'expression de nationalité a été appliquée aux personnes morales dans un souci de simplification afin de stabiliser leur statut de droit privé.

Les raisons qui ont conduit à appliquer la notion de nationalité aux sociétés en déterminent aussi les effets particuliers. Il ne peut dès lors être question de faire produire à la notion de nationalité appliquée aux personnes morales, toutes les conséquences que comporte cette notion appliquée aux personnes physiques.

C'est ce que l'éminent professeur Reuter, ici présent, écrivait: « La question du caractère national d'une société au regard de la protection diplomatique est distincte de la nationalité en général. » (*Droit international public*, 1958, p. 164.)

Le point de vue, largement partagé en doctrine, du professeur Charles De Visscher est encore plus net. Après avoir admis, dans une longue étude intitulée « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'État sous la législation duquel cette société s'est constituée » (*Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 642-643), que dans le domaine du droit privé il y a place pour une « nationalité des sociétés, distincte de celle des individus », il constate qu'il s'agit:

«... de fixer dans l'ordre du droit public le lien économique qui peut exister entre une collectivité personnifiée et un Etat donné, en d'autres termes de lui assigner avec cet Etat un lien de rattachement, qui est non pas identique, mais plus ou moins analogue à celui qui existe entre un Etat et ses citoyens ou ressortissants, on s'aperçoit que jamais une société n'a une nationalité vraiment indépendante de celle de ses membres ».

On voit ainsi que la nationalité des sociétés, prise dans son acception la plus large, s'apprécie différemment selon les matières que l'on envisage. C'est la raison pour laquelle l'expression « nationalité » appliquée à des personnes morales peut avoir des sens différents, contrairement aux affirmations de la thèse espagnole, selon laquelle la nationalité a toujours un sens strictement rigoureusement unitaire, quels que soient les groupes auxquels elle est appliquée; il est aujourd'hui admis dans la plupart des pays que la soi-disant nationalité *lato sensu* des sociétés s'apprécie différemment suivant qu'on l'envisage sous l'angle du droit privé ou sous l'angle du droit public, ou enfin sous l'angle du droit des gens.

J'invoque encore à ce sujet l'appui du grand jurisconsulte allemand qui est devenu professeur aux Etats-Unis, Ernest Rabel, dans ses *Conflicts of Laws*, tome 2, pages 17 à 21; j'invoque l'autorité de Niboyet, *Traité du droit international privé français*, 2<sup>e</sup> édition, 1951, tome II, pages 341 et suivantes, qui rejette la conception unitaire de la nationalité de la personne juridique; le professeur Battifol dans son *Traité de droit international privé*, 2<sup>e</sup> édition, n<sup>o</sup> 192, qui partage la même idée. Je pourrais encore citer un arrêt de la Cour de Rennes du 23 septembre 1958 qui constate que l'action abstraite en déclaration de nationalité intentée par une société commerciale est irrecevable; cette sentence a été annotée par le professeur Loussouarn; et au cours de son annotation, il a relevé que:

« Mais surtout le fait que la nationalité des sociétés se pose à propos de questions variées auxquelles elle est liée entraîne comme conséquence qu'il n'y a pas de notion unitaire de la nationalité obéissant à un critère unique. »

Et il ajoute: « La nationalité des sociétés se détermine de façon différente selon les problèmes à résoudre. » Voyez dans ce sens: *Revue critique de droit international privé*, 1959, pages 79 et suivantes.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, nous n'avons pas l'intention de nous étendre ici sur l'influence du système connu du contrôle sur la nationalité des personnes morales. Ainsi que cela est exposé dans le mémoire belge (I, p. 151-152), ce système, né de la première guerre mondiale et dégagé par la jurisprudence britannique pour démasquer des entreprises ennemies camouflées en sociétés britanniques, a visé non pas à déclarer ces sociétés étrangères mais simplement à les déclarer ennemies. On n'a pas entendu substituer une autre et nouvelle nationalité à celle qui résultait de leur incorporation en Grande-Bretagne. Ce n'est pas leur nationalité qui fut contestée, ce fut leur caractère ennemi qui fut dévoilé. Cette théorie passa sur le continent, elle fut largement appliquée dans les Etats en guerre, elle fut reprise avec beaucoup d'intensité par le législateur français.

Cependant, lors de la réception par les Alliés de la Grande-Bretagne, cette théorie du contrôle subit une certaine altération en ce sens qu'il

fut exigé que la nationalité de droit des sociétés se doublât d'un intérêt substantiel de même nationalité. Pour avoir le caractère de sociétés alliées, il fallait que les sociétés eussent la nationalité juridique d'un Etat allié, mais en plus qu'elles fussent effectivement rattachées à un de ces Etats, ce qui impliquait, naturellement, un affaiblissement considérable de la notion de la nationalité des sociétés et une rigoureuse reconnaissance du principe de l'effectivité. Dès lors, on peut dire que la théorie absolue de la protection internationale des sociétés par leur seul Etat national était condamnée.

Et c'est tirer, à mon avis, une conclusion extrêmement objective et extrêmement modérée à la fois de ces constatations sur la structure des sociétés des personnes morales et sur la nationalité des sociétés que d'affirmer avec le professeur Charles De Visscher (en qui je me permets de reconnaître une des personnalités les plus élevées au point de vue de la droiture du caractère et un des juristes les plus informés en ce qui concerne la sûreté de son argumentation et de sa science) que « la nationalité d'une société déterminée selon les critères habituels du droit privé, n'est pas un titre irrécusable à la protection diplomatique ». (« La technique de la personnalité juridique en droit international public et privé », *Revue de droit international et de législation comparée*, 3<sup>e</sup> série, vol. XVII, p. 481.)

Le Gouvernement espagnol, défendeur au présent procès, l'admet. Il est bien forcé de l'admettre dans une certaine mesure. Il apporte une exception à son système de protection diplomatique par l'Etat national de la société lésée. Il reconnaît un *jus standi* à un autre Etat que celui de l'Etat dont la société a la nationalité, lorsque cet Etat est lui-même responsable du dommage causé à sa propre société nationale. Le dommage ayant été causé par l'Espagne et non par le Canada, le Gouvernement espagnol en conclut que la Belgique n'a aucune action contre le Gouvernement espagnol.

Le Gouvernement belge admet les déclarations du Gouvernement défendeur selon lesquelles l'action en responsabilité internationale est possible dans certains cas par un autre Etat que celui qui est l'Etat national de la société. Le Gouvernement belge en prend même acte; il y voit une brèche énorme ouverte par le défendeur lui-même dans son système de défense. Cette brèche ne peut pas être colmatée sans refuser la protection internationale aux intéressés dans la société, c'est-à-dire à ceux qui sont les véritables lésés par un acte internationalement illicite, car ce serait les abandonner au bon plaisir, à l'arbitraire des autorités nationales de la société. Mais cette éventualité qui est reconnue par le Gouvernement espagnol n'est pas la seule à considérer; il y en a encore d'autres où une réparation complète resterait illusoire ou impossible si le droit d'action n'était pas reconnu à l'Etat national des actionnaires ou à d'autres sociétés.

Il résulte de ce qui précède que le critérium du statut national des sociétés pour déterminer quels sont les Etats qui ont qualité pour agir par voie diplomatique devant une juridiction internationale en cas de dommages causés à une société par un acte illicite en droit des gens est insuffisant. Ce critérium, sur lequel s'appuie toute la thèse espagnole, ne peut pas couvrir tous les cas. Le Gouvernement espagnol le reconnaît lui-même. Il faut qu'à côté du lien de la nationalité juridique entre la société et l'Etat qui exerce la protection on prenne encore en considération d'autres éléments. Le critérium de la protection par le seul Etat national ne peut jouer d'une manière satisfaisante que lorsqu'une société

est composée de membres associés, d'actionnaires ayant la même nationalité qu'elle. Dès que la société comprend des éléments étrangers un peu importants, ce système va à la faillite. Il en est ainsi parce que, dans toutes les lois des Etats civilisés et dans la théorie générale du droit, la personne morale ne peut pas absorber complètement et intégralement les intérêts des personnes qui en font partie et qu'il y a, dans toute société, et cela d'une manière constante, un résidu de droits individuels irréductible qui échappe à la concentration juridique et synthétique qu'entraîne la création de la personne morale.

Il en est encore ainsi parce que, comme l'écrit le professeur Pinto, dans le *juris-classeur*, *Droit international*, tome II, fascicule 217, page 12, nos 61 et 62, sur la procédure de la Cour internationale de Justice: le «rattachement» des personnes juridiques «à un Etat est fonction de critères variables», tout d'abord les fonctions d'ordre juridique de l'Etat dont la société relève, Etat qui peut être d'après le droit interne l'Etat du siège, l'Etat de l'incorporation, l'Etat du lieu d'exploitation; il dépend aussi en fonction de la nationalité des associés, de la nationalité des dirigeants, de toute l'activité économique de la personne morale ou société.

Il en est encore ainsi parce que, en ce qui concerne plus particulièrement les sociétés, le lien de nationalité dont elles sont investies en vertu de l'ordre juridique interne n'est pas un lien de nationalité comparable à celui qui relie un individu à un Etat. Il est beaucoup moins ferme, beaucoup moins efficace et surtout il n'est pas unitaire comme celui de l'individu.

Il en est encore ainsi parce que ce lien est complètement irrelevant et inadéquat lorsqu'un gouvernement prend des mesures dommageables à l'égard de ses propres sociétés commerciales dans lesquelles des étrangers ont des intérêts importants, exception qui est admise par le Gouvernement espagnol lui-même.

Il en est encore ainsi, finalement, parce que le système espagnol laisse des lésés sans aucune protection internationale lorsqu'un gouvernement prend des mesures dommageables à l'égard de corporations dont l'Etat national lui-même se désintéresse parce que ce sont des corporations qui sont composées d'étrangers ou qui sont dominées par eux. C'est le cas qui s'est produit en l'espèce: celui où le dommage est causé par un Etat tiers qui n'est pas celui dont la société a la nationalité, ni celui dont les associés ou actionnaires ont l'indigénat.

La Barcelona Traction a la nationalité de l'Etat du Canada, ses actionnaires ont la nationalité de l'Etat belge, les mesures dommageables sont imputées à l'Etat espagnol qui est donc ce que j'ai appelé l'Etat tiers. D'après la thèse espagnole la Belgique ne pourrait plus intervenir si on appliquait purement et simplement le critérium du statut national de la société, même lorsque le Canada, se désintéressant du litige dont l'Espagne est la cause, manifeste sa complète indifférence.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, arrivé à ce point de mes développements je puis aborder de front la pétition de principe qui est à la base de toute l'argumentation espagnole. Dans sa plaidoirie du lundi 23 mars (voir II, p. 188-189), le distingué agent du Gouvernement espagnol, toujours avec la maîtrise qu'on lui connaît, a cru pouvoir proposer à la Cour une application des principes de la thèse de l'Espagne à propos du déni de justice qui révèle les bases fragiles sur lesquelles elle est construite. Il convient de s'y arrêter quelques instants.

Citant un passage des observations et conclusions belges (I, p. 115) où il est dit, en effet que

« la question soumise à la Cour était celle de la protection internationale, diplomatique et judiciaire des personnes physiques et morales qui, ayant investi des fonds dans des sociétés commerciales étrangères, ont subi des pertes en tant qu'associés ou actionnaires par suite d'actes internationalement illicites dont un Etat s'est rendu coupable envers ces sociétés »,

il a soutenu, en résumé, ce qui suit.

La responsabilité internationale d'un Etat pour actes internationalement illicites ne peut être engagée d'après le droit des gens qu'envers un autre Etat. En cas de responsabilité pour déni de justice, elle ne peut exister qu'à raison de sujets de droit qui ont été victimes d'une infraction aux règles d'une bonne administration de la justice, laquelle justice doit être assurée aux étrangers selon une coutume universellement admise du droit des gens. Le droit propre d'exiger réparation ne peut donc être exercé — toujours d'après mon honorable contradicteur — que par l'Etat qui a le droit de protéger celui ou ceux des ressortissants victimes de ce déni de justice et, s'agissant d'une société qui ne peut obtenir justice dans l'Etat du for, l'Etat qui a qualité pour protéger ne peut être que l'Etat national de la société. L'Etat national des actionnaires, lui, ne saurait avoir qualité pour demander, par la voie diplomatique, réparation en faveur de ses ressortissants de toutes les pertes qu'entraîne pour eux la répercussion d'un déni de justice. Ces répercussions, en effet, peuvent s'irradier dans des directions différentes. Elles peuvent entraîner une baisse des titres en bourse; elles peuvent affecter une concession ou en justifier le retrait ou la caducité; elles peuvent même compromettre la solvabilité d'un individu, créancier de la personne qui a été victime d'un déni de justice international; faut-il admettre que l'Etat national de ce créancier individuel puisse invoquer le déni de justice commis envers le débiteur de son ressortissant?

C'est nous d'ailleurs qui multiplions les exemples, toujours dans la ligne qui nous a été indiquée, afin de bien montrer l'exagération des hypothèses admises par la Partie adverse. Relevons d'abord qu'une fois de plus, par la citation d'une phrase détachée de son contexte, elle nous attribue des pensées qui ne sont pas les nôtres. La Cour pourra constater dans le texte complet d'où sont tirés la plupart des mots reproduits à la page 212, II, le texte de nos observations et conclusions belges, I, page 115, d'où il résulte à l'évidence que nous avons poursuivi notre raisonnement en nous cantonnant strictement dans la sphère des questions que soulève le litige actuel, c'est-à-dire en examinant simplement les relations entre la personne morale et ses membres, et que nous n'avons jamais soutenu qu'un déni de justice pourrait donner lieu à une protection internationale pour n'importe quelle atteinte qui pourrait en résulter, si lointaine fût-elle, pour un étranger, comme un gros pavé jeté dans une mare provoque des remous et des vagues boueuses qui se propagent jusque sur les rives.

Restons dans le domaine qui est le nôtre, celui du déni de justice commis contre une société étrangère et dont les actionnaires doivent inévitablement pâtir, parce qu'ils sont l'élément composant principal de cette société. En lésant la société, l'Etat responsable lèse nécessairement les personnes qui en font partie.

Le Gouvernement défendeur affirme que la Belgique, Etat national des actionnaires, ne saurait invoquer son droit propre de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international parce qu'aucun déni de justice n'a été, en réalité, dirigé contre eux. Et il poursuit :

« Si, en l'espèce, le traitement fait à la Barcelona Traction avait vraiment constitué un déni de justice, il aurait été la source d'un « droit propre » du Canada à faire valoir la responsabilité internationale qui en découlait. Il n'aurait certes pas été la source d'un « droit propre » d'autres Etats. »

Cette proposition contient, comme j'ai déjà eu l'occasion de l'indiquer tout à l'heure, une pétition de principe manifeste. Elle consiste à supposer comme certain ce qui ne l'est pas et qui fait précisément l'objet de la présente discussion entre les Parties. Formuler une telle proposition sans l'assortir d'une démonstration, c'est simplement répéter sous une autre forme qu'un dommage causé à la société, et partant à ses actionnaires, ne peut donner lieu à protection que par l'Etat national de la société, ce qui est précisément la question que nous débattons présentement devant vous, Monsieur le Président et Messieurs.

Le Gouvernement belge soutient en effet devant la Cour que lorsqu'un acte illicite international, par exemple un déni de justice, est commis à l'égard d'une société, le droit international ne peut omettre de considérer ou plus exactement ne s'oppose pas à ce que l'on considère qu'une société n'est que la forme technique, l'instrument juridique du droit interne qui couvre un groupement d'individus, et qu'en conséquence ces individus seront dans la plupart des cas, et en toute hypothèse, dans l'espèce soumise à la Cour, atteints par l'acte illicite en question. Si ces individus lésés se trouvent être des ressortissants d'un Etat autre que celui dont la société a son statut, les principes généraux du droit international en matière de protection diplomatique doivent, à défaut d'une règle prohibitive (dont la Partie adverse n'a pas prouvé l'existence), trouver application et permettre à l'Etat national de ces individus de prendre leur défense sur le plan international.

D'ailleurs, la proposition ainsi formulée gratuitement par le Gouvernement défendeur se détruit d'elle-même par ce qu'elle a de trop absolu et de trop exclusif. En effet, le Gouvernement défendeur est incapable de la concilier avec le fait, reconnu par lui-même, que le droit international admet la protection des actionnaires par leur Etat national à raison d'actes illicites commis à l'égard de la société elle-même, lorsqu'elle tient son statut de l'Etat qui est auteur du dommage.

Or, s'il fallait admettre, comme mon éminent contradicteur le soutient, que l'acte illicite international commis à l'égard d'une société ne peut en quelque sorte par la nature des choses faire naître un droit de protection que dans le chef de l'Etat national de la société, on serait dans l'impossibilité d'expliquer comment l'acte illicite international commis contre une société deviendrait un tort commis à l'égard de l'Etat des actionnaires par le seul fait que la société tient son statut de l'Etat auteur du dommage. Nous aurons d'ailleurs encore l'occasion de revenir sur cette grave contradiction interne du système préconisé par le Gouvernement défendeur.

D'ailleurs, toute cette discussion sur la possibilité de commettre un déni de justice envers les actionnaires ne peut être abordée qu'en levant le voile de la personnalité juridique et en examinant le litige au fond.

Elle ne peut être tranchée au cours d'une procédure en exceptions préliminaires. Nous sommes de nouveau en présence d'une de ces confusions entre les exceptions préliminaires et le fond du litige que j'ai déjà eu l'occasion de signaler à maintes reprises à la Cour. Nous en relèverons d'ailleurs encore plusieurs autres.

Nous ne pouvons cependant pas nous abstenir de constater d'ores et déjà que la Partie adverse en convient parfaitement *expressis verbis* puisque dans sa plaidoirie (voir II, p. 212) elle reproche — singulier reproche — au Gouvernement demandeur de toujours « séparer arbitrairement la protection diplomatique des règles juridiques du fond dont cette protection a pour unique fonction d'assurer la garantie ».

Je puis assurer mon honorable adversaire que nous éviterons soigneusement cette séparation dès que l'occasion nous aura été donnée, comme nous le désirons avant tout, d'aborder enfin le fond du litige. Cette procédure en exceptions préliminaires où le Gouvernement espagnol s'est efforcé de multiplier les obstacles et les chausse-trapes, nous ne l'avons pas voulue; mais nous ne pouvons l'éviter et nous insistons pour que la Partie défenderesse s'en tienne aux questions qu'elle y a soulevées et ne cherche pas à l'élargir sous un prétexte quelconque et à sortir, pour le moment, du seul *jus standi* de la Belgique. C'est au fond que l'étendue du dommage sera établie, en particulier que la répercussion sur les actionnaires d'un déni de justice commis envers la société dont ils font partie pourra être mesurée.

[Audience publique du 17 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde maintenant la quatrième partie de mon exposé consacré à la thèse belge.

Au seuil de cette nouvelle partie, il est sans doute utile de rappeler les principes de droit international que le Gouvernement belge considère comme applicables en matière de protection diplomatique lorsque des actes internationalement illicites commis au préjudice d'une société ont été commis. Nous avons rappelé ces principes sous une forme systématique aux pages 176 à 194 de nos exceptions préliminaires (I). Nous avons énoncé ces principes à la fin d'une étude que nous avons faite, au cours des quelque cinquante pages qui précédaient, de la pratique du droit international public telle qu'elle résultait des précédents juridictionnels et arbitraux et des cas gouvernementaux et autres, ou du droit conventionnel. Ces règles ont suscité de la part de notre éminent contradicteur (voir II, p. 253) des commentaires plutôt ironiques que pertinents. Le professeur Ago les a comparées aux piliers d'un édifice, mais pour nous reprocher tout de suite de ne pas même nous être arrêtés à la vérification de ces piliers afin de savoir s'ils reposaient « sur quelque chose de plus solide que les sables d'un rêve ». Qu'il me permette de lui rappeler qu'ils se dégagent des précédents internationaux eux-mêmes.

La Cour appréciera. Je ne veux pas engager une dispute à ce sujet. Je n'ai pas l'intention non plus de rappeler ici tous ces principes. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire que la Cour ait à se prononcer sur chacun d'eux pour écarter ou adopter l'exception préliminaire n° 3. Il lui suffira, me semble-t-il, de s'attacher tout particulièrement à ceux de ces principes qui montrent très clairement qu'il n'existe pas et qu'il ne peut pas exister de règle de droit international dont la portée serait d'exclure

la Belgique du prétoire pour défaut de qualité dans une espèce comme celle qui est aujourd'hui soumise à la Cour.

J'attirerai cependant l'attention de la Cour sur le rôle important que joue dans la thèse belge la notion d'effectivité. Aussi est-ce à cette notion que je consacrerai pour commencer quelques commentaires.

L'effectivité me paraît en effet constituer le remède nécessaire que le droit international apporte aux difficultés qui résulteraient d'une application rigoureuse de la thèse espagnole en matière de protection des personnes morales.

Je poserai tout d'abord la question: que faut-il entendre par « nationalité effective » dans l'application qui en est faite aux personnes morales? Je risquerais de lasser l'attention de la Cour en exposant devant elle les différences très nettes qu'il y a dans cette notion d'effectivité suivant qu'on l'applique aux personnes physiques ou aux personnes morales. Je me borne à rappeler que la Cour en a fait une application dans son fameux arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955.

Ces différences entre la notion d'effectivité, de nationalité effective, selon qu'elle s'applique aux personnes morales ou aux personnes physiques, sont par ailleurs évidentes et elles résultent déjà en bonne partie de l'analyse que j'ai faite tout à l'heure, aux fins de réfuter la thèse espagnole, de la structure des personnes morales et de la nature de leur nationalité.

Appliquée aux personnes physiques, la notion d'effectivité comporte une idée d'allégeance, de loyalisme, fondée sur la volonté réelle ou présumée de l'intéressé, sur son adhésion à une communauté nationale.

Mais lorsqu'on recourt au même concept d'effectivité ou de nationalité effective pour les sociétés, on constate dès l'abord que son contenu diffère sensiblement de la notion appliquée à la nationalité effective des individus. Son contenu consiste, cette fois surtout, en des liens économiques ou financiers, qui permettent de rattacher effectivement une société à un Etat déterminé.

Pour illustrer cette idée, je ne puis mieux faire que de continuer la citation de mon éminent adversaire, le professeur Reuter, citation extraite de la première édition de son ouvrage sur le droit international public, que j'avais commencée ce matin. Après avoir dit:

« La question du caractère national d'une société au regard de la protection diplomatique est *distincte* du problème de sa nationalité en général »,

le professeur Reuter continue en ces termes:

« La nationalité d'une société, au regard des problèmes du droit interne ou de droit international privé se détermine en général par référence au système juridique suivant lequel elle a été constituée. C'est en effet la règle qui sauvegarde le mieux les intérêts de tous et la sécurité des tiers. Mais dès qu'il s'agit du caractère ennemi en temps de guerre, d'autres considérations entrent en jeu et finalement c'est un *ensemble de critères matériels*, d'ordre le plus souvent économique, qui l'emporte. La même remarque est valable pour le droit fiscal [je cite toujours le professeur Reuter]. Mais il doit en être de même en ce qui concerne la *protection diplomatique*, parce que celle-ci n'est pas déterminée *seulement* par la nationalité formelle, mais également par une règle d'*effectivité*; la forme d'une société peut être étrangère aux intérêts qu'elle recouvre. »

Que dire, quel commentaire? Le commentaire, c'est qu'il est curieux de constater que ce passage a disparu de la deuxième édition, publiée en 1963, de ce manuel. L'auteur a beaucoup affaibli la formule si claire et si nette qu'il avait donnée à sa pensée dans la première édition de son ouvrage.

La recherche de l'effectivité de la nationalité implique la levée du voile de la personnalité juridique, afin de découvrir quels intérêts il recouvre en réalité et pour déterminer quel est l'Etat qui a qualité pour les protéger par la voie diplomatique.

Le principal élément de l'effectivité c'est l'élément consistant dans la composition du capital social; si ce capital est en des mains de majorités étrangères, la société aura beau avoir juridiquement la nationalité de l'Etat de son siège, ou celle de son incorporation, ou celle du lieu de son centre d'exploitation, selon la loi interne qui lui est applicable, l'Etat incriminé pourra soutenir que cette nationalité ne lui est pas opposable étant donné précisément son absence d'effectivité; d'ailleurs, en fait, les Etats s'abstiennent d'endosser les réclamations de leurs sociétés nationales qui ne représentent aucun intérêt national, même lorsque ces sociétés ne sont que partiellement dominées par des étrangers. J'ai déjà souligné que le Canada, de longue date, a abandonné toute intention d'intervenir en faveur de la Barcelona Traction.

Les intéressés véritables, les intéressés effectifs, sont ceux qui ont placé des fonds dans la société. Dans une société anonyme, ce sont les actionnaires qui la dominent, qui la contrôlent, qui l'exploitent; c'est le plus souvent parmi eux que se font l'élection de l'administration et la nomination des directeurs; ils ont véritablement la société en leur pouvoir; ils peuvent modifier le but social par décision de l'assemblée générale des actionnaires; ils peuvent dissoudre la société; ils ont sur la société tous les pouvoirs: le destin de la société est véritablement entre leurs mains.

La possession du capital est certainement le point de rattachement principal pour décider si une société, nationale par son siège dans un Etat déterminé, est aussi nationale réellement, économiquement, effectivement.

Cette possession du capital n'est d'ailleurs pas le seul point de rattachement pour fixer cette décision. Selon les circonstances, d'autres points de rattachement peuvent être pris en considération. Ainsi que l'a relevé le Conseil fédéral suisse dans un message concernant l'accord Suisse-Yougoslavie sur les nationalisations du 29 octobre 1948, que vous trouverez dans la *Feuille fédérale suisse*, édition française, 1948, volume III, page 680: il ne faut pas seulement s'en tenir à l'examen de la prépondérance du capital national ou étranger dans une société, il faut considérer toutes les circonstances réelles et ne pas se fier à des constructions purement juridiques qui peuvent n'avoir d'autre but que de dissimuler les faits. La majorité étrangère du capital social n'exclut pas d'autres investigations. S'il n'y a pas de majorité, les intérêts effectifs pourront résider dans une participation minoritaire d'étrangers, exerçant néanmoins une influence décisive sur la société, ce qui pourra facilement se vérifier lorsqu'un groupe minoritaire compact, ayant beaucoup de cohésion, se trouve en présence d'une majorité dispersée dont des ressortissants étrangers résident dans plusieurs pays différents. L'intérêt effectif dans une société pourra aussi résulter de la composition du conseil d'administration, de la composition de la direction, lorsque, en

majeure partie, il comprendra des étrangers qui exerceront une influence décisive sur la société.

Néanmoins, le procédé le plus sûr, indiscutablement, pour découvrir les intérêts effectifs dans une société — surtout une société commerciale — reste principalement l'examen des investissements qu'y ont faits des étrangers, leurs participations financières, qui leur donnent presque toujours les pouvoirs nécessaires pour mener comme ils l'entendent les affaires de la société.

Une pratique semblable est bien établie aux Etats-Unis. Le grand spécialiste américain de la protection diplomatique, Borchard, dans *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (ouvrage publié à New York en 1925, p. 625) l'indique très nettement.

Cette pratique, fortement ancrée aux Etats-Unis, a encore été confirmée, en 1923, par une note du Département d'Etat à ses agents auprès de la Commission mixte américano-mexicaine; il y est rappelé que l'usage des Etats-Unis est de s'abstenir « d'appuyer diplomatiquement les réclamations de sociétés américaines dans lesquelles il n'y a pas d'intérêts américains substantiels ». (Voyez dans ce sens Hackworth, dans son *Digest of International Law*, vol. V, p. 839. D'autres références sont données par M. Paul De Visscher dans l'ouvrage que je vais citer.)

En effet, M. Paul De Visscher dans le cours qu'il a donné à l'Académie de droit international de La Haye, en 1961, sur la protection diplomatique des personnes morales (*Recueil des cours*, vol. I, 1961, p. 454), signale que les recherches du professeur américain Clive Parry l'ont conduit à affirmer qu'il n'y a pas d'exemple d'Etat qui aurait réussi ou même tenté de protéger une société sur la seule base de l'incorporation. Il semble vraiment que la Barcelona Traction, objet de quelques mesures de protection du Canada, soit la première exception.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, j'ai donc examiné le contenu de la notion d'effectivité tel qu'il est appliqué aux sociétés. Je vais m'attacher maintenant aux effets qu'entraîne son intervention nécessaire sur le plan diplomatique. Ces effets sont doubles.

D'abord l'absence démontrée de tout lien effectif de rattachement rendra inopposable sur le plan international la nationalité purement juridique d'une société. J'entends par « purement juridique » « non accompagnée d'établissement de valeurs économiques effectives ».

En second lieu, la levée du voile social aura pour effet précisément de révéler l'intérêt économique véritable qui se trouve sous-jacent, sous la nationalité purement juridique. C'est-à-dire principalement l'intérêt, comme je viens de vous l'exposer, des actionnaires. Si ces actionnaires s'avèrent être d'une nationalité autre que celle de la société, ils auront tout naturellement, en vertu des principes fondamentaux du droit international, le droit d'être protégés par leur Etat national; protection propre et indépendante de celle de la société.

Je dois insister sur un point essentiel: c'est que le second effet du principe de la recherche des intérêts effectifs, c'est-à-dire la reconnaissance d'une protection propre qui peut être accordée aux actionnaires, n'est en aucune manière une conséquence du premier effet, c'est-à-dire de la non-opposabilité de la nationalité purement juridique d'une société à des tiers.

En d'autres termes, il n'est pas, de l'avis du Gouvernement belge, nécessaire que la société ne puisse pas être protégée par son Etat national

à défaut de lien effectif, pour que puisse entrer en jeu la protection de groupes importants d'actionnaires sur le plan international.

Donc un même acte illicite international peut occasionner des interventions d'Etats différents agissant à des titres distincts. Il en sera particulièrement ainsi lorsque l'acte illicite atteint une personne morale dont nous avons abondamment montré qu'elle n'a pas de caractère unitaire et n'absorbe pas complètement la personnalité propre des associés.

Cette question des interventions conjointes a déjà fait l'objet de certains développements aux observations belges (I), paragraphe 177, pages 184 à 186.

C'est pourquoi le Gouvernement belge, à plusieurs reprises, a indiqué dans ses observations qu'il n'estimait pas devoir, pour établir son *ius standi*, son droit d'intervenir diplomatiquement en faveur des actionnaires, démontrer au préalable que le Canada n'avait pas en l'espèce le droit de protéger la Barcelona Traction comme telle.

La Cour aura noté avec quelle insistance au contraire notre honorable contradicteur, faisant suite d'ailleurs à l'intervention de M. l'agent du Gouvernement espagnol, a exposé les interventions du Gouvernement canadien qui devraient, dans leur esprit, avoir pour effet d'exclure radicalement la Belgique de votre prétoire.

Nous avons déjà dit, pour notre part, dans nos observations, ce que fut réellement l'action diplomatique du Canada, et nous avons montré que celle-ci, cette action, si elle a existé pendant un peu plus de trois ans, n'a pas été une véritable action pour la protection de la société dans son ensemble de la Barcelona Traction — et encore moins une action pour la protection de ses actionnaires, de nationalité belge en majorité — puisqu'elle a cessé complètement, et ceci est très frappant, au moment même où était accompli l'acte qui consacrait le dépouillement total de ces actionnaires. Ceci démontre que l'objection espagnole est sur ce point mal fondée en fait. Elle est aussi mal fondée en droit, je le répète, parce que, quand bien même le Canada aurait un intérêt effectif dans la Barcelona Traction et aurait la faculté d'en exercer la protection par la voie diplomatique internationale, aucun principe de droit international ne peut s'opposer à une action simultanée ou une action conjointe de l'Etat des actionnaires. Nous n'entendons donc pas nous départir de notre attitude précédente et tenter de prouver à la Cour l'absence d'un lien effectif entre le Canada et la Barcelona Traction. Ceci n'implique toutefois pas de notre part, ceci aussi je tiens à le préciser, une reconnaissance quelconque.

En conclusion, le Gouvernement belge estime qu'il y a lieu d'écarter comme sans pertinence l'argument que la Partie adverse prétend tirer de l'intervention que le Canada a eue dans l'affaire de la Barcelona Traction.

En premier lieu cet argument doit être écarté parce que cette intervention n'est pas un droit excluant celui de l'Etat des actionnaires.

En deuxième lieu cette intervention doit être écartée parce que, *en fait*, il est manifeste que cette intervention n'a jamais eu pour but une protection efficace des intérêts des actionnaires de la société dépouillée, ni même de la société comme telle.

J'abandonne ici cet examen en quelque sorte des effets négatifs de la notion d'effectivité parce que, comme je viens de le montrer, il n'y a pas lieu de chercher à l'appliquer dans notre cas.

L'effet positif de l'intervention de la notion d'effectivité était, comme je l'ai appelé, de révéler l'intérêt véritable qui se trouve sous le voile social, intérêt qui sera le plus souvent celui d'un groupe important d'actionnaires qui ont engagé leurs capitaux dans l'affaire et qui, s'ils sont étrangers, sont susceptibles d'une protection diplomatique propre par leur Etat national, ceci en vertu des principes généraux de droit international.

Nous nous attacherons dans la partie suivante de notre exposé, répondant aux développements de notre contradicteur sur ce point, à montrer que l'examen de la pratique internationale ne révèle l'existence d'aucune règle qui s'opposerait à l'application de ce principe. Au contraire, cet examen nous révélera des cas aussi nombreux que divers où ces principes ont été dûment invoqués et appliqués en faveur des Etats dont les ressortissants étaient actionnaires de sociétés lésées.

L'analyse méthodique et strictement objective que nous avons faite de ces précédents dans nos observations aux exceptions préliminaires ne nous a pas épargné les critiques de la Partie adverse: on nous reproche d'avoir employé une méthode — je cite —: « consistant à essayer d'« adapter » les faits à [nos] convenances et à citer des cas hors de propos » (II, p. 231), pour nous accuser à la page suivante « d'une certaine désinvolture ». Je dois dire que les reproches de ce genre ne sont pas de ceux que ma longue pratique du droit m'a habitué à entendre.

La Cour jugera sur pièces, car ce serait abuser de sa patience que de lui imposer, dans le seul but de répondre à des critiques de ce genre, un nouvel examen détaillé des cas qui lui ont été largement exposés par écrit. Nous nous bornerons à répondre à certaines critiques qui nous ont été faites à propos des cas mentionnés par notre honorable contradicteur dans ses exposés du 24 mars dernier.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, dans nos observations aux exceptions préliminaires espagnoles (I) nous avons consacré la première partie de notre exposé (p. 125-127) sur les précédents juridictionnels et arbitraux à l'examen d'une série de cas cités par les exceptions préliminaires (I, p. 187, note 1) à l'appui de l'allégation espagnole suivante — que je cite:

« dans la très grande majorité des cas c'est exclusivement l'existence d'un rattachement juridique de nationalité qui a été requis comme condition de la faculté de protection diplomatique au profit d'une société ».

L'analyse à laquelle nous avons procédé de tous et chacun de ces cas révèle clairement qu'ils n'apportent en réalité aucun argument à l'appui de la thèse espagnole de la suffisance du seul lien juridique de rattachement; et cela pour la raison bien simple que le problème d'une absence de concordance entre la nationalité juridique de la société et la nationalité des particuliers ne s'y était pas posé du tout ou n'y avait pas été invoqué, ou encore n'avait en rien influencé la décision rendue.

Pour ces motifs, nous avons pu croire pouvoir les grouper sous le titre *Cas d'associés et de sociétés de même nationalité*.

Notre éminent contradicteur n'a pas manqué de relever, et je lui donne raison sur ce point s'il le désire, que c'est à tort que nous avons fait rentrer sous ce titre l'affaire de l'Agency of Canadian Cars and Foundry, que lui-même avait traitée en relation avec tous ces mêmes précédents.

Nous disions d'ailleurs nous-mêmes en l'abordant que ce cas concernait une société de statut américain, dont tout le capital appartenait à 100 % à une société mère de statut canadien.

Cette critique de notre adversaire, pertinente quant à la classification des cas, je le répète, est sans importance réelle comme je vais le montrer, et c'est la seule et unique critique qu'il peut formuler au cours de nombreuses pages de nos observations qui établissaient très clairement que les huit précédents invoqués par le Gouvernement défendeur ne servaient en aucune manière sa cause, quand ils n'étaient pas purement et simplement sans signification aucune.

Je ne reparlerai donc ici que du cas de l'*Agency of Canadian Cars and Foundry* puisque c'est le seul sur lequel mon éminent contradicteur a cru devoir revenir pour cette espèce particulière. Je rappelle donc que ce cas était invoqué dans les exceptions préliminaires et qu'il l'a encore été en plaidoirie par mon savant collègue de Rome à l'appui de la thèse que le lien de rattachement juridique seul était suffisant pour conférer à l'Etat national de la société le droit de protéger celle-ci.

Mais Monsieur le Président, Messieurs les juges, c'est exactement la solution contraire qui se dégage du cas de l'*Agency of Canadian Cars and Foundry*. Faut-il vous rappeler qu'il s'agissait en l'affaire de la protection par le Gouvernement des Etats-Unis d'une société de statut américain, alors que 100 % de ses actions étaient en main d'une société canadienne. Jusqu'ici cette donnée de fait paraît, à première vue, donner raison à nos adversaires. Mais les exceptions préliminaires oublièrent de mentionner (et mon éminent contradicteur n'a pas comblé cette lacune en plaidoirie) deux points essentiels.

Premier point: le commissaire allemand (il s'agissait d'une affaire présentée à la Commission mixte germano-américaine des réclamations), le commissaire allemand, dis-je, souleva une exception d'irrecevabilité pour la raison, précisément, que le capital-actions de la société américaine protégée appartenait à une société canadienne et cela à 100 %.

Deuxièmement: le point essentiel et plus essentiel encore, dis-je, est que le surarbitre écarta cette exception et ce ne fut pas du tout parce qu'il considéra que le statut américain de la société était suffisant qu'il se plaça simplement au point de vue de la nationalité juridique, mais parce qu'il estima que cette nationalité juridique était confirmée par un lien d'effectivité qui existait en l'espèce par le fait que la société américaine avait son principal centre d'activité aux Etats-Unis où elle occupait 140 employés et 2000 ouvriers et qu'en outre elle était occupée à la fabrication des munitions et qu'elle faisait donc une œuvre favorable à la défense nationale.

La circonstance que le surarbitre ait estimé devoir prendre en considération ces intérêts économiques américains pour reconnaître le *ius standi* du Gouvernement américain, malgré que le capital appartint à une société canadienne, prouve à elle seule qu'à ses yeux le critère du lieu d'incorporation était insuffisant pour justifier la protection diplomatique; ce qui est exactement l'opposé de ce que le Gouvernement défendeur veut tirer de cette sentence.

Aussi ne peut-on réprimer un sourire quand on voit notre honorable contradicteur, immédiatement après avoir mentionné cette affaire invoquée tout à fait à tort par le Gouvernement espagnol en sa faveur, réaffirmer le souci du Gouvernement espagnol d'analyser les précédents avec l'objectivité la plus scrupuleuse et donner au contraire ce cas comme

une preuve de notre manque de probité intellectuelle dans l'étude de la jurisprudence internationale.

La Cour voudra me permettre de dire un mot ici de l'affaire *El Triunfo*, bien qu'elle ait été analysée déjà aux pages 201 et 202 des exceptions préliminaires (I) et aux pages 136 à 138 de nos observations (I). Nous y avons relevé l'erreur manifeste du Gouvernement espagnol qui prétendait que dans cette affaire — je cite — « aucune question de protection diplomatique ne se posa en fait dans l'arbitrage », alors que la sentence arbitrale contenait le passage suivant — je cite :

« Nous n'avons pas discuté la question du droit des Etats-Unis, en vertu du droit international, de faire une réclamation pour ces actionnaires dans l'El Triunfo Co., corporation nationale du Salvador, pour la raison que la question de ce droit est complètement établie par les conclusions auxquelles est arrivé l'arbitrage fréquemment cité et bien compris de la Delagoa Bay Railway Co. »

Notre éminent contradicteur ne commet plus la même erreur, mais pour minimiser l'importance du passage que je viens de citer, il déclare ne pas voir en quoi cela peut nous aider. Je lui répondrai simplement qu'il y a là une affirmation catégorique du droit de protection de l'Etat des actionnaires, et pour le moment cela nous suffit.

Cherchant à éliminer par un autre moyen ce précédent gênant de l'*El Triunfo* qui présente quant aux faits tant d'analogie avec le cas qui est soumis à votre haute appréciation puisqu'il y avait, ici aussi, un cas de mise en faillite tout à fait illégal de la société salvadorègne *El Triunfo*, dont une société américaine et des citoyens américains étaient les principaux actionnaires, mon contradicteur relève qu'il y avait donc eu bel et bien déni de justice direct à l'égard des actionnaires étrangers.

Je ferai aussi remarquer en passant au professeur Ago que la société *El Triunfo* n'était pas une société de personne.

Je ne m'attarderai pas non plus à rappeler les caractéristiques très particulières de l'importante affaire *Ziat-Ben Kïran*, à laquelle mon éminent collègue se réfère aux pages 235 et 236, II, du compte rendu du 24 mars 1964. Je me permettrai encore une fois de renvoyer la Cour aux explications détaillées que nous avons données à ce sujet aux pages 139 et 141 de nos observations (I).

La Cour y verra que la réclamation que le Gouvernement britannique avait présentée pour le compte d'un associé britannique dans une association espagnole dotée de personnalité juridique, a été écartée non pas pour des raisons de compétence de *jus standi* mais pour des raisons de fond. L'arbitre, l'éminent et regretté jurisconsulte Max Huber, avait en effet, en vertu du compromis de la sentence préliminaire, dite par lui rapport, qu'il avait été chargé d'élaborer avant d'agir comme arbitre, l'obligation d'entrer en matière avant de trancher la question de recevabilité.

Dans ces conditions, on peut se demander ce qui permet à notre savant contradicteur de voir dans cette affaire un exemple de cas où le dommage a été causé directement aux associés eux-mêmes.

Il est encore plus incompréhensible de constater que le professeur Ago cite au même endroit, comme autre exemple de dommage direct aux actionnaires ou participants, celui de l'affaire *Cerruti & Co.* dans laquelle cependant l'arbitre avait distingué avec le plus grand soin, la plus grande netteté, les indemnités accordées pour dommage à la propriété person-

nelle du lésé et les indemnités à attribuer à cette même personne, à titre d'associé. Nous avons déjà souligné cette distinction à la page 139 de nos observations préliminaires (I).

Je me vois d'ailleurs obligé de faire la même constatation en ce qui concerne l'affaire *Spillane*, où l'Etat des associés avait prétendu agir au nom de la société elle-même et avait de ce chef été débouté.

Encore une fois, sur quoi se fonde le professeur Ago pour dire que dans cette affaire le dommage avait été causé directement aux associés? On ne le sait pas.

Quant à l'affaire *Shufeldt*, citée au même endroit et aux mêmes fins par mon contradicteur, je ne comprends guère pourquoi c'est lui qui a choisi d'en reparler ici, alors que les paroles prononcées par l'arbitre vont tellement à l'encontre de l'esprit et de l'essence de la thèse espagnole. Je me permettrai de les lui rappeler; il y est dit:

« Le droit international n'est pas lié par le droit interne ou par autre chose que la justice naturelle et il perçoit derrière la personne juridique les intérêts réels qui sont en jeu. »

Mon éminent collègue le professeur Ago se réfère ensuite à une série de cas qui auraient, suivant lui, été négligés par le mémoire belge. Ces affaires auraient toutes, suivant mon contradicteur, la particularité que les tentatives de protection des actionnaires par un Etat national auraient été rejetées.

Il commence par traiter de l'affaire *Alsop and Co.*, et il remarque que les Etats-Unis se virent refuser le droit de protéger leur ressortissant associé dans la société chilienne, tant que la question fut traitée en droit. Il ne fut admis que lorsque la question fut soumise à l'arbitrage d'un amiable compositeur.

Outre les considérations que nous avons déjà fait valoir dans nos observations, je voudrais souligner que dans ce cas, comme dans l'affaire *Spillane*, il semble bien que la réclamation ait été présentée au nom de la société chilienne et que l'arbitre réservât expressément les droits qu'au titre de la protection diplomatique pouvaient avoir le réclamant ou les réclamants individuellement.

Telle est du moins l'interprétation qu'en donne le professeur Battaglini, à la page 306 de son ouvrage *La Protezione diplomatica delle Società*.

En ce qui concerne l'affaire *Baasch Römer*, je ne puis que confirmer ce qui est dit à ce sujet dans les observations du Gouvernement belge (I), page 151. Je voudrais toutefois attirer l'attention de mon éminent collègue sur le fait qu'il se trompe complètement dans l'interprétation qu'il donne à l'affaire quand il veut opposer, pour servir sa thèse, le cas où la réclamation aurait été admise parce que la société était liquidée, à celui où la réclamation aurait été écartée parce que la société n'était pas liquidée.

Dans les deux cas, les réclamants étaient les liquidateurs d'une société dissoute. Et cet élément ne joue aucun rôle dans la décision de l'arbitre qui fut une fois positive et l'autre fois négative. La confusion commise par notre éminent contradicteur ne fait que confirmer que ce cas n'est pas clair comme nous l'avions indiqué.

De l'affaire *Kundhardt*, également reprise par le professeur Ago, à la page 237. II, du compte rendu du 24 mars, nous ne retiendrons que le fait que le droit de protection des actionnaires a été reconnu dans le cas d'une société dissoute.

Par contre, la référence que mon honoré contradicteur fait immédiatement après à l'affaire des *Pétroliers allemands* aussi appelée affaire de la *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft*, me démontre qu'il ne veut décidément pas, dans cette affaire, voir clair. Il s'agissait dans ce cas, pour le tribunal spécial désigné à cet effet, et devant lequel la Standard Oil Company était demanderesse, de savoir si cette société pouvait être considérée comme *beneficial owner* de certains bateaux qui appartenaient à sa filiale, la Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft. Il s'agissait essentiellement d'un problème de droit privé, et la question de la protection diplomatique des actionnaires ne fut pas abordée du tout, elle ne pouvait d'ailleurs pas l'être.

Par contre, comme nous l'avons signalé, les démarches qui menèrent à l'instauration de ce tribunal spécial sont un exemple de plus de la pratique gouvernementale consistant pour un Etat à prendre fait et cause pour ses ressortissants actionnaires.

L'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, qui a déjà fait couler pas mal d'encre entre les parties, est de nouveau commentée par le professeur Ago, à la page 238, II. Selon lui — je cite :

« ne pouvant trouver dans l'opinion des arbitres et du surarbitre le moindre appui pour son désir d'y découvrir un « percement du voile », la partie requérante se console en prêtant à ces personnes des intentions de percement qu'elles auraient eues tout en s'en cachant aussi soigneusement que possible ».

La Cour voudra bien m'excuser si je suis un peu sensible à cette accusation d'interprétation subjective ou d'interprétation sollicitée d'une décision arbitrale. Aussi voudrais-je lui rappeler que si je me suis permis cette interprétation, c'est tout d'abord sur la base des documents et parce que, à mon avis, cette interprétation est fondée. Je me trouvais pour l'adopter dans la très bonne compagnie de l'éminent jurisconsulte Charles De Visscher qui, dans son ouvrage *La protection diplomatique*, page 635, s'exprime de la manière suivante :

« La Commission mixte ... pouvait-elle considérer le Gouvernement de Washington comme qualifié pour prêter son appui en faveur du recouvrement de ces réclamations? A s'en tenir à la seule considération de la personnalité et de la nationalité de la société, la réponse négative s'imposait... Le surarbitre refusa de s'engager dans cette voie : s'attachant à la nationalité réelle des vrais intéressés qui n'avaient jamais cessé d'être Américains, il rejeta le déclinatoire d'incompétence proposé par le Gouvernement vénézuélien. »

J'ai à dessein laissé pour la fin ma réponse aux communications que fait le professeur Ago sur le cas de la *Delagoa Bay*, dont le Gouvernement belge a souligné avec insistance toute l'importance et toute la portée en ce qui concerne la pleine mise en lumière de la règle de droit international sur la protection des actionnaires d'une société étrangère victime d'actes illicites.

En terminant cette partie et avant de commencer l'analyse du cas de la *Delagoa Bay* je veux pourtant attirer votre attention, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, sur le petit jeu de massacre auquel s'est complu, surtout dans la procédure écrite, le Gouvernement espagnol en démolissant par la critique certains jugements et en s'amusant à les

reconstituer à sa guise. C'est véritablement un jeu qui, dans une affaire de l'importance de la Barcelona Traction, nous paraît un peu enfantin.

[Audience publique du 20 avril 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans ma dernière plaidoirie de vendredi, je vous ai donc exposé la thèse espagnole avec les réfutations qu'elle entraîne, la thèse belge, et j'ai déjà abordé la dernière partie de ma plaidoirie sur la protection des actionnaires. A la fin de ma plaidoirie, je vous avais annoncé que je vous dirai quelques mots de l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co.*, que je mentionnerai *brevitatis causa* durant ma plaidoirie du nom de : affaire de la *Delagoa Bay*. J'y ai consacré une attention toute particulière parce que cette affaire constitue un jalon particulièrement important dans l'évolution du droit international, en matière de protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires.

C'est la raison pour laquelle, n'en déplaise à mon très honorable contradicteur, le Gouvernement belge a estimé devoir lui donner un très grand relief et lui consacrer plusieurs pages de ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires. Le très honorable professeur Ago l'a considérée comme une décision un peu vieillotte (c'est l'expression qu'il a reprise); il l'a traitée un peu comme une vieille dame, qu'il faut envisager avec condescendance sans doute, mais dont il faut surtout se garder de lever le voile. Je m'abstiendrai de tout exposé exhaustif des faits. Ils sont assez connus et sont relatés tout au long des observations et conclusions belges.

Mon propos présent vise uniquement à répondre aux critiques qu'à tort, à mon avis, le Gouvernement défendeur d'abord, et son éminent conseil le professeur Ago ensuite, nous ont adressées à ce sujet dans le dessein de montrer à la Cour que nous lui avons mal présenté le cas, et que nous prétendrions en tirer des conclusions manifestement abusives.

Soucieux d'écartier ce précédent, qui constitue un exemple caractérisé de protection diplomatique des actionnaires, mon éminent contradicteur a répété devant vous ce qui se trouvait d'ailleurs déjà dans les exceptions préliminaires de 1963, I, page 201. à savoir que — je cite :

«... les Gouvernements américain et britannique n'intervenaient ni l'un ni l'autre en faveur d'actionnaires d'une société étrangère, mais au contraire, l'un et l'autre, pour la protection d'une personne physique ou morale, possédant leur nationalité et ayant subi un préjudice direct du fait de l'action du Gouvernement portugais. On ne peut rien objecter [ajoute-t-il] à l'exactitude de cette constatation.» (Compte rendu du 24 mars. II, p. 234.)

Mais, Monsieur le Président, Messieurs les juges, nous devons précisément objecter à cette « constatation » tout simplement qu'elle est en contradiction manifeste avec les faits de la cause.

D'après le protocole du 13 juin 1891, qui contient le compromis arbitral, le tribunal arbitral était chargé — je cite :

«de fixer, comme il jugera le plus juste, le montant de la compensation due par le Gouvernement portugais aux ayants-droit des deux autres pays par suite de la rescision de la concession du chemin

de fer de Lourenço Marquês et de la prise de possession de ce chemin de fer par le Gouvernement portugais ».

Cette concession, ce chemin de fer, étaient *la propriété de la société portugaise*. Ceci n'a jamais été contesté entre les parties et si, dans une note diplomatique, qui a été citée par mon éminent contradicteur, le Gouvernement britannique a déclaré — je cite: « que la ligne et les matériaux appartenaient à la société anglaise », ce point a été rectifié par les arbitres qui ont dit que « c'est elle seule [la compagnie portugaise] qui était en relations contractuelles avec l'Etat défendeur et que c'est elle qui a été déposée ».

Le Gouvernement portugais d'ailleurs ne s'est pas fait faute de le relever dans la correspondance diplomatique et aussi dans ses conclusions devant les arbitres; ceux-ci les rapportent de la manière suivante — je cite:

« Or [dit le Gouvernement portugais], comme concessionnaire du contrat du 26 mai 1884 pour la construction du chemin de fer, la compagnie anglaise n'avait ni droit ni obligation vis-à-vis du Gouvernement portugais, qui n'a jamais traité avec elle, et comme actionnaire ou créancière de la compagnie portugaise elle ne pouvait être représentée dans n'importe quel litige avec le Gouvernement portugais concernant l'exécution de la concession par l'entremise de la même compagnie portugaise. »

Ce n'est donc pas à titre de propriétaire direct que le Delagoa Bay était protégée par le Gouvernement britannique, mais à titre d'actionnaire de la société portugaise.

Avant d'abandonner l'aspect britannique de la réclamation, je voudrais relever une autre accusation de mon éminent contradicteur qui déclare — je cite ses propres termes:

« C'est pure fantaisie de dire ... que le Gouvernement britannique intervenait pour la protection des actionnaires anglais de la société britannique qui, à son tour, contrôlait la compagnie portugaise; le Gouvernement britannique agissait en tant que protecteur de la société anglaise Delagoa Bay... »

Si mon éminent contradicteur s'était donné la peine de vérifier les conclusions des parties dans cette affaire, notamment elles sont reproduites dans le jugement arbitral, et entre autres les conclusions de la partie britannique, il aurait vu que le Gouvernement britannique y a distingué les dommages causés aux obligataires de la Delagoa Bay et ceux causés aux actionnaires de cette compagnie, tout en déclarant qu'il ne réclamait pas pour ces deux catégories d'intéressés des indemnités distinctes, attendu que selon lui l'indemnité était due uniquement à la compagnie Delagoa Bay. Pourquoi dès lors le Gouvernement britannique faisait-il cette distinction? C'est parce que, en définitive, il n'allait pas réclamer au bénéfice de la Delagoa Bay l'intégralité de l'indemnité, mais seulement la partie de cette indemnité revenant aux obligataires anglais de la Delagoa Bay, et celle revenant aux actionnaires anglais qui possédaient les 22.000 actions de la Delagoa, et qui n'étaient pas en main de MacMurdo. Si donc le Gouvernement britannique, dans l'intérêt de la compagnie, avait intenté cette action, cette action était néanmoins limitée à la part d'intérêt qui revenait aux actionnaires anglais

de celle-ci. Ceci résulte aussi à l'évidence des conclusions de la partie britannique telles qu'elles sont relatées par les arbitres eux-mêmes dans le texte final de la sentence du tribunal arbitral de la Delagoa.

Je passe maintenant à la position prise par les Etats-Unis. Cette position elle aussi, elle est définie dans la sentence arbitrale par référence aux conclusions du Gouvernement américain; ces conclusions du Gouvernement américain sont citées comme suit :

« Ce qu'on demande au tribunal arbitral de déterminer, c'est le montant de la compensation due, non pas à la société portugaise, ni à la compagnie anglaise, mais à des prétendants ayant un rapport moins direct avec le Gouvernement portugais, c'est-à-dire les actionnaires et obligationnaires [le mot est employé] de la compagnie anglaise, et que ce sont ceux-ci les véritables demandeurs, dont une partie — ceux de nationalité anglaise — sont représentés, à titre de pure convenance pour les objets du présent arbitrage, par la compagnie Delagoa Bay & East Africa Railway Co. Ltd. »

Et s'il fallait une preuve de plus, on la trouverait dans le fait que le Gouvernement américain réclamait même une indemnité particulière eu égard à la valeur spéciale qu'il fallait, selon lui et les demandes de sa ressortissante, M<sup>me</sup> MacMurdo, attribuer aux actions de la compagnie anglaise appartenant à M<sup>me</sup> MacMurdo, en raison du pouvoir dit de contrôle qui y était attaché par le fait que 25.000 de ces actions étaient réunies en une seule main et conféraient à leur propriétaire la majorité dans la gestion de la compagnie. Il ne fut d'ailleurs pas donné suite à cette requête particulière.

Je mentionnerai simplement en passant aussi que les prétendus droits directs que MacMurdo aurait, au dire de la partie adverse, conservé dans la concession et sur lesquels le Gouvernement américain aurait fondé son action, ne sont même plus mentionnés dans les conclusions du Gouvernement américain et qu'elles n'ont pas été rapportées par les arbitres qui n'en ont aucunement tenu compte dans leur décision.

Je m'excuse, Monsieur le Président, Messieurs, d'avoir dû vous entraîner dans tous ces détails, mais il n'était pas tolérable de laisser subsister une équivoque quelconque, artificiellement suscitée par la Partie adverse, au sujet d'un cas qui est particulièrement clair.

Ainsi donc, Monsieur le Président, Messieurs les juges, dans cet arbitrage, tel qu'il apparaît à la lecture des actes eux-mêmes, le Gouvernement américain agissait pour la protection de son ressortissant actionnaire et obligataire d'une compagnie britannique existante et non dissoute. Tandis que conjointement avec ce gouvernement, le Gouvernement britannique agissait, mais à concurrence des seuls intérêts des ressortissants britanniques actionnaires et obligataires, pour la protection de la même compagnie anglaise, elle-même actionnaire d'une société portugaise non dissoute, mais « pratiquement éteinte ». La compagnie portugaise était la seule à avoir fait l'objet d'actes internationalement illicites sur lesquels se basait la réclamation des gouvernements demandeurs.

Voilà, Messieurs, le précédent dont mon honorable contradicteur vous a déclaré: « Absolument aucune déduction favorable aux prétentions des actionnaires belges ne peut être tirée de ce [qu'il a qualifié un] soi-disant précédent. »

Je pense que les actes, documents, citations que je vous ai faites parlent d'eux-mêmes.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, avant d'aborder les conclusions que l'on peut tirer de l'ensemble des précédents invoqués en sens divers par les Parties, ce qui constituera la dernière partie de mon exposé, je voudrais, avec la permission de la Cour, me référer brièvement aux commentaires que mon éminent contradicteur a consacrés à deux autres passages des observations belges, savoir les précédents gouvernementaux et ensuite les enseignements que l'on peut trouver du droit international conventionnel.

En ce qui concerne les précédents gouvernementaux auxquels le Gouvernement belge a consacré les pages 156 à 164 de ses observations (I), mon honorable contradicteur fait essentiellement deux remarques.

Il constate d'abord que l'attitude des gouvernements diffère selon que l'Etat qu'ils représentent fait des investissements ou, au contraire, qu'il en reçoit. Il relève ensuite que même les gouvernements demandeurs ont toujours considéré que leur intervention devait être strictement limitée par la double condition que la société avait la nationalité de l'Etat auteur du préjudice, c'est-à-dire que la société était endommagée par les actes mêmes de son Etat national et ensuite que la société avait cessé d'exister. En vérité tout, dans ce domaine, est question d'espèce. Il n'est pas niable que les gouvernements ont modifié et modelé leur attitude suivant les nécessités et les conditions particulières des cas qui se présentaient. Ils ont tout naturellement toujours tenu compte du meilleur intérêt de leurs ressortissants lésés.

La grande et notoire évolution qui s'est produite dans le droit international moderne en faveur de la protection diplomatique des actionnaires n'a certes pas été rectiligne; on n'est pas en présence d'une évolution absolument régulière; cela était dans la nature des choses; il y a eu des hésitations; il y a eu des retours, au point que cette évolution peut être considérée comme se poursuivant encore de nos jours.

Il n'est pas difficile de relever dans les déclarations d'un gouvernement, dans un cas donné, des observations qui ne concordent pas avec celles qu'il a faites dans des cas ultérieurs. Par exemple dans l'affaire *Tlahualilo Co.*, aux déclarations du Gouvernement britannique que nous avons rappelées dans nos observations et conclusions et que notre éminent contradicteur a également rappelées en plaidoirie, on peut comparer la position du Gouvernement britannique dans d'autres affaires.

Dans l'affaire *Tlahualilo Co.*, société mexicaine qui avait eu à souffrir de certaines mesures prises par les autorités mexicaines, le Gouvernement britannique intervint alors que la société n'était nullement dissoute. Il n'a apporté à son intervention aucune restriction sur ce point et il tut d'ailleurs encouragé à cet effet par le Département d'Etat des Etats-Unis qui intervint conjointement avec le Gouvernement britannique dans cette affaire.

Il n'a jamais été dans les intentions du Gouvernement belge de soutenir que ces pratiques gouvernementales auraient définitivement fixé l'état du droit; son but était exclusivement de démontrer que l'attitude qu'il adopte dans l'affaire de la *Barcelona Traction* se situe dans la ligne d'une pratique bien établie, qui consiste pour les Etats dont les ressortissants sont actionnaires de sociétés étrangères et qui se trouvent lésés, à intervenir en leur faveur par la voie diplomatique. La position du

Gouvernement belge n'a donc aucun caractère extraordinaire; elle n'a pas ce caractère presque révolutionnaire que le Gouvernement défendeur allègue.

Pour en finir avec les pratiques gouvernementales, je prends acte avec satisfaction de ce que notre éminent contradicteur veut bien reconnaître que la pratique de certains Etats, *qui refusent leur protection diplomatique* aux sociétés dans lesquelles n'est investi aucun intérêt national est conforme à une exigence de l'ordre juridique international et qu'elle tend à s'affirmer, autrement dit il faut, et on le demande de plus en plus, qu'un lien juridique de la nationalité soit doublé d'un minimum d'effectivité pour qu'un Etat puisse agir en faveur d'une société nationale. Sans doute mon éminent contradicteur nous reproche-t-il, immédiatement après, de considérer que ce refus de protection diplomatique des actionnaires par leur Etat national légitimerait l'intervention diplomatique des autres Etats. Nous avons déjà démontré à la Cour que ce n'est pas du tout la thèse belge, nous y reviendrons dans quelques instants.

En ce qui concerne l'évocation par la Belgique du droit international conventionnel, les critiques de notre éminent adversaire se font encore plus superficielles. Je rappellerai simplement à la Cour que le Gouvernement belge, aux pages 164 et suivantes de ses observations (I), avait exposé comment la nécessité de développer, à certains moments, même de restaurer, le climat indispensable aux relations économiques internationales, et tout spécialement aux mouvements internationaux de capitaux, avait déterminé non seulement une évolution profonde de la jurisprudence et de la pratique diplomatiques, mais avait aussi profondément marqué le droit international conventionnel. Cette nécessité avait, disions-nous, entraîné à la fin de deux guerres mondiales la conclusion de conventions visant à l'indemnisation des intérêts étrangers atteints par des mesures de guerre ou encore à la conclusion de traités d'établissement ou de commerce contenant des dispositions spéciales sur la protection des placements à l'étranger. Nous nous étions alors attaché à démontrer les multiples cas où les Etats contractants furent amenés, pour respecter les exigences de la réalité, à rechercher derrière ces constructions juridiques du droit interne les véritables intérêts à indemniser ou à sauvegarder.

Nous avons conclu de cet exposé que la fréquence de stipulations de ce genre dans les traités et conventions pendant une période qui couvre actuellement plus d'un demi-siècle, permettait de considérer qu'on se trouvait en présence d'un nouvel ensemble de règles coutumières, et nous avons invoqué, quant à la formation de ces coutumes, l'autorité de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder*, ainsi que celle de l'éminent auteur Charles De Visscher. A ces autorités le professeur Ago s'est borné à opposer l'opinion d'un rédacteur d'une note diplomatique britannique dans l'affaire de la *Romano-Americana* (voir II, p. 244).

Notre éminent contradicteur nous reproche d'avoir mentionné les traités d'établissement ou de commerce pour les oublier immédiatement après quand il s'agissait de donner des exemples concrets; alors, nous dit-il, que ces traités auraient été les seuls à avoir un rapport quelconque avec la matière envisagée. Je regrette de signaler au professeur Ago que s'il avait lu attentivement la page 171 de nos observations et conclusions (I), il y aurait trouvé, au paragraphe 168, un renvoi à une étude

consacrée à cette catégorie spéciale de conventions par le juriste français Daniel Vignes, dans l'ouvrage intitulé *La personnalité morale et ses limites*. Nous avons cru pouvoir ainsi abrégé quelque peu notre exposé qui était déjà très long. Je ne compte certes pas entrer ici dans les détails. Je ne voudrais pas imposer à la Cour une énumération véritablement fastidieuse de traités, car ils sont très nombreux. Je me bornerai à indiquer certains d'entre eux visant à assurer aux sociétés constituées dans l'un des Etats contractants, par des personnes de l'autre Etat contractant, certaines garanties de traitement. A cet effet, ces traités font intervenir des notions comme celles de sociétés contrôlées par les ressortissants de l'autre Etat. (Ce sont les termes employés dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 février 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie.) On emploie aussi les termes de sociétés où les ressortissants de l'autre Etat ont des intérêts *prédominants* ou des intérêts *substantiels* (termes employés dans le Traité d'amitié, de commerce et de développement économique entre les Etats-Unis et l'Uruguay du 23 novembre 1949); on rencontre aussi l'expression « société dont la majorité appartient à des ressortissants de l'autre Etat » (c'est la formule de la Convention judiciaire entre la France et la Tunisie du 9 mai 1957) ou encore celle d'« entreprises contrôlées directement ou indirectement par des ressortissants de l'autre Etat » (accord entre les Etats-Unis et les Philippines du 4 juillet 1946).

Toutes ces conventions, est-il besoin de le relever, supposent pour leur application précisément la levée du voile social pour rechercher et découvrir les véritables intéressés.

Une autre critique, bien peu compréhensible, de notre honoré contradicteur consiste à relever que dans certaines des conventions d'indemnisation la levée du voile social avait pour but d'exclure de l'indemnité la part du capital des sociétés qui était la propriété de l'auteur du dommage. Je regrette de devoir faire remarquer au professeur Ago que ce cas-là aussi est un exemple établissant que le droit conventionnel ne s'arrête pas à la personnalité morale de la société comme s'il s'agissait d'un bloc d'une seule pièce, mais distingue à quelque fin que ce soit les parts contributives des membres de la société.

Mon éminent contradicteur estime qu'on ne peut pas établir une règle coutumière en se basant sur des traités de paix, de nationalisation, bref du genre de ceux auxquels j'ai fait allusion tout à l'heure parce qu'ils visent des circonstances tout à fait particulières. Je dois lui faire remarquer à cet égard d'abord que, comme je viens de l'indiquer, je me fonde aussi sur de nombreux traités d'établissement et de commerce, et ensuite sur ce que dans le monde actuel c'est précisément à l'occasion des guerres et des nationalisations que le problème de la protection des actionnaires a pris toute son acuité. Le cas de la Barcelona Traction a, dans le cas de notre époque, un caractère absolument exceptionnel.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, il me reste maintenant à aborder la partie principale de mon exposé. Elle consiste à voir si les enseignements qui se dégagent des précédents que nous avons analysés de part et d'autre, tant dans la procédure écrite que devant vous, permettent de dégager une règle de droit des gens qui s'oppose à ce que la Belgique assume, comme elle le fait dans la présente action, la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société canadienne, la Barcelona Traction.

Je commencerai par indiquer sommairement à la Cour les conclusions générales qui dérivent de ces divers cas. J'examinerai ensuite, pour les réfuter, les conséquences et la portée que la Partie adverse prétend leur attribuer et je démontrerai en conclusion que le Gouvernement défendeur est dans l'impossibilité totale, dans l'incapacité absolue d'établir l'existence d'une règle de droit international qui vous obligerait, en la présente espèce, d'exclure la Belgique du prétoire.

La première conclusion à tirer de cet exposé complet de toute l'analyse des précédents est la suivante: le droit d'un Etat d'assumer la protection de ses ressortissants qui sont actionnaires ou qui sont associés dans des sociétés étrangères, elles-mêmes victimes d'actes internationalement illicites, a été reconnu dans les cas suivants soumis à l'arbitrage. Nous pouvons invoquer ici: l'affaire *Ruden* (observations et conclusions belges, p. 129), l'affaire de l'*El Triunfo Co.* (observations belges, I, p. 136), l'affaire *Cerruti & Co.* (observations belges, I, p. 138), l'affaire *Shufeldt Co.* (observations belges, I, p. 141), l'affaire *Kundhardt & Co.* (observations belges, I, p. 153).

Une place à part doit être faite au cas de la *Delagoa Bay* où, par accord entre les trois gouvernements intéressés, l'affaire a été soumise, ainsi que vous le savez, à un arbitrage. Dans cet arbitrage, l'Etat américain défendait, ainsi que nous l'avons établi tout à l'heure, les droits de ses ressortissants actionnaires et obligataires d'une société britannique qui n'avait été lésée que parce qu'une société portugaise dont elle détenait toutes les actions avait fait l'objet d'actes internationalement illicites de la part du Gouvernement portugais. Dans cette même instance arbitrale, le Gouvernement britannique défendait donc la société anglaise, et cela à concurrence seulement des droits des actionnaires et obligataires britanniques dans cette société. Il y avait donc action conjointe et simultanée de l'Etat national des actionnaires de la société britannique et de l'Etat national du principal actionnaire de cette société; la société n'avait pas le statut de l'Etat auteur du dommage.

Deuxième conclusion à tirer de ces précédents: aucune des décisions citées par le Gouvernement défendeur (voir ses exceptions préliminaires de 1963, I, p. 187, note 1) aux fins d'établir qu'à lui seul le lien de rattachement juridique d'une société à un Etat serait suffisant pour permettre à cet Etat d'assumer la protection diplomatique de la société ne peut être invoquée à l'appui d'une telle thèse. Aucune de ces décisions ne la supporte d'une façon catégorique.

Je me réfère aux affaires suivantes qui sont donc celles invoquées par le Gouvernement défendeur: affaire *Star and Herald*, où les associés avaient la même nationalité que la société; le cas n'est donc pas pertinent; il n'y a pas de conflit entre deux sociétés; affaires *Stirling et Rosario Nitrate Co.*, où la question de la nationalité des actionnaires n'était pas sérieusement contestée — elle a été soulevée à titre purement hypothétique —; les affaires *Flack, Madera Company et Interoceanic Railway of Mexico*, où la nationalité des actionnaires ne fut pas même évoquée; affaire de la *Compagnie générale des Eaux de Caracas*, où la nationalité belge de la société ne fut pas contestée; affaire de la *Compagnie consignataire du Guano*: ici il s'agissait d'un arbitrage privé et non pas d'un arbitrage entre Etats, aucune espèce de conflit sur le *ius standi*, de controverse sur la qualité pour agir n'a pu se poser; affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, sur laquelle nous avons déjà suffisamment donné de renseignements, et affaire de l'*Agency of Canadian Car and Foundry*

Co., à laquelle je me suis référé dans ma plaidoirie de vendredi dernier.

A cet égard toutefois, je crois qu'il est de mon devoir envers la Cour, ayant relu entre-temps la décision rendue, de corriger ce qu'avait de trop absolu l'appréciation que je vous en avais donnée. Si dans cette affaire différents éléments de fait se rattachant à la notion d'effectivité et de contrôle ont été invoqués et ont été examinés, la décision de l'arbitre ne peut être invoquée comme étant une preuve de l'insuffisance du critère de l'incorporation. Ce précédent, qui se rapporte à une affaire très spéciale en relation avec des dommages de guerre, ne peut être, à mon avis, considéré comme n'appuyant ni l'une ni l'autre des thèses des Parties.

Troisième conclusion à tirer de l'examen de ces précédents: aucune des décisions arbitrales citées par la Partie défenderesse comme ayant écarté le *jus standi* de l'Etat national des actionnaires ou des associés ne peut être considérée comme concluante.

Dans l'affaire *Jacob M. Henriquez Co.* (observations belges, I, p. 151) l'arbitre constata simplement que les Pays-Bas n'avaient fourni de preuve suffisante, pour étayer leur demande, ni au sujet du pillage de la société Jacob M. Hernandez ni au sujet de la nationalité des autres associés, et qu'il n'avait pas été répondu à une exception soulevée par le Venezuela, fondée sur la nationalité vénézuélienne de cette société.

Dans l'affaire *Brewer Moller Co.*, il n'y avait même pas en cause de société dotée de personnalité juridique. Aucune question de *jus standi* de l'Etat national des associés et des actionnaires ne pouvait donc se poser.

Et dans l'affaire *Baasch-Römer*, nous avons montré que les particularités de ce précédent, ses contradictions, la très faible participation des ressortissants néerlandais dans la société vénézuélienne enlevaient toute signification générale à ce cas.

Nous ne sommes pas seuls de cet avis; Mervyn Jones, dans son étude si fréquemment citée et si appréciée *Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies (British Yearbook 1949, p. 245)* déclare à propos de cette affaire *Baasch-Römer*: « This decision presents some puzzling features. »

Cette décision contient des traits particulièrement étranges.

L'affaire de la *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft* déjà analysée précédemment ne pose aucune question de *jus standi*, et dans l'affaire *Ziat-Ben Kiran* décidée par le grand jurisconsulte suisse Max Huber, le fond fut abordé conformément à un rapport spécial qu'il avait dressé à ce sujet et qui avait été approuvé par les deux gouvernements, avant que la question du *jus standi* ne fût tranchée.

Il reste enfin l'affaire de l'*Alsof* dans laquelle le *jus standi* du Gouvernement américain ne fut pas reconnu, mais il n'est pas certain que ce fut parce que l'action avait été présentée pour le compte de la société chilienne elle-même. La réclamation fut rejetée *without prejudice* en réservant tous autres droits. D'autre part, lorsque l'affaire fut soumise à un amiable compositeur, le Gouvernement des Etats-Unis obtint gain de cause bien que le Chili eût à nouveau soulevé une exception fondée sur l'absence de *jus standi* du Gouvernement américain.

Il est certainement impossible de dégager d'aucun des cas que je viens de citer une règle de droit international qui s'imposerait à la Cour pour

écarter l'action du Gouvernement belge dans cette affaire à raison d'un prétendu manque de *ius standi*.

Monsieur le Président et Messieurs, en présence de ce résultat très peu satisfaisant pour sa thèse de l'examen des précédents judiciaires invoqués par lui, le Gouvernement défendeur va s'efforcer de dégager une règle générale qui s'opposerait au droit de la Belgique de défendre ses nationaux actionnaires de la Barcelona Traction.

A cette fin, il se bornera à prétendre que dans tous les cas où une réclamation de l'Etat national des actionnaires a été admise se trouvaient réunies deux circonstances. La première de ces circonstances est qu'il s'agissait de cas où la société avait la nationalité de l'Etat auteur du dommage, donc d'actes dommageables contraires aux principes du droit des gens dirigés par un Etat contre ses propres sociétés; et la deuxième circonstance c'est que, pour que l'action des actionnaires puisse être recevable, il fallait que cette société se trouvât dissoute en fait ou en droit. Il a encore ajouté que dans plusieurs cas il s'agissait de sociétés, de personnes ou encore d'atteintes directes aux droits des actionnaires, considérés comme des droits distincts de ceux de la société.

Avant d'examiner avec un peu plus de détails ces diverses circonstances dont nos adversaires veulent déduire des règles restrictives du droit de la protection des actionnaires par leur Etat national, je voudrais faire quelques commentaires sur le manque de rigueur de mon éminent contradicteur dans l'établissement de ses constatations et déductions.

Je commencerai par faire remarquer à la Cour que la Partie adverse a tort de généraliser. En effet, en ce qui concerne la nationalité de la société, nous avons vu que dans le cas de la Delagoa Bay, le Gouvernement américain était intervenu dans un arbitrage pour présenter une réclamation pour son ressortissant, actionnaire d'une société anglaise, société qui n'avait donc pas la nationalité de l'Etat auteur du dommage.

En ce qui concerne la deuxième circonstance, celle relative à la dissolution de la société, je ferai remarquer à mon éminent contradicteur que la société victime du dommage n'était dissoute ni dans l'affaire *Ruden*, ni dans l'affaire *El Triunfo*, ni dans l'affaire *Cerrutti*, ni dans l'affaire *Shufeldt*. Dans l'affaire *Shufeldt*, la question s'est posée de savoir laquelle de deux sociétés qui avaient été successivement créées par Shufeldt était encore en vie, et cette question fut expressément écartée par l'arbitre qui la considéra comme irrelevante, parce que ce qui était en jeu, ce qui était discuté, ce n'était pas les intérêts de la société, mais les intérêts de Shufeldt dans la société.

Dans l'affaire de la *Delagoa Bay*, la société n'était pas formellement dissoute et le Gouvernement portugais ne manqua pas de se prévaloir de cette circonstance. Le gouvernement demandeur avait simplement allégué qu'elle était *practically defunct*, c'est-à-dire disparue, éteinte en fait.

Je sais que mon éminent contradicteur fait à cet égard une distinction suivant qu'il s'agit de sociétés de personnes ou de sociétés anonymes, mais cette distinction me paraît sans fondement du moment que la société de personnes, disons plutôt dès l'instant où la société de personnes a aussi une personnalité juridique. Le caractère plus ou moins limité de la responsabilité personnelle de l'associé ne change en tout cas rien à la nature directe ou indirecte du dommage qui lui est causé.

Quant à la circonstance qu'il y aurait eu dans ces cas atteinte directe aux droits propres des actionnaires en tant que droits distincts de ceux

de la société, le gouvernement défendeur est totalement incapable d'apporter la preuve dans aucun des cas que nous venons de citer et où la protection des actionnaires fut admise.

Il faut souligner en outre que le gouvernement défendeur est incapable d'invoquer un seul cas où le droit de protection de l'Etat des actionnaires aurait été écarté par un tribunal arbitral pour la raison que soit la société lésée n'aurait pas eu la nationalité de l'Etat auteur du dommage, soit que cette société n'aurait pas été dissoute, soit que le dommage n'aurait pas frappé directement, n'aurait pas atteint directement les droits des actionnaires. Donc la seule circonstance que certaines conditions de fait sont réunies dans un certain nombre de cas où la protection des actionnaires a été admise ne permet pas du tout d'inférer que ces circonstances soient nécessaires en droit pour qu'une telle protection soit possible.

J'aborderai maintenant l'assertion énergique et réitérée du gouvernement défendeur que la protection des actionnaires n'est possible que lorsque la société a la nationalité de l'Etat du siège. La protection des actionnaires serait seulement possible contre l'Etat national de la société. Il est incontestable que cette circonstance, nous le reconnaissons, se retrouve dans la quasi-totalité des précédents que nous avons analysés, et bien qu'aucune décision arbitrale n'ait décidé qu'une telle circonstance soit nécessaire pour donner ouverture au droit de protection des actionnaires, notre adversaire n'hésite pas à dégager de ces précédents une règle de droit restrictive. Et cette règle de droit restrictive qui veut exclure complètement l'action de l'Etat national des actionnaires lorsque le dommage n'est pas causé par l'Etat national de la société. Cette règle de droit est la pierre véritablement angulaire de tout son système.

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler à la Cour qu'en étant obligé, par des précédents notoires invoqués par lui, d'accepter le droit de protection de l'Etat des actionnaires en cas de lésion de droit par l'Etat national de la société, le gouvernement défendeur voyait sa thèse s'écrouler par l'effet de cette contradiction interne, et l'écroulement est inévitable.

Nous avons déjà fait cette constatation dans nos observations préliminaires, I, page 187. Mais c'est avec acharnement que notre adversaire nous attaque sur ce point dans sa plaidoirie du 25 mars. Pour le faire plus facilement, il nous reproche d'assimiler entièrement le cas d'une société pour laquelle toute protection diplomatique est impossible parce que le tort qui lui est causé émane de son Etat national parce qu'elle a le statut de l'Etat qui est l'auteur du dommage, je disais donc qu'il nous reproche d'assimiler ce cas à celui d'une société lésée par un Etat tiers qui se trouverait simplement en fait sans protection parce que son propre Etat national se désintéresserait de son sort.

Mais là n'est pas du tout le fondement de notre argumentation. Notre raisonnement consiste à dire que du moment qu'on reconnaît le droit de protection de l'Etat des actionnaires pour dommages causés à la société dans certaines hypothèses, il faut nécessairement que ce droit existe dans tous les cas de violation du droit des gens et cela en vertu de la nature même et du fondement du droit de protection diplomatique. Pour que le droit de protection diplomatique naisse il faut, mais il suffit aussi, que les ressortissants de l'Etat protecteur aient été atteints dans leurs biens, leurs droits et leurs intérêts et qu'ils l'aient été par l'effet d'un acte contraire au droit des gens imputable à un Etat.

Si la jurisprudence a reconnu dans certains cas que ce droit de protection existait en faveur de l'Etat national des actionnaires pour des dommages causés en premier chef à la société dont ils font partie, c'est donc qu'elle reconnaissait qu'un acte internationalement illicite commis à l'égard de la société atteignait ses actionnaires dans leurs biens, leurs droits et leurs intérêts, puisque c'est là la condition nécessaire pour que le droit de protection diplomatique puisse naître en faveur de leur Etat national.

Et nous avons exposé à la Cour pourquoi, à notre avis, la jurisprudence devait nécessairement s'orienter en ce sens; l'explication s'en trouve dans le caractère complexe et non rigoureusement unitaire de la personne morale, mécanisme de droit privé qui recouvre la réalité humaine et multiple des associés. Un coup porté à ce mécanisme juridique est inévitablement, aux yeux du droit international, qui ne doit pas s'arrêter à des constructions plus ou moins techniques et artificielles du droit privé, un coup porté aux intérêts réels et vivants que recouvre le voile social.

Notre éminent contradicteur croit éviter la contradiction que nous signalons en changeant quelque peu de position. Désormais, la protection par l'Etat national des actionnaires, au cas où la société a le statut de l'Etat auteur du dommage, n'est plus, comme il l'avait déclaré dans la procédure écrite, une exception à la prétendue règle du droit de protection exclusif de l'Etat national de la société. Le professeur Ago nous le dit très clairement à la page 255 (II) du compte rendu de sa plaidoirie du 25 mars: ce cas, dit-il, «ne constitue nullement une exception, une déviation par rapport à la règle générale de la matière». C'est un cas, à son avis, qui est hors de la sphère d'application de la règle.

Selon cette nouvelle explication, l'atteinte portée par un Etat à une de ses sociétés nationales serait un acte interne; comme tel il ne peut pas relever du droit des gens.

Mais c'est précisément là que mon éminent contradicteur se trompe; cet acte, prétendument interne est, au contraire, considéré par le droit international, en vertu de tous les précédents qui ont été cités, comme un acte internationalement illicite. Pourquoi? Parce qu'il porte atteinte aux droits des ressortissants de pays étrangers, à savoir aux actionnaires étrangers de la société lésée. Et si le droit international reconnaît que des rapports entre un Etat et ses sociétés nationales composées d'étrangers peuvent donner lieu à une action diplomatique par l'Etat national de ces actionnaires, il doit à fortiori, par la force de la logique, admettre et reconnaître que les rapports entre une société étrangère composée en majeure partie d'actionnaires qui ne sont pas ressortissants de l'Etat national de la compagnie, d'une part, et un Etat tiers, d'autre part, les rapports entre cet Etat et l'Etat tiers qui lèse leurs droits, relèvent par eux-mêmes directement du droit international sur le traitement des étrangers et que l'Etat national des étrangers a le droit, en vertu du droit des gens, précisément de lever le voile de la société étrangère pour mettre en évidence les intérêts de ses propres ressortissants et établir ainsi sa qualité pour agir, son droit de les protéger, son *jus standi*.

Monsieur le Président, Messieurs, il y a encore une autre raison pour ne pas admettre la règle restrictive préconisée par le Gouvernement espagnol qui veut donc limiter le droit d'intervention de l'Etat national des actionnaires au seul cas où le dommage a été causé par l'Etat national

de la société à sa propre société. Cette raison est fondée sur une comparaison des situations respectives de l'Etat national qui cause un tort à sa propre société, et de l'Etat tiers qui lèse arbitrairement les droits, biens et intérêts d'une société étrangère composée elle-même de ressortissants d'un Etat étranger au statut de la société.

L'Etat national de la société en se fondant sur sa souveraineté peut toujours objecter que la compagnie a son statut légal, qu'elle relève uniquement de ses lois et juridictions internes et qu'il ne peut pas tolérer qu'un Etat étranger qui a des intérêts dans une compagnie de ce genre puisse s'immiscer dans ses affaires intérieures dans des circonstances qu'il estime relever de sa sphère juridique interne. Et à consulter l'histoire on peut dire que chaque Etat à qui une réclamation internationale a été adressée à propos de la manière critiquable dont il traitait ses propres sociétés à fortes participations étrangères, a commencé par soulever cette objection, et vous savez que les difficultés qui en sont résultées n'ont pas toujours pu être surmontées.

Des difficultés de ce genre ne peuvent pas se présenter lorsque l'Etat responsable du dommage est un Etat tiers. Il est privé de ce moyen de défense de se retrancher derrière sa juridiction utile à sa législation intérieure, et ces moyens de défense — je vous rappelle le cas de la *Mexican Eagle* — se sont prolongés parfois pendant plusieurs dizaines d'années. Il en résulte qu'il est possible de légitimer immédiatement, directement, l'intervention en faveur des actionnaires par leur Etat national par application de la règle autorisant la levée du voile de la personnalité juridique, pour mettre au premier plan les intérêts réels des membres de la personne juridique; il en résulte encore que l'Etat national des actionnaires peut agir directement pour obtenir le respect du droit international en la personne de ses ressortissants; l'obstacle résultant de la souveraineté interne est alors complètement absent; aucune règle de droit international établissant le contraire n'a pu être prouvée par l'Etat espagnol.

Le gouvernement défendeur ne peut non plus tenter de faire accepter la règle restrictive qu'il paraît mettre en avant pour barrer l'accès du prétoire à la Belgique en disant que cette règle se justifierait pour éviter des cas de double protection. En d'autres termes, la protection des actionnaires ne serait admissible que lorsque la protection de la société elle-même serait impossible.

En premier lieu, je dois avouer humblement que je ne vois pas la logique d'une telle règle dans le cadre du système de protection diplomatique proposé par le gouvernement défendeur. Dans son système, en effet, la société est un sujet de droit en tous points assimilable au point de vue du droit international à une personne physique, et elle jouit d'une nationalité propre distincte de celle de ses actionnaires (c'est la thèse espagnole).

On ne voit pas pourquoi le fait qu'une société ne puisse plus être protégée diplomatiquement par son Etat national pour des dommages qu'elle a subis, ferait naître un droit de protection autrement inexistant de la part d'un autre Etat à raison de ce même dommage, mais au profit d'une autre personne, l'actionnaire.

En deuxième lieu, si on admet, toujours en se plaçant dans le système espagnol, qu'une telle exception aux règles normales de la protection diplomatique est possible, ce n'est peut-être que parce que l'on reconnaît l'existence d'un principe supérieur de droit des gens qui viserait à assurer,

dans tous les cas, que les droits des actionnaires puissent être protégés, soit à travers la société, soit à titre propre.

Mais alors il faudrait admettre logiquement que ce même principe supérieur de droit des gens devrait s'appliquer également chaque fois que, la société n'étant pas en fait protégée, ou ne pouvant pas l'être efficacement, par exemple à défaut d'une compétence juridictionnelle obligatoire existant entre l'Etat de la société et l'Etat auteur du dommage, les actionnaires se trouveraient sans protection aucune.

Mais il suffit que l'on ose mentionner cette simple conséquence logique de leur propre système, qu'on veuille l'appliquer au cas de la Barcelona Traction, pour que nos adversaires crient presque au scandale, dénoncent une usurpation de la protection diplomatique, évoquent le spectre de la double protection, risque qui n'existe pas du tout en l'espèce puisque l'Espagne peut toujours refuser de donner suite à d'éventuelles réclamations du Canada, comme elle l'a fait dans le passé, et que le Canada est dans l'impossibilité de citer l'Espagne par voie de requête unilatérale devant votre Cour.

Mais je ne désirerais pas être mal compris par mon éminent contradicteur et je tiens à préciser que ce n'est pas sur ce dernier argument que la Belgique entend fonder son droit à la protection diplomatique des actionnaires. Nous l'invoquons exclusivement pour mettre en évidence, sous un autre aspect, toutes les contradictions internes du système de nos adversaires.

En outre, ces cas de double protection dont on agite les éventualités devant la Cour ne sont pas du tout inconnus de la pratique internationale, le principe en a été admis par vous-mêmes, Monsieur le Président et Messieurs, par votre Cour, dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Je me permets de faire allusion sur ce point à votre avis consultatif du 11 décembre 1948 (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 185).

[Audience publique du 20 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs les juges, j'aborderai maintenant, pour finir, l'autre prétendue règle invoquée par le Gouvernement espagnol pour limiter la protection des actionnaires au seul cas où la société serait dissoute en fait ou en droit. J'ai déjà indiqué que cette limitation ne correspondait à aucune règle du droit des gens.

Cette idée repose tout d'abord sur une confusion entre le droit privé et le droit international.

Il n'y a aucune raison valable pour subordonner l'exercice de la protection diplomatique de l'Etat au profit des actionnaires, à la réunion des conditions nécessaires pour qu'en droit privé les actionnaires puissent agir individuellement.

Les deux questions se posent sur des plans tout à fait différents.

C'est en effet un principe bien établi que le droit international n'est pas lié par le droit interne, pour adopter la formule utilisée par l'arbitre dans l'affaire *Shufeldt*, et cette formule a été reprise entre autres par lord Finlay dans l'affaire *Landreau* où il a déclaré: « We are not embarrassed by any technicalities of municipal law. » (Nous ne sommes pas gênés par aucune question technique de droit interne.) (*Recueil des Sentences arbitrales* publié par les Nations Unies, vol. I, p. 367.)

La Cour elle-même, en vertu de l'article 38 de son Statut, a pour mission « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ». Par conséquent, la Cour à cet égard a l'obligation de ne pas se référer au droit interne des Etats, qu'il s'agisse en l'espèce du droit espagnol ou du droit canadien, pour décider si un actionnaire de la Barcelona Traction a ou non souffert un tort international par suite des mesures prises par l'Espagne et qui ont atteint la Barcelona Traction et les sociétés qui lui étaient affiliées. A cet égard, la Cour ne peut que s'inspirer des principes du droit international pour décider si ce corps de droit oppose une barrière juridique à la reconnaissance du dommage qui a été, en fait, souffert par les ressortissants belges.

Cette confusion entre le droit privé et le droit international est précisément l'erreur qui a été commise par les deux commissaires dans l'affaire *Kundhart* à laquelle je me suis déjà référé à maintes reprises.

Voici comment le commissaire américain s'exprimait dans cette affaire :

« Alors que la propriété d'une société en existence n'appartient ni individuellement, ni collectivement aux actionnaires, mais à la société elle-même, c'est un principe de droit universellement reconnu qu'au moment de la dissolution les intérêts des différents actionnaires deviennent de justes droits à des parties proportionnelles de la propriété sociale, après paiement des dettes. Les droits des porteurs de créances et d'actions à la propriété réelle et personnelle des sociétés, ainsi qu'à ses droits contractuels et à ses droits d'action, ne sont pas détruits par la dissolution ou par la liquidation. »

Cette opinion fut partagée d'ailleurs par le commissaire vénézuélien dans ce litige. Remarquons au surplus que si l'on voulait s'en tenir aux stricts principes du droit interne, la dissolution de la société à elle seule ne suffirait pas, il faudrait encore que la liquidation ait été menée jusqu'à sa fin dernière et qu'après paiement des créanciers, les actionnaires se soient vu répartir effectivement le solde. Alors seulement on pourrait dire que les actionnaires individuels auraient un droit de propriété sur une partie des biens sociaux.

La question de savoir si la dissolution préalable de la société est nécessaire pour que l'Etat national des actionnaires puisse intervenir sur le plan diplomatique et sur celui de la justice internationale est controversée en doctrine.

Charles De Visscher, dans l'étude déjà fréquemment citée *De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée*, n'en parle pas. Beckett relève qu'actuellement les limites de l'exclusion de la protection diplomatique par l'Etat national des actionnaires lorsque le dommage a été causé par l'Etat national de la société ou même lorsqu'un Etat tiers est rendu responsable de ce dommage, ne sont pas tout à fait claires. (Voir *Diplomatic claims in respect to injuries to companies in Transactions of the Grotius Society*, 1931, p. 175.)

Quant à Mervyn Jones, dans son étude, également fréquemment citée, *Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies in British Yearbook of International Law*, 1949, il estime que dans certains cas on a accordé une importance excessive, voire erronée, à la condition de la dissolution de la société.

C'est vers une opinion de ce genre que s'est orienté le professeur Paul De Visscher dans son cours déjà cité après avoir relevé qu'à son

avis, pour donner l'ouverture au droit de protection des actionnaires, il faut également — je cite :

« que par l'effet de l'acte dommageable la société se trouve dans une situation de droit ou de fait qui compromet l'effet utile de toute action sociale au profit des actionnaires. Tel est le cas lorsque la société est dissoute, lorsque ses statuts sont modifiés d'autorité par une loi de nationalisation ou lorsque l'objet est supprimé par l'effet d'un acte du gouvernement. »

Et cet auteur ajoute — je cite :

« 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 [écrit-il] que, selon les critères du droit interne, la personne morale subsiste ou non ; même lorsqu'elle subsiste, le juge international peut admettre la protection diplomatique 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 [ajoute Paul De Visscher] qu'il constate l'absence de tout intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés. »

Donc le professeur Paul De Visscher estime que la dissolution juridique n'est pas requise, le droit international ne s'arrêtant pas à des notions techniques de droit interne. Il n'est pas nécessaire que la personne juridique — la personne morale, la société — ait disparu pour que les actionnaires puissent être protégés, il suffirait, selon lui, que le mécanisme de la personnalité morale soit en quelque sorte grippé, paralysé pour qu'on puisse lever le voile social. C'est sans doute là, dans des termes plus précis, l'évocation de l'idée déjà ancienne de *practically defunct* que nous avons trouvée mentionnée dans la correspondance diplomatique entre la Grande-Bretagne et le Portugal qui a conduit à l'arbitrage dans l'affaire de la *Delagoa Bay*.

A mon avis, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on ne peut pas considérer que le droit international existant ait, même sous cette forme restreinte et plus pragmatique, consacré une règle restrictive du droit qu'un Etat trouve dans les principes généraux du droit des gens à protéger ses ressortissants actionnaires.

Quoi qu'il en soit, il faut constater qu'en l'espèce une telle restriction, fût-elle acceptée par la Cour, ne serait pas de nature à faire obstacle à l'action de la Belgique en la présente affaire.

Les organes légitimes de la Barcelona Traction en effet se sont vu enlever, dès le 12 février 1948, la gestion de tout le patrimoine social. La société a été privée de tout revenu et de toute possibilité d'en retirer de ses filiales. La vente de tout son portefeuille, c'est-à-dire l'intégralité de son avoir, réalisée en Espagne le 4 janvier 1952, l'a vidé de tout contenu et lui a fait perdre l'intégralité de son capital social. De plus, son objet social, son but social, tel que la Barcelona Traction l'a poursuivi depuis sa création, devient irréalisable. La Barcelona Traction — vous le savez — s'est consacrée exclusivement à la promotion et au finance-

ment d'entreprises destinées à mettre en valeur les ressources hydro-électriques de la Catalogne et la production et la fourniture d'énergie dans cette grande partie de l'Espagne. Or, les entreprises qu'elle a constituées à cet effet lui ont été intégralement enlevées. Faut-il dire qu'il est impensable que la Barcelona Traction, à supposer qu'elle en ait les moyens, cherche maintenant à créer de nouvelles usines, de nouvelles installations dans ce même secteur? Depuis 1948, la société s'est même trouvée dans l'incapacité totale d'établir un bilan. L'assemblée générale des actionnaires ne s'est plus réunie depuis le 13 décembre 1948. Enfin, il faut noter que la défense de la Barcelona Traction dans les procédures judiciaires auxquelles a donné lieu la déclaration de faillite, n'a pu être poursuivie que grâce à l'aide financière qui lui a été donnée à cette fin par sa principale actionnaire, la Sidro, société anonyme belge.

Cette situation a été évoquée d'une manière très claire au moment de la nomination du *receiver* canadien en 1948. Je me réfère à cet égard au document qui figure dans les annexes aux exceptions préliminaires de 1960, 3<sup>e</sup> volume, où l'on trouve le procès-verbal de la comparution des parties devant le tribunal de Toronto. Il fut expliqué au juge qu'il ne pourrait être procédé à la nomination d'un *receiver* que pour autant que les actionnaires de la Barcelona Traction consentiraient à financer le *receivership*, et il fut indiqué au juge que les actionnaires avaient marqué verbalement leur accord de le faire.

On ne pouvait, Messieurs, marquer plus clairement à la fois la paralysie totale de la Barcelona Traction et l'intérêt actif et agissant du principal actionnaire de celle-ci.

Eh bien! Messieurs, notre aimable adversaire, le gouvernement défendeur, n'a pas hésité à écrire dans les exceptions préliminaires de 1960<sup>1</sup>, ces mots stupéfiants que la Barcelona Traction «est aussi vivante à l'heure actuelle qu'au moment où elle aurait subi le prétendu préjudice de la part des autorités espagnoles».

Monsieur le Président et Messieurs, arrivé à ce stade de mon plaidoyer, j'espère vous avoir convaincus que votre Cour n'est liée par aucune règle de droit international reconnue, établie ou implicite, qui vous obligerait à écarter la Belgique de votre prétoire, parce qu'elle agit pour la défense de ses ressortissants actionnaires dans une société canadienne non dissoute qui a subi des dommages du fait de l'Etat espagnol.

La Partie adverse ne s'est pas acquittée à cet égard de la charge de la preuve qui lui incombe incontestablement puisque c'est elle qui a soulevé l'exception d'absence de *jus standi*; consciente de cette faiblesse elle voudrait inverser l'*onus probandi* sous prétexte que c'est nous qui aurions à prouver et à invoquer l'existence d'une règle spéciale dérogatoire qui nous permettrait d'intervenir pour la protection des actionnaires de la Barcelona Traction.

Mais, Monsieur le Président et Messieurs les juges, le Gouvernement belge soutient devant vous et il espère vous avoir démontré à satisfaction de droit que c'est au contraire dans les principes généraux du droit international et non dans une règle dérogatoire que vous pourrez trouver la justification du *jus standi* de la Belgique.

Ayant ainsi terminé l'exposé des conclusions que l'on peut tirer des précédents, je constate qu'un fait reste certain: la Cour ne se trouve

<sup>1</sup> Voir C.I.J. *Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company*, p. 384.

en présence d'aucun précédent caractéristique, spécialement d'aucun précédent résultant de sa propre jurisprudence ou de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale qui s'appliquerait adéquatement à l'espèce qui est actuellement pendante devant vous.

La Cour a donc la possibilité de tailler en plein drap, elle peut faire application de ce qu'elle considérera elle-même comme étant les règles de droit international applicables en la matière, compte tenu des idées, des réalités et des exigences du monde moderne.

Et je suis convaincu que l'examen que la Cour voudra bien faire la conduira à conclure que le droit international tel qu'il est actuellement reconnu le droit de protection de l'Etat national des actionnaires d'une société lésée. Si la Cour estimait que la conclusion à laquelle elle arrive sur ces points devrait peut-être être plus nuancée, accompagnée de réserves ou de limitations, je me permettrais de lui demander alors de considérer que le litige qui est débattu devant vous présente, au seul point de vue de l'exception préliminaire n° 3, des caractéristiques de fait très particulières, je dirais même des caractéristiques exceptionnelles. La décision que la Cour rendra devra avoir, dans ces conditions, à n'en pas douter, la portée limitée d'un cas d'espèce.

Aussi la Cour me permettra-t-elle de lui indiquer sommairement quels sont ces éléments concrets, propres au cas singulier soumis à la Cour, que je la prierai d'avoir toujours à l'esprit en méditant sur cette question de *jus standi*, si la Cour estimait devoir adopter une interprétation restrictive des règles de droit international public en matière de protection des actionnaires.

Ces éléments fondamentaux particuliers à ce cas sont les suivants.

Tout d'abord l'importance de la participation belge: il s'agit d'une participation de 88% au capital de la Barcelona Traction, dont 75% sont aux mains d'un seul ressortissant belge, la société Sidro. Cette participation ne représente pas pour la Sidro un placement temporaire et passif en quelque sorte, c'est au contraire une participation active et permanente, dans une entreprise étrangère à la gestion technique, financière et juridique de laquelle elle participait activement, notamment par l'intermédiaire de sa propre société mère, une autre société belge, la Sofina.

Le deuxième élément concret à considérer, c'est la nature de la Barcelona Traction. La Barcelona Traction est une société holding pure dont l'actif ne se compose que d'un portefeuille de créances sur ses filiales.

Le troisième élément concret à considérer, c'est l'origine de la dépossession de la Barcelona Traction. L'origine de l'affaire remonte aux vaines tentatives d'un financier espagnol pour acquérir des mains de la Sidro le contrôle de toute la Barcelona Traction et de ses entreprises en Catalogne.

C'est en définitive parce que la Sidro a refusé au financier en question de lui céder le contrôle de la Barcelona Traction que ce financier a décidé de l'obtenir par la voie d'une procédure de faillite abusive en Espagne, telle qu'elle est relatée dans nos actes.

C'est bien ainsi que l'a compris un auteur de droit international privé, Verplaetse, dans un ouvrage publié en espagnol, *Derecho Internacional Privado*, qui déclare sous le titre « Expropriation »: « Récemment, la Barcelona Traction a passé des mains étrangères à des mains espagnoles par la voie de la faillite. » C'est, je dois dire, un excellent résumé de toute

l'affaire. C'est bien l'entreprise elle-même dans son ensemble qui passe des mains belges en des mains espagnoles par une faillite abusive.

Le quatrième élément concret important à prendre en considération, c'est la manière dont la dépossession fut commencée. La déclaration de faillite eut pour effet immédiat de dessaisir le conseil d'administration de la Barcelona Traction, c'est-à-dire les mandataires légitimes nommés par des votes majoritaires de la société belge Sidro pour gérer les affaires sociales. Ce conseil d'administration de la Barcelona Traction fut remplacé par les organes de la faillite, qui étaient des hommes de confiance du financier espagnol. Le conseil d'administration de la Barcelona Traction cessa de ce fait même toute activité.

De cette manière, les actionnaires belges de la Barcelona Traction, et tout particulièrement la Sidro, perdirent toute possibilité d'intervention dans la gestion de l'entreprise. De plus, les deux ressortissants belges qui assuraient la direction des exploitations à Barcelone furent expulsés de leurs fonctions.

Le cinquième élément concret et particulier à prendre en considération, c'est la manière dont la dépossession a été consommée. C'est en exerçant les pouvoirs ainsi usurpés aux mandataires légitimes de la Barcelona Traction nommés par Sidro qu'il fut procédé à la vente de tous les biens de la Barcelona Traction dans des conditions ruineuses pour les actionnaires.

Pour apprécier à quel point les actionnaires de la Barcelona Traction ont été visés et touchés directement dans cette affaire, il faut examiner le but, le mécanisme, le résultat de ce fameux cahier des charges en vertu duquel fut réalisée la vente de tout le portefeuille de la Barcelona Traction en Espagne, le 4 janvier 1952. C'est en effet l'acte le plus important, celui qui consomme la ruine totale des actionnaires.

En bref, tout l'actif de la société, d'une valeur considérable, environ 100 millions de dollars, a été cédé au créancier instigateur de la faillite, en satisfaction de sa créance d'une valeur nettement inférieure, de manière telle que les actionnaires de la Barcelona Traction se trouvaient sans aucun solde à se partager et étaient ainsi directement dépouillés tandis que le créancier s'enrichissait d'autant.

L'entreprise elle-même se trouvait intacte, mais elle avait, par ce subterfuge, passé des mains des actionnaires belges de la Barcelona Traction aux mains du créancier espagnol de cette même société.

Enfin, il vous faut encore prendre en considération la situation de la Barcelona Traction. Ainsi que je viens de vous le démontrer, privée de la gestion de ses affaires et de toute ressource quelconque, la Barcelona Traction fut finalement vidée de son contenu, perdant ainsi la totalité de son capital, de même que la possibilité de poursuivre son but social qui était la réalisation d'affaires de traction, d'éclairage et de force motrice à Barcelone.

La Cour voudra bien comprendre que ce qui pourrait à première vue paraître une incursion inopportune dans le fond du litige n'est en réalité que l'indication d'une série de faits ou de circonstances précis que je n'ai mentionnés que parce que j'estime que si la Cour se place dans une certaine optique, ils sont indispensables à l'appréciation de la question du *jus standi* de la Belgique. Je les ai choisis et retenus exclusivement en fonction de la relation qu'ils représentent avec certains aspects de l'exception préliminaire n° 3 telle qu'elle vous a été présentée par les conseils du gouvernement défendeur.

En conclusion, je demanderai à la Cour de bien vouloir écarter comme sans pertinence dans l'instance actuelle pendante devant la Cour l'exception préliminaire n° 3 en tant qu'elle se fonde sur une prétendue protection de la société de droit canadien *Barcelona Traction* par le Gouvernement belge et de rejeter pour le surplus ladite exception en tant qu'elle propose de refuser à la Belgique le droit de prendre dans la présente affaire fait et cause pour ses ressortissants, personnes physiques et morales, qui sont actionnaires de la *Barcelona Traction*.

Monsieur le Président, je vous serais obligé de bien vouloir accorder la parole à M<sup>e</sup> Rolin qui me succédera à la barre et qui traitera entre autres aussi la question de la jonction au fond de l'exception préliminaire n° 3.

Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, je vous remercie de là très patiente attention que vous m'avez accordée. J'espère ne pas en avoir abusé et je considère que ma tâche est terminée pour le moment.

---

## PLAIDOIRIE DE M. ROLIN

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

[Audience publique du 20 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, mon collègue M. Sauser-Hall a bien voulu vous faire savoir que j'étais chargé notamment de développer la conclusion subsidiaire prise par le Gouvernement belge relativement à l'exception n° 3 et qui tend à proposer à la Cour la jonction au fond. Mais la Cour comprendra, je pense, que devant développer une question analogue à propos de l'exception n° 4, je considère comme plus pratique de retarder le développement de la question en ce qui concerne la question n° 3 de façon à pouvoir développer ces deux conclusions subsidiaires en même temps et épargner à la Cour un exposé théorique, celui que je ferai pouvant être commun aux deux questions.

Je vais donc commencer, si M. le Président veut bien m'y autoriser, par développer devant la Cour notre réponse à la quatrième exception préliminaire, et avant de rencontrer les arguments qui ont été développés à cet égard par mon estimé contradicteur, le professeur Malintoppi, je voudrais le remercier de ses aimables paroles. J'ai, moi aussi, conservé le meilleur souvenir de la collaboration que nous avons eue ensemble devant la Cour, il y a quelques années, et je ne serai certainement pas le seul à avoir constaté combien, en aussi peu d'années, il a gagné en autorité.

Monsieur le Président, j'admire d'autant plus l'exposé qu'il vous a fait que je crois, personnellement, que sa tâche était particulièrement difficile et ingrate, vu le nombre tout à fait extraordinaire des recours qui ont été exercés dans la présente affaire. Je rappelle à la Cour les chiffres donnés par le Gouvernement espagnol lui-même dans ses exceptions préliminaires et que M. le professeur Malintoppi a rappelés à l'audience du 1<sup>er</sup> avril. Je me réfère à la page 273 (II), du compte rendu de cette journée:

« A l'époque de la présentation [de la requête] de 1963 ... l'on avait déjà rendu « 2736 ordonnances, 494 jugements (autos), 37 arrêts (*sentencias*)... »

Mon estimé contradicteur a néanmoins émis l'avis assez étonnant que « même à première vue, l'affaire dont la Cour est actuellement saisie constitue un exemple typique de non-épuisement des recours internes dans un différend international ». Un peu après, pourtant, sans craindre de paraître se contredire, il reconnaissait que:

« La présence d'un nombre considérable d'actions judiciaires internes, peut-être, pourrait donner l'impression, bien que seulement *prima facie*, de l'épuisement effectif des voies ouvertes au particulier que l'on prétend protéger sur le plan international. »

Mais ce n'est là, ajoutait-il, qu'une apparence.

L'objet de ma plaidoirie est de démontrer à la Cour que, pour une fois, les apparences ne sont pas trompeuses et que l'examen approfondi de cette affaire ne pourra que confirmer la Cour du mal-fondé de l'exception.

L'explication dont on nous annonce qu'on va démontrer la réalité, l'explication de ce phénomène paradoxal qu'autant de recours ne correspondent en aucune façon à un épuisement des voies de recours prescrit par les règles de droit international, elle nous a été donnée par le porte-parole du Gouvernement espagnol dans les termes suivants: c'est tout d'abord l'attitude de négligence totale que Barcelona Traction aurait manifestée au cours des premiers mois — je cite: «l'indifférence la plus complète, la plus radicale à l'égard des procédures internes» (voir II, p. 273), tandis que la seconde période se caractériserait par l'activité la plus fiévreuse: mon estimé contradicteur n'hésite d'ailleurs pas à rendre hommage à l'habileté dont ont fait preuve dans cette deuxième phase les conseils qui ont assisté la Barcelona Traction au cours des procédures devant les juges espagnols. La date précise qui sépare cette période de passivité de cette période d'activité fiévreuse, ce serait, Messieurs, le 18 juin 1948.

Peut-être, en entendant cette plaidoirie, vous êtes-vous demandé: pourquoi le 18 juin 1948? Vous constaterez, Messieurs, en feuilletant le mémoire et les exceptions préliminaires, que le 18 juin 1948, c'est la date du dépôt de l'opposition de Barcelona Traction.

Ainsi, il y aurait eu, suivant le Gouvernement espagnol, quatre mois, on ne va pas jusqu'à dire d'inaction, mais de négligence totale, suivis de huit années d'activité fiévreuse et intelligente. Mais malgré les qualités d'invention et d'activité déployées par les conseils de la Barcelona Traction à partir du 18 juin 1948, cette dernière activité aurait été frappée de malédiction; dès le début elle était, nous dit-on, condamnée à l'échec parce qu'au seuil de la première période, le 12 février 1948, se serait accompli le fait générateur de la série de dénis de justice que le Gouvernement belge a prétendu dénoncer.

Ce fait générateur, c'est le jugement de déclaration de faillite que la négligence des intéressés aurait rendu définitif. Je prie la Cour de retenir ces deux mots clés qui lui ont été répétés dix fois: négligence et fait générateur. Nous verrons, Messieurs, dans quelle mesure cela correspond à la réalité.

Avant de procéder à cette confrontation de l'explication donnée par la Partie adverse du bien-fondé de son exception avec la réalité des faits, je me suis posé la question de savoir s'il ne fallait pas que, suivant l'habitude, je consacre une première partie de ma plaidoirie au rappel des principes juridiques qui sont à la base de l'exception de non-épuisement des voies de recours interne, le rôle que joue cette exception et son fondement. Je crois vraiment, Monsieur le Président, que la chose serait superflue, car je n'ai rien entendu qui soit venu contredire les vues qui avaient été exprimées à ce sujet dans les observations du Gouvernement belge. Les deux Parties, en ce qui concerne tout spécialement les limites juridiques de la règle du «local redress» (je me réfère aux p. 217 à 223 des observations, I), se sont trouvées d'accord pour s'en référer à la fois quant à la définition de la règle et quant à ses limitations, à la résolution de l'Institut de droit international adoptée en sa session de Grenade en 1956 et à l'article 3 du traité hispano-belge de 1927. Nous avons été d'accord l'un et l'autre pour souscrire à la constatation

faite par la Cour dans son arrêt du 21 mars 1959 dans l'affaire *Interhandel* :

« que la règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier ».

D'accord aussi, Messieurs, pour constater que les dernières décisions arbitrales et judiciaires ont considérablement éclairci la méthode qui doit être suivie par des arbitres ou par la Cour pour décider si, dans un cas précis, un recours déterminé indiqué par la Partie défenderesse doit ou non avoir été épuisé par la victime de l'acte illicite dénoncé pour que l'action protectrice puisse être exercée sur le plan international.

Et qu'importe dès lors que je ne puisse pas souscrire à cette appréciation de mon estimé contradicteur lorsqu'il affirme que l'évolution de la règle tendait « à l'accroissement du respect dû à l'organisation judiciaire des Etats de l'époque contemporaine » ? Ce qui est essentiel, c'est que nous soyons d'accord pour relever, dans la disposition du traité et dans la résolution de l'Institut du droit international, que les seules voies de recours qu'en l'espèce le groupe de la Barcelona Traction était tenu d'utiliser préalablement à tout exercice de la protection internationale par le Gouvernement belge, étaient les voies de recours *accessibles, vraisemblablement efficaces et suffisantes* et dont on est en droit d'exiger l'usage normal.

Je n'ai pas besoin, je pense, de souligner l'importance que présentent ces trois conditions et leur signification. L'accessibilité du recours, c'est la possibilité juridique et matérielle pour la victime d'y avoir recours. Ainsi un individu jeté en prison et mis au secret ne pourra pas se voir reprocher ultérieurement de ne pas avoir adressé à l'autorité compétente, dans le délai prescrit par la loi, les protestations que la loi mettait à sa disposition. Et dans l'affaire qui nous occupe, les sociétés filiales qui ont introduit diverses procédures contre le jugement de faillite, ne pourront pas se voir reprocher de ne pas les avoir poursuivies jusqu'à des décisions finales, alors que diverses manœuvres, et notamment les substitutions d'avoués, les révocations des avoués qu'ils avaient commis par d'autres avoués avec l'approbation des tribunaux, paralysaient complètement ces recours.

Quant à l'efficacité que doit revêtir un recours pour être obligatoire, elle doit s'apprécier nécessairement à la fois en fonction du grief que l'on fait valoir, de l'injustice que l'on dénonce et de l'objet que l'on désire atteindre. Ainsi, un condamné à mort ne sera pas tenu à se pourvoir en cassation pour faire valoir l'irrégularité de sa condamnation, si ce pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution et compromet les chances de succès d'un recours en grâce ; et si le recours en grâce est rejeté, le défaut de pourvoi ne pourra pas dans ces conditions être reproché à ses ayants-droit lorsqu'ils introduiront une réclamation.

C'est ce même défaut certain d'efficacité que le Gouvernement belge a fait valoir dans sa note du 31 décembre 1951 pour contester, en réponse au Gouvernement espagnol, que l'article 3 du traité imposait à ses ressortissants d'épuiser avant toute intervention internationale les recours existant contre le jugement ordonnant la mise en vente des biens de la Barcelona Traction. Il y avait des recours et le Gouvernement espagnol prétendait qu'il fallait en attendre l'épuisement avant que le Gouvernement belge pût protester. Le Gouvernement belge, en réalité.

était conscient que la mise en vente des titres des sociétés filiales allait définitivement consommer la ruine de Barcelona Traction, que les recours intentés étaient donc condamnés à l'inefficacité, tout au moins en ce qui concerne la possibilité d'empêcher cette vente. C'est la raison pour laquelle il procédait à une intervention diplomatique. Cette explication, le Gouvernement belge l'a donnée à la page 218 de ses observations (I), en réponse à une observation qui était contenue dans les exceptions préliminaires (I), page 249; et l'on peut s'étonner que le Gouvernement espagnol n'ait pas cru devoir tenir compte de cette explication qui lui était donnée et, à la page 274, II, il renouvelait son observation relative à la note diplomatique du 31 décembre 1951.

Enfin, nous soulignons une fois de plus que bien que sans doute il faille admettre que l'obligation d'utiliser les voies de recours interne s'étende aux voies de recours dites extraordinaires, c'est-à-dire notamment au pourvoi en cassation (ce qui, en Espagne, s'appelle le recours au tribunal suprême), à condition que ces recours soient susceptibles de redresser le grief formulé par l'Etat protecteur, l'obligation de la victime ne va pas cependant jusqu'à lui imposer le recours à des moyens que négligerait un plaideur normal. Ceci permet d'écarter certaines voies de recours à tel point exceptionnelles que dans la pratique il n'en est guère fait usage. Il y a place à une appréciation *in concreto* qui doit tenir compte de la vraisemblance du succès et dès lors notamment du volume des efforts accomplis antérieurement par la victime et de l'insuccès total auquel invariablement ils ont abouti.

Après ce bref rappel des principes généraux régissant la matière, et sur lesquels, comme la Cour l'aura constaté, il n'y a guère de divergences de vues entre les Parties, nous allons passer à l'examen des recours qui furent réellement utilisés en si grand nombre dans l'affaire de la Barcelona Traction; et quand je dis réellement j'entends, bien entendu, aussi dire qu'ils l'ont été régulièrement et notamment dans les délais légaux. Nous examinerons à propos de chacun d'eux si par leur nature ils se présentaient comme efficaces, c'est-à-dire comme présentant une chance raisonnable de redressement.

Si la conclusion de cet examen est positive, il faudra reconnaître que nous avons exercé et épuisé les voies de recours interne. Bien entendu, nous ne manquerons pas de passer également en revue les remèdes que la Partie adverse nous accuse de ne pas avoir utilisés, et nous apprécierons s'ils réunissent les trois conditions que nous venons de relever comme étant requises pour qu'il y ait obligation de les exercer.

Monsieur le Président, la Partie adverse a traité d'abord, dans son exposé oral, du non-épuisement des voies de recours interne relativement aux décisions administratives, et comme, chronologiquement, effectivement la plus grande partie des actes qui sont critiqués par le Gouvernement belge, et qui émanent des autorités administratives espagnoles, se situent avant les actes des décisions judiciaires, il est normal que cet examen soit effectué en premier lieu.

Comme je viens de l'annoncer, nous allons avoir à examiner si les voies de recours que la législation espagnole offrait prétendument au groupe de Barcelona Traction étaient accessibles aux intéressés, si elles eussent dû leur paraître efficaces, c'est-à-dire présenter des chances de succès et être d'une nature telle qu'un homme normal eût dû les exercer.

Nous constatons tout de suite que la situation, comparée à celle devant laquelle nous allons nous trouver en ce qui concerne les mesures

judiciaires, est relativement simple puisqu'il n'a été exercé *aucun* recours par le groupe de Barcelona Traction contre les décisions des autorités administratives.

Le Gouvernement espagnol relève la chose dans ses exceptions préliminaires, et il fait de cette inaction une des bases de son exception. Dans ses exceptions préliminaires, il énumère une série de recours qui étaient prétendument ouverts et de nature à permettre de porter remède aux situations dénoncées par le Gouvernement belge (annexes aux exceptions préliminaires, n° 90, p. 728 et suiv.). En plaidoirie il n'a retenu que deux de ces recours et comme nous avons répondu, en ce qui concerne les autres recours et que nous ne revenons pas sur nos réponses faites dans les observations (I, p. 264 et suiv., n° 313 et suiv.), je vais, moi aussi, nécessairement me limiter aux deux seuls recours dont il a été question dans la plaidoirie du professeur Malintoppi.

Il s'agit du recours hiérarchique au ministre de l'Industrie et du Commerce, prévu à l'article 26 du règlement du 14 juin 1935, et il s'agit, en deuxième lieu, du recours de contentieux administratif devant le tribunal suprême.

Examinons-les rapidement l'un et l'autre.

Quant au recours hiérarchique il serait, suivant le Gouvernement espagnol, prévu à l'article 26 d'un règlement du 14 juin 1935 qui est présenté comme étant applicable à l'Institut espagnol des monnaies étrangères, que j'appellerai en abrégiation l'I.E.M.E., et qui est l'institut qui, en principe, avait compétence pour statuer en matière de devises, et qui est intervenu notamment en ce qui concerne les demandes d'autorisation adressées par le groupe de Barcelona Traction et d'autres organismes avec lesquels il était en relation pour permettre l'exécution des arrangements qui avaient été pris avec les obligataires.

L'article 26, auquel on se rapporte, prévoit dans le texte reproduit aux exceptions préliminaires qu'il existe un droit d'appel au ministre contre les décisions du sous-secrétaire et des directions générales. Notez Messieurs, que c'est — nous sommes d'accord sur ce point — un règlement qui, provenant du ministère de l'Agriculture, a été étendu à d'autres ministères mais c'est essentiellement un règlement qui s'applique directement aux décisions prises dans le cadre d'un département ministériel.

Dans la thèse du Gouvernement espagnol, ce règlement *d'un* ministère serait d'application aussi en ce qui concerne l'I.E.M.E. Il faudrait — selon les exceptions préliminaires — reconnaître « l'importance d'une direction générale ministérielle à l'Institut des monnaies étrangères, et cette considération devrait conduire à l'assimilation de l'Institut des monnaies étrangères à un rouage ministériel et son conseil d'administration à une direction générale » (exceptions préliminaires, annexe 90, p. 730).

C'est, Messieurs, une construction à mon sens tout à fait artificielle, et comme vous le verrez elle n'a pu être défendue qu'au prix, d'une part, d'une amputation du texte de l'article 26 du règlement auquel on se réfère et, d'autre part, d'une méconnaissance totale d'un arrêt du tribunal suprême de 1943 quant à l'inapplicabilité du règlement de 1935 à l'Institut espagnol des monnaies étrangères.

Voyons d'abord cette question du texte de l'article 26 que l'on a incomplètement reproduit dans les exceptions préliminaires (volume d'annexes aux exceptions préliminaires, 1963, annexe 90, p. 730). Le

texte reproduit dans les exceptions préliminaires a omis la phrase suivante:

« Il n'y aura pas lieu à recours en appel contre les décisions rendues par le sous-secrétaire et les directeurs généraux en vertu des facultés déléguées par le ministre. » (Observations du Gouvernement belge, I, n<sup>o</sup> 316, p. 265.)

Donc, on ne peut pas en appeler au ministre de la décision prise par un secrétaire d'Etat ou une direction générale en vertu d'une faculté qu'il lui a déléguée.

Or, aux termes de l'article 10 de la loi organique, le conseil d'administration de cet Institut espagnol de monnaies étrangères est présidé par le ministre lui-même qui pourra, dit le texte, « déléguer ses pouvoirs au sous-secrétaire du département »; et l'article 6 de la même loi attribue au ministre « la suprême direction et le contrôle de la politique des devises ».

En plaidoirie la Partie adverse a bien voulu admettre tacitement que l'article 26 du règlement devait être complété par la phrase signalée comme omise dans les observations, mais il nous a objecté qu'en l'espèce cette disposition additionnelle excluant le recours lorsqu'il s'agissait de décisions prises en vertu de pouvoirs délégués ne pouvait pas s'appliquer parce qu'on n'établissait pas qu'il y eût eu délégation.

Je ne crois pas, Messieurs, que cette réponse puisse être considérée comme valable, car de deux choses l'une: ou bien les décisions que nous incriminons ont été prises par le conseil d'administration présidé par le ministre, ou elles ont été prise par le conseil d'administration présidé par le sous-secrétaire qui, d'après la loi, nous l'avons lu, est un sous-secrétaire qui, en ce cas, doit avoir été délégué par le ministre. Il ne peut donc pas présider le conseil d'administration sans qu'il y ait eu délégation. En fait, au surplus, comme nous le montrerons un peu plus tard, en examinant les pièces du dossier, il n'y a pas de doute qu'en l'espèce le ministre a présidé ces réunions du conseil d'administration, car nous verrons qu'il va prendre une part tout à fait prépondérante aux décisions qui vont être rendues en la matière. Et alors, on peut considérer que d'une part le recours paraît ne pas avoir été accessible et, d'autre part, à supposer même qu'il eût été accessible, il devait être considéré comme ne pouvant être efficace puisqu'on ne pouvait véritablement pas avoir d'espoir sérieux d'aboutir à une décision favorable du ministre en appelant contre une décision qui avait été rendue sous sa présidence.

*[Audience publique du 21 avril 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la Cour se souviendra qu'au cours de l'audience d'hier, j'avais commencé à rencontrer l'argumentation de la Partie adverse en ce qui concerne le non-usage par le groupe de la Barcelona Traction des voies de recours qui, prétendument, auraient pu ou dû être exercées par elle en ce qui concerne les mesures administratives. Et je signalais à la Cour que mon estimé contradicteur, dans sa plaidoirie, s'était uniquement attaché à tenter une démonstration en ce qui concerne deux voies de recours: le recours hiérarchique — l'appel au ministre —, et d'autre part le recours de contentieux administratif, c'est-à-dire le recours auprès du tribunal suprême contre les décisions prises par le ministre sur le recours hiérarchique.

En ce qui concerne le premier de ces recours, j'ai montré que c'était sur un règlement de 1935, très exactement sur l'article 26 de ce règlement, que l'on prétendait s'appuyer et j'ai expliqué qu'en réalité, même si ce règlement pouvait être considéré comme d'application pour des décisions émanant non pas d'un rouage ministériel mais émanant de l'Institut espagnol de monnaies étrangères, la disposition de l'article 26, elle, ne pouvait pas trouver application parce que nous nous trouvions devant le cas d'une décision prise par un conseil d'administration présidé, soit par le ministre, soit par son délégué, et que l'on ne concevait pas, tout au moins comme présentant une chance de succès, un appel au ministre d'une décision d'un conseil présidé par lui et que le texte de la loi écartait cet appel lorsqu'il s'agissait d'une décision du conseil des ministres présidé par un de ses délégués.

J'en arrive maintenant au deuxième argument que j'oppose au raisonnement de la Partie adverse, à savoir que c'est à titre de pure hypothèse que j'ai supposé que le règlement comme tel pouvait être d'application en ce qui concerne l'Institut paraétatique qu'est l'I.E.M.E. alors que c'est le contraire qui est vrai, comme il résulte de la façon la plus claire d'un arrêt du tribunal suprême du 14 juin 1943. La date de cette décision importante, puisque c'est en 1945 et en 1946 que se placent les décisions que le Gouvernement belge a critiquées et que l'arrêt de 1943 représente le dernier état de la jurisprudence dont devaient nécessairement tenir compte les conseils de Barcelona Traction au moment où ils avaient à se plaindre de l'attitude de l'administration en ce qui concerne les plans de compromis.

L'arrêt de 1943 est relatif non pas à l'I.E.M.E. mais à un autre organisme paraétatique : les assemblées des ouvrages portuaires. Mais comme vous allez le voir dans un instant, le considérant du tribunal suprême, la base de sa décision, est une affirmation de principe qui s'étend aux autres organisations autonomes. Voici comment s'exprime l'arrêt :

« Il y a lieu seulement à titre exceptionnel et quand les dispositions applicables l'imposent, de considérer comme applicable à la sphère d'action de ces entités la norme usuelle relative au recours d'appel et de révision contre les décisions administratives, ce qui exclut la possibilité de fonder sur les normes administratives générales une instance d'appel devant le ministère contre les décisions adoptées par de tels organismes. »

Je pense, Messieurs, que je n'ai pas besoin de commenter. Cette décision est tout à fait formelle, elle exclut le recours au ministre contre des décisions adoptées par de tels organismes.

Mon estimé contradicteur a fait appel, lui, à d'autres décisions qui sont postérieures et pourraient donc, éventuellement de ce fait, être écartées puisqu'elles sont de 1959; mais en réalité, je ne vais pas les écarter parce que l'arrêt auquel elles se réfèrent du 5 novembre 1959 confirme l'inapplicabilité à l'I.E.M.E. du règlement de 1935.

Cet arrêt, Messieurs, est trop long et d'un style trop enchevêtré pour que je puisse en donner une lecture intégrale à la Cour, mais je prie la Cour de le relire, car il se trouve dans nos observations (I), page 267. Nous en avons reproduit un très long extrait pour montrer que l'évocation succincte qu'en faisait l'adversaire était tout à fait injustifiée. Le tribunal s'exprime comme suit dans le premier considérant :

« ... la question à élucider dans le présent litige consiste à déterminer si l'Institut espagnol de monnaies étrangères doit ou non être régi par les normes de procédure administratives établies pour les organes de l'administration de l'Etat... ».

C'est bien la question qui nous occupe. L'alinéa suivant montre que parmi ces normes de procédure figure essentiellement le règlement de procédure du ministère daté du 14 juin 1935. Puis l'arrêt affirme que la réglementation spécifique d'organisation et de procédure de l'I.E.M.E. « n'a rien à voir avec celle établie pour les organes directs de l'administration de l'Etat ... ni, concrètement, avec le règlement de procédure dudit ministère... ». Et l'arrêt conclut que « ledit organisme n'avait aucune obligation de se conformer aux dispositions du règlement de procédure qui est d'application pour le ministère du Commerce ».

Je vous rappelle que le règlement de procédure, article 26, c'était la base légale sur laquelle le Gouvernement espagnol prétendait appuyer l'obligation qu'aurait eue le groupe de la Barcelona Traction de recourir au ministre.

Voilà donc, Messieurs, comment s'exprime le tribunal suprême, même en 1959. Je crois pouvoir dire que voilà un deuxième motif de la jurisprudence du tribunal suprême qui me permet de dire que le Gouvernement espagnol ne fait pas la démonstration qui lui incombe qu'il y avait là un recours accessible aux intéressés du groupe de la Barcelona Traction.

Mais, Messieurs, il y a une dernière objection à la thèse espagnole : aux termes de l'article 2, 11<sup>e</sup> alinéa de la loi sur les bases de la procédure administrative du 19 octobre 1889, il est disposé qu'en matière administrative il y a lieu d'insérer dans toute notification d'une décision administrative l'indication des recours ouverts à l'intéressé. Cette disposition est reprise précisément dans le règlement de 1935 dont on prétend nous faire application.

On lit en effet dans le règlement du 14 juin 1935 :

« La notification devra contenir l'ordonnance ou la décision en entier, la désignation des recours qui sont éventuellement pertinents et des délais pour les interposer, étant entendu que cela ne fera pas obstacle à ce que les intéressés utilisent tous autres recours s'ils l'estiment adéquat. »

Or, on chercherait en vain dans une quelconque des communications qui ont été adressées au groupe de la Barcelona Traction en ce qui concerne le plan de compromis, l'indication d'un recours quelconque avec l'indication des délais dont il aurait dû éventuellement, s'il n'était pas satisfait, faire usage.

Le deuxième recours que, suivant le Gouvernement espagnol, le groupe de la Barcelona Traction aurait dû utiliser contre les décisions de l'I.E.M.E. est la voie de contentieux administratif, c'est-à-dire le recours devant le tribunal suprême.

Messieurs, on ne peut que déplorer une fois de plus l'indigence des renseignements fournis par le Gouvernement espagnol sur la base légale des textes législatifs qui réglementent l'utilisation de ce recours.

Dans les annexes aux exceptions préliminaires (annexe 90, p. 731) il y a une note où l'on voit que l'exercice de la juridiction contentieuse administrative a été « rétabli en Espagne par la loi du 18 mars 1944 ».

On ne nous donne pas le texte de cette loi; mais ce qu'il y a de beaucoup plus intéressant que la loi de 1944 c'est le texte de la loi qui était rétablie. Or dans nos observations (I, p. 268, n° 319), le Gouvernement belge a indiqué quelle était cette loi rétablie en 1944: c'est la loi sur la juridiction contentieuse administrative du 22 juin 1894. Et il a été indiqué dans les observations qu'aux termes de l'article 4, n° 1, de cette loi de 1894, remise en vigueur en 1944, échappent à la compétence des tribunaux contentieux les questions qui, par la nature des actes dont elles résultent ou la matière sur laquelle elles portent, se réfèrent au pouvoir discrétionnaire.

Ajoutons aujourd'hui que l'article 4 de la loi de 1894, auquel les observations belges se référaient (I, p. 268, n° 319), n'est que le complément de l'article premier qui, lui, énumère de façon positive les conditions qui doivent être réunies pour qu'un acte administratif soit susceptible d'un recours devant le tribunal suprême. Il faut, dit cet article premier: primo, que l'acte soit final (c'est-à-dire qu'il ne soit plus soumis au contrôle d'une autorité administrative supérieure); secundo, que l'acte relève d'un pouvoir *réglementé* (qui est l'opposé du pouvoir discrétionnaire qui, comme nous l'avons vu, échappe au contrôle du tribunal suprême); tertio, que l'acte entrepris lèse un droit reconnu au requérant par une loi, un règlement ou une autre disposition administrative.

Or, Messieurs, le Gouvernement belge affirme que l'acte ou les actes qu'il critique relevaient du pouvoir discrétionnaire de l'I.E.M.E. et du ministre et qu'il ne lésaient pas un droit reconnu au groupe de la Barcelona Traction par une loi, un règlement ou une autre disposition administrative.

De nombreux arrêts du tribunal suprême ont fait application de la disposition ci-dessus, dont ils se bornent à peu près à reproduire les termes, ce qui fait que je ne vais pas vous en lire des extraits; ces arrêts sont innombrables: 23 novembre 1943, 25 mars et 30 septembre 1947, 26 janvier 1948, 1<sup>er</sup> et 4 février et 25 avril 1949; tous ces arrêts exigent que le requérant soit titulaire d'un droit préalablement reconnu et lésé et qu'il spécifie ce droit dans sa requête.

Voilà, Messieurs, les textes de la loi qui régissent le recours de contentieux administratif. Je crois pouvoir dire que, suivant ces textes, ce recours n'était pas accessible au groupe de la Barcelona Traction.

Le Gouvernement espagnol a cru pouvoir opposer, dans ses exceptions, à la thèse belge trois arrêts du tribunal suprême, deux du 30 mai 1959 et un troisième du 30 novembre 1959 (annexe 90, p. 732). Comme il a été indiqué dans les observations, I, à la page 269, ces arrêts établissent seulement qu'il existe un recours de contentieux administratif contre les décisions du ministre de l'Industrie et du Commerce, ce recours ne pouvant être exercé contre les actes des fonctionnaires qu'après un appel hiérarchique au ministre. Or, cela n'a jamais été contesté.

Je constate que mon estimé contradicteur n'a pas repris ces trois arrêts dans sa plaidoirie, mais il s'est référé à un quatrième arrêt, qui lui est du 24 octobre 1957 et qui concerne l'I.E.M.E. (voir II, p. 280). Il vise, dit-il, une hypothèse tout à fait comparable à celle des refus d'autorisation du plan de compromis. Nous avons examiné cet arrêt et il nous paraît conduire formellement à une conclusion opposée. Que la Cour en juge!

Il s'agissait en l'espèce de savoir si l'Institut des changes était tenu de respecter les changes garantis par un importateur espagnol de produits hollandais en vertu d'une autorisation du ministre du Commerce qui avait fixé dans la licence le change auquel le paiement pourrait se faire. Les cours s'étant modifiés pendant que l'opération se déroulait, l'Institut des monnaies étrangères — qui devait exécuter la décision du ministre — prétendit appliquer à l'importateur des cours nouveaux moins favorables que ceux qui lui avaient été garantis. L'importateur exerça un recours devant le ministre qui rejeta ce recours. Il s'adressa alors au tribunal suprême. Devant celui-ci, le représentant de l'administration — dénommé en Espagne le *fiscal* — contesta la compétence de cette haute juridiction, en déclarant que la fixation du change par l'acte attaqué relevait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'I.E.M.E. Le tribunal ne fit pas droit à cette conclusion et se déclara compétent. Il expliqua dans son arrêt que si effectivement en principe la matière de change relève du pouvoir discrétionnaire, en l'espèce l'acte constituait au contraire un cas d'exercice du pouvoir réglementé parce que le ministre s'était engagé vis-à-vis de l'importateur et qu'il cessait de pouvoir s'abriter derrière son pouvoir discrétionnaire une fois qu'usant de ce pouvoir discrétionnaire il avait pris un engagement. C'est, Messieurs, je n'ai pas besoin de vous le dire, une distinction classique en droit administratif; elle sera d'autant plus compréhensible à la Cour qu'elle rappelle de façon frappante la décision que la Cour permanente prit elle-même, vous vous en souvenez, tout au début de son existence dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* lorsqu'elle déclara que la matière de nationalité bien entendu relevait en principe de la compétence exclusive des Etats, mais que lorsqu'un traité était intervenu, qu'un Etat avait pris un engagement à ce sujet, cet Etat ne pouvait pas prétendre que l'observation de ce traité continuait à relever de sa compétence exclusive.

Et ceci me permet de me débarrasser d'une autre observation qui a été faite par mon estimé contradicteur en plaidoirie pour écarter l'argument que le Gouvernement belge tirait du texte de la loi de 1894. Il a paru voir une contradiction entre le fait que nous soutenions que l'acte incriminé relevait du pouvoir discrétionnaire de l'I.E.M.E. et que, d'autre part, dans ses écrits, le Gouvernement belge considérait que les décisions avaient été arbitraires (voir II, p. 280).

Messieurs, je crois que la Cour n'aura pas de difficulté à reconnaître qu'il n'y a là aucune contradiction quelconque; qui dit pouvoir discrétionnaire ne dit pas pouvoir de décider suivant son bon plaisir en accordant ou en refusant les autorisations refusées suivant le degré de sympathie ou d'antipathie que l'autorité éprouve pour le requérant. Il est vrai qu'il n'existait pas en 1945-1946 dans l'ordre interne espagnol de recours de contentieux administratif contre les actes relatifs au plan de compromis, mais l'absence de recours dans le cadre du droit interne n'a pas pour effet de priver le Gouvernement belge du droit de se plaindre aujourd'hui devant la juridiction internationale du traitement discriminatoire dont ont été victimes les intérêts belges, je dirais au contraire, cette absence de recours dans l'ordre interne laisse la voie ouverte au Gouvernement belge pour introduire sa réclamation sans qu'on puisse lui opposer le non-épuisement par les intéressés de voies de recours inexistantes.

Messieurs, enfin, et j'en aurai fini avec cette matière quelque peu aride, la thèse du Gouvernement espagnol relative au contentieux administratif se heurte de la part du Gouvernement belge à une troisième objection, la même que celle que nous avons opposée déjà en troisième ordre aux moyens qui nous étaient opposés en ce qui concerne le recours hiérarchique, à savoir que les notifications des décisions de l'I.E.M.E. qui ont été faites au groupe de la Barcelona Traction soit par l'I.E.M.E., soit par le ministre, touchant le refus d'autoriser l'exécution du plan d'arrangement ne contenaient aucune indication quelconque de l'existence d'un recours quelconque ni des délais dans lesquels ces recours auraient pu être exercés.

Je crois en avoir assez dit ainsi pour convaincre la Cour de l'inaccessibilité en droit du recours de contentieux administratif que le Gouvernement espagnol reproche, pour les besoins de la cause, aux victimes de ses agissements de ne pas avoir utilisé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir montré que les recours que l'on nous propose de l'autre côté de la barre étaient par leur nature inaccessibles au groupe de la Barcelona Traction, je voudrais encore établir qu'à supposer qu'ils eussent été accessibles, ils étaient nécessairement inadéquats, ils manquaient de pertinence, étaient voués à l'inefficacité, si l'on considère la nature des actes contre lesquels le groupe de la Barcelona Traction se débattait.

C'est incontestablement en fonction des actes des autorités administratives qui ont été dénoncés dans la requête et le mémoire belges que cette éventuelle efficacité doit être appréciée. Ces actes ont été énumérés dans le mémoire (I), paragraphes 355 à 359. Ils ont été repris dans les observations belges (I), à la page 264, paragraphe 313. En voici le résumé, l'énumération très brève.

« Il s'agit :

1. des refus d'autorisation opposés aux modalités d'exécution du plan d'arrangement convenu entre la société et ses obligataires;
2. du réquisitoire injuste prononcé aux Cortès contre la société en décembre 1946 par le ministre de l'Industrie et du Commerce;
3. de la désignation en 1950, comme membre d'une commission internationale d'experts, d'un homme connu pour être à la solde de M. March [il s'agit de l'expert Andani];
4. du traitement de faveur accordé à Fecsa pour l'exécution du cahier des charges [en contraste avec la rigueur du traitement qui avait été imposé au groupe de Barcelona Traction]. »

Mon estimé contradicteur a cru pouvoir, dans un but de simplification, limiter son examen aux refus opposés par les autorités espagnoles compétentes en matière de devises, d'accorder les autorisations nécessaires à l'exécution du plan d'arrangement et, par deux nouvelles simplifications, il a fixé au 30 novembre 1946 la décision de refus attribuée au seul Institut espagnol de monnaies étrangères, ainsi la date et l'auteur du refus étaient, suivant nous, exagérément simplifiés (voir II, p. 279).

La documentation qui se trouve en majorité dans les annexes publiées par le Gouvernement espagnol montre combien différente est la réalité.

Constatons tout d'abord que les premiers contacts ont eu lieu effectivement avec l'I.E.M.E. : le 11 juin 1945, les banques espagnoles qui

devaient participer à l'exécution du plan d'arrangement s'adressent à l'I.E.M.E. pour en exposer les grandes lignes (annexe 136, p. 23 du vol. III des annexes aux exceptions préliminaires 1960); le 26 juin, l'I.E.M.E. donne son accord de principe (annexe 137, p. 26 du même volume) et le 14 novembre 1945, M. Ventosa, qui est vice-président de la Chade, une des sociétés qui devait participer à l'exécution de l'arrangement, précise dans une nouvelle note à l'I.E.M.E. les conditions de l'arrangement conclu avec les obligataires.

Il va de soi, Messieurs, que ce n'est pas de la décision du 26 juin 1945 que le Gouvernement belge se plaint puisque l'I.E.M.E., à cette époque, marquait son accord de principe.

A partir de cette date, c'est le ministre qui va entrer en scène et l'attitude des autorités espagnoles va changer du tout au tout. Je relève une lettre au ministre du 6 décembre 1945 (annexe 147, p. 74, vol. III); le 17 décembre 1945, nouvelle lettre des mêmes associés de Barcelona Traction au même ministre (annexe 148, p. 76 du même volume d'annexes). Et la réponse vient le 18 décembre 1945 qui rejette la première modalité proposée. Cette lettre qui n'est pas reproduite dans la documentation espagnole (cette documentation, comme je vous l'ai dit, est extraordinairement pleine de trous) est, par contre, reproduite à l'annexe 38 du mémoire belge (p. 198, vol. I).

18 décembre 1945: ce n'est pas l'I.E.M.E., c'est le ministre qui nous a fait connaître cette décision et nous ne connaissons pas de lettre de l'époque de l'Institut espagnol de monnaies étrangères.

C'est du reste, le 19 décembre, au ministre que le vice-président de la Chade, M. Ventosa, répond en exprimant ses doléances (annexe 150, p. 82, vol. III, annexes 1960).

Le printemps 1946 voit une nouvelle tentative de ceux qui veulent aider la Barcelona Traction. Une mission (le mémoire belge (I) y fait allusion au par. 56, p. 31) est envoyée à Madrid pour voir le ministre et une note est remise au ministre par cette mission le 13 juillet (annexe 152, p. 86 et annexe 153, p. 87 du vol. III des annexes espagnoles de 1960). La note demeure sans réponse.

Une troisième modalité est exposée au paragraphe 56, page 31 du mémoire. Elle ne comporte plus la fourniture par l'Espagne d'aucune devise, elle ne requiert de l'autorité espagnole que l'autorisation de rembourser en Espagne les obligations en pesetas émises par Barcelona Traction, et ce, au moyen des disponibilités de l'Ebro. Cela fait l'objet de deux lettres; l'une du 28 septembre d'Ebro à l'I.E.M.E., l'autre du 21 octobre du vice-président de la Chade au ministre.

La première de ces deux lettres n'est pas reproduite, mais bien celle au ministre ainsi qu'une note complémentaire du 24 octobre (annexe 155, p. 99, vol. III des annexes de 1960).

Le 30 octobre 1946 — c'est la date relevée par mon estimé contradicteur —, M. Ventosa et l'Ebro sont tous deux informés du refus d'autorisation, l'Ebro par l'I.E.M.E., mais exactement le même jour, M. Ventosa par le ministre (voir annexe 57, p. 105, vol. III des annexes de 1960, et annexe 158, p. 106 du même volume).

Et enfin il y a une dernière tentative. Comme l'inscription au débit du compte provisoire en pesetas de l'International Utilities de la somme nécessaire au remboursement des obligations s'est heurtée à l'opposition des autorités espagnoles, les dirigeants du groupe de la Barcelona Traction ont imaginé d'affecter à ce remboursement des intérêts arriérés dus

par Ebro à Barcelona Traction pour des obligations de l'Ebro dont Barcelona Traction est propriétaire. Cela a fait l'objet des notes du président de Barcelona Traction, M. Spéciael, les unes au ministre, les autres à l'I.E.M.E. Cette tentative connaît le sort de la précédente; le 14 décembre, M. Spéciael reçoit notification d'un double refus émanant, l'un du ministre Suanzes, l'autre de l'I.E.M.E. On trouve le premier à l'annexe 64, page 534 du volume des annexes espagnoles de 1963, le second à la page 114 du volume III des annexes de 1960 et à la page 851 du volume auxiliaire des annexes espagnoles de 1963.

D'où, Messieurs, il ressort que les questions à résoudre relevaient sans doute de la compétence de l'I.E.M.E., mais que le ministre de l'Industrie et du Commerce qui, comme nous l'avons vu, présidait le conseil d'administration de l'I.E.M.E., avait pris dès le début un intérêt personnel au règlement de cette question et a pratiquement dicté la décision. La chose est tellement flagrante que, lors de la publication des annexes aux exceptions préliminaires, le Gouvernement espagnol a constaté l'impossibilité de présenter la négociation comme ayant eu lieu directement entre l'I.E.M.E. et le groupe de la Barcelona Traction et il a intitulé la section 3 du volume III de ces annexes 1960 « Les démarches effectuées auprès des autorités espagnoles au sujet du plan d'arrangement ». Ces autorités, c'était essentiellement le ministre. Imagine-t-on dans ces conditions qu'un recours eût dû être adressé au ministre dans une affaire dont il prenait ainsi la responsabilité?

Une deuxième observation s'impose: les refus opposés aux diverses démarches relatives au plan d'arrangement n'étaient pas justifiés, suivant le Gouvernement belge, par des considérations d'intérêt espagnol mais étaient empreintes, au contraire, d'une volonté d'acculer Barcelona Traction à passer par les fourches caudines de Juan March.

Mais nous reconnaissons que prise isolément, une quelconque de ces lettres, pouvait difficilement être retenue comme portant en elle-même la preuve de la partialité. C'est de leur rapprochement, c'est de la suite des événements, c'est surtout des déclarations haineuses contenues dans le discours du ministre du 12 décembre 1946 qui éclairent d'un jour sinistre les véritables mobiles auxquels il obéissait, c'est de l'utilisation qui fut faite au moment même par Juan March des décisions obtenues de l'Institut de change et de l'usage qui en fut fait ultérieurement par les requérants à la faillite et par certains magistrats dans leurs décisions, que la preuve de notre interprétation de l'attitude de l'administration espagnole peut résulter.

C'est vous dire, Messieurs, que même si nous avons eu des recours, pratiquement il était impossible d'exercer des recours successifs à propos de chacun des actes isolément, alors que c'est de leur ensemble que résulte la preuve que, lorsque le moment sera venu, nous pensons pouvoir faire à la Cour.

Messieurs, comme je vous l'ai dit, il n'y avait pas, au surplus, que les actes relatifs au plan d'arrangement, ces actes de 1945 et 1946; parmi les griefs que nous avons cités, je vous les ai énumérés tantôt, le deuxième grief était le discours du ministre de l'Industrie et du Commerce de 1946. Vous vous rendez bien compte qu'il n'existe, qu'il n'est concevable que rapproché avec les actes de la même époque et avec ce qui a suivi. On ne voit vraiment pas quel recours le groupe de la Barcelona Traction aurait pu exercer contre un discours qui est

plutôt pour nous un élément de preuve qu'un acte qui, en lui-même, avait des conséquences dommageables.

Le troisième grief concerne la désignation par le Gouvernement espagnol en 1950 comme membre d'une commission internationale d'experts d'un homme connu pour être à la solde de Juan March. Est-ce que l'on imagine que nous aurions pu, devant un tribunal quelconque, alors que nous n'étions pas directement visés par cette décision, intervenir pour faire rapporter une nomination d'experts dans une expertise à laquelle ni Barcelona Traction ni le Gouvernement belge lui-même n'étaient invités à participer. Elle ne se passait du reste pas sur le plan des intérêts privés, elle était théoriquement une expertise officielle gouvernementale exclusive.

Et quant au quatrième grief, le traitement de faveur accordé à Fecsa pour l'exécution du cahier des charges, Messieurs, il est mentionné uniquement en raison de la comparaison que nous prétendons faire entre ce traitement de faveur et celui qui avait été infligé au groupe de Barcelona Traction en 1945 et 1946. Mais le groupe de Barcelona Traction n'était évidemment pas directement visé dans des mesures de facilités d'autorisation, d'indulgence extraordinaire, d'exemption de l'application de la législation espagnole en vigueur dont bénéficiait Juan March. On n'imagine pas une juridiction quelconque qui aurait pu être saisie d'un recours de la part du groupe de la Barcelona Traction sur cette base.

Aussi, Messieurs, les exceptions préliminaires se bornent-elles à cet égard, dans une annexe 90 publiée à la fin du volume des annexes de 1963, page 728, à faire état de l'action pénale qui aurait pu être dirigée contre les fonctionnaires coupables de prévarication, de l'action en responsabilité civile pour dommages et préjudices causés par lesdits fonctionnaires, d'une action en responsabilité civile contre l'Etat pour le dommage et préjudice résultant des délits commis par lesdits fonctionnaires. Et, Messieurs, vous chercherez en vain dans notre mémoire ou dans nos observations l'indication que nous avons formellement accusé des fonctionnaires quelconques de s'être laissé acheter ou corrompre. J'aurai l'occasion de dire quelques mots plus tard de ce que nous considérons être vraisemblablement les mobiles, mais de toute façon l'exercice des recours susmentionnés ne pouvait pas raisonnablement être considéré comme de nature à accorder une réparation des torts causés au groupe de la Barcelona Traction par tout ce qui a suivi les décisions en question que nous aurions dû présenter comme une suite directe des agissements desdits fonctionnaires. Sur la base même, de semblables recours faisaient défaut, puisque ce qu'on reprochait à ces fonctionnaires c'était de la partialité, mais en aucune façon une soumission trop grande à des ordres supérieurs ni un délit de concussion.

Me voici arrivé, Monsieur le Président, au terme de ma réfutation de la quatrième exception préliminaire relativement aux voies administratives.

Je m'excuse auprès de la Cour d'avoir été sensiblement plus long sur ce point que mon estimé contradicteur, mais je ne pouvais décemment pas répondre à ses affirmations sommaires par des dénégations tout aussi sommaires. Force m'a été de retourner à des textes de lois et aux faits précis de la cause. C'est malheureusement devant la même nécessité que je vais me trouver lorsque je vais aborder la démonstration du non-

fondement de l'exception de non-épuisement des voies de recours interne en ce qui concerne les décisions judiciaires.

Nous arrivons ainsi à l'examen du bien-fondé de l'exception en ce qui concerne divers actes des autorités judiciaires relatifs à la faillite de la Barcelona Traction.

Avant de procéder à leur examen, je voudrais attirer l'attention de la Cour sur l'aspect tout à fait exceptionnel et, je crois, sans précédent, que cet examen des voies de recours va revêtir pour elle.

A ma connaissance, dans les très nombreux cas où l'exception a été invoquée devant des juridictions arbitrales, ou devant la Cour permanente, ou devant la Cour internationale de Justice elle-même, on s'est trouvé toujours soit devant une absence de recours, soit devant une insuffisance de recours de la part des victimes — ces recours étant réputés ne pas avoir été épuisés —; tout au plus, indiquait-on qu'une voie différente aurait pu être suivie par les victimes que celle dans laquelle elles s'étaient engagées; mais le débat se concentrait toujours sur ce qui n'avait pas été fait, sur les recours proposés par l'Etat défendeur comme de nature à donner une satisfaction éventuelle aux victimes, si elles étaient fondées dans leurs réclamations, et comme n'ayant pas été utilisés par elles. Dans le cas de la Barcelona Traction, la situation va être tout à fait différente.

L'Etat demandeur, comme je vous l'ai déjà dit, produit un tableau impressionnant des recours intentés par la Barcelona Traction et les autres sociétés antérieurement au dépôt de la requête. La Cour voudra bien se référer à cet égard ne fût-ce qu'au tableau qui figure à l'annexe 31 du deuxième volume des annexes aux observations belges. C'est un tableau de 41 pages (p. 399 et suiv.), rien que pour la sèche énumération chronologique des principaux écrits et des décisions intervenues dans lesdites procédures.

On ne conteste pas que ces recours aient été épuisés, mais on prétend faire admettre par la Cour qu'ils étaient condamnés dès l'origine. Ils étaient en quelque sorte mort-nés, soit qu'ils fussent irrégulièrement introduits, ou émanant d'une personne juridique qui n'avait pas qualité pour agir, soit qu'ils fussent nécessairement inefficaces, parce qu'ils ne s'attaquaient pas au jugement de faillite qui était l'alpha et l'oméga de toute la procédure de spoliation dont se plaignent les actionnaires belges à Barcelona Traction.

C'est donc autour de ces recours, qui ont été effectivement intentés, que va se produire la plus grande partie de la contestation. Et nous avons beaucoup moins de temps à consacrer au recours, au seul recours que l'on nous reproche en plaidoirie de ne pas avoir exercé — car il y en avait d'autres, très secondaires, sur lesquels on n'est pas revenu en plaidoirie: la fameuse demande en revision.

Mais à part cela, neuf dixièmes de la plaidoirie de mon estimé contradicteur, comme de la mienne, vont tourner autour de recours effectivement utilisés et incontestablement épuisés; je crois qu'il valait la peine de le signaler à la Cour.

D'autre part, je constate que, sans aucun doute, la thèse du Gouvernement espagnol a été exposée avec une étonnante assurance, je dirais même la plus grande sérénité, dans l'affirmation de certaines thèses qui nous paraissent plutôt ahurissantes, une grande apparence de logique, plus de logique que de respect de la chronologie, car, lorsqu'à un moment donné, un recours du groupe de la Barcelona Traction devenait véri-

tablement embarrassant, on le rejetait vers la fin de l'exposé, afin de ne pas détruire l'harmonie de ce tableau de l'inaction et de la négligence et de l'indifférence totale et coupable, avec laquelle le groupe de la Barcelona Traction avait accueilli le jugement déclaratif de faillite.

La Cour le comprendra, pour qu'elle puisse apprécier l'opportunité, la légitimité, la nécessité, l'efficacité à laquelle on devait s'attendre, des recours qui ont été effectivement exercés, il est impossible de se dispenser d'une analyse précise des situations auxquelles il fallait faire face, des textes légaux dont on pouvait se prévaloir, de l'objet que l'on pouvait légitimement attendre des recours.

Je vais donc nécessairement devoir, à divers moments, parler des faits de la cause — je m'en excuse d'avance —, je m'efforcerai de conserver présente à l'esprit la distinction très nette entre cette phase de la procédure et celle qui éventuellement suivra dans le débat au fond, de m'abstenir donc de toute discussion sur la valeur réelle que l'on doit reconnaître ou dénier aux décisions judiciaires que je devrai citer, mais je dois tout de même, dans la mesure où cela est indispensable pour être compris, représenter devant la Cour quelle était la décision et quels étaient les griefs qu'à tort ou à raison les intéressés, à l'époque, ont fait valoir, et que vous retrouvez aujourd'hui sous la responsabilité du Gouvernement belge, dans la procédure écrite.

L'histoire de la faillite de la Barcelona Traction commence le 14 février 1948. C'est le 12 que le jugement est prononcé, mais c'est le 14 à 12 h 45 que les dirigeants de l'Ebro et de Barcelonesa, M. Menschaert et M. Hiernaux reçoivent la visite du juge du tribunal de première instance n° 4 de Barcelone, délégué pour exécuter une commission rogatoire, d'un huissier du tribunal de Barcelone, d'un avoué des demandeurs à la faillite, du commissaire et du secrétaire provisoire qui ont été désignés deux jours auparavant par le juge de Reus et qui sont assistés d'un comptable. Il est donné connaissance à M. Menschaert et à M. Hiernaux d'un jugement de faillite prononcé à charge de la Barcelona Traction et ils apprennent avec stupéfaction que la saisie est ordonnée de tout l'actif des sociétés auxiliaires filiales et par conséquent des biens, livres, papiers et documents de toutes sortes.

Ebro n'est pas mise en faillite, mais les biens d'Ebro sont saisis et les dirigeants de l'Ebro sont expulsés de leurs bureaux sur lesquels les scellés sont apposés.

Alors, Messieurs, après un temps de réflexion, ils se précipitent chez leurs avocats et tandis qu'ils télégraphient à Bruxelles ce qui se passe pour demander les autorisations, et comme nous le verrons, les moyens de se défendre, ils sont en mesure deux jours après, le 16 février 1948, d'introduire trois recours: l'un contre le juge de Reus en reconsideration de son jugement de faillite, un deuxième en récusation du juge de Reus (car ils considèrent que son jugement comporte tout de même suffisamment d'anomalies pour rendre suspecte l'impartialité de celui qui l'a prononcé) et un troisième en récusation du juge n° 4 de Barcelone.

Est-ce que, Messieurs, c'est là de la négligence? Je ne m'occuperai pour l'instant que du premier recours.

Est-ce que ce recours était accessible aux sociétés auxiliaires? Est-ce qu'il devait normalement conduire à un résultat intéressant de nature à mettre le groupe de la Barcelona Traction à l'abri de l'in vraisemblable manœuvre qui était dirigée contre lui? C'est ce que je vais maintenant examiner.

Je souhaite que Messieurs les juges qui ne l'auraient pas encore fait lisent, s'ils ne devaient lire qu'une pièce du dossier, cet extraordinaire document qu'est le jugement déclaratif de faillite que j'ai ici sous les yeux, qui est publié au volume II des annexes au mémoire belge, annexe 56, pages 284 à 289.

Naturellement, Messieurs, comme je l'ai dit déjà, je l'ai qualifié de premier anneau, mais je ne souscris pas à l'appréciation de mon estimé contradicteur qui voit en lui le fait générateur, en donnant à cette expression un sens que je considère comme excessif et inadmissible. Mais cela dit, je suis le premier à reconnaître que c'est un document d'une importance considérable. Je le qualifiais d'extraordinaire, je dirais même volontiers, il est monstrueux, bien entendu sans donner du tout à cette expression un sens péjoratif qu'il a généralement dans le langage commun, en me tenant plutôt à son acception biologique. Il est monstrueux parce qu'il est unique. Je ne crois pas qu'il existe dans la jurisprudence espagnole ni dans la jurisprudence d'aucun pays un document aussi extraordinaire que celui qui prononce la faillite d'une société pour aussitôt après étendre la saisie qui en résulte aux biens d'autres sociétés.

La société Barcelona Traction était une société canadienne. Il n'est certainement pas inconcevable que les tribunaux d'un pays puissent déclarer en faillite une société étrangère. Du point de vue pratique, cela ne présente d'intérêt pour les créanciers et j'ajoute cela ne présente d'inconvénients pour la société mise en faillite que si la société mise en faillite a des biens dans le pays où on la déclare en faillite. S'il en existe, ils feront nécessairement l'objet d'une liquidation, il y aura quelque chose qui normalement pourra être liquidé. Et une fois que l'on aura amorcé cette liquidation avec des biens se trouvant sur le territoire du juge, le juge pourra, si son pays a la conception d'universalité de la faillite, tâcher d'étendre les effets de la faillite à d'autres pays, à condition que cet autre pays ait lui aussi une conception d'universalité de la faillite et qu'il ait des chances d'obtenir l'exécution des décisions qu'il aura rendues par voie de commission rogatoire.

Or, en l'espèce, Messieurs, cette condition — qu'il y ait des biens — n'était pas réalisée et à première vue, la faillite de la Barcelona Traction avait toutes chances de demeurer lettre morte comme le serait un jugement de faillite qui serait prononcé disons en Islande contre la société General Motors ou au Guatemala contre la Société Générale de France ou par un tribunal de la république du Tchad contre la société Unilever; ces sociétés trouveraient cela une assez mauvaise plaisanterie, mais leurs actions en bourse ne bougeraient pas d'un point.

Le juge de Reus avait beau nommer un séquestre provisoire en même temps qu'un commissaire, le séquestre provisoire ne devait normalement pas trouver de biens qu'il puisse appréhender. Le juge de Reus avait beau ordonner la saisie de tous les biens appartenant à la Barcelona Traction et qui se trouvaient dans les coffres-forts de la Barcelona Traction ou dans ceux de la National Trust à Toronto, un tel ordre était par sa nature inexécutable, à moins que le juge ne recoure à une commission rogatoire et n'obtienne le concours des autorités canadiennes. Mais les demandeurs à la faillite se gardaient bien de le lui conseiller parce que M. Juan March avait envoyé une mission au Canada quelques mois auparavant pour s'enquérir des dispositions de la justice canadienne et de la possibilité, notamment, de faire exécuter le gage par la National Trust et il s'était rendu compte que l'on était très

impressionné là-bas, d'une part par les ressources abondantes de la Barcelona Traction dont l'actif était supérieur considérablement au passif et qui disposait de ressources considérables bloquées en Espagne et, d'autre part, du fait que c'étaient des éléments de force majeure qui avaient arrêté le paiement des obligations.

Alors, Messieurs, comment le tribunal de Reus s'y est-il pris pour surmonter ce qui était à première vue un obstacle insurmontable? Comme je vous le disais, j'ai là à proximité le jugement du juge de Reus dont le dispositif figure à la page 288. Le juge de Reus commence par ordonner cette saisie des biens, actions et droits, livres de comptabilité de la Barcelona Traction. Jusque-là, il n'y a, comme je vous le disais, qu'un préjudice purement moral et le jugement paraît inoffensif.

Je puis donner à la Cour une preuve du caractère platonique que normalement ce jugement devait avoir. Il y a dans le volume I des annexes au mémoire, page 184, le dernier bilan publié par la Barcelona Traction. Et dans ce dernier bilan, on voit à l'actif qu'à côté des titres des sociétés auxiliaires qui sont le véritable avoir, la Barcelona Traction a aussi un tout petit paquet de titres de sociétés qui ne sont pas des sociétés auxiliaires, qui sont un investissement minime d'un fonds de réserve. Il y a 15 000 dollars de titres d'autres sociétés. Ces titres furent, bien entendu, englobés dans l'ordre de saisie.

Mais jamais le séquestre provisoire n'a même essayé de saisir ces titres. Le conseil d'administration ou le *receiver* de la Barcelona Traction ont au bout de quelques mois, pour se créer les réserves indispensables pour les premières dépenses judiciaires, vendu ces titres sans protestation de personne. Ces titres, Messieurs, faisaient l'objet d'un ordre de saisie d'un tribunal espagnol et ils n'étaient pas affectés. Mais, quand on lit le dispositif du juge de Reus, on voit que le paragraphe suivant est :

« On saisira également tout l'actif de la société filiale Riegos y Fuerza del Ebro dont la totalité des actions appartient en propriété à la société faillie et par conséquent tous ses biens, livres, papiers et documents de toutes sortes. »

Je signale en passant, à titre de curiosité, que l'on ne saisissait rien que l'actif. On ne saisissait pas le passif et on se désintéressait du passif. Mais on prétendait mettre aux mains du séquestre l'actif des sociétés auxiliaires.

Je dis que c'est une innovation car on fait table rase de la personnalité distincte évidente de la société mère et des sociétés filiales. Le juge motive cette décision par la considération que toutes les actions de l'Ebro sont la propriété de la Barcelona Traction. C'est ce qu'on lit dans l'avant-dernier considérant. Et la même idée se trouve exprimée dans le dernier considérant sous la forme suivante: « que ces biens appartiennent dès lors de façon *médiata* (*en forma mediata*) à la société mère ».

Je signale à la Cour ce premier emploi du mot magique *mediata*, parce que la Cour va voir quelles autres vertus miraculeuses on va lui découvrir. Mais ici le mot *mediata* est utilisé pour indiquer la propriété que la Barcelona Traction aurait de cette manière sur les actifs des sociétés filiales de façon à permettre au séquestre de saisir et de s'assurer la possession immédiate des usines, des biens, des dépôts en banque appartenant aux sociétés filiales.

La saisie des avoirs de l'Ebros, plutôt l'ordre de saisie des avoirs de l'Ebros, est suivie dans le jugement déclaratif de faillite d'une sorte de parenthèse bizarre, incompréhensible à première vue et en tout cas parfaitement inoffensive d'apparence. Je lis :

« étant entendu que la saisie (*ocupación*) [donc la saisie des biens de l'Ebros] implique la possession médiante et civilissime (*posesión mediata y civilísima*) pour ce qui concerne ses actions [les actions de l'Ebros] qui seraient en la possession de « Barcelona Traction Light & Power Co. Ltd. »

J'attire l'attention de la Cour sur le caractère très particulier de ce passage. Comme vous voyez il n'y a pas là une mesure supplémentaire. On ne la concevrait du reste pas. Le juge a déjà ordonné au séquestre de saisir les biens qui se trouvent à Toronto, les titres, actions de l'Ebros qui se trouvent dans les coffres-forts de Toronto. Il ne peut pas ordonner deux fois qu'ils soient saisis. C'est donc une erreur de mon estimé contradicteur lorsqu'il parle d'une saisie « médiante et civilissime » ; il n'en est pas question.

Mais le juge prétend attribuer un effet juridique dont il définit la portée à l'occupation qui se réalise des biens de l'Ebros qui se trouvent donc en Espagne. D'après le juge, il en résultera une possession « médiante et civilissime » dans le chef du séquestre provisoire sur les actions qu'il n'a pas pu appréhender matériellement.

Qu'est-ce que cela pouvait vouloir dire? Personne, Messieurs, parmi les conseils du groupe de la Barcelona Traction consultés ne pouvait le deviner. En effet, qu'est-ce qu'une possession médiante en droit espagnol? La théorie de la possession médiante est empruntée au droit allemand. Son point de départ est l'article 868 du *Bürgerliches Gesetzbuch* suivant lequel si quelqu'un possède une chose en tant qu'usufruitier, locataire, dépositaire ou par suite d'une relation juridique analogue qui lui donne la faculté ou l'obligation de posséder temporairement à l'égard d'un autre, ce dernier est également possesseur (possession médiante — *mittelbarer Besitz*). L'usufruitier ou le locataire a la possession immédiate dans cette conception mais le propriétaire, dont le titre n'est pas contesté, et qui est en quelque sorte représenté par le détenteur, est réputé conserver la possession à titre médiat. Un auteur espagnol, Castán, qui est le président du tribunal suprême, écrit dans son *Traité de droit civil commun et particulier*, 2<sup>e</sup> volume, 8<sup>e</sup> édition, Madrid 1951, pages 397 et suivantes :

« Notre plus récente doctrine accueille généralement cette distinction dans notre droit. Quand une personne possède à titre de détenteur de la chose tout en reconnaissant la propriété chez une autre, il existe deux possesseurs car le propriétaire ne perd pas la possession de son droit de propriété quoiqu'il ne possède pas matériellement la chose, et dans ce sens on peut considérer comme fidèlement admise dans notre système juridique la distinction (que le code allemand formule clairement dans son paragraphe 868) entre un possesseur immédiat ou direct [qui est le détenteur] et un autre médiat ou indirect. »

Le séquestre n'était évidemment pas le possesseur immédiat ou direct des actions qui se trouvaient à Toronto et on le réputait, par un véritable

contresens, possesseur médiat des actions qui étaient la propriété de la Barcelona Traction.

La possession médiata, d'après ce que je viens de lire, ne peut exister que dans le chef du propriétaire. La Barcelona Traction était, si l'on veut, possesseur médiat des titres qui étaient confiés à la National Trust; elle était propriétaire et dans la mesure où la National Trust était devenue créancier gagiste des actions de l'Ebro, qui se trouvaient à Toronto, la Barcelona Traction demeurait possesseur médiat. Mais que le séquestre, qui *n'est pas* propriétaire et qui n'a pas la possession immédiate, puisse prétendre à la possession médiata par le fait qu'on lui a permis de saisir les avoirs dont les titres de l'Ebro sont représentatifs, c'était évidemment solliciter le sens des termes; c'était une construction véritablement ahurissante et qui au début suscita chez les juristes de la Barcelona Traction une douce hilarité. Messieurs, le qualificatif « mediata » n'était, en aucune façon, éclairci, complété, simplifié ou renforcé par l'adjonction du mot « civilissime ». Cela aussi est une conception qui existait dans le droit espagnol avec un sens précis. La possession civilissime est celle qui est conférée par la loi indépendamment du fait matériel de l'appréhension, de la détention corporelle. Le cas le plus important est celui de la transmission héréditaire, les héritiers ayant, en droit espagnol comme chez nous, la saisine des biens dont ils héritent.

Mais, Messieurs, il est évidemment aux antipodes de la législation espagnole de considérer qu'un curateur de faillite, ou ce que l'on appelle, en l'espèce, le séquestre provisoire en attendant la nomination des syndics, puisse avoir une possession en vertu de la loi des biens qu'il a l'obligation de saisir *matériellement*; tant qu'il ne les a pas saisis matériellement, il n'y a pas de possession imaginable.

Voilà, Messieurs, la deuxième anomalie; mais celle-là paraissait absolument inoffensive car on ne voyait pas comment cette possession médiata et civilissime pouvait tenir lieu de la saisie matérielle qui est la condition *sine qua non* de toute liquidation et de toute action active de la part d'un curateur de faillite.

[Audience publique du 21 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je reprends ma démonstration où je l'ai laissée ce matin. La Cour se rendra compte que l'objet de ma démonstration est de prouver que le recours des sociétés auxiliaires de l'Ebro et de la Barcelonesa au lendemain du jugement de faillite était légitime, nécessaire, recevable, adéquat et suffisant à lui seul pour épuiser les voies de recours interne. Et comme il a été poussé par tous les moyens tant qu'il y a eu la moindre possibilité de surmonter les obstacles innombrables que le groupe March et les décisions des tribunaux semaient sur la route des sociétés auxiliaires, cela a continué. Pour le rendre sensible à la Cour, j'ai commencé l'analyse du jugement de faillite, me limitant à son dispositif, et je lui ai montré qu'il y avait, du point de vue qui nous occupe, trois points à retenir; il y avait deux ordres donnés par le juge de la faillite, deux ordres de saisie. L'un était normal, banal et en l'espèce parfaitement platonique. Un juge qui ordonne une faillite ordonne nécessairement la saisie des biens du failli. C'est ce que fait le juge; mais comme ces biens sont à l'étranger, il sait — et j'ai montré qu'il en fut ainsi — qu'ils ne peuvent faire l'objet

d'une appréhension réelle, c'est-à-dire d'une saisie au sens juridique du mot.

Et puis il y avait un deuxième ordre, qui, celui-là, était anormal, inattendu, sans précédent, sans répétition: c'était la saisie des biens d'une société commerciale qui n'était pas déclarée en faillite. Ah! si l'on avait imaginé que parce que Barcelona Traction possédait tous les titres la société filiale devait être considérée comme fictive et qu'il n'en serait plus question, eh bien! Messieurs, il fallait la mettre en faillite aussi, il fallait ne plus convoquer ultérieurement des assemblées générales et nommer des conseils d'administration; il fallait la supprimer. Ce n'est pas ce qu'on a fait. Comme vous le verrez, on n'a pas cessé de la maintenir mais, pour les besoins de la cause, on a imaginé de saisir ses avoirs, les seuls vulnérables, les seuls à la portée d'un séquestre espagnol. Et alors on a ajouté cette parenthèse, encore plus étonnante celle-là, qui était une sorte d'appendice purement théorique ajouté à la saisie des avoirs de l'Ebro. On a déclaré que cela impliquait la possession médiante et civilissime de ces titres de l'Ebro qui étaient inatteignables parce qu'ils étaient à Toronto. Et l'on a ainsi donné l'impression que l'on allait — et ultérieurement on s'est aperçu que c'était la suprême pensée du juge et de ceux qui l'avaient inspirée — par ce subterfuge, par cet artifice, établir une équivalence entre cette possession médiante et civilissime que l'on prétendait attribuer au séquestre sur ces titres et la saisie réelle, matérielle, qu'il aurait pu exercer si ces titres s'étaient trouvés en Espagne à sa portée.

Dès lors, Messieurs, il saute aux yeux que le seul effet pratique immédiat du jugement déclaratif de faillite, le seul trouble réel apporté au groupe de la Barcelona Traction c'est le fait qu'elle a perdu — et ce n'est pas sans importance — le contrôle des sociétés auxiliaires et que les avoirs de ces sociétés auxiliaires se trouvent paralysés.

La Barcelona Traction n'a pas perdu un titre, tous les titres sont demeurés à Toronto, mais la Barcelona Traction constate que les avoirs représentatifs de ces titres ont échappé au contrôle des conseils d'administration des sociétés filiales. Dans ces conditions, il tombe sous le sens que ce n'était pas Barcelona Traction qui devait agir, mais les sociétés auxiliaires; l'abus commis par le juge de faillite était flagrant et atteignait les patrimoines des sociétés auxiliaires; c'était ce patrimoine auquel on avait porté atteinte. C'est donc elles qui doivent intervenir, et elles interviennent. Elles interviennent le 16 février. J'ai dit ce matin que la saisie, la visite, avait eu lieu le 14: je me suis trompé de jour, c'était le 13. On n'a pas perdu de temps; le jugement avait été prononcé le 12, il ne sera publié que le 14, mais grâce au zèle tout particulier mis par les autorités judiciaires de Reus et de Barcelone et grâce aux communications ultra-rapides que les demandeurs à la faillite peuvent leur assurer, dès le 13 à 12 h 45 M. Hiernaux et M. Menschaert reçoivent la visite des messieurs qui viennent mettre les scellés sur leur bureau.

Messieurs, j'imagine qu'à ce point de ma démonstration le défendeur de la thèse espagnole qui s'est occupé de la troisième exception s'est penché vers son collègue qui s'est occupé de la quatrième et a souligné avec une certaine satisfaction que les sociétés auxiliaires, dans sa pensée, ne peuvent pas satisfaire à l'obligation d'épuiser les voies de recours interne dans un procès qui, toujours dans sa pensée, est intenté par le Gouvernement belge dans l'intérêt de la Barcelona Traction et que

c'était à Barcelona Traction d'intervenir pour exercer les voies de recours interne.

Monsieur le Président, perd-on de vue que, non sans doute sur le plan de la procédure interne où, comme je le disais, il y avait plusieurs personnes juridiques, mais quant à la réalité des intérêts en cause (et j'ajoute des cerceaux qui vont concevoir les recours à exercer et prendre des décisions et donner des instructions aux avoués), Barcelona Traction, Ebro et Barcelonesa c'est bonnet blanc et blanc bonnet, qu'en réalité ce sont les mêmes hommes qui vont là-bas sur place téléphoner, télégraphier aux capitales pour savoir quelles mesures on va prendre pour résister à cette dangereuse emprise? Et quand je dis bonnet blanc et blanc bonnet, c'est qu'ils ont quelque chose de commun: ils ont une cocarde belge; ce sont des intérêts belges qui sont lésés et j'en vois tout de suite une preuve. Est-ce que vous vous rendez compte de la situation matérielle où se trouvaient les dirigeants belges de l'Ebro que l'on mit à la porte de leurs bureaux? Ce n'était pas seulement leurs bureaux dont ils étaient privés; ils étaient du jour au lendemain coupés des comptes en banque où se trouvaient les ressources des sociétés auxiliaires. Les sociétés auxiliaires n'avaient plus une peseta pour exercer un recours quelconque. Et à qui s'adresse-t-on de Barcelone pour demander des instructions et des moyens matériels? On s'adresse à Bruxelles, on s'adresse à la Sidro; c'est elle qui va faire les frais des premiers recours et c'est elle qui bientôt, à partir de 1949 — dès que Barcelona Traction et National Trust se trouveront devant des dépenses judiciaires dont on n'a pas idée étant donné la multiplication géométrique de ces recours — va devoir alimenter les actions ultérieures; ainsi, Messieurs, je crois que mon collègue M. Sauser-Hall avait bien raison lorsqu'il montrait qu'en réalité sous ces étiquettes variées il n'y avait d'intérêt véritable qu'un intérêt belge. Qu'aurait-on fait, qu'aurait dit le Gouvernement espagnol si le Gouvernement belge était venu lui dire: « Il n'y a pas eu de recours judiciaire, mais vous ne pouvez pas m'opposer le non-épuisement des voies de recours interne parce qu'en réalité les sociétés se trouvant privées de leurs ressources n'ont pas eu la possibilité d'intervenir. » C'est le Gouvernement belge qui défend des intérêts des actionnaires belges ont exposé des sommes considérables pour assurer la défense et je crois que c'est là un argument de plus également en faveur du rejet de la troisième exception. Mais je clos cette parenthèse, je reviens à mon sujet et je prie la Cour de retenir que les sociétés filiales, étant très directement et évidemment et seules frappées par la mesure conçue par le juge de Reus ont immédiatement, dans les trois jours, réagi. Je n'aurai pas de peine à démontrer, je pense, que ce recours était pleinement recevable, qu'il était efficace et qu'il a été vainement épuisé.

Le moment est venu, je pense, de rechercher quel est l'argument que le Gouvernement espagnol oppose à l'invocation par le Gouvernement belge de l'immense effort tenté dès les premiers jours par les membres du groupe de la Barcelona Traction qui se trouvaient à Barcelone, c'est-à-dire, par les sociétés auxiliaires.

Il n'est pas aisé de comprendre le Gouvernement espagnol, car, comme je l'ai dit, ce n'est pas dans la partie consacrée au jugement de faillite, mais dans une espèce de petit appendice relégué à la fin de la plaidoirie que l'on trouve l'examen des recours par les sociétés auxiliaires, comme

si c'était là une sorte de fantaisie, de curiosité, quelque chose de tout à fait accessoire et à côté de la question.

L'argument que l'on nous oppose est, je crois, résumé dans la déclaration suivante de mon estimé contradicteur, le professeur Malintoppi :

« Les sociétés filiales [tenez-vous bien] n'avaient point d'intérêt, d'après les principes de la procédure espagnole, à faire opposition à la déclaration de faillite de la Barcelona Traction. » (II, p. 304.)

On vous parle ici d'opposition, nous verrons tantôt qu'effectivement il y eut une opposition. On ne vous parle pas de la demande de reconsidération du 16 février, mais l'argumentation est, sans doute dans la pensée de mon estimé contradicteur, commune à tous les recours intentés par les sociétés auxiliaires.

Donc, elles n'auraient point d'intérêt, d'après les principes de la procédure espagnole. Quelle singulière conception, Messieurs! C'est dans la procédure que vous cherchez la question de savoir si quelqu'un a ou non intérêt. J'ai vraiment l'impression que vous pouvez garder votre code fermé. Voyez les faits. On prend le patrimoine des sociétés auxiliaires — et elles n'ont pas d'intérêt. Je ne connais pas de règle de droit qui puisse nier l'existence d'un intérêt dans une circonstance semblable. On continue en disant « qu'il appartenait en tout cas à la société mère de s'opposer à cette mesure médiate et civilissime » et l'on justifie aussitôt cette affirmation étonnante par l'argumentation suivante :

« [cette mesure] après tout visait au point de vue juridique le patrimoine de la société mère elle-même dûment déclarée en faillite, et non pas les patrimoines des sociétés filiales en tant que telles » (II, p. 305).

Il est bien évident, Messieurs, que le jugement de faillite aurait dû viser exclusivement le patrimoine de la société mère. Mais lorsqu'on se trouve devant un jugement de faillite qui n'atteint en réalité que le patrimoine des sociétés filiales, voyez-vous, vous avez beau ajouter « en tant que telles », c'est encore une fois une petite restriction à laquelle je ne puis accorder aucun sens. On atteint le patrimoine ou on ne l'atteint pas; en l'espèce, ce patrimoine a été atteint. Et vous continuez :

« il est bien vrai que la saisie médiate et civilissime des actions des sociétés filiales qui étaient la propriété de la société mère entraîna aussi la saisie des biens des sociétés filiales pendant les mois de février et mars 1948 » (*ibid.*).

Mais là encore, c'est la saisie des actions des sociétés filiales dans le patrimoine de la société mère qui joue un rôle décisif, car la saisie des biens des sociétés filiales dans une situation semblable découle du fait que les actions des sociétés sont la propriété de la société mère et tombent à ce titre dans le cadre de l'administration de la faillite.

Ce raisonnement n'est pas seulement empreint d'une sophistique déplorable qui saute aux yeux, il n'est même pas conforme à la construction juridique du jugement du juge de Reus. En effet, il n'est pas vrai que c'était la saisie médiate des actions des sociétés filiales qui avait entraîné la saisie des biens des sociétés filiales. C'est le contraire qui est vrai. Je vous ai lu, à dessein, le dispositif du jugement de Reus. Car après avoir ordonné la saisie des biens des sociétés Ebro et Barcelonès, le juge de Reus ajoute « cette occupation matérielle, tangible, des

biens de la société Ebro implique la possession médiante et civilissime des actions qui se trouvent à Toronto et qu'elles sont inatteignables». Du moment que cela implique, même en se plaçant dans le système de la construction échafaudée par le juge de Reus, c'était évidemment à la saisie des biens des sociétés filiales qu'il fallait avant tout s'attaquer, à la fois pour restituer ces biens aux sociétés filiales et pour faire tomber la base de cette construction invraisemblable de possession médiante et civilissime que l'on prétendait accorder au séquestre provisoire sur les titres qui se trouvaient à Toronto. Et, Messieurs, puisque le seul patrimoine touché était celui des sociétés filiales, contrairement à ce que dit le Gouvernement espagnol, c'étaient évidemment les sociétés filiales seules qui pouvaient l'exercer.

Donc, je crois pouvoir dire qu'incontestablement elles avaient un intérêt, elles pouvaient agir, et alors je crois comprendre dans les exceptions préliminaires et peut-être aussi dans la plaidoirie que nous avons entendue, que de cette prétendue absence d'intérêt, on a voulu tirer une autre conséquence.

Auparavant, je dois mentionner que les exceptions préliminaires avaient été tout de même « meilleur joueur » puisqu'elles avaient reconnu textuellement qu'Ebro et Barcelonesa avaient agi logiquement, en limitant leur recours à ce qui les intéressait, à savoir, la contestation de la légitimité des mesures de saisie de l'actif de Barcelona Traction qui les affectaient directement.

L'argument tel qu'il a été esquissé dans les exceptions préliminaires et qui, je suppose, n'est pas abandonné, est de dire: lisez donc les recours d'Ebro et de Barcelonesa. On ne demande pas, dans ces recours, l'annulation du jugement de faillite. On demande que le jugement de faillite soit purgé de cet abus qui est l'extension de la saisie aux avoirs d'Ebro et de Barcelonesa. On nous dit: puisque le jugement de faillite est en réalité le mal principal dont vous vous plaignez, un recours qui ne peut pas le détruire mais qui peut seulement l'amputer d'une de ses parties est un recours inefficace. Je pense ne pas trahir la pensée de mon estimé contradicteur et cela me permettra immédiatement de vous montrer combien il est éloigné des réalités. Le jugement de faillite débarrassé de l'ordre de saisie des avoirs d'Ebro et de Barcelonesa, qu'est-ce qui reste, Messieurs? Il reste une phrase. Il ne reste rien. Si l'on restitue les avoirs aux sociétés Ebro et Barcelonesa, eh bien! le séquestre provisoire pourra se tourner les pouces, car lorsqu'on aura supprimé le séquestre sur les biens matériels, il n'y aura plus moyen de soutenir que, par le détour de cette saisie matérielle, il a la possession médiante et civilissime des titres. Il n'y aura donc rigoureusement plus rien. Ils ne pourront plus se conduire en actionnaires, et cette faillite pourra très rapidement être close faute d'actif qui soit administrable par le séquestre provisoire. Ce qui fait qu'au lieu d'apparaître comme étant un recours par nature inefficace, le recours des sociétés auxiliaires apparaît comme manifestement le recours type qui frappait au cœur même de la décision et qui débarrassait véritablement la décision de tout ce qu'elle pouvait avoir de nocif, comme une guêpe à laquelle on aurait arraché son dard.

Monsieur le Président, je rappelle une fois de plus à la Cour que je n'attends d'elle, en aucune façon, qu'elle se prononce sur le bien-fondé des griefs que les sociétés auxiliaires faisaient valoir contre le jugement du juge de Reus. Cela sera pour plus tard. Pas plus que je ne lui demanderai de se prononcer sur le bien-fondé de l'appréciation de l'attitude

du juge de Reus que vous trouvez dans la requête et dans le mémoire. Cela aussi sera pour plus tard. La seule chose que je demande à la Cour de bien vouloir reconnaître, c'est que le grief que le Gouvernement belge articule est le même, exactement le même, que celui que firent valoir les sociétés auxiliaires devant le juge de Reus et ultérieurement devant la cour d'appel de Barcelone. Elles allèrent jusqu'au tribunal suprême lorsque cela fut possible, sans parvenir du reste à se faire entendre parce que leur voix était considérée comme non recevable. Je demande à la Cour de reconnaître qu'elles ont agi raisonnablement, normalement, que ce recours était indispensable et que par sa nature il aurait dû être suffisant pour éviter au groupe de la Barcelona Traction ses malheurs ultérieurs.

Il reste à dire que les recours ont été épuisés. C'est, Messieurs, une longue histoire qui devrait me prendre plusieurs heures, mais vraiment je crois pouvoir m'en dispenser, vu qu'elle a été faite en détail aux paragraphes 118, 124 à 129 et 143 à 145 du mémoire. Je me bornerai à rappeler brièvement que ces recours des sociétés auxiliaires furent d'abord reconnus non recevables en raison de leur personnalité distincte de celle de la société faillie. Vous rendez-vous compte, Messieurs? Le juge de la faillite, l'auteur du jugement du 12 février, qui avait pris prétexte du fait que tous les titres de l'Ebro se trouvaient aux mains de Barcelona Traction pour dire qu'il considérait que les avoirs de Barcelona Traction comprenaient les avoirs de l'Ebro, que cette personnalité distincte était une fable, le même juge, lorsque l'Ebro se présente à la barre, déclare: « Ah non! Vous êtes une personne distincte et je ne peux en aucune façon, sans méconnaître des principes juridiques élémentaires, confondre votre personnalité avec celle de la société mère. »

Ainsi, pour la saisie, il s'agissait d'une seule société, et pour la procédure, quand il s'agissait de se défendre contre la saisie, brusquement, la personnalité distincte ressuscitait. C'est, Messieurs, assez nauséabond.

Et puis, deuxième moyen invoqué par les demandeurs à la faillite, c'était que la procédure en faillite était suspendue et que, nécessairement, le recours des sociétés auxiliaires devait suivre le sort de la procédure en faillite suspendue par des déclinatoires de compétence introduits successivement par deux hommes de paille de Juan March, M. Garcia del Cid et M. Boter.

Et puis, les demandeurs à la faillite eurent recours à un troisième moyen, qui fut également accueilli par les tribunaux; se prévalant de la possession médiante et civilissime de ces titres qu'ils n'avaient jamais vus et qu'ils ne virent jamais, car ils ne quittèrent jamais Toronto, ils prétendirent néanmoins se conduire en actionnaires. Ils convoquèrent une assemblée générale où ils se présentèrent, et s'étant présentés à cette assemblée générale qu'ils avaient convoquée, ils révoquèrent les administrateurs des sociétés auxiliaires et, après avoir révoqué les administrateurs des sociétés auxiliaires ils en nommèrent d'autres, et les nouveaux administrateurs nommés par les organes de la faillite révoquèrent les avoués de l'Ebro et de Barcelonesa; si bien que les recours introduits par les sociétés auxiliaires tombèrent brusquement et disparurent suite aux désistements des nouveaux avoués ainsi désignés.

Voilà, Messieurs, contre quoi les sociétés auxiliaires se débattirent pendant des années, sans le moindre résultat. On n'a pas contesté, et

je ne crois pas que l'on contestera que les voies de recours internes aient été épuisées par ces sociétés.

Alors, Messieurs, peu confiants dans l'argumentation relative aux recours des sociétés auxiliaires, on a imaginé de sous-évaluer et de prévenir en quelque sorte toute impression que vous pourriez avoir de cet effort infructueux, en développant longuement, dans la première partie de l'exposé oral que vous avez entendu, qu'en réalité il n'y avait qu'un recours type: le recours auquel il était indispensable que l'on fit appel, que l'on utilisât, parce qu'il était seul en mesure de supprimer ce jugement de faillite, le fameux fait générateur de tous les maux. Et ce recours, vous l'avez deviné, c'est l'opposition, l'OPPOSITION avec dix majuscules, l'opposition de la société faillie.

Eh bien! Messieurs, nous ne sommes pas impressionnés du tout par cette argumentation, pour de très nombreux motifs. Le premier c'est que le recours des sociétés auxiliaires, que je vous ai indiqué, a pris le 23 février, puis sept jours après, la forme d'une opposition, opposition qui était dans les délais, même calculés de la façon la plus étroite, tels que le propose le Gouvernement espagnol, et la chose est reconnue dans les exceptions préliminaires.

La deuxième réponse à la thèse de l'opposition, remède unique et souverain, c'est que la Barcelona Traction, lorsqu'elle s'aperçut que, par suite des substitutions d'avoués, les recours des sociétés auxiliaires n'allaient jamais aboutir à une décision sur le fond, car les griefs des sociétés auxiliaires n'ont jamais été examinés par aucun tribunal, notifia à son tour une opposition alors que le délai d'opposition n'avait pas commencé à courir.

Puis, j'ai un troisième argument: à supposer même que la Barcelona Traction eût exercé son opposition dans les huit jours — non même pas — de la publication dans les journaux de province espagnols, mais qu'elle l'eût exercée dans les huit jours du prononcé du jugement, il n'y aurait rien eu de changé, parce que le système imaginé par Juan March et approuvé était en place. Le déclinatoire de compétence — le premier déclinatoire, Messieurs — est du 13 février et il y a tout de suite un créancier à portée de la main; ce qui fait que l'on a immédiatement, avant même que l'opposition soit formulée, trouvé un moyen de suspendre. Et que va-t-on suspendre? On va suspendre l'examen des griefs, mais l'on va permettre l'acheminement vers la vente des biens. Voilà l'admirable machination conçue par Juan March et qui a la bénédiction du juge de Reus, des juges spéciaux et de la Cour d'appel de Barcelone.

Et puis, il y a une quatrième réponse, c'est que, à défaut d'obtenir une décision en temps utile sur les mérites de son opposition, Barcelona Traction aurait dû pouvoir faire échec au déroulement de la faillite par sa *dénégation de la compétence, ou plus exactement de la juridiction des tribunaux espagnols, y compris le juge de Reus, dénéga-tion de compétence sur laquelle aucune décision judiciaire n'est intervenue avant 1963.*

Je vais reprendre, Messieurs, aussi brièvement que possible, ces quatre points.

Le premier et le troisième des points que j'ai énumérés pourront être traités brièvement. Le deuxième et le quatrième me retiendront plus longtemps.

Le premier est relatif à l'opposition proprement dite des sociétés auxiliaires: c'est un fait que les sociétés auxiliaires ne se sont pas

bornées le 16 février à introduire une demande de reconsidération et deux demandes de récusation; elles ont, le 23 février, comme il a été signalé au mémoire belge, I, page 60, note 1, et rappelé dans les observations belges, I, page 228, paragraphe 234, présenté un nouvel acte par lequel elles donnaient, pour les besoins de leur grief, la forme d'une opposition au jugement de faillite. Et l'acte se trouve reproduit à l'annexe 33 aux observations.

La Partie adverse veut bien la mentionner, là où je l'ai indiqué, aux termes de l'audience du 2 avril (voir II, p. 304). C'est même très exactement sous le vocable d'opposition seulement que les actes des sociétés auxiliaires figurent dans les exceptions préliminaires et dans l'exposé oral que nous avons entendu.

L'attitude que l'on prend au sujet de cette opposition est singulière. « Il n'est pas nécessaire [c'est ce que je lis à la page 304] de s'arrêter sur la qualification de l'opposition formée en fait par les sociétés filiales pour déterminer si elle fut fondée sur l'article 1028 du code de commerce de 1829 visant l'opposition à la faillite ou bien sur l'article 377 de la loi de procédure civile visant l'opposition ordinaire. » S'il n'est pas nécessaire de s'y arrêter, eh bien! Messieurs, nous ne nous y arrêterons pas. Cela m'est tout à fait égal. Je constate qu'au point de vue du code de procédure, notre adversaire est quelque peu embarrassé pour tenter de dénier que cette opposition ait été recevable comme telle, bien que n'émanant pas de la société faillite.

Voici ce que je lis sous la plume d'un auteur, M. Ramirez, dans un ouvrage très développé sur la faillite, paru en 1959 à Barcelone; c'est un ouvrage qui ne manque pas d'intérêt parce que l'auteur cite constamment des juristes espagnols qui ont donné des consultations au groupe March. Or, sur ce point précis, cet auteur s'exprime comme suit:

« Finalement, nous ne croyons pas que dans la faillite sur requête la qualité pour s'opposer au jugement déclaratif de faillite appartient seulement au failli et à ses créanciers, à l'exception de celui qui a demandé la déclaration de faillite. Ainsi que nous l'avons exposé lorsque nous avons étudié la faillite sur aveu, nous estimons que cette qualité appartient à des tiers qui pour des raisons de caractère moral ou économique ont un intérêt légitime ou véritable dans la faillite, dans la mesure où ils sont affectés de quelque manière que ce soit. Et ceci parce que si le jugement déclaratif de faillite, par suite de son caractère général, crée une nouvelle situation juridique qui affecte tant le failli que ses créanciers et que certains tiers, il serait inexplicable de laisser ces derniers sans défense tandis qu'aux autres on reconnaît un moyen d'attaquer le jugement de faillite. »

C'est ce que je lis à la page 743 et suivantes de cet ouvrage.

Voilà, Messieurs, une constatation formelle. Bien entendu, c'est peut-être ce qui a inspiré mon estimé contradicteur lorsqu'il a soutenu que les sociétés auxiliaires n'avaient pas d'intérêt, qu'elles n'étaient pas affectées par le jugement de faillite. La Cour reconnaîtra qu'il est vraiment difficile de considérer cette allégation comme sérieuse si on songe que c'était tout l'avoir des sociétés auxiliaires qui se trouvait mis sous la garde du séquestre et enlevé aux dites sociétés auxiliaires.

Ainsi, Messieurs, ceci confirme déjà l'inanité de l'accusation de négligence dirigée contre le groupe de la Barcelona Traction et le caractère

fantaisiste de la supposition qui a été émise en plaidoirie, à savoir qu'en réalité le groupe de la Barcelona Traction, à l'époque, avait entièrement négligé les recours de la voie interne judiciaire pour s'en remettre entièrement à la protection diplomatique des Gouvernements belge et canadien.

Vous verrez, Messieurs, le tableau des recours et vous verrez toute l'activité qui fut déployée au cours des premiers mois, je dirais plus, au cours des premières semaines, par le groupe de la Barcelona Traction.

Si la société Barcelona Traction, la société mère, n'intervient pas en son nom propre dans les tout premiers mois, c'est uniquement parce que cette intervention lui apparaîtrait à la fois comme superflue et prématurée. Bien entendu, il n'est jamais entré dans la pensée du Gouvernement belge de soutenir, comme le lui impute la Partie adverse, que la société n'aurait pu faire opposition dans les huit jours qui ont suivi la publication de la décision déclarant sa faillite. Le Gouvernement belge n'a jamais rien soutenu de semblable; il a soutenu et il maintient que la Barcelona Traction avait, à bon droit, différé sa propre intervention parce que les tribunaux espagnols se trouvaient saisis d'un recours suffisant et parce qu'elle-même pouvait garder en réserve sa propre opposition éventuelle, vu que le délai d'opposition n'avait pas commencé à courir, ce que je pense pouvoir vous démontrer d'ici quelques minutes.

Monsieur le Président, l'opposition de la Barcelona Traction est effectivement venue s'ajouter au bout de quelques mois à l'opposition de l'Ebro et de Barcelonesa, exactement le 18 juin 1948. L'acte de comparution conclut à ce qu'il soit donné acte de la présentation de l'opposition à la déclaration de faillite.

La Cour sera heureuse d'apprendre qu'il n'y a pas de désaccord entre les Parties quant aux textes légaux qui régissent le délai d'opposition en matière de faillite. Comme il a été exposé dans les observations belges et comme l'a confirmé mon estimé contradicteur, l'article 1028 du code de commerce de 1829 stipule que le débiteur mis en faillite est admis à former recours contre le jugement ayant déclaré la faillite dans un délai de huit jours ouvrables à compter de la date de publication de ce jugement, conformément aux dispositions en vigueur. Ce texte doit être rapproché de l'article 1044 du même code qui, précisément, fixe ce qu'est la publication du jugement. Le point 5 de cet article prévoit la publication de la faillite par affichage dans la localité (*pueblo*) du domicile du failli et dans les autres localités où il aurait des établissements commerciaux, ainsi que son insertion dans le journal de la place ou, s'il n'y en a pas, de la province. De quelle place s'agit-il, de quelle province s'agit-il? On est unanimement d'accord pour considérer que, comme pour l'affichage, il s'agit, suivant l'article 1044, du journal de la place où se trouve le domicile du failli ou, s'il n'y a pas de journal officiel de la place où il a son domicile, de la province où il a son domicile.

La Barcelona Traction avait son siège social à Toronto. Il ne paraît donc pas douteux un seul instant que la publication devait avoir lieu à Toronto. Pour que le délai de huit jours puisse courir, ce délai prenant effet au jour de la publication, il faut que la publication soit conforme à la législation en vigueur, donc à l'article 1044, 5°.

Messieurs, comment justifier, comment expliquer que l'on peut aujourd'hui considérer comme régulière une publication qui a été ordonnée par deux décisions différentes, mais qui a eu lieu le même jour, une fois dans la province de Tarragone où se trouve situé Reus, et une fois

à Barcelone? Et l'on n'a pas envoyé de commission rogatoire à Toronto pour lui demander une publication quelconque.

Messieurs, les requérants à la faillite, on ne sait trop pourquoi mais on peut le deviner, ne souhaitaient pas qu'il y eût de publication à Toronto et ils avaient eux-mêmes demandé que la publication ait lieu dans le journal officiel de la province de Tarragone. Et puis, se ravisant, ils ont introduit un petit écrit additionnel et ils ont demandé que la publication ait lieu aussi dans le journal officiel de la province de Barcelone. Et le juge a donné satisfaction aux deux demandes et indiqué que la publication allait se faire dans les deux journaux officiels. Comment est-ce qu'on justifiait cette demande? Les demandeurs à la faillite avaient trouvé un système qui se rapproche assez de celui auquel avait abouti le Gouvernement espagnol, avec beaucoup de réflexion; mais comme vous le verrez, il lui a fallu du temps.

Les requérants à la faillite avaient dit qu'en l'absence d'un siège social ou d'un établissement commercial quelconque de la Barcelona Traction en Espagne, la publication de la déclaration de faillite devait être faite dans le journal de la province de Tarragone, à laquelle ils ajoutèrent Barcelone. Ils n'indiquèrent pas pourquoi ils choisissaient Tarragone et Barcelone, mais ils indiquèrent un motif qui n'est pas prévu par la loi mais qui leur paraissait suffisant: pas de domicile en Espagne, donc une publication en Espagne parce qu'une publication à l'étranger c'est trop compliqué.

Messieurs, je pense que le juge de Reus, consultant fiévreusement son code, n'a pas trouvé de disposition qui lui permit d'accepter ce motif. Il a trouvé alors autre chose et il mentionne, dans son jugement, que la publication doit avoir lieu dans ces provinces parce que le siège de la société est inconnu. Mais c'était assez difficile à soutenir car le siège de la société était abondamment indiqué dans les annexes à la requête. Il suffisait de feuilleter les documents produits pour se rendre compte que Barcelona Traction avait son siège à Toronto. Ce qui fait que, à supposer qu'il y eût un siège social inconnu, vous imaginez une grande société dont on ne connaîtrait pas le siège social et où l'on n'essaierait même pas de le découvrir. Mais il l'a sous les yeux. On a donc beaucoup cherché et depuis 1958, le Gouvernement espagnol a cherché comment il pourrait couvrir cette décision sans retenir ce qui était une contre-vérité indéfendable. Alors, Messieurs, puisque la Partie adverse aime beaucoup à se référer à la procédure qui a été introduite par la requête du Gouvernement belge de 1958, je vais lui faire le plaisir de revenir aussi un instant à cette procédure et, très exactement, aux exceptions préliminaires qu'elle a déposées à l'époque. Je constate qu'à ce moment-là à la page 398<sup>1</sup> desdites exceptions préliminaires, on pouvait lire que la publication avait eu lieu conformément aux dispositions de la loi espagnole prévoyant que toute déclaration de faillite doit faire l'objet d'une publicité au lieu où la faillite a été déclarée ou bien au lieu où le failli a des établissements de commerce. Cela, Messieurs, est regrettable, car c'était une falsification de texte. Vous verrez le texte exact tel qu'il est maintenant donné aussi par le professeur Malintoppi. Vous constaterez que l'article 1044 impose la publication au lieu où le failli a son domicile et au lieu où le failli a des établissements de commerce et non pas: *ou bien* au lieu où le failli a des établissements de commerce. En 1960, le Gouvernement espagnol essayait d'expliquer que Barcelona Traction

<sup>1</sup> C.I.J. *Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.*

avait un établissement de commerce à Barcelone par personne interposée, donc la publication était régulière. Mais même si Barcelona Traction avait eu un établissement commercial à Barcelone, la publication était irrégulière puisque l'article 1044 impose la publication *et* au siège du domicile *et* à l'endroit où il y a un établissement commercial. Cela n'était donc pas très fort. Nous avons relevé cette vulgaire altération des textes dans le volume des observations qui est sorti de presse au lendemain du désistement. Je ne sais pas si le Gouvernement espagnol a eu vent de notre réponse, mais je constate que dans ses exceptions préliminaires de 1963 il n'a plus reproduit l'argument. Et cette fois il a cru se tirer d'affaire par un extraordinaire laconisme. En effet, on nous présente à la page 248, paragraphe 17 des exceptions préliminaires de 1963 (I), la publicité du jugement déclaratoire de faillite comme ayant été effectuée conformément aux dispositions en vigueur, mais après avoir reproduit, au paragraphe 19, page 249, le texte de l'article 1028, on ne souffle plus mot de l'article 1044, on ne souffle plus mot des dispositions relatives à la façon dont la publication doit avoir lieu. Bien plus, Messieurs, alors qu'on prend soin de publier aux pages 677 à 679 du volume des annexes les articles du code de commerce de 1829 qui paraissent intéressants à la Cour, l'article 1044 a disparu, il n'est pas reproduit. Il semble que l'article 1044 depuis cette époque ait fait partie, j'imagine, des textes dont la lecture est interdite en Espagne. Voilà qu'aujourd'hui l'article 1044 ressuscite. Et le Gouvernement espagnol va essayer une autre explication, que je me permettrai d'exposer à la Cour à l'audience de demain.

[Audience publique du 22 avril 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans l'exposé que j'ai fait hier des thèses des Parties en présence relativement à la quatrième exception du non-épuisement des voies de recours interne, j'ai montré à la Cour que la position du Gouvernement espagnol se heurtait, de son propre aveu, *prima facie* à une difficulté, à savoir le nombre insolite de recours introduits par le groupe de la Barcelona Traction.

Pour concilier son exception avec une situation de fait qui, à première vue, lui était tout à fait défavorable, le Gouvernement espagnol a imaginé d'expliquer à la Cour qu'en réalité cet amoncellement de recours et de décisions judiciaires s'était produit tardivement et que la situation d'impuissance où s'étaient trouvés les intéressés s'expliquait par deux circonstances: en premier lieu l'extraordinaire négligence et indifférence dont ils avaient fait preuve au début et ensuite le fait que, ayant ainsi laissé passer le temps très bref dans lequel ils auraient pu agir utilement, ils avaient permis au jugement déclaratif de faillite de devenir définitif.

J'ai commencé à répondre au premier thème de cette thèse espagnole, le thème de négligence, et j'ai indiqué que, loin d'avoir été négligent, le groupe de la Barcelona Traction avait, dès les premiers jours, réagi de la façon la plus adéquate, la plus pertinente, la plus active, par la voie des sociétés filiales qui étaient directement, principalement, exclusivement touchées par le jugement.

J'ai montré que cette action aurait dû normalement être efficace puisque, si même la demande de reconsidération introduite le 16 février 1948 ne tendait qu'à obtenir une modification du jugement sur un

point déterminé et à faire supprimer la saisie des avoirs de l'Ebro, en réalité, je vous le disais hier en terminant ma plaidoirie, cette modification aurait entraîné la disparition de toute la partie nocive du jugement. Je vous disais, le dard de la guêpe; j'y ai réfléchi depuis puisque ce jugement déclaratif de faillite est considéré comme étant le fait générateur. De fait, c'était l'élément générateur, c'était l'organe qui devait théoriquement donner naissance à toute la suite des abus dont nous nous plaignons, en sorte que le jugement déclaratif de faillite, par le succès de l'action entreprise par les sociétés auxiliaires, aurait été véritablement stérilisé, il aurait été émasculé, et nous n'aurions plus eu à nous plaindre de rien du tout.

Je vous ai montré ensuite qu'indépendamment de ce recours des sociétés auxiliaires, Barcelona Traction avait eu recours à ce qui nous est présenté comme le «recours type» prévu par la loi espagnole, à savoir l'opposition du failli au jugement déclaratif de faillite. Elle a fait cela le 18 juin 1948. Bien entendu, on nous a dit qu'il ne suffit pas qu'un recours soit exercé, il faut qu'il soit exercé dans les délais; nous tombons d'accord là-dessus. Nous avons examiné, à la suite de mon estimé contradicteur, les deux dispositions: l'article 1028 et l'article 1044 du code de commerce de 1829; nous avons constaté que l'article 1028 prévoit comme délai d'opposition les huit jours qui suivent la publication du jugement; il ajoute «publication conformément aux lois en vigueur». Nous sommes d'accord pour dire que cette loi en vigueur c'est l'article 1044 du code de commerce, que cet article prévoit la publication au domicile du failli et aux centres auxiliaires ou autres établissements commerciaux auxiliaires qu'il peut avoir, et que dans ces conditions, du moment qu'il n'y avait pas eu publication au domicile de la société faillie à Toronto, il n'y avait pas de délai qui ait pu courir.

Messieurs, l'article 1044 est absolument concluant. Il est tellement concluant que, comme je vous l'ai montré, le Gouvernement espagnol, avant d'entendre l'exposé de mon estimé contradicteur, avait eu recours à deux moyens successifs désespérés pour essayer d'y échapper.

Le premier, dans les exceptions préliminaires de 1960, consistait à altérer le texte et à déclarer qu'il suffisait que la publication soit faite au domicile ou au siège d'un des établissements commerciaux et à essayer de faire admettre que Barcelona était un des établissements commerciaux. Or même, si Barcelona était un des établissements commerciaux, l'article 1044 prévoit que la publication doit avoir lieu au domicile et au centre où se trouvent les établissements commerciaux.

En 1963, dans les exceptions préliminaires, comme on ne parvenait pas à concilier l'article 1044 avec la publication faite en Espagne, on n'a plus parlé de l'article 1044 et l'on s'est borné à répéter que la publication avait été régulière, conformément aux textes des lois espagnoles, sans dire de quelle loi il s'agissait. On a même supprimé le texte de l'article 1044 parmi les dispositions que l'on reproduisait en annexe.

Et alors maintenant, comme je vous l'ai dit, nous avons constaté un effort courageux pour reconnaître l'existence de l'article 1044 que nous n'avions pas manqué de brandir dans les observations du Gouvernement belge. Comment va-t-on essayer d'en sortir?

Messieurs, d'après mon estimé contradicteur, l'article 1044, en réalité, devrait être compris, je dirai volontiers *cum grano salis*. L'article 1044 serait un article qui, par sa nature même, ne viserait que des opérations

à effectuer en Espagne. Et l'on nous a dit: voyez cet article 1044, au primo il vise l'arrestation du failli à moins que le failli ne donne une caution. Pour arrêter un failli, il faut qu'il soit en Espagne. C'est une exécution en Espagne. Et voici que l'article 1066 prévoit aussi que la saisie judiciaire des biens ne peut avoir lieu que sur les biens qui se trouvent en Espagne. Dans ces conditions, cela montre que tout cet article est destiné à des opérations qui ont lieu en Espagne. Sur ce deuxième point, la Cour partagera sans doute ma surprise, car nous nous trouvons devant le phénomène d'une faillite qui n'a pas prétendu limiter la saisie judiciaire à ce qui se fait en Espagne. La possession judiciaire médiante et civilissime, dont le juge de Reus a fait la découverte, a précisément pour objet de réaliser une espèce de saisie symbolique qui veut être considérée comme suffisante pour que les organes de la faillite se considèrent comme actionnaires.

En ce qui concerne la publication, on va dire que celle-ci doit aussi se situer en Espagne; je me permets toutefois d'attirer l'attention de M. l'agent du Gouvernement espagnol sur le danger pour son pays de cette théorie, car, qu'il soit bien attentif, il a dit à la Cour au seuil de ses plaidoiries que le crédit de l'Espagne n'avait en rien souffert du procès que lui fait le Gouvernement belge. M. l'agent du Gouvernement espagnol est-il convaincu que le crédit de l'Espagne ne serait pas atteint s'il était proclamé par les porte-parole du Gouvernement espagnol que la procédure de faillite est comprise de telle manière en Espagne, qu'une société étrangère peut y être déclarée en faillite sur simple requête, que la saisie des biens peut y être ordonnée, que cette saisie peut être étendue d'une façon symbolique à des titres de sociétés qui ne se trouvent pas en Espagne, que cette saisie symbolique peut être traduite immédiatement en une espèce d'appropriation de tous les droits afférents à ces titres et peut aller jusqu'à leur annulation, à leur substitution par de nouveaux titres; enfin, qu'un tel jugement devient définitif sans avoir été notifié à la société faillie, huit jours après une publication qui aura eu lieu dans un petit journal de province espagnol?

Si c'est cela la façon dont on entend traiter les sociétés étrangères en Espagne, j'ai vraiment l'impression qu'il y a là une situation qui devrait être prise sérieusement en considération.

Messieurs, vous vous rendez compte tout de suite qu'indépendamment de l'extraordinaire interprétation d'un article fort clair que l'on prétend brusquement modifier dans son application en ce qui concerne les sociétés étrangères, nous nous trouvons dans une situation qui, en fait, est incompréhensible. Quant au choix du lieu de la publication, comment allez-vous donner une application quelconque à cet article 1044 s'il s'agit d'un commerçant qui a son domicile à l'étranger et que vous voulez faire la publication en Espagne? La loi ne parle dans l'article 1044 que du domicile ou des établissements commerciaux: que se passera-t-il si la société n'en a pas?

Alors, le Gouvernement espagnol s'est livré à une véritable acrobatie. Il explique que, s'agissant d'un commerçant étranger, ou d'une société étrangère, il y a lieu de considérer, pour les besoins de l'article 1044, comme son domicile, non le siège social mais, dit-il, par analogie avec ce qui est prévu quant au domicile des commerçants, l'endroit où se trouve (sous-entendu en Espagne) le centre de ses activités commerciales.

C'est justement sur cette base, dit-il, que la publication de la décision déclarative de faillite de la Barcelona Traction a été réalisée par le juge

de Reus. Je trouve cela à la page 289, II, du compte rendu du 2 avril.

Messieurs, mon estimé contradicteur perd de vue que, en fait, ce centre des activités commerciales de Barcelona Traction est inexistant en Espagne. Barcelona Traction n'a pas de centre d'activités en Espagne. Les demandeurs à la faillite, eux-mêmes, l'ont reconnu dans leur requête; je cite, suivant la traduction publiée à la page 263 des annexes au mémoire belge:

« ... que la communication par notice de la faillite ne peut être faite au domicile de la société faillie, attendu que celle-ci ne l'a pas en Espagne, pas plus qu'elle n'y a un quelconque établissement commercial direct... ».

Comment voulez-vous, même avec l'interprétation sollicitée de l'article 1044, prétendre qu'il y a place pour une publication à Reus ou à Barcelone? On ne se donne même pas la peine de choisir, en considérant l'une de ces deux villes comme un centre de l'activité commerciale.

Messieurs, que mon estimé contradicteur ne prenne pas la peine de signaler à la Cour, en réplique, que la cour d'appel de Barcelone a, elle aussi, dans son arrêt de 1963, considéré les publications qui ont été faites dans les provinces de Tarragone et de Barcelone comme régulières, car tout en affirmant que ces publications étaient régulières, la cour d'appel ne s'est même pas donné la peine de tenter d'expliquer comment elles pouvaient être régulières en présence des termes formels de l'article 1044, ce qui me permet de considérer que cette honorable juridiction aura essayé jusqu'au bout de couvrir les excentricités auxquelles se sont livrés les demandeurs à la faillite et les tribunaux espagnols.

Je crois, Messieurs, qu'il n'y a aucun doute possible en présence des termes rétablis dans leur intégralité de l'article 1044; la Cour se doit de considérer que l'opposition de la Barcelona Traction a été faite dans les délais et que, dans ces conditions, bien qu'elle puisse considérer comme suffisantes les actions-des sociétés auxiliaires, sa propre position était également tout à fait régulière.

Monsieur le Président, mon estimé contradicteur, après avoir livré ainsi un combat courageux mais malheureux autour de l'article 1044 du code de commerce, a semblé vouloir chercher une diversion en s'étendant assez longuement sur une question que je crois vraiment très accessoire. C'est le reproche qu'avait formulé le Gouvernement belge quant à la procédure suivie dans la faillite, et notamment quant au jugement déclaratif de faillite, de ne pas avoir ordonné la notification du jugement à la société faillie à Toronto. Il ne s'agit pas cette fois de la publication par la voie des journaux; il s'agit de la notification directe par la voie judiciaire du texte intégral du jugement déclaratif.

Le Gouvernement belge a consacré à cette question un paragraphe de ses observations (par. 247) et, dans la plaidoirie de la Partie adverse, il y a été répondu assez longuement aux pages 285 à 288, II, du compte rendu du 2 avril. Comme la question est secondaire, je vais être très bref à ce sujet. La position adoptée par le Gouvernement belge en la matière était la suivante — je lis:

« la seule hypothèse où, suivant une pratique admise par la jurisprudence ... une autre date [peut être admise] comme point de départ du délai d'opposition que celle de l'accomplissement des

formalités prévues par l'article 1044 du code de commerce de 1829, serait celle où le jugement de faillite aurait été *signifié* [ou notifié] à la société déclarée en faillite ».

Cela paraissait une position de bon sens; la publication du jugement de faillite a apparemment pour objet de porter le jugement à la connaissance de tous les intéressés et spécialement du failli. Il faut admettre qu'une notification personnelle, directe, au failli du jugement qui a déclaré sa faillite, réalise cet objet et doit être raisonnablement considérée comme en tenant lieu. D'autre part, nous estimions, au vu des renseignements donnés par des experts de droit espagnol, que l'obligation de notification résultait clairement des dispositions de l'article 260 du code civil.

A quoi on nous a répondu par l'adage bien connu que l'article 260 du code civil est une règle générale à laquelle déroge la loi spéciale de la procédure de faillite, *lex specialis generalibus derogat*.

Je vais faire grâce à la Cour du commentaire et des contestations qui pourraient surgir au sujet de l'application de cette règle, vu notamment l'existence des articles 1161 et 1319 de la loi de procédure civile espagnole. Je veux me limiter à la remarque suivante.

Nous avons démontré dans nos observations, et la Partie adverse a reconnu en plaidoirie (ou ne le conteste pas tout au moins), que la notification du jugement de faillite est possible, qu'elle est fréquemment ordonnée. Signalons à la Cour qu'elle est tellement fréquemment ordonnée que les *formulaire*s qui contiennent les formules d'actes judiciaires, et notamment de jugements, en ce qui concerne le jugement de faillite, prévoient comme une des clauses stéréotypées l'ordre de notification du jugement.

Rien d'étonnant, dit mon contradicteur, puisque le juge a cette faculté.

Mais voici *mon* sujet d'étonnement: c'est que s'agissant d'une société étrangère, le juge de Reus n'ait pas cru que cette faculté était particulièrement recommandable dans son exercice, et qu'il ait préféré se contenter de la publication dans deux journaux officiels espagnols. Je me borne à signaler la chose à la Cour, et je vais passer à un autre sujet, car je me rends compte que c'est là une question de fond dont l'approfondissement nous est pour l'instant interdit.

J'arrive ainsi au troisième point de la réponse du Gouvernement belge au reproche qui lui est fait du manque d'action des intéressés contre le jugement de faillite et du non-épuisement des voies de recours interne.

Le troisième point de la réponse du Gouvernement belge est que, même si Barcelona Traction avait agi dans la huitaine, comme je l'ai dit, du prononcé du jugement et pas de la publication à Toronto qui n'a jamais eu lieu, ou avant toute publication, le cours des événements n'aurait pas été modifié. On ne peut pas oublier en effet que, dès le 13 février 1948, c'est-à-dire au lendemain du jugement et avant toute publication, un des hommes de paille de Juan March, M. García del Cid, avait déposé un déclinatoire de compétence qui fut aussitôt utilisé par le juge de Reus pour suspendre les recours des sociétés auxiliaires dont il était saisi (voir mémoire belge, I, p. 57, par. 112, et annexe 68, p. 312 du deuxième volume d'annexes au mémoire). Il est vrai que M. García del Cid se désista de cet appel le 5 mars, que la procédure fut de ce fait

débloquée pendant quelques semaines; mais le 31 mars, un nouvel homme de paille, M. Boter, déposait son déclinatoire, cette fois de dénégation de juridiction aux tribunaux espagnols. Or, même si en cas d'opposition de la Barcelona Traction dès ce moment, la même relève ne se fût vraisemblablement pas opérée, il était impossible que dans le seul mois de mars l'opposition de Barcelona Traction fût l'objet de décision en dernière instance et, dans ces conditions, le cours des événements n'eût pas été différent, car l'opposition de Barcelona Traction qui fut notifiée au mois de juin 1948 demeura bloquée jusqu'en 1963. Il en eût été exactement de même d'une opposition qui aurait été notifiée au début de mars 1948, donc avant l'explication du délai tel qu'il est calculé par le Gouvernement espagnol, tout cela par le mystère de la conception que s'étaient faite les tribunaux espagnols du mécanisme de cette suspension qui devait les empêcher de statuer sur le bien-fondé des griefs formulés par le groupe de la Barcelona Traction, mais qui ne devait pas les empêcher d'autoriser l'acheminement de la faillite jusques et y compris la vente des biens.

Ainsi, Messieurs, l'opposition de la Barcelona Traction dans le système des suspensions admis par les tribunaux espagnols ne pouvait conduire à un résultat efficace et ce même si elle avait été exercée plus tôt.

Bien entendu, ce refus de statuer sur l'opposition, quelle qu'en soit la date, constitue le type même du déni de justice que le Gouvernement belge a dénoncé dans ses écrits. Ces décisions mêmes de suspension successives ont été un des objets des recours qui ont été introduits par les intéressés. Comment peut-on soutenir que le Gouvernement belge ne serait pas autorisé à saisir la Cour internationale de Justice de ce grief, parce que les voies de recours interne n'auraient pas été épuisées?

J'en arrive ainsi, Messieurs, au quatrième et dernier point de la réponse que le Gouvernement belge a faite au reproche adressé pour l'insuffisance d'action de la part du groupe de la Barcelona Traction contre le jugement déclaratif de faillite.

Ma réponse, c'est que la compétence du juge de Reus, comme du reste celle des tribunaux qui lui ont succédé, du juge spécial et de la cour d'appel de Barcelone, pour statuer sur une faillite qui se présentait dans les conditions que vous savez (cette question, elle, a été formulée devant les tribunaux), dans notre pensée n'était en rien tenue en échec par le délai d'opposition et par la prétendue chose jugée qu'on attribue aux jugements déclaratifs de faillite, et que, dans ces conditions, le déclinatoire de compétence aurait dû suffire à éviter la vente qui eut lieu en 1952 et à permettre au recours d'être entendu et d'aboutir à l'annulation du jugement de faillite.

Rappelons, Messieurs, que cette question de compétence, avant même qu'elle fût soulevée par le groupe de la Barcelona Traction et les co-intéressés, l'avait été, comme je viens de le dire, successivement par deux acolytes de Juan March, et ce pour des raisons tactiques, car à première vue il est surprenant que les demandeurs à la faillite aient comme compères des gens qui vont dénier la compétence du juge auquel il se sont adressés. Cette dénégation de compétence avait pour but de fournir au juge de Reus un moyen de ne pas se prononcer sur les griefs du failli et des co-intéressés, tandis qu'il allait permettre au plan de March de continuer à être exécuté. Il y eut donc le déclinatoire du 13 février 1948 de García del Cid et celui du 30 mars de M. Boter. C'est lorsque

les intéressés (qui, au début, accueillient avec sympathie ces déclinatoires de compétence en disant : après tout, ils doivent aboutir, nous les appuierons) virent qu'en réalité les auteurs de ces déclinatoires de compétence étaient de mèche avec les demandeurs de la faillite, qu'ils ne poursuivaient pas un instant l'objet d'obtenir une décision de compétence, qu'ils ne demandaient qu'une chose, c'était qu'on ne se prononçât sur rien du tout, sauf sur la nomination des syndics et les autorisations de vente à des conditions qui conviendraient à Juan March, c'est lorsque les intéressés virent cela qu'ils se dirent qu'il était indispensable qu'à leur tour ils manifestent et prennent en main ces dénégations de compétence. Et alors, nous voyons, le 27 novembre 1948, la National Trust qui formule elle-même un déclinatoire ; dès avant cela la Barcelona Traction avait articulé formellement la dénégation de la juridiction des juges espagnols comme premier moyen de son opposition pour ultérieurement adhérer au déclinatoire Boter dans le but de mettre fin au double jeu de son auteur. Tout cela se trouve exposé en détail aux paragraphes 160-162, page 75 du mémoire belge (I), annexe 140, au paragraphe 259, page 241 des observations (I) et au paragraphe 261, page 242 des observations.

L'un et l'autre de ces recours ont été discutés par la Partie adverse dans sa plaidoirie, celui de la National Trust à la fin de l'audience du jeudi 2 avril.

En ce qui concerne la National Trust, j'indique tout d'abord à la Cour qu'il s'agit en l'espèce d'une société canadienne, qui était le *trustee* des obligataires en vertu d'un acte annexé aux obligations, par lequel elle avait reçu en gage les titres des sociétés auxiliaires, propriété de la Barcelona Traction ; ce gage devait servir à la sûreté des obligations en livres sterling émises par la Barcelona Traction, et avait bien entendu une valeur considérablement supérieure à la valeur des émissions.

Lorsque la National Trust comparut à la faillite et formula dans l'acte même de comparution sa dénégation de compétence et de juridiction de la justice espagnole, les demandeurs à la faillite (tout comme aujourd'hui le Gouvernement espagnol) dénièrent à la National Trust la qualité pour se présenter à la faillite. Actuellement les arguments que l'on a entendus dans l'exposé oral pour déclarer que la National Trust ne pouvait pas se présenter c'est, d'une part, qu'elle n'avait pas la qualité de créancier et, d'autre part, que son déclinatoire de compétence se heurtait à un jugement déclaratif de faillite qui était définitif (voir II, p. 306).

Messieurs, il avait été répondu à ces objections aux pages 244 et 245 des observations belges, I, mais puisqu'elles sont l'une et l'autre reprises en plaidoirie, je suis bien forcé d'y revenir brièvement.

Suivant le Gouvernement belge, la représentation en justice des obligataires par le *trustee*, en exécution de l'acte de trust par lequel ce pouvoir lui a été conféré par les obligataires, ne pouvait être écartée que s'il s'agissait d'une convention contraire à l'ordre public, ce qu'on n'a même pas essayé de soutenir. En réalité si cette convention doit être respectée, ce n'est pas la National Trust qui aurait dû être écartée du prétoire, c'étaient tous les autres obligataires à la solde de March ; c'étaient les demandeurs à la faillite ; c'était M. García del Cid ; c'était M. Boter. La législation espagnole, loin d'interdire une telle représentation, la prévoit au contraire implicitement lorsqu'on lit à l'article 503, n° 2, du code de procédure :

« qu'à toute demande ou contestation il faut joindre nécessairement le ou les documents qui prouvent la qualité avec laquelle le litigant se présente en justice, dans le cas où il a la représentation légale de quelque personne ou corporation ou lorsque le droit qu'il réclame provient de ce qui lui a été transmis par autrui par héritage ou par tout autre titre ».

La Cour se souviendra de la citation que je lui ai faite de Ramirez à propos des sociétés auxiliaires: il s'agissait de « toute personne ayant un intérêt de comparaître à la faillite »; or la National Trust avait incontestablement un intérêt et cela aurait dû suffire.

Enfin, l'exclusion du prétoire de la National Trust est d'autant plus choquante que la même juridiction espagnole avait deux mois plus tôt admis comme partie à la faillite un comité des obligataires *Prior Lien* constitué par le groupe March, qui n'avait même pas la personnalité juridique et qui, bien entendu, n'était pas lui-même, comme tel, titulaire d'aucune créance — je me réfère à ce qui est indiqué à la page 74 du mémoire belge (I), paragraphe 158.

Bien entendu, je ne demande pas à la Cour de se prononcer une fois de plus, à ce stade de la procédure, sur la qualité de la National Trust à intervenir dans la faillite de la Barcelona Traction. Mais je me borne à signaler à la Cour que le recours d'opposition contre cette ordonnance rendue par le juge spécial le 4 février 1949 fut immédiatement introduit et qu'il fut tenu en suspens par une deuxième ordonnance du 25 mars 1949.

La Cour se souviendra que ce refus de donner acte de sa constitution à la National Trust est un de ceux que, à tort ou à raison, le Gouvernement belge a considéré comme manifestement grossièrement entaché de partialité. Tous les recours furent exercés contre la décision de rejet; ces recours n'aboutirent pas, se prolongèrent et demeurèrent en suspens jusqu'à une décision négative qui a été rendue en 1963.

Il y a aussi une autre objection qu'on a faite: c'est l'objection de tardiveté. Cette thèse suivant laquelle l'écoulement prétendu du délai d'opposition s'opposait à l'introduction d'un déclinatoire de compétence, notons qu'elle ne fut même pas mentionnée dans l'ordonnance du 4 février 1949 qui déclarait National Trust non recevable. Elle n'a même pas été aperçue des nombreux obligataires tenants du groupe March qui s'opposaient à la demande de reconsidération de la National Trust. Et si la thèse du Gouvernement espagnol était retenue, elle aurait pour conséquence ce que nous avons indiqué dans nos observations (I), à la page 243, paragraphe 263, à savoir que le déclinatoire Boter lui-même, qui fut introduit le 30 mars 1948 et qui est la cause de cette suspension de procédure qui se continua, se prolongea jusqu'en 1963, que ce déclinatoire lui-même devrait être considéré comme tardif (voir II, p. 291).

Alors, Messieurs, surprise! Ayant dit cela dans nos observations, le Gouvernement espagnol, ayant réfléchi, s'est dit « il n'y a effectivement pas moyen d'en sortir autrement », et dans l'exposé oral que nous avons entendu de la part de son conseil, n'a pas hésité à vous dire qu'effectivement le déclinatoire de Boter lui-même était, lui aussi, tardif le 30 mars. Ce serait donc un déclinatoire tardif qui aurait, malgré sa tardiveté, réussi à tenir en suspens toutes les procédures d'opposition et autres y.

compris les demandes des sociétés auxiliaires qui avaient été introduites dès le début.

C'est une chose vraiment assez énorme, elle est, encore une fois, d'autant plus singulière qu'en réalité ce déclinatoire Boter a été déclaré recevable par le juge de Reus, le 31 mars 1948. Or c'est le même juge de Reus qui avait, quelques jours auparavant, déclaré dans une ordonnance, spontanément, que le recours d'opposition contre le jugement déclaratif de faillite était expiré et qu'il décernait l'autorité de chose jugée à sa propre décision. Il décerne l'autorité de chose jugée; il accepte néanmoins un déclinatoire de compétence, c'est donc en toute évidence qu'il considèrerait que le déclinatoire de compétence n'était pas atteint par l'expiration, suivant lui, du délai d'opposition.

Il y a plus fort: en effet le déclinatoire Boter a été rejeté par une décision du juge spécial le 12 février 1949, décision qui a du reste été frappée d'appel, ce qui a permis à la suspension de reprendre son cours — on n'a d'ailleurs jamais statué sur cet appel si ce n'est en 1963. Le jugement du 12 février 1949 qui rejette le déclinatoire Boter n'a pas non plus déclaré que ce déclinatoire n'était pas recevable et c'est pour de tout autres motifs qu'il a été rejeté.

Enfin, Messieurs, même dans l'arrêt de la cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963 qui a affirmé la compétence du juge de Reus, en l'absence du reste de Boter et des intéressés de l'affaire et en l'absence aussi de la Barcelona Traction et de la National Trust, qui ne participaient plus à la procédure pour les raisons que vous pouvez deviner, nous nous trouvons devant une nouvelle découverte du Gouvernement espagnol. Il va de soi que, pour autant que de besoin, le Gouvernement belge se réserve de faire la preuve du caractère manifestement fallacieux de cette thèse suivant laquelle la contestation de compétence ne serait plus recevable à partir de l'expiration du délai d'opposition.

Quant à la dénégation de compétence qui avait été faite dès le 18 juin 1948 par Barcelona Traction dans son opposition, elle se heurte, bien entendu, de la part du Gouvernement espagnol à la même critique, à savoir qu'elle se serait manifestée postérieurement, suivant lui, à l'expiration du délai d'opposition et que cela la rendrait non recevable, elle se heurte de plus à un moyen supplémentaire, déjà formulé par le groupe March au cours des procédures: c'est que la Barcelona Traction n'aurait pas été recevable à dénier la compétence une fois que dans le même écrit d'opposition du 18 juin, où elle demandait acte qu'elle déniait formellement la compétence, elle avait également abordé le fond.

Sur ce point aussi, Messieurs, je crois vraiment devoir ne pas me livrer aujourd'hui à de longs développements juridiques. Le Gouvernement belge se réserve de démontrer, lorsque le moment sera venu, que la décision qui a été rendue en ce sens est contraire à la doctrine et à la jurisprudence espagnoles.

Je voudrais encore signaler qu'en réalité les intéressés, à l'époque, ne se sont pas bornés à attaquer le jugement déclaratif de faillite, contrairement à ce qui a été affirmé, par tous les moyens que je vous ai exposés, mais que, ne parvenant pas à obtenir que l'on statue sur les griefs à raison de la suspension, ils ont essayé de mettre fin à la suspension par tous les moyens qui sont relatés dans le mémoire et dans les observations et, immédiatement après l'opposition, constatant qu'ils n'obtiendraient pas que l'on statue à son sujet, ils ont déposé le 5 juin 1948,

et développé le 31 juillet, une demande incidente de nullité. Mon estimé contradicteur a bien voulu reprendre cette question de demande incidente de nullité et y a opposé deux raisons pour l'écarter: la première c'est [dit-il] que «l'incident ne pouvait être utilisé pour mettre en discussion le fond de l'affaire»; il ne pouvait «saper ni le fondement objectif de la déclaration de faillite, c'est-à-dire la cessation de paiement, ni son fondement subjectif, c'est-à-dire la qualité des sujets intéressés» (voir II, p. 303).

Cette première observation, Messieurs, est exacte, mais elle perd de vue que l'incident de nullité s'attaquait à d'autres dispositions du jugement de faillite constitutives de la validité de la procédure au sens formel. Le but de l'incident de nullité c'est effectivement cela, et si l'incident de nullité aboutissait, il avait beau ne pas s'être attaqué à la question de la qualité des créanciers ni à la question de la réalité de la cessation de paiements, l'annulation du jugement de faillite pour des raisons formelles aurait naturellement entièrement soulagé les intéressés.

La deuxième raison invoquée par le Gouvernement espagnol est que, suivant la jurisprudence du tribunal suprême, l'incident de nullité ne peut être invoqué qu'après épuisement préalable des recours ordinaires.

Encore une fois, le Gouvernement espagnol a, sur ce point, raison en droit mais tort en fait. Le groupe de la Barcelona Traction était en droit de faire valoir, en effet, que le recours direct qui avait été exercé, à savoir l'opposition au jugement déclaratif de faillite, se trouvait paralysé par le fait d'une suspension dont on ne pouvait prévoir la durée et qui effectivement se prolongea pendant quinze ans. Il pouvait faire valoir que les sociétés du groupe, à savoir les sociétés filiales, étaient intervenues dès le lendemain de la publication irrégulière du jugement de faillite et de l'exécution qui lui avait été donnée et que leurs recours aussi se trouvaient paralysés. En sorte qu'en bonne justice les voies de recours devaient être considérées comme épuisées; l'incident de nullité avait du reste comme objet essentiel d'essayer de s'engager dans une voie nouvelle qui ne serait pas considérée par le tribunal comme devant faire l'objet d'une suspension. Mais cet espoir fut déçu et l'incident de nullité se trouva automatiquement, en quelque sorte mécaniquement, irrémédiablement atteint du même refus de statuer jusqu'en 1963.

Je crois donc avoir démontré ainsi que toute l'activité déployée par les sociétés du groupe de la Barcelona Traction avait bien nécessairement pour objet et devait avoir pour effet de détruire le jugement déclaratif de faillite ou de lui enlever tous ses effets nuisibles. Il n'a pas tenu au groupe de la Barcelona Traction que ces divers recours n'aboutissent pas à des décisions favorables ou défavorables avant le dépôt de la requête et, dans ces conditions, aucun reproche ne peut lui être fait et il ne peut pas être privé de la protection que le Gouvernement belge exerce en intentant la présente action.

Monsieur le Président, ayant terminé ainsi l'examen des recours qui ont été dirigés par le groupe de la Barcelona Traction contre le jugement déclaratif de faillite, le fameux fait générateur qui nous a été indiqué par la Partie adverse, je dois rencontrer encore une des objections qu'elle nous fait quant à d'autres recours que le groupe de la Barcelona Traction aurait dû, suivant elle, exercer contre le même jugement déclaratif de faillite, et qui ne l'ont pas été.

D'après les exceptions préliminaires, il s'agirait en l'espèce du recours en appel accordé au défaillant (exceptions préliminaires, II, p. 253. par.

23), du recours de ou en revision (p. 253-255, par. 24 et 25), du recours en plainte, du recours en responsabilité civile et de diverses actions de caractère pénal. Tous les cinq sont repris à l'annexe 89 du volume d'annexes aux exceptions préliminaires, encore que dans un ordre et parfois sous des appellations différents. Le Gouvernement belge a indiqué cela aux pages 246 à 250 de ses observations (I) et il a répondu avec précision aux allégations contenues relativement à chacun de ces recours. Il constate que le Gouvernement espagnol ne revient sur la question en plaidoirie qu'en ce qui concerne l'action en revision. Il croit donc pouvoir considérer que la réponse faite dans les observations quant aux autres recours a été jugée convaincante et en tout cas, en l'absence d'une critique nouvelle sur ce point dans l'exposé oral, le Gouvernement belge estime qu'il a le droit, et sans doute même le devoir, de son côté, de ne pas infliger à la Cour une répétition de l'argumentation qui est contenue dans ses écrits.

C'est sur l'action en revision que la Partie adverse concentre ses efforts. Elle en souligne l'importance, vu, est-il dît (voir II, p. 294 et suiv.), « l'objet du différend qui l'oppose au Gouvernement belge ». Il s'agit en effet — je cite toujours :

« d'un moyen *extraordinaire* destiné à faire valoir des accusations de corruption, violence ou toute autre machination frauduleuse par rapport à une décision judiciaire ayant acquis force de chose jugée ».

Le Gouvernement belge ne conteste pas l'existence de ce recours dans la loi espagnole et il n'ignore pas qu'il en a été fait diverses applications, notamment dans les arrêts qui ont été cités par la Partie adverse. Mais la thèse belge est que, ni en droit ni en fait, ce recours n'était accessible au groupe de la Barcelona Traction et de nature à lui apporter une satisfaction quelconque et notamment à lui permettre, par ce moyen-là, d'obtenir l'annulation du jugement de faillite, qu'il a vainement cherché à obtenir par les moyens que je vous ai exposés.

En droit, que répond le Gouvernement belge au paragraphe 274 de ses observations (I, p. 247 et 248)?

Il s'appuie sur deux dispositions du code de procédure espagnol : l'article 1796, qui ne prévoit le recours que contre une sentence définitive, ce qui est confirmé par l'article 1797, lequel détache cette disposition de l'article 1796 pour en faire l'objet d'un article indépendant : « Le recours en revision ne sera admis que s'il concerne une sentence définitive » (ce qu'en espagnol on appelle *sentencia firme*).

A diverses reprises, le tribunal suprême a fait application de ce principe, notamment dans trois arrêts du 25 juin 1932, du 17 juin 1940 et du 3 juin 1959, qui se trouvent cités en extraits à la note 2 de la page 248 des observations (I).

Le Gouvernement espagnol, dans l'exposé oral que la Cour a entendu, ne s'élève pas contre l'invocation qui est faite du texte de ces dispositions, mais il s'efforce de surmonter la difficulté en attribuant au jugement de faillite qui, par sa nature, est un *auto*, la qualité de chose jugée matérielle qui, dit-il, est le propre de la *sentencia firme*. De sorte que le jugement de faillite coulé en force de chose jugée devrait être assimilé à la *sentencia firme* et que les dispositions relatives à l'action en revision devraient lui être étendues.

Messieurs, cette tentative de démonstration avait déjà été faite dans les exceptions préliminaires (I), à la page 253, note 3. Elle se retrouve dans

la plaidoirie que la Cour a entendue à l'audience du 2 avril, à la page 298, II, du compte rendu.

Suivant le Gouvernement belge, ce raisonnement est inacceptable pour deux raisons.

La première, c'est que l'assimilation d'un *auto* à une *sentencia* n'est pas admissible, étant donné qu'il s'agit là de catégories différentes de décisions judiciaires. D'après l'article 369 du code de procédure, les *autos* sont des décisions qui tranchent des questions incidentes ayant trait à la qualité des parties pour comparaître, à la compétence ou à la récusation, qui statuent sur le rejet d'une demande, la recevabilité d'exceptions, de demandes reconventionnelles ou de moyens de preuve, ou qui peuvent causer un préjudice irréparable aux parties (annexes, mémoire belge, vol. II, n° 53, p. 273).

Les *sentencias* sont des décisions qui tranchent définitivement des questions en procès, statuent sur un recours extraordinaire ou sur un incident qui met fin à l'action principale (*ibid.*).

Le juge d'où émane une décision judiciaire a l'obligation de la qualifier. Il la qualifie soit de *providencia*, de *auto* ou de *sentencia*, suivant le cas, et la forme que revêt la décision est toute différente suivant la catégorie dans laquelle elle a été rangée.

En l'espèce, s'agissant d'une déclaration de faillite, le juge de Reus n'avait pas le choix: la loi lui imposait de rendre un *auto*, et c'est aussi ce qu'il a fait.

Ainsi, Messieurs, l'assimilation qui vous est proposée se heurte à une première objection tirée du sens propre de ces diverses appellations.

La deuxième objection est relative au caractère de la chose jugée que le Gouvernement espagnol attache au jugement de faillite, à supposer toujours que le délai d'opposition ait été expiré; comme nous le savons, en réalité le délai d'opposition n'était pas expiré, de sorte que tout le raisonnement du Gouvernement espagnol est déjà basé sur une hypothèse irréelle.

Mon estimé contradicteur a distingué entre la chose jugée matérielle et la chose jugée formelle, distinction dans laquelle j'ai eu quelque peine à le suivre, car c'est une distinction qui est propre à certains systèmes juridiques, mais qui n'est pas connue de celui avec lequel je suis familiarisé.

Comme le disait mon estimé contradicteur, une décision judiciaire est dite passée en force de chose jugée au sens formel, en droit espagnol, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours, soit que la loi n'en prévoie aucun, soit que des recours existent mais n'aient pas été exercés pendant le délai légal, soit qu'ils aient été exercés et qu'ils aient définitivement échoué. Malheureusement, mon estimé contradicteur ayant défini la chose jugée au sens formel, n'a pas défini la chose jugée au sens matériel.

Tandis que la chose jugée au sens formel fait obstacle à l'exercice d'un recours, la chose jugée au sens matériel fait obstacle de façon absolue à toute modification ultérieure du contenu de la décision, autrement que par un recours en revision.

D'après l'article 1251, 2<sup>e</sup> alinéa, du code civil espagnol, cette chose jugée matérielle a la propriété de créer une présomption de vérité qui ne peut être détruite que par le recours en revision. Est-ce qu'un jugement déclaratif de faillite après l'expiration des recours a une telle propriété? Non, car il peut en droit espagnol être mis à néant par une

décision ultérieure, notamment lorsque le failli a désintéressé ses créanciers ou que la liquidation de la faillite aboutit à ce résultat.

Il y a un autre argument qui empêche de reconnaître la chose jugée matérielle au jugement déclaratif de faillite: c'est que l'article 1252 du code civil prévoit expressément que la chose jugée matérielle suppose l'existence, dans l'affaire, de parties en litige, d'un objet et d'une action judiciaire intentée par une partie. Or, au moment où est rendu le jugement déclaratif de faillite, le juge n'a en face de lui que les requérants, et mon estimé contradicteur a eu raison de dire à deux reprises que le failli n'est pas partie à la procédure. L'article 1325 de la loi de procédure civile est du reste formel à ce sujet. Le jugement de faillite n'est que le premier pas d'un procès d'exécution. Mais dès lors, il ne peut être question de reconnaître au jugement déclaratif de faillite la vertu de posséder la force de chose jugée matérielle.

Au surplus, comme il a déjà été rappelé dans les observations, la Barcelona Traction et les autres associés se sont plusieurs fois adressés au tribunal suprême, non pas contre des décisions relatives au jugement déclaratif de faillite, mais contre des décisions ultérieures de la procédure de faillite. Et chaque fois, le tribunal suprême leur a répondu que les pourvois n'étaient pas recevables, parce que l'on ne se trouvait pas devant une décision finale, la décision finale ne pouvant intervenir qu'à la fin de toute la procédure de faillite.

S'il en est ainsi de ces décisions, notamment de celle relative à la vente, à fortiori en est-il ainsi de la toute première décision qui est celle qui prononce la déclaration de faillite.

Messieurs, la preuve que cette interprétation des textes qui peut, à première vue, embarrasser la Cour, est bien celle que je donne, c'est que je crois pouvoir mettre au défi mon estimé contradicteur de produire une seule décision du tribunal suprême qui aurait statué sur une action en revision contre un jugement déclaratif de faillite. Et, Messieurs, s'il avait quelque espoir à ce sujet, je lui dirais tout de suite: renoncez à cette illusion, car le tribunal suprême s'est prononcé de la façon la plus nette, à une époque toute récente, sur la question que je discute en ce moment. Dans un arrêt du 22 mars 1963, reproduit au répertoire de jurisprudence Aranzadi n° 1808, on peut lire ce qui suit: on ne peut pas qualifier *sentencia firme* le jugement déclaratif de faillite qui, comme tel, est invoqué par l'auteur du recours, en premier lieu parce qu'il n'a même pas le caractère d'une *sentencia* et, en deuxième lieu, parce qu'une telle décision n'est pas non plus *firme* dans le sens où la loi l'entend aux fins de l'article 1695, puisqu'elle est susceptible de modification à n'importe quel stade du procès collectif d'exécution où l'on impose son élimination; ce qui est aussi le cas de la sentence de qualification de la faillite à laquelle se réfère l'article 1386 de la loi de procédure civile quand il ne s'agit pas de faillite frauduleuse, ainsi que le proclame l'article 921 du code de commerce.

[Audience publique du 22 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme j'espère terminer cet après-midi la réponse du Gouvernement belge à la quatrième exception préliminaire, tout au moins en ce qui concerne nos conclusions principales, je vais me permettre, encore une fois, de faire très rapidement le point.

J'ai achevé ce matin l'examen des voies de recours qui ont été effectivement utilisées par le groupe de la Barcelona Traction contre le jugement déclaratif de faillite. J'avais exposé antérieurement que quatre jours après le prononcé du jugement, trois jours après la saisie dont ils avaient eux-mêmes fait l'objet, les dirigeants d'Ebro et de la Barcelonesa avaient exercé leur recours.

Secundo, j'ai montré que lorsque ce recours eut été bloqué par une série de décisions pour des motifs variés et finalement en raison des manœuvres dont ils étaient victimes de la part des nouveaux administrateurs des sociétés auxiliaires qui avaient pris leur place et qui révoquaient leurs avoués, la Barcelona Traction fit elle-même opposition le 18 juin 1948, et j'ai montré qu'elle était encore dans les délais.

Troisièmement, j'ai montré qu'à cette occasion, ayant déjà quelques soupçons quant à la sincérité de M. Boter qui déniait la compétence des juges espagnols et spécialement du juge de Reus, la Barcelona Traction dans son premier écrit formula elle-même une dénégation formelle de la compétence des juges espagnols.

Quarto, j'ai montré que, lorsqu'elle dut constater quelques jours après le dépôt de son opposition que l'examen de son opposition était bloqué par la suspension résultant du déclinatoire de compétence dont elle n'était pas l'auteur, elle tenta de surmonter ce blocage en introduisant une demande incidente de nullité.

Quinto, j'ai montré que lorsqu'elle constata que l'examen de la compétence même était bloqué par d'autres incidents qui ont été relatés dans nos observations et dans le mémoire belge, elle espéra qu'une dénégation de compétence indépendante de la sienne et émanant de National Trust aboutirait à une décision sur la compétence.

Sixièmement, j'ai exposé à la Cour ou rappelé à la Cour, car je n'ai pas pu le faire dans le détail, que toutes les décisions de suspension qui empêchaient le groupe de la Barcelona Traction d'obtenir une réponse des tribunaux à l'une quelconque des questions de principe qu'elle avait posées pour dénier la régularité du traitement qui lui avait été imposé, firent l'objet, en vain, de recours incessants.

Ainsi, il n'y a pas eu de négligence, mais l'on peut dire au contraire que l'activité, les recours exercés par le groupement de la Barcelona Traction atteignirent un volume absolument exceptionnel, que c'est avec une ardeur, une dépense de moyens invraisemblables que le groupe de la Barcelona Traction essaya de se défendre, allant bien au-delà de ce que l'on pourrait attendre d'un homme normal, disposant de moyens normaux. Dans ces conditions, il me paraît tomber sous le sens que l'on se trouve devant un cas type d'épuisement des voies de recours interne.

J'ai cependant, après avoir vu quelle était la conduite effective du groupe de la Barcelona Traction en ce qui concerne le jugement déclaratif de faillite, examiné le recours dont on faisait mention comme n'ayant pas été utilisé et comme ayant été susceptible de conduire à un résultat satisfaisant, s'il l'avait été, c'était le fameux recours en revision — et je vous rappelle que j'ai terminé l'examen de ce matin en citant un arrêt du tribunal suprême, tout récent, de 1963, qui, de la façon la plus nette, indique qu'un recours en revision n'est pas concevable en ce qui concerne un jugement déclaratif de faillite. Donc, il était inaccessible. Je voudrais surabondamment montrer à la Cour qu'il était de même sans pertinence et voué à l'inefficacité, et cela pour des raisons de fait.

Premier motif: la base d'une demande de revision est que le demandeur doit faire la preuve qu'une décision judiciaire qu'il attaque a été obtenue par subornation, violence ou toute autre manœuvre frauduleuse. Or, le Gouvernement belge n'a pas articulé dans sa requête ni son mémoire que le jugement déclaratif de faillite a été obtenu par subornation, violence ou toute autre manœuvre frauduleuse. Il est particulièrement étonnant que la Partie adverse ait cru trouver dans les griefs du Gouvernement belge ce qu'elle appelle un exemple particulièrement frappant de sa prétention, d'une prétention à laquelle les intéressés auraient dû chercher à obtenir remède par la voie de la demande de revision. Je cite d'après la page 296, II, cet exemple particulièrement frappant d'un grief qui, suivant notre adversaire, à supposer que la chose fût possible, eût pu être redressé par la voie de la demande de revision, c'est: « celui des manœuvres frauduleuses du demandeur [à la faillite] visant à dissimuler le domicile réel du défendeur afin d'empêcher sa comparution dans le procès, en temps utile ».

Je regrette, Messieurs, mais mon estimé contradicteur a été trahi par sa mémoire — qu'il me permette de la lui rafraîchir. Le Gouvernement belge n'a aucunement soutenu que les demandeurs à la faillite avaient dissimulé le domicile réel du défendeur. C'était tout à fait inexact. Les demandeurs à la faillite sans doute n'ont pas indiqué dans le corps de la requête quel était le domicile du défendeur. Ils se sont bornés à signaler que la société Barcelona Traction n'avait pas de siège social en Espagne ni d'établissement commercial. Je renvoie à la page 43, paragraphe 80 du mémoire, et cela était exact, elle n'avait en Espagne ni siège social ni établissement commercial. Mais au surplus, ils avaient joint à leur requête des annexes qui indiquaient le domicile, le siège social de la société faillie. Ils n'ont donc rien dissimulé du tout. C'est le juge de Reus qui avec une rare audace a affirmé dans son jugement que le siège social de la société était inconnu et il s'est servi de cette contre-vérité flagrante pour motiver une publication dans deux journaux officiels espagnols de province.

Messieurs, c'est notamment ce considérant inadmissible que l'on a quelque peine à attribuer à de la légèreté ou de la distraction ou de la paresse, que les sociétés auxiliaires ont dénoncé dans leur recours de récusation du juge de Reus et qui a bien entendu subi le sort de tous les autres recours.

Et c'est de même à charge du juge de Reus et pas à charge des demandeurs à la faillite que le Gouvernement belge a exposé qu'il y avait une fausse mention de siège social inconnu qui avait été faite manifestement dans l'unique but de motiver la substitution d'une publicité en Espagne à la publicité qui aurait dû se faire à Toronto.

Du moment que c'est le juge de Reus qui porte seul la responsabilité de cette dissimulation du domicile réel, on ne voit pas comment le groupe de la Barcelona Traction aurait pu introduire une demande de revision sur la base de subornation, violence ou machination frauduleuse de la part des demandeurs à la faillite.

Donc l'exemple si frappant est un exemple qui est dû à l'inadvertance de mon estimé contradicteur.

Le second motif pour lequel il n'était pas concevable que nous puissions introduire une demande de revision, c'est que, même si la loi avait été établie autrement et avait admis qu'indépendamment de manœuvres de tiers l'on puisse attaquer un jugement comme manifeste-

ment partial, les chances d'obtenir une décision de revision contre une décision prise isolément étaient, étant donné que la récusation du juge de Reus avait échoué, assurément nulles.

Il en va de même pour chacune de ces nombreuses décisions qui ont été retenues par le Gouvernement belge comme constituant par leur série le déni de justice. C'est là un point essentiel, c'est l'explication de la portée réelle du grief d'ensemble formulé par le Gouvernement belge contre les décisions judiciaires, et je pense qu'il n'est pas mauvais qu'à l'occasion de la demande de revision je donne de pleines explications à ce sujet à la Cour.

Les explications que je désire donner à la Cour quant à la nature et à la base du jugement porté par le Gouvernement belge sur la plupart des décisions judiciaires intervenues dans le cadre de la procédure de faillite sont empruntées à un document remarquable publié dans les annexes au mémoire belge. Il s'agit du texte d'une plaidoirie prononcée le 21 septembre 1953 par un des avocats du groupe de la Barcelona Traction, M<sup>e</sup> Ramón Serrano Suñer, devant la cour d'appel de Barcelone réunie en assemblée plénière et saisie de sa demande de récusation des magistrats de la première chambre de la cour d'appel, dont faisait partie du reste le conseiller Osorio qui avait fait fonction de juge spécial, ce qui ne l'empêchait pas de siéger dans les audiences où la cour était saisie des appels interjetés contre ses propres décisions.

La plaidoirie de M<sup>e</sup> Ramón Serrano Suñer se trouve à l'annexe 227, pages 855 et suivantes, du quatrième volume des annexes. La Cour, certainement, sera sensible à l'évidente noblesse de son inspiration en même temps qu'à la vigueur de l'exposé et à l'élévation du style. En relisant ce texte, on voudra bien néanmoins ne pas perdre de vue qu'il s'agit d'une plaidoirie prononcée en Espagne, ce qui imposait à son auteur, spécialement à l'égard du gouvernement, une prudence, des précautions et des concessions au sujet desquelles le gouvernement demandeur au présent procès doit formuler nécessairement ses réserves.

La demande de récusation était fondée sur l'inimitié manifestée par les membres de ladite chambre à l'égard de la Barcelona Traction. L'avocat précisait que ce qu'il reprochait aux magistrats, ce n'était pas une inimitié subjective contre la société faillie, car les magistrats avaient déclaré eux-mêmes, saisis de sa demande de récusation, qu'ils ne connaissaient pas la société faillie, qu'ils ne connaissaient pas ses dirigeants ni ses actionnaires.

L'avocat de la Barcelona Traction disait que ce qu'il qualifiait d'inimitié, c'était une aversion objective formelle dont il déclarait ne pas vouloir sonder les mobiles d'une manière précise. L'aversion pour la cause objective de la Barcelona Traction pouvait n'être que la contrepartie de l'attachement à la cause de Juan March. Je lis à la page 864 :

« ... que cette aversion ... n'est sûrement motivée par rien qui soit louche ou personnellement intéressé. Au contraire [disait le conseil de la Barcelona Traction], je suis disposé à admettre que chez tous les récusés, ou chez la plupart, cette aversion objective pour la cause de ma cliente s'inspire de motifs nobles et élevés... Parmi ces motifs, il se peut que le premier soit le désir de servir une cause que l'on estime erronément patriotique. On a fait, en ce sens, une propagande très agitée. Croyance que l'on nationalise une entreprise économique étrangère; antipathie à l'endroit de finances

étrangères; xénophobie qu'inspire une conception des relations humaines non dépourvée de ressentiments et de conceptions périmées... Un autre motif de cette aversion pour la cause de la « Barcelona Traction » est peut-être la croyance erronée que le Gouvernement n'est pas indifférent à la prétention de l'une des parties.»

Et comme la loi fait à la partie qui récusé son juge l'obligation d'établir que son inimitié est manifeste, M. Serrano Suñer expose, page 867, qu'il entend faire cette preuve par présomption et qu'il entend établir les trois ordres de fait que voici :

« 1. La façon réitérée dont la Chambre, suivant une ligne constante, a rejeté toutes les demandes de procédure qui ont été formulées par la « Barcelona Traction », systématiquement, implacablement, passant même par-dessus le critère que la Chambre elle-même avait soutenu dans d'autres cas...

2. La célérité insolite, allant jusqu'à heurter la loi, avec laquelle la Chambre a procédé dans une affaire aussi grave — alors même qu'elle était déjà récusée — pour accorder des demandes aussi *décisivement favorables* à la partie adverse que *préjudiciables* à la « Barcelona Traction ».

3. L'acrimonie, l'âpreté de langage, impropre à sa fonction, par quoi le juge a donné dans nombre de ses décisions le témoignage qu'il manquait de pondération et ne se tenait pas, effectivement, à équidistance entre les parties. »

L'avocat Serrano Suñer donne ensuite le détail des différents faits relevés à charge des magistrats récusés. Il examine une série de décisions dont la succession lui paraît véritablement incompréhensible (p. 867 à 880 [il y en a vingt-trois pages] du vol. IV des annexes).

Après quoi il rencontre (p. 880) la critique qui pourrait lui être faite qu'on ne peut identifier les concepts de « décisions défavorables » et le concept de « partialité ». Et il répond en exposant qu'il n'entend nullement établir un principe *abstrait général*, universel, mais que la déduction est permise en l'espèce — je cite :

« En vertu d'un cumul de circonstances, car ce cumul de circonstances ne peut avoir d'autre explication que le manque d'impartialité engendré par une amitié-inimitié et par un intérêt. La *réitération* de la conduite en cause constitue ou signifie une activité *conséquente, dirigée*, dotée d'un *sens*, imprégnée d'un *animus, teintée* d'une sympathie ou d'une antipathie. »

Si je me suis permis cette citation un peu longue, c'est, Messieurs, qu'elle éclaire utilement la portée du grief formulé par le Gouvernement belge contre la plupart des décisions intervenues dans le cas de la Barcelona Traction. Et ceci nous permet aussi de répondre au reproche adressé au groupe de la Barcelona Traction d'avoir omis d'exercer le recours en révision. Le grief de déni de justice, à supposer qu'il fût recevable, n'avait pas la moindre chance d'être accueilli s'il était formulé à l'égard du jugement de faillite ou de l'une quelconque des décisions ultérieures prises isolément; c'est seulement la répétition des mêmes symptômes inquiétants dans la série des décisions qui se sont suivies de 1948 à 1956 et même ultérieurement qui devra, suivant le Gouvernement belge, convaincre la Cour du bien-fondé de l'accusation de déni de justice qui

est à la base de la requête, mais il n'y avait à toute évidence, dans le système procédural espagnol, ni action en revision, ni aucune autre voie de recours qui eussent pu permettre au Gouvernement belge de faire valoir ledit grief contre l'ensemble des décisions.

J'ai ainsi, Messieurs, terminé l'examen des recours qui ont été exercés et de ceux qui, suivant le Gouvernement espagnol, auraient dû être exercés relativement au jugement déclaratif de faillite.

Le Gouvernement belge n'avait pas seulement critiqué, dans sa requête et son mémoire, le jugement déclaratif de faillite. Les griefs qu'il a formulés, comme je viens de le rappeler, visaient toute une série de décisions judiciaires qui s'échelonnent entre 1948 et 1956.

Quant à ses actes et décisions judiciaires qui sont postérieurs au jugement déclaratif de faillite, la position adoptée par le Gouvernement espagnol est, peut-on dire, inverse de celle qu'il adopte relativement au jugement déclaratif de faillite. Cette fois il ne nie pas que les recours appropriés aient été exercés et il ne nie même pas qu'ils aient été épuisés. Mais, dit-il, la Cour doit les écarter parce qu'ils n'ont pas eu d'incidence réelle sur le dépouillement dont se plaint la Barcelona Traction. Cette vente des titres des sociétés auxiliaires se trouvait déjà inscrite, de façon ineffaçable, dans le jugement déclaratif de faillite. Ce jugement déclaratif de faillite est la vraie et seule cause du dommage. A partir du moment où par la négligence de la Barcelona Traction et de son groupe il a acquis force de chose jugée, le dommage devient inévitable, les voies de recours interne n'ont pas été utilisées et, dans ces conditions, l'exception doit être accueillie.

Messieurs, c'est le thème du fait générateur qui a été abondamment développé par mon éminent contradicteur d'abord au début de sa plaidoirie et puis à la fin de celle-ci; on peut dire que c'est le leitmotiv de l'exposé que vous avez entendu. Je me réfère notamment à la page 306, II, en ce qui concerne la dernière partie.

Il me serait aisé, je pense, de faire saisir par la Cour le vice de raisonnement qui entache cette argumentation. Tout d'abord résumons-la en employant les termes mêmes dont s'est servi l'avocat du Gouvernement espagnol:

« La déclaration de faillite est le fait générateur de toute la procédure subséquente. Le défaut d'opposition a pour conséquence que la déclaration de faillite acquiert la force de la chose jugée. D'après le droit espagnol, jamais cette force de chose jugée n'aurait pu être écartée dans la procédure conduisant à la liquidation du patrimoine du failli. Ce résultat final ne pouvait être évité... » (p. 307, II.)

Et voici la considération complémentaire qui découle, suivant l'avocat du Gouvernement espagnol, de la première — je cite (*ibid.*):

« L'appréciation du non-épuisement des voies internes doit se faire en l'espèce sur la base de la décision déclarative de la faillite, fait générateur de la série des événements successifs. Il s'ensuit que l'on ne doit pas prendre en considération les circonstances d'espèce qui ont entouré les recours visant certains éléments de la série des événements successifs. »

Messieurs, l'erreur qui entache ce raisonnement me paraît double. Tout d'abord il y a, bien entendu, au départ l'idée que le jugement déclaratif de la faillite avait acquis force de chose jugée; je me suis suffisam-

ment évertué à démontrer à la Cour qu'il n'y avait pas force de chose jugée puisqu'il n'y avait pas eu de publication régulière du jugement qui eût été le point de départ d'après l'article 1028 du code de commerce; dans ces conditions, le fait générateur pouvait être remis en question par les innombrables recours qui étaient dirigés contre lui, et la base même du raisonnement vient à faire défaut.

Messieurs, il y a naturellement un autre argument qui me paraît sauter aux yeux, et je serais surpris que certains Membres de la Cour ne l'aient pas déjà remarqué. Naturellement, dans un certain sens on peut qualifier le jugement déclaratif de faillite de fait générateur en ce sens qu'aucune des décisions ultérieures survenues dans le cadre de la faillite, aucun des abus que nous avons dénoncés dans la requête et le mémoire comme entachant lesdites décisions, ne seraient concevables s'il n'y avait pas eu d'abord un jugement déclaratif de faillite. Je veux bien admettre que le jugement déclaratif de faillite soit un peu plus qu'un anneau parmi d'autres anneaux. Il en va de même de toutes les décisions successives qui se sont succédé depuis la déclaration de faillite jusqu'à la vente des biens, et il n'y aurait pas de réunion des créanciers s'il n'y avait pas eu jugement déclaratif de faillite; il n'y aurait pas eu nomination des syndics, etc. Chacun de ces actes suppose un acte antérieur puisque tous ces actes se suivent, conformément au code de procédure.

Mais la question est de voir si chacune de ces décisions devait intervenir telle qu'elle est intervenue avec les vices qui l'entachaient. La question est de voir, et nous allons l'examiner plus en détail dans un instant, si chacune de ces décisions, en raison de ces vices, n'est pas faussée au-delà de ce que contenait le jugement déclaratif de faillite. En sorte qu'un jugement déclaratif de faillite exécuté conformément au code, même sur la base de ce jugement absurde qui avait été rendu par le juge de Reus, même un pareil jugement ne pouvait pas normalement conduire au résultat auquel la Barcelona Traction a été acculée.

Je lis:

« Convocation de l'assemblée des créanciers, nomination de syndics, autorisation de vendre, estimation de biens, formation du cahier des charges, vente aux enchères, exécution de la vente, tout cela ne constitue en réalité que l'ensemble des étapes naturelles et juridiquement consécutives à une déclaration de faillite passée en force de chose jugée. »

D'accord, Messieurs, mais pas de la manière où cela a été réalisé et qui fait l'objet d'autant de critiques distinctes dans les écrits du Gouvernement belge et qui ont fait l'objet d'autant de recours internes distincts. Spécialement en ce qui concerne l'assemblée des créanciers, mon estimé contradicteur indique qu'en s'y opposant la Barcelona Traction ne pouvait — je cite: « empêcher finalement la nomination de syndics pour parvenir à la liquidation des biens du failli, liquidation qui est la conséquence nécessaire d'une déclaration de faillite ».

Je veux bien, Messieurs, mais mon estimé contradicteur oublie que ce dont la Barcelona Traction se plaint, ce n'est pas d'une liquidation; ce n'est pas une liquidation qui l'a dépouillée de ses biens; ses biens n'ont pas été vendus à l'occasion d'une liquidation; ses biens ont été vendus comme denrées périssables à titre de mesure conservatoire, dans des conditions qui étaient singulièrement suspectes, mesure qui n'était en

rien contenue dans le jugement déclaratif de faillite, qui très légitimement a fait l'objet de recours de la part de la Barcelona Traction et qui se trouve encore aujourd'hui dénoncée par le Gouvernement belge.

Est-ce que la Cour peut vraiment nous interdire de développer ce grief alors que manifestement les voies de recours ont été exercées et que cette vente, à titre conservatoire, devait être sous le contrôle des tribunaux qui l'ont autorisée dans des conditions que nous considérons comme inadmissibles?

Monsieur le Président, je me propose de passer brièvement en revue les divers points qui ont été rappelés par la Partie adverse dans le passage de la plaidoirie dont j'ai donné lecture en dernier lieu, et de montrer, en les examinant un par un, combien est inexacte l'affirmation que les abus que nous avons dénoncés seraient la conséquence directe du jugement déclaratif de faillite.

Je considère d'abord la décision de convoquer l'assemblée générale. Elle fut demandée par une société du groupe March le 3 janvier 1949. Et, Messieurs, chose exceptionnelle, remarquable, que nous pouvons, marquer d'un caillou blanc, elle se heurta d'abord au refus du juge spécial (un juge spécial qui avait été désigné pour remplacer le juge de Reus — un juge spécial qui était je crois conseiller à la cour d'appel de Barcelone —; il y eut trois juges spéciaux successivement et ils ne furent pas tous de même valeur). Ce premier juge spécial, constatant la suspension de la procédure qui résultait du déclinatoire de compétence, estima que cette suspension faisait nécessairement obstacle au déroulement des opérations de faillite tant que les objections qui avaient été élevées contre le jugement déclaratif de faillite, notamment par l'opposition de Barcelona Traction qui remontait au mois de juin 1948, n'auraient pas été examinées et tranchées par les juridictions compétentes.

Le mémoire belge (I) a relaté, aux pages 78 à 80, dans quelles conditions cette décision fut rapportée.

Le Gouvernement espagnol veut sans doute soutenir qu'à condition que l'opposition fût rejetée ou déclarée non recevable, le jugement de faillite devait nécessairement conduire un jour à la convocation des créanciers. Mais il doit reconnaître que si le jugement de faillite avait été annulé, il n'y aurait plus eu de réunion de créanciers.

Mais, Messieurs, l'anomalie, c'est que cette convocation de l'assemblée des créanciers ait eu lieu avant qu'on ait statué sur le bien-fondé de l'opposition. C'est cela que le groupe de la Barcelona Traction dénonça dans une série de recours; c'est cela qu'à son tour le Gouvernement belge dénonce comme un grief contre la série des décisions qui ont conduit au dépouillement de Barcelona Traction et de ses actionnaires. Messieurs, les recours ayant été épuisés contre cette décision, je ne vois pas comment l'on pourrait déclarer que le grief ne peut pas être soumis à la juridiction internationale.

De même, la nomination des syndics par l'assemblée générale qui fut convoquée présentait, suivant Barcelona Traction, une série d'illégalités qui furent dénoncées au juge spécial le 13 octobre 1949. Ce recours fut rejeté et la cour d'appel de Barcelone confirma le jugement dans un arrêt du 27 janvier 1951, où l'on retrouve notamment la considération suivante qui, à juste titre, suscita l'indignation de Me Serrano Suñer:

«qu'il s'agit d'une faillite exceptionnelle qui revêt une certaine nuance de caractère international puisque la société faillie a son

siège principal à Toronto (Canada) et a des créanciers répandus dans plusieurs pays européens; qu'en conséquence il se pose évidemment des questions complexes qui doivent être résolues suivant une interprétation rationnelle des principes légaux auxquels on doit donner une certaine élasticité, car actuellement il serait purement et simplement impossible de poursuivre la procédure de cette faillite à cause des difficultés insurmontables qui pourraient se présenter ».

L'élasticité que la cour d'appel de Barcelone a donnée à l'interprétation et à l'application des principes légaux, sans laquelle la liquidation ou l'acheminement de cette faillite eût été, d'après sa propre déclaration, impossible, nous ne pouvions pas la voir dans le jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948. Il est donc tout à fait raisonnable que le Gouvernement belge, après le groupe de la Barcelona Traction, l'ait dénoncé et, les voies de recours interne ayant été épuisées, ce grief est recevable et mûr pour être examiné par la juridiction internationale.

Il y a alors l'autorisation de vendre, que je vous ai signalée tantôt, qui n'était pas une liquidation, et qui était motivée, je le rappelle à la Cour, par la considération étonnante que des titres de sociétés sont, par leur nature, une *denrée périssable*. On devait alors, à titre de mesure conservatoire, demander une autorisation spéciale pour vendre, avant toute liquidation, les titres de la société, ce qui fait que la mesure conservatoire ayant été exécutée, les syndics qui sont demeurés en fonctions pendant dix ans n'avaient plus rien à liquider.

Voilà ce que l'on considère comme une exécution normale, irréversible, d'un jugement, à supposer qu'il fût devenu définitif. Et, Messieurs, nous rappelons pour autant qu'il est besoin, que la périssabilité de ces valeurs était considérée comme renforcée par les syndics qui demandaient à pouvoir les vendre, par les déclarations menaçantes du ministre de l'Industrie et du Commerce qui annonçait des sanctions graves et des amendes fiscales considérables contre les sociétés coupables.

Ce qui conduit alors les syndics à cette chose étonnante: au lieu de conserver une *provision spéciale* et d'imposer à celui qui va acquérir les titres de prendre la responsabilité de satisfaire à toutes les demandes qui pourront éventuellement être faites par le fisc espagnol à charge de Barcelona Traction, et enfin de remplacer cet ensemble de fraudeurs fiscaux qui a été dénoncé par le professeur Reuter par l'honnêteté d'un syndic espagnol et de l'adjudicataire auquel il aura cédé les titres, au contraire, on va faire disparaître tout ce que l'on a invoqué en Espagne comme représentant l'avoir de Barcelona Traction, en sorte que si jamais, par aventure, ce qui n'est pas arrivé, Barcelona Traction n'est plus propriétaire, on cesse de prétendre qu'elle doit être contribuable; il n'y a pas eu d'amende fiscale contre Barcelona Traction. Et dans ces conditions, la vente des titres était évidemment tout à fait sans intérêt et inexcusable.

Il y a alors la quatrième mesure que l'on cite: Barcelona Traction avait dénoncé la manière insidieuse dont était établi le cahier des charges. Cela a été exposé dans les observations, je ne veux pas le rappeler à la Cour, mais le cahier des charges avait été, je dirais, fait sur mesure (sur mesure de la Fecsa qui était le candidat adjudicataire). On avait inséré là une série de clauses qui étaient des clauses aisément exécutables par la Fecsa et par personne d'autre. Pour ce cahier en lui-même, il fallait être

sûr de la bienveillance de l'Institut espagnol de monnaies étrangères, sans quoi il était tout à fait impossible de donner satisfaction et d'assurer le paiement en devises étrangères de tous les obligataires; et le cahier a été conçu de cette façon; Barcelona Traction a énoncé ses griefs contre le cahier des charges. Cela a été repoussé une première fois par le juge spécial et, alors que d'après la loi espagnole le cahier des charges d'une adjudication publique est soumis au contrôle des tribunaux et doit être approuvé par les tribunaux, la cour d'appel de Barcelone a eu cet attendu incroyable que, en réalité, c'était là un acte de simple routine procédurale relevant du pouvoir discrétionnaire des syndics (mémoire, I, p. 100 et 101).

Ainsi, Messieurs, il y a dans la loi espagnole une garantie précise pour assurer l'honnêteté d'une adjudication publique: c'est le contrôle des tribunaux. On saisit le tribunal d'une série d'anomalies de ce cahier des charges, et le tribunal ne l'examine pas et vous répond: le cahier des charges, cela ne m'intéresse pas du tout; c'est une question de routine. Est-ce qu'il était inscrit, par le juge de Reus, que le contrôle du cahier des charges devait être considéré comme une pure formalité sans intérêt quelconque, et à laquelle les tribunaux pouvaient se dérober? Ou bien est-ce que je suis en droit de plaider qu'en réalité le cahier des charges a été un cahier des charges gravement tendancieux et de nature à fausser l'adjudication publique, et l'ayant plaidé, et ayant épuisé tous les recours pour le faire reconnaître par la justice espagnole, qui s'est simplement bouché les oreilles, est-ce que le Gouvernement belge est en droit de prendre à son tour le grief en main et de s'adresser à la justice internationale? Je le pense.

Où mon éminent contradicteur se surpasse, c'est tout d'abord lorsqu'il déclare que la même chose peut être dite des griefs élevés contre l'adjudication. C'est à croire, Messieurs, que pour lui, il était indifférent pour les actionnaires de Barcelona Traction que l'adjudication des biens vendus à titre conservatoire se fit à vil prix ou qu'elle se fit, au contraire, pour une somme considérable.

A supposer que cela ait rapporté 100 ou 150 millions de dollars, il n'y aurait probablement pas eu de procès international. Ce n'est pas tant, malgré leur irrégularité, la vente des titres qui cause le dommage, ce sont les conditions de la vente des titres, c'est le prix dérisoire qui fait qu'il n'y a rien eu du tout pour les actionnaires de Barcelona Traction. L'adjudicataire a payé 10 millions de pesetas aux syndics en 1952 — vous pensez bien que les 10 millions de pesetas ont été abondamment utilisés par les syndics pour se rémunérer et pour pourvoir à leurs frais. Pour les actionnaires, au jour de la liquidation, à supposer qu'elle ait eu lieu ou qu'elle doive avoir lieu incessamment, il n'y aura rien. On prétend nous dire que l'adjudication dans les conditions où elle a lieu et dont l'irrégularité a été dénoncée par une série de recours, est elle aussi la conséquence inévitable et irréversible d'un jugement de faillite que par hypothèse nous aurions commis l'erreur de ne pas attaquer.

Vous vous rendez bien compte que cela est tout à fait inexact et que nous nous trouvons là devant une cause nouvelle, indépendante de la première et qui, en réalité, a contribué d'une manière essentielle à la création du dommage dont le Gouvernement belge poursuit réparation.

Il y a un dernier point où vraiment nous touchons à un comble, c'est lorsque nous entendons ou que nous lisons à la page 304, II, du compte rendu du 2 avril:

« ... même la substitution des actions des sociétés filiales [entendez par là l'impression des faux titres] ... n'était que la conséquence juridique de la saisie médiante et civilissime de ces actions de sociétés filiales qui appartenaient dans leur totalité à la Barcelona Traction, saisie prononcée par le juge de Reus dans la décision déclarative de la faillite dont la force de chose jugée vous a été montrée à maintes reprises ».

Nous avons là la répétition d'une inexactitude dans l'interprétation même du jugement de faillite. J'ai déjà montré à la Cour qu'il n'y avait pas eu et qu'il ne pouvait pas y avoir de saisie des titres des sociétés auxiliaires qui se trouvaient à Toronto. Il y avait eu une saisie des avoirs des sociétés auxiliaires représentés par les titres des sociétés auxiliaires. C'était la seule saisie réelle, efficace, matérielle. Et puis, il y avait eu un dire pour droit assez puéril qui en déduisait une possession médiante et civilissime des titres se trouvant à Toronto, possession médiante et civilissime dans le chef des organes de la faillite du séquestre provisoire au début et des syndics de la faillite lorsqu'ils eurent été désignés.

Est-ce que vraiment, Messieurs, la Partie adverse espère maintenant ou plus tard obtenir de la Cour qu'elle considère qu'effectivement c'est une conséquence naturelle et juridique de cette singulière construction de possession médiante et civilissime que les organes de la faillite puissent exercer des droits d'actionnaires afférant à des titres qu'ils ne détenaient pas, qui n'étaient pas inscrits à leur nom à Toronto, ni pour leur compte ni au nom de quelque *nominee*?

Est-ce qu'il y a quelqu'un qui, à la lecture du jugement déclaratif de faillite, pouvait imaginer à propos de ces titres qu'ils ne détenaient pas, dont ils ne songeaient pas à s'emparer, pour lesquels ils n'avaient pas introduit de commission rogatoire, que ces syndics allaient trouver dans le jugement déclaratif de faillite le pouvoir d'annuler les titres véritables dont ils n'avaient pu s'emparer, et après les avoir annulés, de faire imprimer des fac-similés et après avoir imprimé des fac-similés, de les considérer comme étant seuls valables et d'en faire l'objet de l'adjudication au public?

Le Gouvernement belge ne le croit pas et il ne pense pas que le succès de la tentative de présenter cela comme déjà contenu dans le jugement déclaratif de faillite ait des chances de réussir. Cela fit l'objet des protestations les plus indignées de la part des intéressés; cela a fait l'objet du grief le plus grave assurément qu'a formulé le Gouvernement belge contre l'ensemble de cette procédure. Les intéressés se sont abondamment défendus contre ce qu'ils considéraient comme le comble de l'audace de ce groupe March et de ceux qui facilitaient ses entreprises et des magistrats qui considéraient qu'ils ne pouvaient pas s'y opposer.

Messieurs, la Cour n'a pas à se prononcer maintenant sur le caractère de ces agissements. Je lui demande simplement de constater que ces agissements ont fait l'objet, au temps où il le fallait, des recours de la part des intéressés et que ces recours ont été exercés en vain, qu'il y a épuisément des voies de recours interne et que le grief peut donc être accueilli.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, me voici au terme de mon exposé de nos conclusions principales relatives à l'exception n° 4. J'espère avoir convaincu la Cour que, contrairement à ce qui avait été affirmé, le jugement de faillite a fait l'objet en temps utile d'une multitude de

recours régulièrement introduits, adéquats, que ces recours ont été épuisés, que dès lors le Gouvernement belge est recevable à dénoncer à son tour les griefs qui s'y trouvaient formulés.

J'ai ensuite montré à la Cour, plus sommairement, parce que la Partie adverse dans sa plaidoirie les avait énumérées également très sommairement (mais la Cour éventuellement verra le détail des griefs dans nos écritures, dans le mémoire et dans les observations), qu'il y avait toute une série de décisions postérieures au jugement déclaratif de faillite qui étaient même *prima facie* singulières, qui avaient puissamment contribué à aggraver le dommage que subissait Barcelona Traction du fait du jugement déclaratif de faillite, qui avaient été des éléments décisifs de la gravité du dépouillement total que subirent les actionnaires. On ne nie pas que des recours, en abondance, en surabondance, ont été introduits contre ces diverses décisions.

Dans ces conditions, il me paraît tomber sous le sens que le Gouvernement belge doit être déclaré recevable à faire valoir à son tour ses griefs et que l'exception des voies de recours interne doit être rejetée.

Il me reste à vous parler de la demande de jonction au fond et si Monsieur le Président m'y autorise, ce sera l'objet de ma plaidoirie de demain.

[Audience publique du 23 avril 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement belge a conclu, à titre subsidiaire, par application de l'article 62, paragraphe 5, du Règlement de la Cour, à ce que la Cour, après avoir entendu les Parties, joigne au fond les troisième et quatrième exceptions préliminaires.

Avant d'exposer les raisons qui nous font croire qu'une telle décision pourrait s'avérer la plus adéquate à l'examen de l'argumentation qui a été développée par les deux Parties, je crois utile de rencontrer brièvement les très intéressantes considérations juridiques qui ont été développées au sujet de la jonction au fond par mon éminent contradicteur le professeur Ago qui en a traité au cours de la matinée du 1<sup>er</sup> avril; elles ont été reprises plus succinctement par M. le professeur Malintoppi à la fin de sa plaidoirie dans la matinée du vendredi 3 avril.

Je m'en excuse auprès de la Cour car, s'il est dans le Règlement de la Cour une disposition simple et claire et qui à première vue peut ne justifier aucun commentaire quelconque, c'est assurément celle de l'article 62, paragraphe 5, qui donne l'option à la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une exception préliminaire, de statuer sur l'exception ou de la joindre au fond, sans que le Règlement donne à la Cour aucune directive, sans qu'il établisse aucune limite en ce qui concerne la liberté de son choix.

Je crois néanmoins devoir m'y arrêter, parce que la Partie adverse a cru trouver dans les travaux préparatoires de l'article 62 de l'actuel Règlement et aussi dans l'usage qui a été fait par la Cour permanente et par la Cour des possibilités de jonction au fond, des indications qui seraient de nature à la mettre en garde, d'une façon qui me paraît tout à fait excessive, contre toute suggestion de jonction au fond qui pourrait être faite, en sorte qu'elle devrait adopter, en ce qui concerne la jonction au fond, une sorte de préjugé défavorable.

Je relève tout spécialement dans l'exposé qui vous a été fait le 1<sup>er</sup> avril par le professeur Ago, deux propositions qui me paraissent erronées, ou tout au moins excessives. Les voici (voir II, p. 269):

« La jurisprudence de la Cour paraît donc bien s'inspirer du principe que le défendeur, lorsqu'il soulève au moment requis une question à titre d'exception préliminaire et s'abstient de répondre sur le fond, fait usage de son droit le plus strict de ne pas discuter le fond d'une affaire avant qu'il ne soit établi qu'il est vraiment obligé, en l'espèce, d'assumer une telle charge. »

D'après cela donc pas de possibilité d'imposer à une partie de plaider au fond avant qu'une décision ne soit intervenue constatant la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande.

La deuxième proposition est la suivante (voir II, p. 266) :

« Pour se rendre compte du caractère absolument exceptionnel que doit revêtir la possibilité de joindre au fond une exception préliminaire dans la procédure internationale... »

Messieurs, tâchons de voir les choses objectivement et pour cela retraçons les principales étapes qui ont conduit à la disposition du Règlement que nous connaissons aujourd'hui et qui constitue le paragraphe 5 de l'article 62 du Règlement de la Cour internationale repris lui-même à l'article 62 du Règlement de 1936 de la Cour permanente de Justice internationale.

L'exposé de M. le professeur Ago va considérablement m'aider. Dans cette analyse je puis dire qu'il m'a montré la voie, mais j'ai replacé les faits qu'il a mentionnés dans leur ordre chronologique; et cela leur donne une couleur et une portée tout à fait différentes, cela modifie totalement le coefficient d'importance qu'on peut leur accorder quant à l'interprétation de la disposition actuelle de l'article 62, paragraphe 5.

Le premier Règlement adopté par la Cour permanente de Justice internationale, en 1922, ne contenait, comme il a été signalé, aucune disposition quant à la procédure à suivre en cas de formulation d'une exception préliminaire par l'Etat défendeur.

C'était sans doute une lacune mais ce n'était pas une omission. M. Rosenne, dans son excellent traité sur la Cour, expose les raisons de ce silence (p. 348 et suiv.). La Cour permanente n'avait aucunement perdu de vue que, déjà antérieurement, des arbitres avaient reconnu l'opportunité de se prononcer sur les dénégations de compétence ou de recevabilité soulevées par un Etat défendeur, puisqu'en cas d'admission de l'exception il ne subsistait pas de litige sur lequel ils aient à se prononcer. Mais la Cour permanente hésitait sur l'utilité qu'il pouvait y avoir à régler la présentation des exceptions et à limiter les conditions de cette présentation en ouvrant ainsi une voie plus large à l'application du *forum prorogatum*.

Après d'assez longs débats sur cette question précise du traitement à faire aux exceptions préliminaires, sans que l'on ait soufflé mot de la jonction au fond à cette époque, la Cour préféra attendre les résultats de l'expérience. Et, Messieurs, elle fut très rapidement placée devant la question, car dans une de ses toutes premières affaires, dans l'affaire *Maurommatis*, la Grande-Bretagne, qui était l'Etat défendeur, marqua le désir de se borner provisoirement à contester la compétence de la Cour. La Cour, spontanément, en l'absence de toute disposition complémentaire, autorisa la Grande-Bretagne à limiter son premier écrit que l'on appelait « mémoire », son premier mémoire ou contre-mémoire, à l'exposé de son exception, en invitant l'Etat demandeur à y répondre; ce qui

était en réalité la procédure qui fut adoptée dans la suite et qui fut donc initiée par la voie prétorienne (arrêt du 30 août 1924, *C.P.J.I. série A n° 2*).

C'était, Messieurs, déjà de la part de la Grande-Bretagne une manifestation de ce désir dont il a beaucoup été question dans les exposés de la Partie adverse et qui a été notamment souligné par M. Anzilotti et par M. Hammarskjöld dans les textes que l'on vous a rappelés, l'intérêt et le désir que peut avoir un Etat défendeur d'éviter si possible la discussion devant la Cour sur le fond d'un problème et de ne pas se contenter de voir la Cour donner dans sa délibération la priorité aux moyens soulevés par voie d'exception, mais de permettre à la partie elle-même d'éviter le débat.

La Cour permanente, l'année suivante, se trouva placée devant la même situation dans l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie*. Dans cette affaire aussi l'Etat défendeur exprima le désir de se limiter à contester compétence et recevabilité; et la Cour rendit un arrêt le 25 août 1925, qui figure au recueil, sous le n° 6 de la série A et qui, après que les débats et la procédure écrite eurent été limités à l'examen de l'exception, se prononça sur celle-ci. Alors, après cette double expérience, la Cour mit à profit cette expérience et introduisit dans son Règlement de 1926, un article 38, suivant lequel, dans les affaires introduites par requête, tout dépôt par l'Etat défendeur d'une exception préliminaire entraînerait l'arrêt provisoire de la procédure sur le fond.

Ce fut la première réforme; et il fallut attendre dix ans avant que la seconde soit réalisée, à savoir la possibilité de la jonction au fond.

Jusqu'en 1936, le Règlement plaçait la Cour saisie d'exceptions préliminaires devant la seule alternative, soit d'admettre l'exception, soit de la rejeter, même si en ce faisant elle s'exposait à trancher provisoirement sous l'angle de l'exception des questions qu'elle retrouverait éventuellement dans l'examen du fond.

Le système adopté par la Cour permanente en 1926 pouvait placer la Cour dans des situations embarrassantes et devait, dans certains cas, présenter des inconvénients manifestes. La possibilité de ces inconvénients était, à vrai dire, déjà apparue dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (compétence) (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15 et suiv.) dans laquelle la Cour permanente avait indiqué, comme le rappelait le professeur Ago, la nécessité où elle se trouvait d'aborder l'examen de l'exception préliminaire dont elle était saisie — je cite — « quand même cet examen devrait l'amener à effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire ».

En réalité, ce qu'elle entrevoyait c'était beaucoup plus qu'effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire puisqu'elle sentait la nécessité, dans le même arrêt, de réserver — je cite — « une complète liberté d'appréciation lors des débats sur le fond des arguments apportés éventuellement de part et d'autre » sur des sujets déjà touchés aux fins d'une décision au stade d'une exception préliminaire.

Vous vous rendez compte, Messieurs, la Cour entrevoyait déjà la possibilité d'avoir à répondre différemment et en sens inverse sur une question qu'elle avait résolue dans les exceptions préliminaires le jour où elle la rencontrerait après la procédure au fond et le débat au fond. Cette contradiction, la Cour espérait en supprimer les inconvénients juridiques en annonçant que la première réponse qu'elle aurait donnée à la question ne constituerait pas chose jugée. Elle se réservait expressément de la considérer comme provisoire et de reprendre la question

pour que, après plus ample informé, elle puisse éventuellement lui donner une réponse différente.

Nos adversaires attachent une grande importance à cet arrêt de 1925 puisque c'est, je crois, le seul arrêt que cite le professeur Malintoppi à la fin de sa plaidoirie du 3 avril. Est-ce qu'il est nécessaire que je souligne à la Cour que du moment qu'il s'agit d'un arrêt *de 1925*, antérieur de onze ans à l'introduction dans le règlement d'une disposition sur la jonction au fond, il n'est vraiment pas raisonnable de le retenir comme de nature à fournir des indications utiles quant à la façon dont *actuellement*, sous l'empire du règlement *actuel*, la Cour internationale de Justice doit examiner le traitement qu'elle doit adopter en ce qui concerne les exceptions préliminaires.

L'inconvénient évident que je signalais d'exposer la Cour au risque de se contredire, ce qui incontestablement devait nuire à son crédit, apparut vraisemblablement lors des délibérations en 1933 sur l'affaire de l'*Administration du prince de Pless*. A ce moment la Cour crut pouvoir inaugurer par la voie prétorienne une nouvelle procédure sans que la chose lui eût été demandée; placée devant une exception préliminaire dont, relevait-elle, l'appréciation n'était possible que sur la base d'une connaissance complète des faits allégués par le demandeur, telle que seule la procédure sur le fond pouvait fournir, la Cour ordonna la jonction au fond. Au lieu de rendre un arrêt, elle rendit une ordonnance (C.P.J.I. série A/B n° 52).

L'ordonnance n'indique pas à quelle majorité la Cour prit cette décision. On peut supposer que l'innovation rencontra des oppositions puisque rien ne pouvait faire prévoir aux Parties — et spécialement à l'Etat défendeur — la solution qui allait être donnée et la dérogation qui allait être apportée à l'article 38 tel qu'il existait dans le Règlement. Il était normal dès lors que la Cour, au moment où elle allait à nouveau reviser son Règlement, y consacre une solution dont la nécessité lui était apparue lors de l'examen de l'affaire de l'*Administration des biens du prince de Pless*.

Et c'est de là que sortit le nouveau Règlement de 1936 repris tel quel par la Cour internationale en 1946 et qui, bien entendu, apporte d'autres modifications encore extrêmement intéressantes, mais qui sont hors du débat aujourd'hui, à l'article relatif aux exceptions préliminaires.

A partir de ce moment, il n'y a plus d'exemple où la Cour ait tranché, sous forme d'exceptions préliminaires, des questions comportant non sans doute des points de fait (car il y a bien des exceptions préliminaires qui comportent des points de fait et qui ne doivent en aucune façon être joints au fond), mais des points qui devront être examinés lors du débat au fond. Elle n'a plus jugé suffisant de s'abriter derrière la réserve qu'elle avait formulée en 1925 suivant laquelle les réponses qu'elle donnerait à ces questions seraient dépourvues du caractère de chose jugée; elle s'est rendu compte qu'une pareille attitude l'exposait au reproche de préjuger de la solution finale sans que la procédure ait été complètement engagée sur ladite question. Dorénavant, la Cour permanente et la Cour internationale de Justice, lorsqu'elles se sont trouvées devant une telle situation, ont eu la possibilité, et en ont largement usé, de joindre l'exception au fond. Elles ont agi de même — nous le verrons après — lorsqu'elles ont jugé leur paraissant utile dans l'intérêt d'une bonne justice afin de recueillir le complément d'information que pouvait leur donner la jonction au fond et la poursuite de la procédure.

Bien entendu, dans le système actuel, la liberté de l'Etat défendeur de limiter provisoirement sa défense à la présentation d'une exception préliminaire et de ne pas répondre au fond, demeure entière. Elle est même plus large que ce que lui reconnaît le professeur Ago. L'Etat défendeur peut présenter, à titre d'exception préliminaire, n'importe quel moyen, fût-il dépourvu de pertinence ou fût-il directement emprunté au fond même de l'affaire s'il juge opportun de le disjoindre de l'examen du fond. Le Président de la Cour qui reçoit de l'Etat défendeur un écrit qualifié d'exception préliminaire ne peut pas, suivant l'article 62, exercer de contrôle sur la nature du moyen. D'après l'article 62, paragraphe 3, il fixe nécessairement le délai dans lequel l'Etat demandeur peut présenter l'écrit contenant ses observations et conclusions.

Ainsi le Règlement de 1936, repris en 1946, continue à donner à l'Etat défendeur, assigné par requête, une large satisfaction s'il désire ne pas s'expliquer sur le fond du différend avant d'avoir préalablement tenté d'obtenir un arrêt qui écarterait la demande comme sortant de la compétence de la Cour ou comme étant irrecevable. Mais là s'arrête la satisfaction garantie à l'Etat défendeur par le nouveau Règlement; le contrôle que le Président de la Cour n'a pas pu exercer, l'article 62 du Règlement le confère à la Cour elle-même qui décide souverainement s'il convient de statuer sur l'exception ou de la joindre au fond.

Il serait donc certainement excessif de reconnaître, comme le proposait le professeur Ago, un droit à l'Etat défendeur de s'opposer à la jonction puisque, en toute évidence, la Cour, maîtresse de sa procédure, a pu valablement se réserver une possibilité de ne pas statuer sur l'exception sans avoir repris la procédure au fond et entendu les Parties; ainsi, Messieurs, le droit d'obtenir une décision sur l'exception, avant de s'opposer au fond, est un droit que le Règlement ne reconnaît pas.

L'exercice de cette faculté que le nouveau Règlement donnait à la Cour permanente de joindre au fond l'exception préliminaire dont elle était saisie a-t-il été absolument exceptionnel comme la Partie adverse l'a soutenu? Je crois que mon estimé contradicteur a perdu de vue la date à laquelle cette faculté a été introduite dans le Règlement et la durée de la période pendant laquelle la Cour permanente de Justice internationale a été en mesure d'user de cette faculté. Le Règlement de 1936 a été adopté, je le souligne, le 11 mars 1936. Selon l'article 86 du Règlement, il est entré en vigueur le même jour. La Cour permanente de Justice internationale n'a pu siéger effectivement que pendant les trois années qui ont suivi l'adoption de la rédaction nouvelle de l'article 62. Or, pendant ce court laps de temps, elle a quatre fois joint au fond tout ou partie des exceptions dont elle était saisie, soit dans les affaires *Pajzs, Csáky, Esterházy* (C.P.J.I. série A/B n° 66) — et cette affaire était déjà pendante devant elle au moment où elle adoptait le nouveau Règlement — dans l'affaire *Losinger & Cie, S.A.* (C.P.J.I. série A/B n° 67) dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (C.P.J.I. série A/B n° 75), *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (C.P.J.I. série A/B n° 77).

Inutile de dire que ces décisions, dont les trois premières furent des ordonnances et la quatrième un arrêt, sont pour la question qui nous occupe d'une tout autre importance que l'arrêt de 1925 relatif à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt n° 6, 1925 (C.P.J.I. série A n° 6) avec lequel elle marque une différence d'attitude totale.

Bornons-nous à citer cet extrait de l'ordonnance rendue dans l'affaire *Losinger & C<sup>te</sup>, S.A. (C.P.J.I. série A/B n° 67)* qui constitue le contre-pied de l'arrêt dont se prévalent mes estimés contradicteurs :

« Il n'appartient pas [dit la Cour permanente] d'empiéter de façon quelconque sur le fond d'une affaire à elle soumise par voie de requête ... avant que les parties usent du droit que leur réservent le Statut et le Règlement de déposer chacune deux pièces écrites ainsi que de présenter des exposés oraux sur le fond. »

Et, Messieurs, si je ne craignais d'abuser des instants de la Cour, il me serait aisé de détacher des autres arrêts que j'ai cités de la Cour permanente de Justice internationale des considérants semblables.

La Cour internationale de Justice, comme on le sait, eut elle aussi l'occasion de joindre au fond les exceptions préliminaires et ce, à deux reprises. Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* où elle releva notamment comme un des motifs de sa décision :

« toute appréciation de ces éléments [c'est-à-dire des éléments qui lui étaient soumis] bien que limitée en ce qui concerne l'exception préliminaire, impliquerait le risque de préjuger certains points étroitement liés au fond » (arrêt du 26 novembre 1957).

Vous vous souvenez, Messieurs, dans l'affaire de 1925, la Cour disait : « Peu importe d'effleurer le fond, il est bien entendu que je réserve entière la possibilité d'appréciation après la procédure au fond. » Actuellement, la Cour internationale de Justice déclare que toute appréciation de ces éléments doit être exclue et relève notamment comme un des motifs de sa décision, que toute appréciation de ces éléments au stade de l'exception préliminaire impliquerait le risque de préjuger ; or même si ce n'est pas par une décision ayant autorité de chose jugée, la Cour n'entend pas préjuger.

Peu auparavant, dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens, ordonnance du 28 septembre 1956, C.I.J. Recueil 1956*, elle avait joint au fond par ordonnance du 28 septembre, une exception de non-épuisement des voies de recours interne. Cette fois elle le faisait de l'accord des Parties.

Et, Messieurs, les auteurs ne se sont pas trompés sur ce prétendu caractère exceptionnel de la jonction au fond. Ils émettent un avis opposé. Sir Humphrey Waldock, dans son étude intitulée *The plea of domestic jurisdiction before International Tribunals*, parue dans le *British Yearbook of International Law*, 1954, remarque dans un chapitre intitulé « La pratique de la Cour à l'égard des exceptions préliminaires » (p. 115) :

« En 1936, le Règlement fut modifié pour prévoir expressément que les exceptions préliminaires peuvent bien faire l'objet d'une décision finale immédiate ou être jointes au fond. Depuis ce changement dans le Règlement, la Cour a toujours ajourné jusqu'au débat au fond toute exception préliminaire qu'elle considérait trop étroitement liée au fond du différend pour être tranchée sans examen au fond. »

Et sir Hersch Lauterpacht, dans son ouvrage intitulé *Development of International Law by the International Court* paru en 1958, remarquait à la page 113 : « Un exemple instructif de l'attitude de prudence en matière

de compétence est fourni par le fréquence de la jonction à la procédure sur le fond.»

Nous sommes loin du caractère absolument exceptionnel attribué à cette disposition.

Bien entendu, que la jonction au fond doive être considérée comme la règle et que ce ne soit qu'exceptionnellement que la Cour statuerait sur l'exception préliminaire est aux antipodes de ma pensée et je n'ai jamais songé à défendre pareille thèse devant la Cour. Une telle affirmation générale méconnaîtrait de la façon la plus flagrante les raisons pratiques qui ont conduit la Cour en 1926 à admettre comme une règle de bon sens conforme à la pratique des juridictions de droit interne, qu'il y a lieu dans la mesure du possible de ne pas statuer sur le fond lorsque la compétence du juge ou la recevabilité de la demande sont contestées.

La question, Messieurs, de l'opportunité d'une jonction au fond se posera nécessairement de façon tout à fait différente suivant la nature de l'exception et l'existence ou l'inexistence d'un lien de connexité entre l'exception et la nature de la demande au fond et de l'examen qu'elle réclame.

Je ne peux donc en aucune façon souscrire à l'opinion qui a été exprimée en plaidoirie, lorsque mon éminent contradicteur, partant de la constatation exacte que les exceptions préliminaires sont de nature extrêmement diverse et qu'il est très difficile de tenter de les classer en catégories, a cru pouvoir constater (voir II, p. 264) :

« l'on n'a établi aucune différence, quant aux effets de l'exception sur la procédure, selon que la question qui est soulevée à titre d'exception préliminaire est une question ... de fond ... mais elle reste séparée et distincte de la question de fond soulevée par la réclamation ».

A mon avis, il y a là une équivoque. Il est vrai qu'au point de vue de l'effet immédiat sur le cours de la procédure, il n'y a pas, comme je l'ai exposé, de différence de traitement entre les divers moyens que le Gouvernement défendeur aura pu présenter à titre d'exception préliminaire. Le Président, dans tous les cas, ordonnera la suspension de la procédure au fond. Mais il est certainement inexact de considérer comme indifférent, pour la décision de la Cour, que l'exception nécessite ou non l'examen — je ne dis pas bien entendu de certains faits étrangers au fond de la réclamation, car elle peut soulever des questions de fait — mais des faits mêmes visés dans la demande — ou bien qu'elle exige ou n'exige pas une décision sur certains points relevant du bien-fondé de la demande, ou encore que les explications qui seront fournies à l'occasion de la défense au fond peuvent ou non être utiles pour l'examen de l'exception préliminaire.

A vrai dire, la pratique semble démontrer que la Cour saisie d'une exception préliminaire se pose nécessairement plusieurs questions successivement, à savoir :

Premièrement, le moyen proposé a-t-il vraiment le caractère d'une exception préliminaire ?

Deuxièmement, dans l'affirmative, peut-il être statué au sujet de cette exception préliminaire sans préjuger du fond ?

Et troisièmement, si la réponse aux deux questions est positive, est-ce que sans nécessiter un préjugé du fond, l'examen de la question ne touche pas à tel point aux faits visés dans la réclamation que dans l'intérêt d'une bonne justice il est préférable que la Cour ne se prononce pas sans avoir recueilli le complément d'informations que doit lui procurer l'échange complet des quatre écrits prévus par le Règlement pour l'instruction du fond? A noter que même l'examen de la première question, c'est-à-dire le point de savoir si le moyen proposé a vraiment le caractère d'une exception préliminaire, a été parfois joint au fond en vue de recueillir dans la procédure au fond des renseignements complémentaires jugés désirables, même pour statuer sur ce tout premier point.

En pareil cas, la délibération qui suivra l'explication au fond intervenant après la clôture de la procédure et le renvoi, va nécessairement porter en premier lieu sur le caractère d'exception préliminaire qui peut ou doit être attribué au moyen soulevé par l'Etat défendeur.

Monsieur le Président, trois arrêts qui s'ajoutent à l'ordonnance déjà citée rendue par la Cour permanente dans l'affaire *Losinger & Cie, S.A. (C.P.J.I. série A/B n° 67)* et à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* vont me permettre, je pense, de bien me faire comprendre. L'un est celui rendu par la Cour permanente dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (C.P.J.I. série A/B n° 75)*. La Cour a joint au fond deux exceptions dont le caractère préliminaire était douteux en « considérant que dans la phase actuelle de la procédure, une décision ne pouvait pas être prise sur le caractère préliminaire des exceptions, ni sur le bien-fondé de ces mêmes exceptions ».

Le deuxième arrêt émane encore de la Cour permanente: c'est l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (C.P.J.I. série A/B n° 77)*. On lit, page 78:

« L'argument *ratione materiae* ainsi développé et produit à l'appui de l'exception préliminaire d'incompétence forme une partie du fond même du différend. La Cour ne peut, par conséquent, reconnaître à ce moyen le caractère d'une exception préliminaire au sens de l'article 62 de son Règlement. »

On notera, Messieurs, que, ayant fait cette constatation, sans avoir joint l'exception au fond, la Cour n'ordonne pas cette jonction et déclare que les parties seront libres d'en reprendre le développement à titre de moyen; puisqu'il appartient d'office au fond et qu'il en fait partie, aucune jonction ne doit être ordonnée.

En d'autres mots, on peut déduire de la pratique de la Cour que la jonction au fond est ordonnée dans trois cas, à savoir lorsque l'ouverture de la procédure sur le fond paraît nécessaire pour vérifier si le moyen a le caractère d'exception préliminaire; lorsque la jonction au fond paraît nécessaire pour éviter le risque d'une contradiction ou d'un préjugé avec les décisions qui devront intervenir sur le fond; et enfin lorsque la reprise de la procédure au fond paraît indispensable pour éclairer complètement la question de telle façon que la Cour puisse se prononcer sur l'exception en meilleure connaissance de cause.

Une illustration de cette deuxième éventualité, celle où l'exception préliminaire peut avoir son caractère tout en étant en même temps une question qui relève du fond, se trouve dans l'affaire *Nottebohm*. C'est le dernier arrêt que je voudrais rappeler et si je le fais c'est parce qu'il

a été invoqué — je crois à tort — par le professeur Ago qui, à la page 268, II, a dit ceci :

« Ce n'est qu'en raison de sa propre attitude que le défendeur [qui était le Guatemala] ne pouvait plus éviter de discuter le fond de l'affaire en même temps que l'exception soulevée tardivement. »

Messieurs, je connais bien cette affaire puisque j'étais un des conseils du Guatemala. Que mon éminent contradicteur me permette de lui faire observer qu'il perd de vue que si même l'inopposabilité de la naturalisation de M. Nottebohm par le Liechtenstein avait été opposée comme exception préliminaire par le Guatemala, il n'eût pas été au pouvoir du Guatemala de plaider l'exception sans plaider simultanément le fond, ou si vous voulez, après avoir plaidé l'exception il aurait dû tout de même plaider le fond ; car il n'y a pas le moindre doute que la Cour eût joint l'exception au fond.

Que la Cour veuille bien se souvenir : il s'agissait d'une réclamation du Gouvernement du Liechtenstein qui se plaignait qu'un de ses ressortissants, ancien sujet allemand mais qui avait été naturalisé à l'ouverture des hostilités, avait été traité, au cours de la seconde guerre mondiale, par les autorités du Guatemala, comme sujet ennemi.

Le Gouvernement du Guatemala opposait à cette demande que la naturalisation qui avait été accordée à M. Nottebohm dans les circonstances très particulières d'octobre 1939 ne lui était pas opposable. Et il en tirait cette double conclusion que le Gouvernement du Liechtenstein ne pouvait être considéré comme intervenant en faveur d'un de ses ressortissants, et que sa demande n'était donc pas recevable, et aussi, quant au fond, qu'aucun reproche ne pouvait lui être adressé parce que c'est à bon droit qu'il avait considéré que M. Nottebohm n'était pas un sujet du Liechtenstein, mais était un sujet allemand, donc un sujet ennemi.

Ainsi, Messieurs, c'était exactement la même question, intégralement la même question, qui se plaçait sous l'angle de la recevabilité et sur le fond. Il était impossible à la Cour de rejeter l'exception préliminaire du Guatemala sans que, automatiquement, ce rejet entraîne, sous peine de contradiction, le gain du procès par le Liechtenstein.

Ce qui fait, Messieurs, que le Guatemala s'est abstenu pour ce motif de présenter cette question de nationalité à titre d'exception préliminaire. Quel eût été le résultat ? Sans aucun doute, le résultat c'est qu'il aurait plaidé une première fois cette question, que l'affaire eût été jointe au fond et qu'on eût recommencé les mêmes débats après une procédure écrite qui aurait été assurément plus complète. Il était, sans aucun doute, indispensable que l'affaire soit, dès le début, considérée comme ne pouvant être dissociée du fond. Il n'y a donc pas eu d'exception préliminaire. Mais, ceci est intéressant, bien que le moyen n'ait pas été présenté comme exception préliminaire, bien qu'il ait été présenté comme exception dans un débat qui portait nécessairement à la fois sur le fond et sur l'exception, la Cour a reconnu le caractère d'exception qui s'attachait à la question et c'est en accueillant l'exception dans son arrêt final qu'elle a accueilli la prétention du Guatemala, qu'elle a déclaré la demande non recevable. En sorte que nous pouvons retenir qu'une décision de jonction au fond d'une exception préliminaire n'enlève pas du tout à cette exception son caractère et ne dispense, du moment que le caractère d'exception préliminaire a été reconnu, pas du tout la

Cour du devoir de se prononcer d'abord quant à l'exception, avant de se prononcer sur le fond.

Et Messieurs, une dernière constatation importante me paraît devoir être déduite de ce bref rappel de jurisprudence des deux Cours, à savoir que les exceptions sont parfois — je dirais même souvent — complexes.

Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (C.P.J.I. série A/B n° 75) que j'ai rappelée tantôt, la Bulgarie, en apparence, n'avait formé qu'une exception qu'elle appelait l'exception d'irrecevabilité. Elle fondait cette exception d'irrecevabilité sur divers moyens: il y avait une exception *ratione temporis*, il y avait une exception *ratione materiae* et bien qu'en apparence formellement la Cour permanente ne fût saisie que d'une seule exception, elle examina séparément les moyens et prit une décision différente sur chacun des moyens.

Messieurs, c'est la règle qui est très clairement dégagée de ce précédent par M. Rosenne à la page 356 de son ouvrage classique. Il dit:

« Si plus d'un moyen (*more than one plea*) est contenu dans l'exception, la Cour aura, au moment voulu, à assigner à chacun son rang de priorité et à déterminer les caractéristiques précises de chacun. En particulier, elle déterminera lesquels de ces moyens sont en réalité — le cas échéant — des moyens de défense au fond dont elle ajournera la prise en considération. Enfin, elle déterminera quels sont les moyens sur lesquels elle peut statuer après une procédure interlocutoire et quels sont ceux qui doivent être examinés en même temps que le fond avant décision finale. Cela dépendra moins de la nature des moyens que des arguments avancés à leur appui. Ayant procédé à cet examen, la Cour sera en mesure de prendre une décision. »

Je pense, Messieurs, que les explications que j'ai données constituent un commentaire valable de l'article 62 de votre Règlement et je souhaite que, si telle est également votre opinion, vous l'ayez présent à l'esprit lorsque vous examinerez les questions soulevées par l'examen des troisième et quatrième exceptions préliminaires.

La dernière observation que j'ai faite relativement au caractère complexe que peuvent présenter parfois les exceptions et à la nécessité pour la Cour de décomposer l'exception, afin de voir quels sont les points qu'il lui est possible et opportun de retenir pour les résoudre, et quels sont ceux au contraire dont la jonction au fond s'impose, me paraît, je crois, une bonne transition et une bonne introduction à l'application que je vais faire des principes que j'ai développés à la matière de la troisième exception préliminaire.

En effet, il me paraît certain, et j'ajoute qu'il me paraît non contesté par la Partie adverse, que cette troisième exception est le type même de l'exception complexe qui groupe une série de moyens et de questions dont les unes peuvent aisément être résolues par la Cour sans empiètement sur le fond et sans nécessité d'explications complémentaires, tandis que la chose paraît impossible pour les autres.

Je vais prendre comme base de tout mon raisonnement sur la troisième exception, l'exégèse que le professeur Ago en a lui-même donné au cours de l'audience du 1<sup>er</sup> avril, lorsqu'il a énuméré de façon très claire les divers points que le Gouvernement espagnol considère comme compris dans l'exception espagnole relative au défaut de qualité du Gouvernement belge et sur lesquels il demande à la Cour de se prononcer.

J'emprunte cette énumération à la page 270, II. Voici comment il commence :

« Le désaccord entre les Parties porte avant tout sur le point de savoir si l'on doit ou non admettre la tentative belge de changer aujourd'hui sa demande en la présentant non plus au titre de la protection de la société canadienne Barcelona Traction, mais au titre de la protection de la société belge Sidro, prétendue actionnaire de la première. »

Arrêtons-nous un instant. Est-ce que cette première question est mûre pour être tranchée par la Cour sans jonction au fond ?

La réponse affirmative ne me paraît pas douteuse. Mes collègues, le professeur Lauterpacht et le professeur Sauser-Hall, ont soutenu avec vigueur, qu'une fois admis le droit de la Belgique de représenter sa demande après le désistement de la première instance, on ne voit pas en vertu de quelle règle il lui serait interdit de présenter sa nouvelle requête en des termes qui lui paraissent de nature à éviter des équivoques et des objections. Le Gouvernement espagnol a soutenu avec vigueur une thèse opposée. L'examen de cette contestation, telle qu'elle est libellée, ne comporte sans aucun doute aucun préjugé quelconque sur la décision au fond. La question est mûre. Il n'y a aucune nécessité d'attendre des éclaircissements supplémentaires d'un débat au fond qui ne pourrait les fournir.

Je continue la citation de l'exposé oral :

« Il [le désaccord] porte également sur la question de savoir si la nouvelle demande a vraiment pour objet la protection d'actionnaires de la Barcelona Traction, et non pas la protection de cette société en tant que telle. »

Cette fois encore, je marque volontiers mon accord avec mon éminent contradicteur. Une telle question est mûre pour être tranchée. Sans doute est-ce cette fois un point de fait : il s'agit de l'interprétation de la requête et du mémoire belge auxquels le Gouvernement espagnol prétend faire dire autre chose que ce que le Gouvernement belge déclare avoir voulu y exprimer et qui paraît bien résulter des termes qu'il a employés. Mais de toute façon, Messieurs, la réponse à donner à la question posée par le professeur Ago est absolument indépendante de la réalité ou du bien-fondé des griefs qui ont été articulés contre certains actes des autorités espagnoles. Et on ne voit pas comment la Cour pourrait refuser de statuer *hic et nunc* sur une question semblable.

Vient maintenant la troisième question :

« Les vues des Parties s'opposent aussi quant à la possibilité de considérer des personnes qui ne sont pas inscrites au registre officiel d'une société comme des « actionnaires » au sens propre du terme aux fins d'une protection diplomatique par leur Etat national. »

Encore une fois, Messieurs, cette troisième question, je la considère non seulement comme mûre pour être tranchée, mais je constate aussi qu'elle n'empiète pas sur le fond, qu'elle constitue bien une exception préliminaire ; la demande du Gouvernement belge n'est en effet recevable qu'en faveur de ses ressortissants. Parmi ceux-ci il a cité lui-même comme la plus importante la société Sidro. Il a donc le devoir de faire la preuve de la nationalité belge des personnes physiques et morales dont

il déclare vouloir assumer la protection. Et non seulement il doit faire la preuve de leur nationalité, mais la contestation soulevée par le Gouvernement espagnol, à savoir si Sidro peut bénéficier de la protection diplomatique ou judiciaire de la Belgique pour une lésion qu'elle aurait subie dans ses intérêts d'actionnaires alors qu'elle n'est pas inscrite au registre officiel des actionnaires de la Barcelona Traction mais qu'elle y figure seulement comme *nominee*, une telle question, cela me paraît sauter aux yeux, ne comporte aucun préjugé quelconque des questions de fond; et, d'autre part, on ne peut attendre, sur cette question de modalités d'inscription, des droits, de la nature des droits que Sidro possède sur ces actions, des compétences respectives du *nominee* et du *beneficial owner*, aucune explication supplémentaire à celles qui ont été données des deux côtés de la barre. Cette question-là est encore une fois parfaitement mûre pour être appréciée par la Cour.

Monsieur le Président, me voici arrivé au dernier point que le professeur Ago entend inclure dans sa contestation du *jus standi* du Gouvernement belge, un point qui a du reste été abondamment développé dans les exceptions préliminaires ainsi que dans l'exposé oral.

Le professeur Ago le définit comme suit:

«Le contraste d'opinion le plus marqué touche ensuite au point de savoir si une demande présentée au titre de la protection diplomatique d'actionnaires étrangers d'une société se plaignant d'un préjudice causé par un Etat tiers pourrait être considérée comme légitime en dépit du droit revenant à l'Etat national de la société et effectivement exercé par cet Etat et ceci soit à la lumière des principes généraux du droit international concernant la condition des étrangers et à la protection diplomatique, soit en vertu d'une prétendue règle coutumière dont le Gouvernement belge affirme et dont le Gouvernement espagnol nie résolument l'existence.»

N'oublions pas, Messieurs, que la question de droit telle qu'elle est posée par mon éminent contradicteur devrait être libellée de façon tout à fait différente, suivant le Gouvernement belge. Suivant ce dernier, son droit de protection de ressortissants dont la nationalité belge est établie est en principe illimité et pour que ce droit puisse être écarté dans le cas où les particuliers belges auraient subi une lésion en tant qu'actionnaires d'une société étrangère, il faudrait établir l'existence, suivant les principes généraux du droit international concernant la condition des étrangers et la protection diplomatique ou, en vertu d'une prétendue règle coutumière, d'une règle de droit international qui formulerait une prohibition.

Mais quoi qu'il en soit de ce libellé de la question, que la règle de droit international en discussion soit une règle permissive ou une règle prohibitive, la question telle qu'elle est libellée par le professeur Ago — la Cour le constatera — est une question purement théorique d'application générale, libellée en termes abstraits.

J'admets, Messieurs, que si la Cour accepte cette position de la question, que ce soit sous la forme espagnole ou sous la forme belge, si la Cour est disposée à se prononcer de façon absolue et générale sur le droit d'un Etat de protéger ses ressortissants en tant qu'actionnaires d'une société ayant un statut national différent, eh bien! la Cour pour résoudre cette question de droit abstrait n'aura aucunement besoin de

s'en référer au fond; elle ne courra aucun risque de préjuger au fond; elle pourra statuer.

La Cour sera-t-elle disposée à répondre par oui ou par non à une question ainsi libellée? La Cour va-t-elle formuler une règle générale suivant laquelle elle reconnaîtra le droit de protection de l'Etat national des actionnaires d'exercer toujours ce droit de protection ou de ne l'exercer jamais?

Quelle que soit la conviction avec laquelle le professeur Sauser-Hall a défendu la thèse du réalisme et de la nécessité lorsqu'il s'agit de protection internationale de soulever le voile de la personne morale pour prendre en considération les intérêts réels qu'il recouvre; quelle que soit la vigueur avec laquelle cette thèse a été combattue par la Partie adverse, la Cour a trop souvent marqué sa répugnance totale à formuler des conclusions en termes généraux pour que je puisse écarter l'hypothèse où le *jus standi* du Gouvernement belge ne serait apprécié que dans les circonstances de la cause et en fonction de certaines circonstances qui, sans épuiser le fond, font partie du fond ou en tout cas touchent le fond et nécessitent un éclaircissement complémentaire. Les circonstances qui pourraient être prises en considération sont naturellement entièrement dans la libre appréciation de la Cour se penchant sur un cas d'espèce. Mais j'imagine qu'elles pourraient notamment comprendre l'examen de la nature des lésions et de l'étendue des lésions subies par les ressortissants belges, actionnaires de la Barcelona Traction dont le Gouvernement belge prétend assumer la protection.

Cette question a été traitée dans les observations (I) au paragraphe 175, page 181. Elle a été reprise dans l'exposé du professeur Sauser-Hall. C'est incontestablement une question qui relève du fond puisque l'action en responsabilité, entreprise par le Gouvernement belge pour des dommages attribués à un acte illicite et subi par ses ressortissants, comporte la preuve de trois éléments: la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

D'autre part, le Gouvernement espagnol a relevé lui-même, dans ses exceptions préliminaires, I, page 221, en soulignant en italique et en s'appuyant de diverses références que

«le principe de la protection diplomatique de sociétaires pour dommages causés à la société n'a *jamais été admis pour les actionnaires d'une société anonyme, du moins tant que la société était elle-même en existence*».

Le Gouvernement espagnol a donc admis que dans l'hypothèse où la société victime d'un acte illicite a cessé d'exister, le droit de protection peut être exercé par l'Etat national des actionnaires.

Or, la jurisprudence à laquelle le Gouvernement espagnol se référerait, assimile, comme il a été montré, au cas de dissolution de la société les cas où la société est pratiquement défunte et l'un des auteurs que le Gouvernement espagnol cite volontiers, le professeur Paul De Visscher, enseigne

« que le juge international peut admettre la protection diplomatique 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 » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1961, tome 1, p. 477).

Le Gouvernement belge a, il est vrai, combattu dans ses observations le caractère trop restrictif de l'exception admise en faveur de l'Etat national des actionnaires, mais en même temps il a soutenu avec force aux pages 192 et 193 de ses observations (I), et M. le professeur Sauser-Hall a à nouveau démontré, comme je l'ai fait moi-même à propos de la quatrième exception, que la Barcelona Traction avait été très exactement vidée de sa substance sociale, privée de ses moyens d'action, stérilisée et paralysée — pour employer les expressions du professeur De Visscher — et qu'elle devait donc bénéficier du régime d'exception que le Gouvernement espagnol lui-même paraissait admettre en pareille hypothèse.

Mais si c'est là un point de vue auquel la Cour est, en principe, disposée à se rallier, si elle est disposée à avoir égard à une circonstance de cette nature, il me paraît probable, sinon inévitable, que malgré les explications que nous lui avons données à ce sujet, elle estime ne pouvoir se prononcer sur les effets réels des mesures prises ou autorisées par l'administration et les tribunaux espagnols, qu'après avoir recueilli les éclaircissements complémentaires que pourrait lui donner la reprise de la procédure au fond.

*[Audience publique du 23 avril 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'espère avoir fait comprendre à la Cour pour quel motif et comment, sans se contredire, le Gouvernement belge a pu conclure en ordre principal au rejet de l'exception préliminaire n° 3 et en ordre subsidiaire à sa jonction au fond.

Il n'y a évidemment pas là, contrairement à ce qu'a supposé mon estimé contradicteur à la fin de sa plaidoirie une «... tentative du Gouvernement belge de retarder encore la décision [tentative à laquelle le Gouvernement espagnol aurait] le droit de s'opposer très fermement aujourd'hui...» (voir II, p. 271).

La jonction au fond relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour et nous n'aurions pas pris de conclusion subsidiaire sur ce point que la Cour se trouverait exactement dans la même situation.

La Cour prendra sa décision suivant qu'elle retiendra ou ne retiendra pas, pour être résolues, l'une ou l'autre des questions qui lui ont été posées. Suivant l'attitude qu'elle adoptera, notamment à l'égard du problème de droit que lui a soumis le Gouvernement demandeur, elle appréciera librement si elle est en mesure d'y répondre sans avoir égard aux circonstances spéciales de la cause qui relèvent du fond, sans statuer sur une question de fond ou préjuger d'une question qui relève de l'examen du fond ou sans attendre les informations complémentaires que pourraient lui fournir la reprise de la procédure au fond et les débats au fond. Telle est la leçon qu'il m'a paru possible de tirer de l'examen de la genèse de l'article 62, 5°, de votre Règlement ainsi que de l'application qui a été donnée par la Cour permanente et par la Cour.

Et j'en aurais ainsi fini avec la troisième exception si je n'avais omis de trouver un dernier argument auquel le professeur Ago, mon ami érudit, comme on dit en langue anglaise, a paru attacher une grande importance alors que, personnellement, je n'y attache aucune, à savoir l'argument tiré du texte d'un projet de compromis que le Gouvernement belge avait proposé au Gouvernement espagnol dans sa note du 8 juillet 1957.

Mon éminent contradicteur a parlé de la note du 10 juin 1957 — c'est une erreur matérielle que je crois devoir rectifier en passant — la note figure à l'annexe 265 du mémoire belge, p. 1033.

C'est un fait, Messieurs, que le Gouvernement belge a, à l'époque, proposé au Gouvernement espagnol d'insérer que

« ... la Cour aura à se prononcer ... sur la fin de non-recevoir espagnole mentionnée ci-dessus [il s'agit effectivement de celle relative au *jus standi*] ... ainsi que sur les autres exceptions préliminaires qui seraient présentées par le Gouvernement espagnol et dont la Cour ne déciderait pas de joindre l'examen au fond ». (P. 269, II.)

Ma réponse tient en peu de phrases: il est exact que grammaticalement les mots « et dont la Cour ne déciderait pas de joindre l'examen au fond » se rapportent aux autres exceptions préliminaires qui seraient présentées par le Gouvernement espagnol, c'est-à-dire aux exceptions préliminaires autres que le *jus standi*. Mais je ne crois pas que l'on puisse sérieusement soutenir qu'il serait entré dans la pensée du Gouvernement belge de proposer au Gouvernement espagnol qu'ensemble, par voie de compromis, ils soumettent à la Cour le différend relatif à la Barcelona Traction en retirant à la Cour une faculté qu'elle s'est réservée par son Règlement de joindre au fond, si elle l'estime nécessaire pour l'une des raisons que j'ai fait valoir, n'importe laquelle des exceptions proposées par le Gouvernement espagnol, y compris celle relative au *jus standi*.

Dès lors, de deux choses l'une: si on écarte cette pensée, ou bien il faut comprendre que contrairement à la construction grammaticale, la réserve de la faculté de jonction au fond s'applique à l'ensemble des exceptions, y compris celle visant le *jus standi*, ou bien il faut comprendre que le Gouvernement belge a eu en vue de proposer au Gouvernement espagnol, s'il le désirait, de limiter le compromis à un différend qui ne porterait que sur le *jus standi* en le faisant suivre éventuellement et ultérieurement d'un autre compromis qui porterait sur les autres exceptions et sur le fond:

A supposer, Messieurs, qu'on puisse interpréter en ce sens la proposition de compromis du Gouvernement belge, je relève que cette proposition n'a pas un instant été retenue comme satisfaisante par le Gouvernement espagnol et que dans ces conditions il ne peut pas être question d'en tirer un effet juridique quelconque qui serait de nature à lier soit le Gouvernement belge, soit la Cour.

Monsieur le Président, c'est dans un esprit semblable d'objectivité et dans le même état d'âme empreint d'une parfaite sérénité que j'aborde l'examen de l'éventualité d'une jonction au fond de la quatrième exception préliminaire.

Cette fois encore nous n'avons conclu en ce sens qu'à titre subsidiaire. Nous n'aurions pas formulé cette demande subsidiaire que la position de la Cour n'en aurait pas été affectée, puisque, je le répète encore une fois, l'article 62 du Règlement lui donne toute liberté d'apprécier la nécessité ou l'utilité de joindre une exception au fond, même *motu proprio*.

Si nous avons cru néanmoins devoir prendre l'initiative d'examiner cette solution devant la Cour, c'est parce qu'il nous paraissait utile, pour la quatrième comme pour la troisième exception, d'exposer clairement à la Cour les questions qui pourraient se poser à elle à l'occasion de son

examen de ladite exception, en indiquant celles qui paraissaient pouvoir faire aisément, dès à présent, l'objet d'un arrêt de rejet de l'exception et celles où la jonction au fond pourrait au contraire paraître inévitable ou tout au moins utile si elles étaient retenues.

Car, à vrai dire, l'examen *prima facie* des faits de la cause doit, à mon avis, conduire non pas à une simple impression quant au mal-fondé de l'exception, mais à une conviction que les voies de recours interne, pour faire obstacle aux mesures successives qui devaient conduire à la destruction du patrimoine de Barcelona Traction, ont été utilisées par le groupe jusqu'à épuisement.

J'ai indiqué à la Cour, dans mon exposé, quels sont les principaux griefs formulés par le Gouvernement belge et quels furent les recours exercés. Il semble dès lors qu'il doive être possible et qu'il doive suffire, sans se prononcer dans le détail sur la régularité ou la pertinence ou l'épuisement de chacun des recours, de constater que dans l'ensemble ces recours apparaissent comme ayant été exercés de façon tout à fait régulière, avec une efficacité potentielle et jusqu'à épuisement.

Il en va notamment ainsi, semble-t-il, de ceux qui ont été exercés pour rompre le jeu maléfique de la suspension qui était calculée de telle manière qu'elle s'appliquait seulement à l'examen des questions de principe soulevées par le groupe de Barcelona Traction, tandis que les mesures de déroulement de la faillite postulées par les requérants agissant pour compte de March, continuaient à se dérouler implacablement.

Pour prendre un autre exemple, plus simple encore, comment la Cour ne reconnaîtrait-elle pas que les actions entreprises par Ebro et Barcelona dans les jours qui suivirent la déclaration de la faillite constituaient un moyen adéquat pour redresser le vice du jugement de faillite étendant la saisie aux biens des sociétés filiales?

Et de même, je ne peux croire que la Cour ait des doutes sur la régularité de l'opposition formulée par Barcelona Traction en juin 1948 lorsqu'elle eut constaté que les recours des sociétés auxiliaires, qui étaient tellement essentiels, se trouvaient définitivement paralysés. La régularité de ces recours en présence des termes formels de l'article 1044 fixant les conditions auxquelles doit répondre la publication du jugement de faillite pour être le point de départ de la prescription, paraît d'une telle simplicité que l'on ne voit vraiment pas quels renseignements complémentaires la Cour devrait encore souhaiter; et ce, spécialement en présence de l'attitude et de l'embarras témoignés par le Gouvernement espagnol devant la clarté de ce texte, au point que dans les exceptions préliminaires de 1960, je vous le rappelle, pour essayer de justifier la publication du jugement de faillite faite dans les provinces d'Espagne, on s'est appuyé sur le texte de l'article 1044 du code de commerce qui était altéré. Et lorsque cette altération est apparue, alors que nous avions l'intention de la signaler dans les observations qui avaient été rédigées, le même article 1044 disparaît brusquement des exceptions préliminaires de 1963. On continue à affirmer que la publication a été régulière, mais on n'ose plus indiquer à quelle prescription elle aurait dû être conforme. Et il semble que, naïvement, le Gouvernement espagnol à ce moment, ait espéré réaliser cette opération qu'en néerlandais on appelle *dood zwijgen*, ce qui signifie tuer une chose en la taisant. On ne parlait plus de l'article 1044 et on espérait dans ces conditions qu'il n'en serait plus tenu compte. Et c'est en présence de nos réponses qui ont représenté avec insistance cette évidence des termes de l'article

1044, que l'on a alors eu recours à cette interprétation faisant croire que les mots « domicile du failli » allaient avoir un autre sens suivant que le failli était un étranger ou un Espagnol. Et l'on a été plus loin ; pour essayer de donner tout de même une certaine application à l'article 1044 dans le cas où il s'agissait d'un failli étranger, on a imaginé cette construction que Barcelona Traction pourrait avoir en Espagne un centre d'activité commercial où l'on pourrait éventuellement réaliser la publication, sans préciser s'il s'agissait de Reus ou de Barcelone, et en oubliant que, même sous l'angle fiscal, le fisc espagnol avait renoncé à considérer que le *holding* canadien Barcelona Traction exerçait une activité en Espagne. Donc, voilà encore une question : l'opposition de Barcelona Traction, citée par le Gouvernement espagnol lui-même comme étant le recours type, qui a été régulièrement intenté, qui a été paralysé par les agissements du groupe March, autorisés et consacrés et validés par les décisions judiciaires incriminées par le Gouvernement belge.

Voilà pourquoi en ordre principal nous avons conclu au rejet de l'exception. Mais ceci dit, je ne peux pas perdre de vue que mon estimé contradicteur, le professeur Malintoppi, a persévéré, a continué à soutenir que, soit à défaut de régularité, soit à défaut de pertinence, les recours intentés contre le jugement déclaratif de faillite ne pouvaient pas être considérés comme suffisants. Et de même il a estimé que la succession des décisions judiciaires ultérieures, qui ont conduit à cette vente des titres de manière conservatoire dans des conditions telles que Juan March devait réaliser des avantages inouïs, que tout cela devait être considéré comme dérivant nécessairement du fait générateur du jugement déclaratif de faillite et comme n'ayant pas eu de conséquences dommageables propres. Et pour justifier sa manière de voir, il s'est, à diverses reprises, appuyé sur certaines décisions rendues en l'espèce par le juge de Reus ou par le juge spécial ou par la cour d'appel de Barcelone, perdant de vue que ces décisions elles-mêmes étaient précisément de celles que le Gouvernement belge considérait comme constitutives de déni de justice, ce qui est le principal objet au cœur même de la contestation au fond.

Si la Cour croit devoir rencontrer cette argumentation du Gouvernement espagnol, alors elle sera nécessairement embarquée dans un examen qui va manifestement anticiper sur celui que comportera la discussion du fond de la demande. Et sans doute pourrait-elle, en ce cas, s'inspirant du précédent de l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie* qu'on lui a recommandé, affirmer que la décision qu'elle prendra sur ce point, sur des questions tranchées par des décisions judiciaires espagnoles contestées, ne comportera de sa part aucun préjugé quelconque quant à l'appréciation qu'elle sera appelée à émettre le jour où elle aura à se prononcer sur la réalité du déni de justice articulé par le Gouvernement belge.

Mais j'ai moi-même reconnu qu'une telle décision constituerait un préjugé peu conforme à l'article 62 actuel du Règlement et à la pratique suivie depuis 1936.

Que conclure, Messieurs ? Mes préférences vont sans aucun doute au rejet pur et simple de l'exception n° 4. Mais ceci dit, je reconnais que je ne me battrais pas pour que vous me donniez satisfaction d'emblée ou que vous joigniez la question au fond puisque de toute façon nous serons amenés à rediscuter les mêmes questions à l'occasion du débat

au fond et que la différence pratique ne serait guère sensible. C'est pourquoi je m'en remets à la sagesse de la Cour sur ce point, puisque aussi bien c'est à elle seule que même d'office la décision appartient.

Monsieur le Président, j'ai ainsi terminé la tâche qui m'était assignée. Je remercie la Cour non seulement de l'attention qu'elle a bien voulu m'accorder, mais de la patience et du courage avec lesquels elle m'a suivi dans ce labyrinthe de la procédure espagnole où je reconnais parfois qu'il n'était pas très aisé de se retrouver.

Monsieur le Président, je vous remercie personnellement aussi d'avoir bien voulu accéder à mon souhait de commencer l'audience aujourd'hui à 15 h 30 et je vous prierai, après la traduction, de bien vouloir donner la parole à l'agent du Gouvernement belge si vous estimez qu'il importe de donner lecture des conclusions, qui sont prêtes, conformément au vœu de la Cour, de façon à pouvoir de toute façon être déposées.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Voir ci-après p. 1023.

**QUESTIONS  
BY JUDGES SIR GERALD FITZMAURICE AND JESSUP**

*[Public hearing of 27 April 1964, morning]*

Sir Gerald FITZMAURICE: Mr. President, a written version of these questions has, I think, already been given to the Parties and, as the note at the head of that written version states, I am asking the questions purely for purposes of information and clarification and they are not to be taken as indicating even a provisional conclusion on my part.

My first two questions relate to the first Preliminary Objection and they are as follows.

First, it has been suggested that if the Respondent State had not taken the discontinuance to be final and definitive it would not have accepted it. I should be glad to have a more precise indication of why the Respondent State would not have done so, and of exactly what prejudice was sustained through the acceptance, having regard to the fact that the Respondent State's preliminary objections remained fully available to it if the negotiations should fail and new proceedings should be started.

Second question. It has been contended that the bringing of fresh proceedings was incompatible with the general economy and spirit of the Hispano-Belgian Treaty of 1927, because this Treaty required a preliminary process of attempts to negotiate, agree on a compromise, etc., which had already been gone through in relation to the original proceedings and which (so it was said) would be manifestly unreal and futile in relation to new proceedings on the same subject-matter.

This being so, it would be helpful to me if the Parties would deal with the following point, even though it is technically hypothetical.

Suppose that, in giving notice of discontinuance, the Applicant State had specifically reserved the right to bring fresh proceedings in the event of negotiations not succeeding, what view would the Parties respectively take as to the necessity in that event for going through the treaty processes again, in relation to any such new proceedings?

I come now to two questions relating to the second Preliminary Objection. The first is as follows:

I should like the Parties to consider from their respective standpoints, and give their views, as to what would have been the position with reference to achieving the apparent objects of Article 37 of the Statute if, at the time of the dissolution of the Permanent Court, only the minimum number of ratifications necessary to bring the Charter and Statute into force had been received, and a large number were received only subsequently. Although this question is also, strictly, hypothetical, I think an answer to it would assist in clarifying the respective positions of the Parties.

Second question. Do the Parties respectively consider that the term "in force" in the phrase "a treaty or convention in force" in Article 37 of the Statute, can or should be understood in any different sense

from that of the term "in force" in the phrase "Declarations ... still in force" in the English text of Article 36, paragraph 5? If not, how should the term be interpreted in the light of the fact that the corresponding phrase in the French text of Article 36, paragraph 5, is "Les déclarations faites ... pour une durée qui n'est pas encore expirée".

My final question relates to the third Preliminary Objection and I should like to state that this question was drafted before I had seen the text of the Belgian Conclusions which, in parts at any rate, cover my question. Nevertheless I think it is useful to maintain it. The question is as follows:

The Respondent State contends that, in principle, international law denies all right to a Government to make a diplomatic claim on behalf of its national shareholders in a foreign company (even where these hold a majority or controlling interest), except possibly in certain exceptional circumstances which, however, are claimed by the Respondent not to exist in the present case.

In reply, the Applicant State has, at different stages of its argument, taken up a position which seems to be compounded of the following elements (*inter alia*):

(i) Special circumstances *do* exist in the present case which, if they do not bring it within the particular exception possibly admitted by the Respondent State, suffice to take it out of the ordinary rule, even supposing that rule to be as stated by the latter—in short there *are* additional exceptions to the rule, besides any granted by the Respondent State, and the present case comes within one or more of them.

(ii) There is no single fundamental rule of international law governing the matter, or if there is, its content is uncertain or not clear. In these circumstances the Court should enunciate the rule or clarify its content, taking into account equitable considerations and the good and convenience of the international community, or alternatively should apply considerations of this order to the determination of the rule.

(iii) Negatively—there is no rule of international law which prohibits a government from protecting the interests of its national shareholders in a foreign company. Consequently the Applicant State is entitled to do so.

(iv) Positively—there is a definite rule of international law actively permitting such an exercise of protection by a government.

Since these various formulations may not in all respects be entirely compatible with one another, I should be glad if, in so far as the matter is not fully covered by its Conclusions, the Applicant State would indicate on which of these formulations it principally relies, or alternatively, in which order of preference it would place them and whether it would wish to formulate them differently.

Judge JESSUP: Mr. President, I have two questions, both of which are addressed to both the Parties. I believe that the replies to these two questions will assist the Court in understanding certain aspects of the positions of the Parties on questions which are before the Court.

My first question is this. Both Parties have referred to various acts

of private persons; for which, if any, of those acts is it contended that a State is responsible? If such responsibility is asserted, to which of the Preliminary Objections, or of the replies thereto, is that responsibility relevant, and in what way?

My second question is this. Having in mind item 38 of Annex 170 of Volume III of the Annexes to the Spanish Preliminary Objections of 1960, and also paragraph 10 of Annex 13 of the "Nouveau Document" of the Observations and Submissions of the Belgian Government, deposited with the Court on 26 February 1964, can either of the Parties supply the Court with information concerning the attitude of the Canadian Government subsequent to the dates of those two communications, relative to diplomatic representations on behalf of Barcelona Traction?

Thank you Mr. President.

---

**RÉPLIQUE DE M. CASTRO-RIAL**  
AGENT DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

*[Audience publique du 27 avril 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement espagnol avait pris acte avec satisfaction de l'affirmation de M. l'agent du Gouvernement belge (voir II, p. 313), affirmation suivant laquelle le Gouvernement belge n'entend nullement critiquer dans son ensemble le fonctionnement des tribunaux et de l'administration de l'Etat espagnol, mais seulement certains actes de cette administration et de ces tribunaux. Mais il s'était fait des illusions; certes, sous certains aspects et en apparence, le ton a changé depuis la procédure écrite. Cependant, les explications données à la page 315, II, ainsi qu'à la page 644 ci-dessus sur le grief de déni de justice montrent bien que l'on fait un procès d'intention à un si grand nombre de personnes que toute la magistrature ainsi que la haute administration espagnoles sont visées.

Qu'on ne vienne pas nous dire que le Gouvernement espagnol ait toujours été insensible à toute manifestation de modération provenant du Gouvernement belge, mais que l'on comprenne bien que le Gouvernement espagnol ne sollicite de lui aucune indulgence. Il est vrai que les représentants du Gouvernement belge se présentent parfois sous les traits des anges de la miséricorde; s'ils montrent au prétendu pécheur le chemin de l'enfer, ils lui rappellent qu'un bref passage dans un purgatoire, dont un autre sera appelé à payer la rançon, mettra tout en ordre. Mais il n'y a à cela qu'un obstacle, c'est que l'Etat espagnol rejette toutes les accusations dont il a été l'objet, et au surplus ne reconnaît à l'Etat belge aucun droit à les formuler, en général et particulièrement devant la Cour.

Par ailleurs, le Gouvernement espagnol n'entend nullement contester au Gouvernement belge le droit de conduire avec une liberté souveraine la défense des intérêts qu'il entend protéger. Mais le Gouvernement espagnol estime cependant qu'il n'est pas indifférent pour la dignité de la justice internationale de garder dans son vocabulaire une certaine mesure.

Certains conseils du Gouvernement belge se sont livrés, envers un homme qui n'est plus de ce monde, à des accusations dictées par la passion et dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles n'ont aucun fondement et sont sans rapport avec les questions en discussion devant votre haute juridiction. J'ajoute que certaines comparaisons qu'on a cru pouvoir faire et ce, à plus d'une reprise, ne font vraiment pas honneur à ceux qui les ont faites. En 1947, les dirigeants de la Barcelona Traction n'ont-ils pas accepté le principe d'une association permanente de la gestion de leurs entreprises avec celui-là même dont ils voudraient aujourd'hui, en le couvrant d'injures, ternir la mémoire?

On a aussi cité à ce même propos des publications où il est question de cette personne. Nous pourrions, si nous ne pensions que cela n'intéresse nullement le procès actuel, en citer bien d'autres qui vont en sens contraire. Le fait est qu'il s'agissait d'une forte personnalité, dont la

vie a été faite de luttes, ce qui entraîne nécessairement des amitiés et des inimitiés également profondes. En tout cas, je voudrais mentionner le fait que cette même personnalité a créé pendant sa vie des institutions ayant des buts scientifiques et humanitaires dont l'importance dépasse celle d'institutions analogues dans d'autres pays.

D'autres personnalités espagnoles, qui ont été membres du Gouvernement ou chargés de fonctions officielles, ont aussi fait l'objet d'accusations, aussi gratuites que dépourvues de fondement. Le Gouvernement espagnol rejette avec la plus grande fermeté toutes ces accusations.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, la discussion des exceptions préliminaires donnait une occasion facile à nos adversaires d'aborder les problèmes de fond, et ils ne s'en sont pas privés, en multipliant dans toutes les directions de violentes attaques personnelles. Nous ne les suivrons pas sur ce terrain car, si le Gouvernement espagnol devait relever l'ensemble des inexactitudes et des allégations tendancieuses qui ont été proférées par certains conseils belges, les débats deviendraient interminables. Le Gouvernement espagnol considère ces accusations comme infondées.

Nous ferons simplement remarquer qu'une société qui a, à la veille de sa faillite, 43 millions de dollars canadiens de dettes (exceptions préliminaires, I, p. 48) n'a pas le droit de refuser à un Etat dont elle sollicite des faveurs des informations complètes et abondantes sur l'origine et la nature de ses investissements; l'innocente prospérité n'a rien à cacher.

Certes, l'Espagne connaît actuellement un certain développement économique, mais on lui rappelle avec condescendance (voir II, p. 314) que les investissements de capitaux étrangers sont un peu insuffisants. Mais on vient en même temps nous dire que la Barcelona Traction et son groupe ont constitué de véritables modèles pour les pays ouverts aux capitaux étrangers.

Monsieur le Président, je pense que la Cour appréciera que personne ne prolonge devant elle des controverses qui ont été épuisées par l'exposé complet des thèses en présence. Tout en maintenant les diverses thèses, arguments et points de vue exposés par le Gouvernement espagnol, et en chargeant certains conseils du soin de reprendre l'examen de certains points particuliers, je me bornerai à présenter deux observations, l'une très brève, l'autre un peu plus longue, relatives à des points évoqués dans la correspondance diplomatique.

M. l'agent du Gouvernement belge, dans un passage de sa plaidoirie (voir II, p. 324) qui appellera l'attention d'autres conseils, décrit la mission de l'éminent avocat américain M. Dean, dans des termes qui pourraient laisser croire que M. Dean avait été reçu par le Gouvernement espagnol sur présentation du Gouvernement belge et au titre de représentant de la Sidro. Or, d'une part, c'est l'ambassadeur du Canada qui a, en fait, présenté M. Dean au cours d'une visite au ministère des Affaires étrangères en 1954; cette visite est relatée dans la note canadienne du 21 mars 1955 (exceptions préliminaires 1960, annexes, vol. III, p. 224).

D'autre part, on peut constater que dans cette note, M. Dean fut présenté comme s'intéressant à la Barcelona Traction et non pas à la Sidro, et qu'à cette occasion, 1955, le Gouvernement canadien a réaffirmé expressément qu'il « continue, naturellement, à être profondément intéressé aux affaires de la Barcelona Traction ». Le Gouvernement canadien tenait également à souligner dans cette note que tout en favorisant les démarches de M. Dean, il réaffirmait son désir que dans un arrange-

ment privé éventuel, les droits du *receiver* canadien et du National Trust soient toujours sauvegardés.

La présentation que le Gouvernement belge faisait de son côté de M. Dean en tant qu'avocat de la Sidro intervint postérieurement et ne reçut aucune suite du Gouvernement espagnol.

Le Gouvernement belge n'est donc pas fondé à dire que le Gouvernement espagnol aurait reçu M. Dean au titre d'avocat de la Sidro et sur l'initiative du Gouvernement belge. Il est encore moins fondé à en tirer des conclusions quelconques.

Mon autre observation portera sur la commission d'experts de 1950.

Cette commission semble avoir causé quelque embarras au Gouvernement belge, car il a multiplié les explications et les attaques de toute nature, sans se soucier du fait qu'elles étaient parfois en contradiction les unes avec les autres.

Le Gouvernement belge a tout d'abord tenté de diminuer l'autorité de la commission en tentant de discréditer l'un des membres espagnols de la commission par des considérations d'ordres divers. Le Gouvernement espagnol repousse complètement les allégations du Gouvernement belge. Il se bornera à remarquer que la commission comprenait plusieurs membres espagnols et que l'opinion exprimée en ce qui concerne les informations fournies au sujet des demandes de devises a été exprimée au nom de l'ensemble des membres de la commission.

Ensuite, le Gouvernement belge suggère que la commission n'a pas reçu toutes les informations utiles, et même que celles qu'elle a reçues n'avaient pas une origine régulière. Ce sont là des attaques toutes gratuites; le Gouvernement belge affecte de croire qu'il s'agit d'un organisme de droit interne, alors qu'il s'agit d'un organisme créé selon les procédures et grâce aux instruments propres de l'ordre juridique international, agissant suivant les modes propres au droit international. En fait, des informations étendues provenant du Canada ont été fournies aux experts, notamment par les maisons de *Chartered Accountants* qui s'occupaient normalement des comptes de la Barcelona Traction, et par d'autres firmes du même genre; les experts anglais et canadiens ainsi que les espagnols ont assumé leur tâche en prenant toutes les initiatives que la conscience de leur fonction leur suggérerait; ils ont reçu toutes les indications utiles et notamment l'ensemble de la correspondance avec les autorités monétaires espagnoles. D'ailleurs, et c'est peut-être la remarque la plus importante, le Gouvernement belge n'a pas osé protester en temps voulu contre la désignation des experts ou les fonctions qui leur étaient confiées pendant toute la durée des travaux de la commission; il n'a pas osé protester ni à ce moment ni une fois connus les travaux de la commission. A en croire nos adversaires mêmes, il aurait essayé d'obtenir du Gouvernement canadien qu'il propose la participation d'un expert belge à ces travaux, mais il aurait essuyé un refus. Maintenant, devant la Cour, M. l'agent du Gouvernement belge revendique pour la Belgique le droit d'adopter, à propos des résultats atteints par la commission, une attitude «nuancée et souple», «réaliste et pragmatique» (voir II, p. 318). Ayant fait son choix, le Gouvernement belge est lié par lui. C'était peut-être une attitude réaliste de prendre la commission telle qu'elle était et d'accepter son travail, mais il n'est pas possible de dire ensuite qu'elle était mal composée et qu'elle a mal travaillé parce que les résultats de son activité ne conviennent pas.

Le Gouvernement belge n'a pu que s'effacer devant la situation qui revenait au Canada; il ne pouvait faire mieux. Mais il est difficile de faire croire qu'il y ait dans cette attitude un exercice réel de la protection diplomatique. On nous dit, à la page 318, II:

«Le Gouvernement belge, à la suggestion des intéressés, avait assigné à son action un but très précis: amener le Gouvernement espagnol à accepter la constitution d'une Commission internationale d'experts indépendants désignés par les Gouvernements espagnol, canadien et belge.»

Mais jamais le Gouvernement belge ne s'est adressé à cet effet au Gouvernement espagnol et c'est ce point qui est important. Tout au contraire, les explications de M. l'agent du Gouvernement belge prouvent comme le texte du mémoire lui-même que le Gouvernement belge avait simplement l'intention d'appuyer une initiative éventuelle du Gouvernement canadien. On notera d'ailleurs que les intérêts privés que le Gouvernement belge voudrait protéger ont toujours analysé la situation diplomatique d'une manière très claire: un manager de la compagnie parlait, le 24 février 1950, de la façon suivante:

«Selon dernières informations démarche canadienne appuyée par trois autres gouvernements serait sur point d'être délivrée donc négociations ne conviennent pas.» (Nouveau document déposé par la Belgique, appendice 8.)

Quant à la composition de la commission, la présence d'un expert britannique qui, selon le Gouvernement belge, «ne se justifiait à aucun titre» (voir II, p. 231), appelle de la part du Gouvernement espagnol les observations suivantes.

Tout d'abord, c'est le Gouvernement espagnol qui avait pris l'initiative de l'offre. Il était donc parfaitement libre d'adresser une invitation à tels Etats qu'il jugerait opportun d'inviter. Or, c'est le Gouvernement britannique qui était toujours intervenu auprès des autorités espagnoles pour le compte du Canada. Il eût donc été tout à fait injustifié de ne pas tenir compte de la position très particulière de la Grande-Bretagne et de l'exclure de la commission, et ce d'autant plus que l'invitation adressée au Gouvernement canadien devait être transmise précisément par le canal de la Grande-Bretagne.

Au surplus, le problème des devises n'avait pas à être soulevé avant que le Gouvernement canadien ne le soulève lui-même. Celui-ci, dans sa note n° 548 du 21 juillet 1949, le faisait au paragraphe 5 (exceptions préliminaires 1960, annexes, vol. III, p. 203). Le Gouvernement espagnol répondit donc dans sa note n° 619 du 26 septembre 1949 en relevant le refus du groupe de fournir les justifications suffisantes (exceptions préliminaires 1960, annexes, vol. III, p. 206). Et c'est ce point qui provoque la constitution de la commission d'experts (note du 16 mars 1950).

A cet égard, la présence d'un représentant britannique était nécessaire du fait que les transferts de devises étaient opérés en livres sterling et supposaient le consentement de la Grande-Bretagne. Le Gouvernement espagnol se permet de rappeler que la Grande-Bretagne portait en ce domaine une responsabilité propre qu'elle se devait d'éclaircir car elle avait, elle aussi, marqué son hésitation à approuver le plan de compromis et l'avait finalement repoussé<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voir exceptions préliminaires 1960, *C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, p. 284.

Par ailleurs, on a prétendu attaquer du côté belge la réserve faite par la commission d'experts en ce qui concerne les renseignements fournis par les intéressés aux demandes présentées par les autorités espagnoles (voir II, p. 369) : très loyalement les experts ont réservé la possibilité de l'existence de pièces qu'ils viendraient à ignorer. Le Gouvernement belge a eu, dans le présent procès, une belle occasion d'apporter des pièces sensationnelles. Celles qu'il apporte le sont si peu qu'il n'a même pas estimé nécessaire de les publier toutes, telle la lettre du 5 novembre 1940 dont il fait grand cas (voir II, p. 367) et que le Gouvernement espagnol tient à la disposition de la Cour si elle le désire. Les lettres antérieures au plan de compromis ne contiennent que des renseignements dérisoires; quant aux demandes adressées au cours de la discussion du plan de compromis, la Barcelona Traction s'est toujours refusée à leur répondre plus de deux ans même avant la faillite (lettre du 18 décembre 1945, annexes au mémoire belge, vol. I, annexe 38, p. 198).

Le professeur Rolin a prétendu (voir II, p. 370) que les représentants britanniques et canadiens ont commis une erreur lorsqu'ils ont reconnu que le Gouvernement espagnol était «pleinement justifié» à ne pas concéder les devises demandées. C'étaient cependant les gouvernements légitimement habilités à se prononcer sur ce point. Cette attaque contre des Etats tiers ne fait que souligner l'importance de cette question des devises qui, comme le reconnaissait le Gouvernement belge dans sa note du 16 décembre 1951, est à la base de l'édifice de la faillite.

On a fait observer du côté belge que dès sa note du 27 mars 1948 le Gouvernement belge avait indiqué que le refus des devises par l'administration espagnole constituait «un cas de force majeure» et que lors de sa réponse du 2 juillet 1948, le Gouvernement espagnol n'avait pas contesté ce fait et que par conséquent «le Gouvernement espagnol avait accepté avec satisfaction cette admission qu'il y avait pénurie de devises». (Voir II, p. 370.)

La Cour voudra bien avoir la bonté de se reporter à la note espagnole du 2 juillet 1948 et elle constatera que cette note ne répond à aucune des allégations de la note belge. La soi-disant pénurie de devises a été un prétexte de la Barcelona Traction pour ne pas remplir ses obligations financières. D'ailleurs, à la même époque, le Gouvernement espagnol accordait des devises à d'autres sociétés étrangères qui avaient justifié, légalement et loyalement, les raisons de leurs demandes.

Le Gouvernement espagnol n'a jamais voulu intervenir d'une manière quelconque dans les rapports entre le groupe de la Barcelona Traction et ses créanciers. Quand la faillite est intervenue, le Gouvernement espagnol a eu comme souci de laisser la justice suivre son cours, et il s'élève avec fermeté contre l'allégation qu'il aurait influencé le déroulement de la procédure en fonction des travaux de la commission d'experts. Le mémoire belge relate lui-même les divers actes de procédure posés à cette période par le groupe de la Barcelona Traction. Ce n'est qu'en 1949, devant l'accusation que la cause de la faillite était due au refus de devises, qu'il répondit sur ce point par sa note du 26 septembre 1949 (exceptions préliminaires 1960, annexes, vol. III, p. 205) au Gouvernement canadien, et par sa note de la même date au Gouvernement belge (annexes au mémoire, vol. IV, annexe 253, p. 2); le Gouvernement belge laissa cette note sans réponse. Mais une campagne se développa, accusant le Gouvernement espagnol d'être la source de tout le mal par son refus

de devises, et c'est dans ces conditions que le Gouvernement espagnol prit la décision de proposer la réunion de la commission d'experts. Il s'est expliqué sur tous ces points dans sa note du 16 mars 1950 au Canada (exceptions préliminaires 1960, annexes, vol. III, p. 208), en déclarant pour conclure qu'il désirait « fixer une fois pour toutes, d'une façon claire et nette, le fondement de son refus d'autoriser un quelconque transfert de devises ». Dans cette note, il visait « toute une série de faits d'une indiscutable gravité », relatés par un rapport d'experts; il s'agissait d'un rapport établi en date du 31 août 1949 au cours d'une procédure criminelle à l'intervention du ministère public, par trois experts.

Le Gouvernement belge n'a adressé aucune protestation ni à l'encontre du rapport de la commission d'experts, ni à l'encontre de l'acte juridique international de juillet 1951; il a tenu à l'époque à indiquer qu'il lavait le Gouvernement espagnol de tout reproche. N'allait-il pas jusqu'à lui écrire, à propos de l'émission des nouveaux titres de l'Ebros (annexes au mémoire belge, vol. IV, annexe 254, p. 1) :

« Je ne doute pas que le Gouvernement espagnol soit en dehors de la décision intervenue, les syndicats en étant les responsables... »

Une attitude « nuancée et souple », « réaliste et pragmatique » peut-elle légitimer de pareilles volte-face?

Monsieur le Président, si j'ai tenu à rappeler avec quelque détail ces faits relatifs à l'importante initiative que, sur le plan international, l'Espagne a promptement prise pour démontrer que ses organes administratifs n'ont aucune responsabilité dans la faillite de la Barcelona Traction, ce n'est certes pas que je voulais traiter ici, d'une manière déguisée, de certains aspects du fond de la présente affaire. Rien n'est plus loin de mes intentions et de mes intérêts.

Ce que j'ai voulu, c'est montrer combien le Gouvernement espagnol se sent sûr de lui lorsqu'il vous déclare, en toute conscience, que les accusations que le Gouvernement belge se permet de formuler contre l'action de ses organes administratifs et judiciaires sont dépourvues de tout fondement.

Lorsque le Gouvernement espagnol a soulevé des exceptions préliminaires contre l'instance introduite par la Belgique devant la Cour, ce n'est certes pas qu'il ait éprouvé la moindre crainte à l'égard d'un examen du fond de l'affaire. Il a soulevé ces exceptions parce qu'il n'admet pas qu'un gouvernement n'ayant absolument aucun titre à intervenir dans une affaire qui ne saurait se rattacher qu'à ses rapports internationaux avec un Etat tiers, puisse intervenir auprès de lui, Gouvernement espagnol, comme s'il avait qualité pour le faire, et ce, parallèlement à l'action du seul gouvernement doté du *jus standi* en l'espèce. Le Gouvernement espagnol n'admet pas non plus que le gouvernement qui est ainsi intervenu puisse seulement essayer de se prévaloir, à tort, d'un lien juridictionnel dont on a démontré l'inexistence, pour contraindre l'Espagne à comparaître devant la Cour, non pas une seule fois mais deux fois, à propos d'une question où, au surplus, les particuliers intéressés ont méconnu de la façon la plus évidente les moyens de recours que l'ordre juridique espagnol mettait à leur disposition.

Si le Gouvernement espagnol avait permis tout cela sans réagir, si cédant à la première impulsion, il avait accepté de venir devant la Cour réfuter les accusations injurieuses et dépourvues de fondement qu'on

lui avait adressées, il aurait pris une lourde responsabilité dans le domaine des relations interétatiques. Il aurait permis que se crée, sur le plan international, un précédent terriblement dangereux et que se produise ainsi une violation manifeste du droit et de la justice.

Je vous remercie, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de votre patiente attention.

---

## RÉPLIQUE DE M. REUTER

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

[Audience publique du 27 avril 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs les juges, en réponse à notre éminent contradicteur, M. le professeur Rolin, nous précisons d'abord la portée de l'exposé introductif que nous avons présenté à la Cour au nom du Gouvernement espagnol; nous traiterons ensuite brièvement de quelques questions de fait.

Le Gouvernement espagnol a présenté à la Cour quatre exceptions préliminaires dans un strict cadre technique. Plutôt que de recommencer à propos de chacune d'entre elles un exposé des faits et des structures, il a estimé plus convenable et plus économique de faire précéder l'ensemble des exceptions d'un développement qui donnerait une idée globale de l'affaire.

Par ailleurs, ce développement constituerait un fond commun dans lequel chacun des conseils ferait — au besoin et au gré des nécessités de l'argumentation — emprunt des éléments nécessaires. Bien entendu, ces nécessités devaient apparaître au fur et à mesure du déroulement des plaidoiries, et notamment après avoir entendu l'exposé oral des thèses belges. Il devait donc contenir une réserve de données dont seulement quelques-unes ou même aucune ne seraient utilisées.

Le problème bien précis qui se pose à nous maintenant est de montrer comment ces données pouvaient ou doivent encore trouver leur place au regard des exceptions préliminaires.

Pour cela, il faut distinguer d'une part, une question de droit, celle dite des *clean hands*, et les questions de fait; la première et les secondes ont en effet trouvé leur place dans l'exposé introductif.

Considérons d'abord la question de droit; c'est celle dite des *clean hands*.

Il est d'abord bien clair que l'Espagne ne soulève pas une cinquième exception préliminaire relative au principe des *clean hands*. En revanche, en déclarant que le problème était posé devant la Cour, mais non à la Cour, le Gouvernement espagnol a laissé entendre que le principe dit des *clean hands* constituait un argument qui serait à la disposition de ses conseils à propos de l'une quelconque des exceptions.

Cette prise de position appelle les précisions suivantes.

Il n'est pas douteux que le Gouvernement espagnol a hésité à faire du principe des *clean hands* une exception préliminaire; le texte même des exceptions préliminaires de 1960 le prouve bien. Pour quelles raisons a-t-il hésité?

La possibilité de soulever une exception préliminaire relative aux *clean hands* peut être discutée, mais elle n'est pas si vaine, puisque notre éminent contradicteur a cru utile de la réfuter à l'avance assez longuement (voir II, p. 336). Mais quand on étudie les précédents et la doctrine, on constate que l'on trouve sous l'étiquette des mots *clean hands* une substance assez riche, mais un peu hétérogène et désordonnée.

On rassemble sous une image évocatrice mais inutilement désobligeante, des éléments complexes un peu confus et peut-être disparates; la théorie des *clean hands* reste à faire.

On peut se demander d'ailleurs si on pourrait faire entrer dans un système unique tous les cas et toutes les hypothèses que la doctrine et la pratique rangent sous ce titre. Certains cas sont étroitement liés à la théorie générale de la responsabilité, et le Gouvernement espagnol se réserve, au cas où cela s'avérerait nécessaire, d'invoquer sur ce plan largement le principe dit des *clean hands*. D'autres cas évoquent davantage les principes que l'on met en Angleterre à la base de la théorie de l'*estoppel*, et notamment celui que l'on appelle en castillan, le principe des *actos propios*.

Une possibilité était donc ouverte d'utiliser, à propos de l'une ou de l'autre exception, et à charge d'en établir le bien-fondé, des éléments utiles qui pourraient être trouvés dans la matière que l'on rattache au principe des *clean hands*.

En fait, le Gouvernement espagnol, étant donné les positions déjà assez complexes prises par le Gouvernement belge, ne le fera pas, et se contentera de garder à ses thèses leur ligne la plus simple et la plus directe. Mais nous allons nous borner à énoncer, sous forme d'hypothèse générale, une question qui fournit un exemple de ce que l'on vient de dire.

Dans quelle mesure des intérêts pourraient-ils invoquer la protection diplomatique d'un pays A contre un pays B si les circuits sociétaires et financiers sur lesquels se greffent ces intérêts sont restés, totalement ou en partie, secrets au regard de l'Etat B, notamment si ce secret recouvre des actes illicites?

Monsieur le Président, Messieurs les juges, laissons de côté la théorie dite des *clean hands* pour considérer maintenant les faits relatés dans l'exposé introductif.

Le Gouvernement espagnol estime inutile de chercher à établir les « relations de groupe » avouées ou inavouées qui existent entre l'exposé introductif et les quatre exceptions préliminaires. Mais il pense que, à titre d'exemple, il n'est peut-être pas inutile de se consacrer à un point particulier qui nous mène au seuil même de la quatrième exception. Ce point porte sur les indications que l'on a déjà pu recueillir dans notre plaidoirie précédente en ce qui concerne les recours ouverts contre les refus de devises.

On sait que le Gouvernement belge a défini le délit international qu'il reproche au Gouvernement espagnol en déclarant que le jugement de faillite du 12 février 1948 en était le premier anneau. Néanmoins, il projette en quelque sorte l'ombre de ce délit dans le passé et il incorpore ainsi au délit toutes les attitudes ou décisions des autorités espagnoles qui sont relatives au « plan de compromis ». Nous n'entendons pas discuter ici cette prise de position. Cependant, il est bien évident que cette extension ne peut être invoquée pour rompre totalement la continuité des événements et introduire une séparation absolue entre les attitudes antérieures de l'administration et celles qui sont relatives au « plan de compromis ».

Le Gouvernement belge fait donc grief au Gouvernement espagnol d'un certain nombre de décisions de refus de devises ou de décisions administratives du même ordre intervenues en 1945 ou en 1946 à propos du « plan de compromis », et la question se pose des recours ouverts contre ces décisions.

C'est là une question qui a pris dans les plaidoiries belges une importance vraiment considérable; les pages 603 à 605 et 605 à 617 ci-dessus lui sont consacrées. Notre éminent contradicteur y met notamment en relief que la quatrième exception ne peut être invoquée que si sont ouverts des recours sérieux ayant des chances réelles de succès, notamment en fonction des griefs qui peuvent être invoqués. En ce qui concerne l'aspect particulier des griefs, ce que nous avons exposé dans notre précédente plaidoirie a une certaine importance; en effet, la motivation des refus de devises antérieurs à 1945 éclaire tout à fait la base des refus postérieurs; on peut ainsi avoir déjà une idée très nette, et des griefs que le groupe de la Barcelona Traction aurait pu invoquer à l'égard des décisions critiquées, et des chances de succès *prima facie* des recours ouverts. Cette remarque est si importante que nous allons en faire la base substantielle de l'exposé des faits, sur lequel nous demandons encore maintenant la permission à la Cour de présenter quelques brèves observations.

En ce qui concerne la discussion des faits soulevés par notre plaidoirie et la réponse qui lui a été donnée par notre éminent contradicteur, une option s'ouvrirait au Gouvernement espagnol. Il pouvait tout d'abord se placer sur le terrain du droit de réponse et réfuter ou tenter de réfuter toutes les allégations qui ont été présentées du côté belge. Toutes les raisons, si l'on se réfère à la plaidoirie de M. le professeur Rolin, rendaient plus que légitime un ample recours au droit de réponse.

Le Gouvernement espagnol se bornera cependant à maintenir fermement et sans exception ce qu'il a avancé. Et, par ailleurs, il s'élève avec énergie contre toutes les thèses qui ont été présentées du côté belge en ce qui concerne les questions de fond.

Mais, ceci dit, notre exposé va se placer dans une perspective toute différente, et ceci pour deux raisons d'ordre juridique.

La première raison, qui nous semble peut-être avoir été un peu oubliée du côté belge, c'est que, devant la Cour, il ne s'agit nullement de reconstituer des procès réels et encore moins des procès imaginaires concernant des particuliers; il n'y a ici qu'un accusé, c'est l'Etat espagnol, ses tribunaux, son administration, ses ministres. Ce qui importe donc avant tout, c'est, moins que d'établir l'attitude des particuliers, de définir quelle a été l'attitude des autorités espagnoles, et de l'expliquer.

La deuxième raison juridique est toute simple: c'est que nous sommes confrontés avec des exceptions préliminaires et qu'il est nécessaire de s'en tenir d'une manière assez stricte à ce qui concerne les exceptions préliminaires. C'est la quatrième exception qui va donc être évoquée à propos de tout ce que nous allons encore dire à la Cour; et pour cela, nous allons l'établir immédiatement, il faut accepter de se placer dans la perspective même du Gouvernement belge, par hypothèse, bien entendu, et sans abandonner pour cela tout ce que nous avons dit dans notre première plaidoirie.

Cela veut dire que, *par hypothèse*, nous allons poser désormais l'innocence complète, totale, du groupe de la Barcelona Traction. Par conséquent nous admettons, en hypothèse, qu'il a toujours respecté toutes les lois. Il a répondu complètement, incomplètement ou pas du tout, aux demandes d'information de l'administration espagnole mais, ce faisant, il agissait toujours selon le droit. Nous allons donc raisonner sur la base des conclusions de notre éminent contradicteur: le groupe de la

Barcelona Traction, dans les raisonnements que nous allons suivre, sera considéré comme blanc comme la neige.

Il se pose alors tout de même un problème que le Gouvernement belge a sommairement évoqué en présentant les fonctionnaires espagnols comme des personnes soupçonneuses, rapaces, intéressées à sauvegarder les deniers publics et les leurs propres. Mais nous allons essayer de reconstruire un peu les événements en fonction de cette hypothèse; nous serons alors en présence de deux propositions.

Selon la première, l'administration des finances en Espagne a soupçonné à tort le groupe de la Barcelona Traction de diverses fraudes et ces soupçons ne peuvent être dus qu'à des concours de circonstances.

La deuxième proposition sera la suivante: ces erreurs de l'administration ont entraîné les refus de devises, y compris d'ailleurs les refus du « plan de compromis ».

Et l'on passe alors sans peine à la conclusion qui s'en dégage: c'est que, ainsi motivées sur la base d'erreurs, les décisions de refus de devises pouvaient *prima facie* être l'objet de recours sérieux et dignes d'être intentés.

Nous allons donc, dans cette perspective, présenter à la Cour quelques éclaircissements, à la fois sur les concours de circonstances qui ont pu induire l'administration dans cette erreur posée comme hypothèse; nous nous permettrons ensuite, brièvement aussi, de bien montrer à la Cour que c'est sur la base de ces erreurs hypothétiques de l'administration que les devises ont été refusées.

Prenons donc d'abord les concours de circonstances. Comment se fait-il que l'administration espagnole en soit venue à ces soupçons erronés par hypothèse? Eh bien! Il suffira évidemment de se reporter à notre première plaidoirie pour trouver de nombreuses raisons. Mais, pour apporter tout de même quelques petits compléments à ce que nous avons dit, nous voudrions exposer au moins trois raisons de cette « erreur » de l'administration espagnole.

La première raison sera exposée sous le titre *les rayons et les ombres*, la deuxième sous le titre *les énigmes*, et la troisième sous le titre *les généralisations excessives*.

I. Les rayons et les ombres. Cela veut dire que sur les questions les plus importantes, l'administration espagnole a été partagée entre les rayons et les ombres, entre la lumière et le secret, et c'est précisément cela qui l'a, par hypothèse, conduit à soupçonner ou à alléguer des choses qui ne sont pas. C'est la contradiction entre la lumière et l'ombre qui fait travailler l'imagination.

[Audience publique du 27 avril 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs les juges, ce jeu des rayons et des ombres que nous évoquions ce matin joue à peu près dans tous les domaines. Nous nous limiterons simplement à quelques brèves observations concernant le point essentiel, c'est-à-dire que les sociétés du groupe Barcelona Traction, Ebro, International Utilities sont des sociétés *bona fide* indépendantes, ce que nous supposons par hypothèse acquis.

Ceci implique d'abord et avant tout que les sociétés sont gérées d'une manière indépendante les unes des autres, c'est-à-dire exactement dans les mêmes conditions où elles le seraient si elles relevaient réellement

de personnes indépendantes. C'est cette notion qui commande tout. C'est en raison de cette notion d'une gestion *bona fide* indépendante qu'une société comme Ebro ne tombe pas au rang d'un établissement de la Barcelona Traction, mais bénéficie de tous les privilèges attachés à l'idée de filiale.

Eh bien! comme nous l'avons déjà dit, quand l'administration se trouve en présence de ce problème, si elle désire éclairer sa religion, elle rencontre un obstacle. Cet obstacle est tout simplement le fait que les données fondamentales qui permettent d'établir cette gestion indépendante dépendent d'actes, de documents, de comptabilité qui se trouvent dans un pays étranger. Et alors l'administration, bien à tort, par hypothèse, va s'imaginer que tous ces actes et documents, puisqu'ils échappent à son emprise, recèlent ou cachent des opérations qu'elle aurait le droit de critiquer.

On nous a dit : mais c'est très simple, que l'administration se renseigne : elle peut très bien trouver dans des documents canadiens toutes sortes d'informations. Et on a tout à fait raison. Cependant, il nous a semblé sentir dans la salle, sur plusieurs bancs et jusqu'au sein de la délégation belge un petit frémissement d'inquiétude, car la collecte systématique à l'étranger des informations économiques et financières n'est pas une chose que le droit international admet sans discussion.

En fait l'administration espagnole n'a pas procédé à cette collecte d'une manière systématique, elle s'est souvent contentée de l'attente de renseignements qu'elle n'a pas obtenus, et son inquiétude puis ses soupçons s'expliquent fort bien.

A côté de cette gestion indépendante, il y a la possession des actions d'Ebro par la Barcelona Traction. Certes, la Barcelona Traction n'a pas pu ni voulu cacher cette possession. Pourquoi donc l'aurait-elle fait? Et notamment quand la Barcelona Traction émet des emprunts, il est tout à fait normal qu'elle fasse état vis-à-vis des obligataires qu'elle vient solliciter de l'importance des participations qu'elle contrôle. Quand elle s'adresse au public de France, qui est peut-être — on ne s'en est pas toujours aperçu — plus exigeant que les autres, elle va même jusqu'à dire qu'elle exploite des entreprises en Espagne. Quand elle s'adresse au public espagnol, elle déclare qu'elle a la possession de toutes les actions d'Ebro. Et notre éminent contradicteur a cité un prospectus de 1914. Nous en avons cherché et trouvé jusqu'en 1921 et il y en a peut-être ultérieurement (exceptions préliminaires 1960, p. 257, annexe 16, et p. 1036).

Cependant par une sorte de timidité la Barcelona Traction s'exprime dans certains cas avec plus de ménagements. Par exemple, dans un papier destiné aux autorités espagnoles, en 1925, on mentionne simplement un *heavy interest* de Barcelona Traction dans Ebro (exceptions préliminaires 1960, vol. I, annexe 1, p. 14); plus tard, quand l'administration va poser des questions sur ces actions d'Ebro, elle a reçu, on ne sait pas pourquoi, mais c'était par hypothèse le droit de la Barcelona Traction de se montrer plus discrète des réponses un peu moins précises (exceptions préliminaires 1963, annexe 64, doc. n° 6, p. 432; exceptions préliminaires 1960, vol. II, annexe 75, p. 810). L'administration espagnole s'est demandée alors la cause de cette espèce de pudeur et cela l'a entraînée à des soupçons.

En ce qui concerne la possession des obligations d'Ebro, le rapport de l'inspection des finances de 1932 mentionne que la Barcelona Trac-

tion a reçu des obligations d'Ebro. Mais, par la suite, usant d'un droit — c'est très légitime par hypothèse — la Barcelona Traction fait encaisser les coupons par des banques, par d'autres personnes. Elle fait même protester le non-paiement des coupons dans les mains d'Ebro (exceptions préliminaires 1960, vol. II, annexe 87, p. 863-881). Et en 1936, il se passe même un incident qui s'explique parfaitement et qui est tout légitime: à ce moment-là se concluent des accords de *clearing*, de paiement entre l'Espagne, l'Angleterre et le Canada. Et on voit alors Ebro ne pas insister pour que les paiements des coupons de ces obligations soient repris dans les accords de *clearing* parce que, évidemment, tant du côté espagnol que du côté anglais et canadien, on demande beaucoup d'explications, et Ebro préfère, sans doute légitimement, bénéficier du secret des titres au porteur.

Selon un document de 1960 (volume auxiliaire, annexe 8, doc. 18, p. 68) on voit que c'est une pratique dans la société de ne pas rendre apparent que la Barcelona Traction possède l'ensemble des obligations d'Ebro.

Ce sont toutes ces petites choses qui évidemment vont être à l'origine de toutes sortes d'idées que nous considérons comme fausses par hypothèse. Il en est de même, bien entendu, en ce qui concerne International Utilities.

II. Mais venons-en maintenant à ce que nous avons appelé les énigmes. Il y en a beaucoup dans cette affaire, dans tous les domaines. Je ne veux pas abuser de la patience de la Cour, elle a tellement de problèmes à résoudre, pour lui rappeler différentes énigmes. Cependant les énigmes doivent germer presque spontanément, parce que notre éminent contradicteur a lui-même donné une explication très intéressante (voir II, p. 382), mais qui, du moins à notre avis, se termine un peu par une énigme. Peut-être qu'en l'exposant à la Cour on aura une bonne idée de la manière dont les énigmes apparaissent.

Il s'agit d'une question dont l'exposé a sans doute lassé la Cour. Il s'agit de la création d'International Utilities en relation avec l'arrêt de 1934. Notre éminent contradicteur nous déclare en parlant de la création d'International Utilities:

« Le but était fiscal. C'était de ne pas induire en tentation le fisc de taxation, de ne pas lui donner de mauvaises pensées. »

On ne précise pas le but fiscal. Un peu plus loin, nous le lisons:

« Je n'ai pas besoin de vous dire qu'il n'y a pas de fraude fiscale lorsqu'on se dérobe à une exigence du fisc qui, ultérieurement, est reconnue non fondée. »

On ne précise pas l'objet de la dérobade. Mais nous ne pensons pas trahir l'explication de notre éminent contradicteur en disant que, somme toute, la dérobade est suspendue; elle attend, puis survient au bout d'un certain temps un arrêt d'une cour de justice et cet arrêt, rétroactivement, transformera la dérobade en un acte parfaitement licite ou en un acte illicite.

Ici, il l'a transformée, nous dit-on, en un acte licite parce que cela a été l'effet de l'arrêt du 23 mai 1934 du tribunal suprême.

C'est ici alors que pour nous il y a une énigme. Nous sommes certains que cette énigme pourra être dissipée mais, personnellement, nous ne l'avons pas dissipée. En effet, ce résultat nous semble tout à fait impossible.

La création d'International Utilities ne pouvait avoir pour but que d'éviter une imposition qui pouvait frapper les versements d'intérêts entre Ebro et Barcelona Traction. Il fallait que, si un arrêt du tribunal avait soumis à l'impôt le versement des intérêts entre Ebro et Barcelona Traction, le même arrêt ne pût pas frapper d'impôt le versement des intérêts entre Ebro et International Utilities. Or, l'arrêt est si simple que la conclusion s'impose. Si l'arrêt avait, ce qu'il n'a pas fait, condamné au versement de l'impôt Ebro sur les intérêts versés par Ebro à Barcelona Traction, à coup sûr il aurait aussi condamné au versement de l'impôt les intérêts versés par Ebro à International Utilities. Pourquoi donc? Mais parce que les deux situations sont tout à fait parallèles: le débiteur dans les deux cas est identique. C'est la société Ebro. Le créancier dans les deux cas est absolument analogue. Il s'agit de deux sociétés canadiennes: Barcelona Traction et International Utilities, toutes les deux domiciliées au Canada, toutes les deux réputées non exploitantes en Espagne.

De sorte que l'énigme demeure et la dérobade est toujours suspendue et sera encore suspendue jusqu'à ce qu'intervienne un arrêt qui tranchera la question.

Il est bien évident qu'il est aisé de comprendre que si cette explication est donnée à un fonctionnaire des finances, à un homme modeste, méthodique, qui n'est pas toujours ouvert ni sensible à l'humour, il va s'imaginer beaucoup de choses qui, par hypothèse, ne sont pas vraies.

III. Disons maintenant quelques mots sur les généralisations excessives. Le Gouvernement espagnol, surtout dans les écritures d'ailleurs, a beaucoup insisté sur ce qu'on pourrait appeler l'histoire extérieure de la Barcelona Traction, ses réorganisations, ses relations avec ses obligataires. Sur le plan qui nous intéresse maintenant, cela n'a plus aucun intérêt. Cela prouve simplement que toutes ces transformations financières peuvent évidemment amener une administration à se poser bien des problèmes et à la mettre un peu en éveil. On se trompe facilement dans ce domaine. D'ailleurs, pour ne pas l'oublier, nous voudrions rectifier un peu, sur le seul exemple que nous avons donné, des précisions matérielles en fonction de ce qu'a déclaré notre éminent contradicteur (voir II, p. 347). La Cour se souviendra peut-être: il s'agit d'une opération financière qui est effectuée au début du mois de juillet 1964, ou du moins que l'on tente d'effectuer à cette date. Il ne s'agit pas d'une émission, mais d'une vente. Il ne s'agit pas d'une vente par la Barcelona Traction, mais d'une vente par ses fondateurs.

L'exemple n'est pas inédit. Ce point a déjà été traité par le Gouvernement espagnol (exceptions préliminaires de 1960, par. 36 et exceptions préliminaires de 1963, par. 47). Il a fait l'objet de publication de documents (exceptions préliminaires, annexe 1963, p. 368, au volume auxiliaire, p. 481, 624, 639, 642). Il ne s'agit pas de la mauvaise situation financière de la Barcelona Traction au mois de septembre, il s'agit de la mauvaise situation financière de la Barcelona Traction avant le 30 juin.

Ceci dit, et pour justifier le titre «les généralisations abusives», donnons-en immédiatement deux exemples: l'une qui a été faite, si nous pouvons dire, à nos dépens, et une autre qui a été faite, ou qui aurait pu l'être, aux dépens de la Barcelona Traction.

La généralisation excessive résulte de ce que s'emparant de certains mots que nous avons employés, on a présenté une démonstration qui pourrait donner lieu à croire à un lecteur superficiel qu'un conseil de

l'Espagne, professeur de droit, souffre d'une allergie complète à l'égard de tout ce qui dérive de la pyramide et qu'il tient des propos qui tendent à compromettre des sociétés parfaitement honorables. C'est une pente naturelle de l'esprit humain de généraliser d'une manière extrême.

Nous avons parlé, il est vrai, de « la belle époque » et du « continent américain ». Nous avons quelque chose de présent à l'esprit et nous allons le dire à la Cour et peut-être que ce que nous allons dire a aussi été l'occasion d'une généralisation excessive de la part de l'administration espagnole.

A partir de 1931, les autorités des Etats-Unis d'Amérique ont entrepris de grandes enquêtes sur les sociétés, la faillite, et notamment sur les holdings en matière de *public utilities* et on a publié à l'époque des recueils portant sur tous ces points (*Hearing on investigation of Bankruptcy and Receivership proceedings in U.S. Courts 1934*), et surtout un ouvrage officiel (*Utility Corporations 1935*).

Tout cela a révélé beaucoup d'abus et une main de fer s'est immédiatement appliquée aux Etats-Unis à réprimer et à rendre impossibles tous ces abus. Il y a eu notamment une loi spéciale, Public Utility Holding Company Act (1935). Mais dès qu'il avait été au courant des premiers résultats de l'enquête de la Federal Trade Commission, le président des Etats-Unis, Franklin Roosevelt, avait exprimé son indignation sur les holdings de *public utilities* dans des termes qui dépassent manifestement sa pensée et que, vu les usages reçus devant la Cour, nous ne voudrions pas lire ici (*Looking Forward, 1933*).

Il y a eu aussi sur le continent américain, s'il l'on cherchait bien, d'autres exemples. On parle facilement à tort et à travers de tout cela, on généralise et, alors que ceci n'a rien à voir avec le groupe de la Barcelona Traction, on peut imaginer qu'une administration qui a été informée de ces situations s'imagine des choses qui ne sont pas exactes. Les motifs ne manquent donc pas, non pas pour excuser, mais simplement pour expliquer cette attitude singulière de l'administration espagnole.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, il ne nous reste plus, pour terminer, qu'à donner quelques indications et à apporter quelques précisions pour bien établir le poids dont ont pesé ces soupçons, ces inquiétudes, dans les refus de devises.

Nous nous sommes déjà expliqués, dans la plaidoirie, sur tout ce qui s'était passé à partir de 1931 jusqu'à 1940. Consultons par exemple la première demande, semble-t-il, qu'Ebro a adressée aux autorités espagnoles en 1940 (exceptions préliminaires 1960, vol. II, annexe 90, p. 890). Ebro fait la récapitulation de toutes les demandes de devises non satisfaites. Imaginons le fonctionnaire qui a eu sous ses yeux ce tableau que la Cour peut consulter; on y voit immédiatement une chose extrêmement frappante, c'est que depuis 1931, c'est-à-dire depuis la première décision importante prise par l'administration espagnole pour enquêter sur Ebro, aucune devise n'a été appliquée au paiement des intérêts du compte d'International Utilities. En 1932, la Cour se souviendra, devant d'instantes pressions britanniques, l'administration espagnole a accordé certaines devises sur la base d'un forfait; aucune n'a été appliquée aux intérêts d'International Utilities. Donc, depuis 1931, sur ce point la position de l'administration semble certaine, ses soupçons, faux par hypothèse, l'ont conduite à une attitude tout à fait rigoureuse.

Si nous consultons maintenant les versements de devises qui ont été effectués pour les intérêts des obligations, nous faisons aussi des re-

marques — oh! elles ne sont pas concluantes — mais elles troublent un peu l'esprit: on constate par exemple que pour certaine émission que l'administration espagnole a suspectée, il n'y a pas eu de versement de devises pour l'année 1925, qui était l'année de l'émission. Est-ce que le versement n'a pas été demandé, est-ce qu'il a été refusé? Nous n'en savons rien. Et on constate alors que, également pour d'autres années — 1931 —, il n'y a pas de versement de devises. Cependant, la demande de 1940 précise d'une façon tout à fait claire qu'on demande des devises parce que les obligations « circulent » à l'étranger. Evidemment on peut comprendre qu'une administration soupçonneuse trouve singulier que les obligations qui circulent, dont les coupons sont présentés par des banques, puissent présenter ainsi des lacunes extraordinaires dans le service de leurs intérêts.

Mais arrivons à la phase de 1940 proprement dite. Nous ne sommes pas sur ce point en accord avec notre éminent contradicteur. Pour comprendre la situation, il faut bien garder présent à l'esprit que des devises peuvent être refusées pour deux motifs très différents: le premier, purement économique, réside tout simplement dans la pénurie; le second est qu'une demande déterminée pour recevoir satisfaction doit présenter *au fond* certaines justifications.

Ce ne sont pas nécessairement les mêmes organes qui procèdent à l'examen de ces deux conditions différentes, et cela se comprend facilement.

En Espagne en 1940, pour les affaires qui nous intéressent, l'appréciation économique est faite par l'Institut de la monnaie étrangère. Mais l'appréciation sur le fond, c'est-à-dire sur la question de savoir si la dette, la créance, satisfait à certaines conditions de certitude, de réalité, l'appréciation est portée par la Commission pour l'étude des comptes titulaires étrangers immobilisés (exceptions préliminaires 1960, annexe 120, p. 895) ainsi que, dans les cas les plus importants, par la Direction générale du contentieux de l'Etat.

Les demandes d'Ebro pour ses paiements financiers en livres sterling ont été portées devant ces organes; les intéressés — Ebro — ont été prévenus de ce fait (exceptions préliminaires 1960, vol. II, annexe 93, p. 896) et on leur a indiqué que l'organisme compétent examinerait leur demande *au fond*.

Ceci dit, nous demandons respectueusement à la Cour la permission de relire la lettre du 13 avril 1943 (exceptions préliminaires 1960, annexe 99, vol. II, p. 907). C'est l'Institut de la monnaie étrangère qui écrit à Ebro:

« Nous venons de recevoir un communiqué de la Commission pour l'étude des comptes titulaires étrangers bloqués, à laquelle la requête de cette société fut soumise; nous regrettons de devoir vous informer que, *d'accord avec le rapport émis par ladite Commission*, il nous est impossible pour le moment d'autoriser le versement en monnaie étrangère de ces intérêts. »

Nous sommes donc en présence d'une décision motivée *au fond* et l'expression « pour le moment » veut dire ici d'une façon tout à fait claire, que tant que la situation ne sera pas réglée à l'égard de la commission qui a été consultée, l'Institut de la monnaie étrangère ne changera pas son attitude.

Et nous ne croyons pas nécessaire de revenir bien longuement sur les autres correspondances. Elles ont été exposées devant la Cour en ce qui concernait notamment les obligations en pesetas. On connaît les demandes de renseignements que l'administration répète comme un leitmotiv tant pour les obligations en pesetas que pour les obligations en livres: « Veuillez éclaircir les relations qui existent entre vous et les deux entités Barcelona Traction et International Utilities, ainsi que la provenance du solde débiteur de ce dernier compte. »

Il n'est pas besoin de parler longuement pour comprendre ce que veut dire la justification sur la provenance du solde débiteur d'un compte: c'est l'explication de toute la vie de l'entreprise, le solde débiteur d'un compte courant, c'est l'explication de toute l'histoire de l'entreprise; les demandes d'éclaircissements portent donc sur des relations extrêmement étendues; on dirait presque, à entendre cette phrase et l'insistance de l'administration, que celle-ci agit en fonction d'un sentiment plus proche de sentiments humains propre à des rapports d'une autre nature: on dirait un propos arraché à la jalousie. Vraiment l'administration ne se satisfait de rien, ni des quelques indications sommaires qui se trouvent dans la lettre du 4 novembre 1940 (exceptions préliminaires 1960, vol. II, annexe 105, p. 915), ni de celle du 5 novembre 1940 que le Gouvernement belge n'a pas publiée ni le Gouvernement espagnol car elle a exactement le même contenu que celle du 4 novembre. Et notre éminent contradicteur abonde dans notre sens quand il démontre que l'obstination de l'administration à refuser de reconnaître le compte Ebro-International Utilities en dollars va apparemment à l'encontre des intérêts de celle-ci (voir II, p. 367), en effet, l'opposition de l'administration ne peut que s'expliquer par des soupçons très graves et par hypothèse injustifiés.

A la veille du « plan de compromis », l'Espagne n'est pas privée de devises puisqu'au titre de la formule initiale du plan on va lui demander deux millions de livres sterling. Mais depuis treize ans l'administration définit sa position en matière d'allocation de devises sur la base de ce que M. le professeur Rolin a appelé des « erreurs grossières », d'« absolues contre-vérités »; elle va continuer à se fonder sur les mêmes raisons pour les décisions prises à propos du plan de compromis.

Mais alors, le groupe de la Barcelona Traction a donc *prima facie* des griefs très solides puisque tous ces soupçons sont sans valeur; les recours sont donc *prima facie* très sérieux; c'est ce que M. le professeur Rolin, en nous répondant, a pris lui-même la peine de démontrer à la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, nous vous remercions de votre bienveillante attention.

---

**REPLY OF SIR HUMPHREY WALDOCK**  
COUNSEL FOR THE GOVERNMENT OF SPAIN

*[Public hearing of 27 April 1964, afternoon]*

Mr. President and Members of the Court, in my speech on 16, 17 and 18 March I rested the case of the Spanish Government on the first Objection essentially on the acts and the statements of the two Governments and on the procedural position before the Court when the discontinuance took place.

On the other hand, I reserved the right of the Spanish Government to invoke any of the other facts established by the evidence in the written pleadings and any of the contentions which the Spanish Government had based upon those facts, so far as might be necessary in the light of our opponents' arguments. In our Preliminary Objections, we equally rested our case essentially on the acts and statements of the two Governments and on the procedural position before the Court when the Belgian Government notified its discontinuance. That is very clear from the formulation of our conclusions on pages 261 to 263 of our pleading (II). In addition, as the Court knows, we showed how the Spanish Government had been confirmed in its understanding of the final character of the discontinuance by the information which it received from the Count de Motrico concerning the outcome of the private discussions—the discussions, that is, that preceded the visit of the Belgian Ambassador to the Spanish Minister for Foreign Affairs on 22 March 1961.

Now, our learned opponents have expressed their surprise at my not having further developed our contentions regarding the private discussions and at my not having dealt with the new documents. They said that they were tempted to see in my silence a proof that we had been impressed by the account given of these matters in the Belgian Government's Observations and Conclusions. That was not the case at all, Mr. President. But we did feel that, having regard to the divergent interpretations that were now being given to some aspects of the private discussions by those who participated in them, the Court would prefer to base itself primarily upon the transactions between the two Governments. Moreover, we also felt that, quite independently of the facts relating to the private discussions, we had strong grounds for asking the Court to hold the Belgian Government's discontinuance to constitute a bar to the reintroduction of its claim.

As to the new memorandum and documents of M. Frère which were filed shortly after the opening of the oral hearings, those contained some puzzling features, which seemed to us to make it desirable to await the explanations of our opponents before discussing them. Moreover, none of these documents, some of which go back a number of years, were official papers in the archives of the Spanish State. In the case of the

Nussbaumer correspondence we were able to obtain some clarifying documents from M. March's advisers which we submitted to the Court shortly before the opening of the oral hearings. In the case of the Arthur Dean documents, if I may so refer to them, the Count de Motrico was ultimately able to find amongst his papers at his home in Madrid certain letters exchanged between him and Mr. Dean relating to the documents produced by M. Frère. As two of these letters provided a sharp corrective to M. Frère's presentation of the Arthur Dean documents, we put them also before the Court as soon as we had the necessary copies. I shall deal with the various documents in their proper place, Mr. President. At the moment I must content myself with those brief explanations of the position that confronted us in regard to the new documents, and I believe that when I have finished my observations to the Court, the Court will appreciate my reasons for not dealing with those documents at that time.

Now, our opponents have insisted upon the relevance of the private discussions to the Court's appreciation of the discontinuance. They have also insisted that the negotiations between M. Frère and M. March subsequent to the discontinuance, though purely private in character, may be relevant in so far as they may serve to throw light on the previous discussions. And Maître Van Ryn in his speech on 7, 8 and 9 April dealt at some length with what he represented to be the facts regarding not only the discussions but the negotiations between the private interests. Naturally, Mr. President and Members of the Court, we make no complaint about that, since we ourselves recognized in our pleadings that the private discussions have a certain relevance for appreciating the circumstances in which the discontinuance took place. However, we have the strongest objections both as to the terms and the accuracy of the presentation of the facts of the private discussions. It therefore becomes necessary for me respectfully to ask the Court to bear with me whilst I examine the somewhat extraordinary story which our learned opponents have now made of the private discussions.

M<sup>e</sup> Van Ryn began his tale with a character sketch of M. Frère. Here, he said, was a man who had had an exceptionally brilliant career in banking, who had been, amongst other things, Governor of the National Bank of Belgium, President of the Bank of International Settlements, Governor of the International Monetary Fund. The eminent role played by M. Frère and the authority which he acquired in these high posts were due, explained M<sup>e</sup> Van Ryn, without any doubt to his intelligence, to his balanced judgment and to his lofty sense of international co-operation. In short, Mr. President, you were asked to understand that on one side was this paragon of a man and on the other a man whom M<sup>e</sup> Van Ryn was pleased to refer to as a bandit.

Then, Mr. President and Members of the Court, M<sup>e</sup> Van Ryn dealt with the very delicate and very puzzling question of how it was that this paragon of intelligence, balanced judgment and lofty sense of international co-operation came to make overtures to the bandit—to the man who, according to M<sup>e</sup> Van Ryn, was known to M. Frère as a powerful financier of questionable respectability and as reputed to be one of the most crafty and dangerous of men. The Barcelona Traction affair, we are told, had been dragging on since 1948. The Belgian Government had brought it before the Court in 1958 but two years later, in 1960, the case appeared to M. Frère to be likely to go on for a long time as

the Spanish Government was seeking by means of multitudinous preliminary objections, to delay the hearing on the merits as long as possible. Some of Sidro's shareholders were growing impatient, after 12 years and more, and were asking M. Frère to take the initiative in making direct contact with Juan March, the alleged bandit.

That initiative, as the Court knows, M. Frère did take in October 1960. There is no dispute regarding this essential point in the case. It was M. Frère who took the initiative. It was M. Frère who, some four and a half months after the filing of Spain's Preliminary Objections, made overtures to the "bandit".

M. Frère's approach to M. March at that particular moment in time, as we pointed out in paragraph 12 of our first Objection, is almost inexplicable except on the basis that he was worried about the outcome of the Preliminary Objections. In a few months' time his own Government would be presenting its answer to Spain's Preliminary Objections; the written pleadings would then be closed and the Court's decision could be expected a few further months after that. Was it not self-evident, Mr. President, that he would be in a much stronger position to negotiate with a "bandit" if he waited until his Government had obtained a decision from the Court, either rejecting the Preliminary Objections or joining them to the merits. Then he might indeed hope to find the "bandit" more amenable to his proposals. But no. M. Frère, whose intelligence and balanced judgment we have heard so highly praised, felt impelled to make overtures forthwith to the man whom he believed to be one of the most crafty and dangerous of men. And this, Mr. President and Members of the Court, he apparently did without a word to his Government which had instituted the proceedings before the Court at the instigation of the private interests whom he represented.

That, Mr. President, is only one of the little puzzles that surround the actions of M. Frère. Feeling, no doubt, that something further was needed to give plausibility to his version of the overtures to M. March, M<sup>e</sup> Van Ryn recalled M. Frère's own explanation of the matter in paragraph 4 of his first memorandum. A long-standing dispute between the Spanish Government and the foreign shareholders of Chade had recently been settled. What struck M. Frère, says M<sup>e</sup> Van Ryn, was that in 1960 it had been possible to settle this old dispute through brief negotiations with the Spanish Government in the course of which the two parties had shown a remarkable spirit of comprehension. And this fact appeared to M. Frère to be the more striking in that the dispute had definite connections with the Barcelona Traction case and that the agreement had been concluded despite the persistent opposition of Juan March. These were new elements, exclaimed M<sup>e</sup> Van Ryn, which could not fail to strike M. Frère and he quoted the words used by M. Frère in his memorandum: "A wind of conciliation was blowing which it was neither in my own nature nor in the interests of the company to ignore."

Making all due allowance for that "lofty spirit of international co-operation" of which M<sup>e</sup> Van Ryn has told us, we find this, Mr. President, another rather extraordinary story. In the first place, the settlement of the Chade dispute occurred much earlier in 1960 and, when M. Frère had made his overtures to M. March in October 1960, M. Frère was in possession of the Spanish Preliminary Objections. How anyone confronted with that document and with the three volumes of Annexes which formed the basis of the speech of my distinguished colleague, Professor

Reuter, could possibly detect in it the smallest stirring of even the lightest zephyr of conciliation defies understanding.

In any case, Mr. President and Members of the Court, if one accepts the explanation of M. Frère that he believed the Chade settlement to be a sign of a new wind of conciliation, his overtures to M. March only became the more difficult to reconcile with the actions of a man of "intelligence" and "balanced judgment", that man whom M<sup>e</sup> Van Ryn has depicted for us. What had struck M. Frère about the Chade settlement, as you will recall, was the spirit of comprehension shown by the Government and the fact that agreement had been reached *in the teeth of persistent opposition of M. March*. Yet what did M. Frère do? Did he follow the wind of conciliation and approach the Government? No, Mr. President, he made overtures to M. March—to the "bandit", to the man who had done battle with the Barcelona Traction group in the Spanish Courts for 12 years and had recently shown himself decidedly obstinate in the Chade negotiations. It was not as if any feelers had been put out by M. March himself. Quite the contrary. According to M. Frère, the idea of making overtures to M. March came entirely from the Belgian side—from himself prompted by some of his shareholders.

Verily, the workings of the mind of a man of intelligence and balanced judgment are not altogether easy to follow—unless, of course, he was rather worried about the outcome of Spain's Preliminary Objections. Today, Mr. President and Members of the Court, you are in a better position than anyone to judge the kind of impression that the Spanish Preliminary Objections might have made on M. Frère and the Belgian Government in 1960. I will only say this. The three Preliminary Objections which confronted M. Frère and his Government in 1960 were not of the light-weight kind that you sometimes see in proceedings before the Court. They were substantial Objections such as must give anyone who considered them serious food for thought. Certainly, the Belgian Government has not dealt with them lightly in the written pleadings or in the speeches of Counsel here. The Court will make its own appreciation of M. Frère's overtures to M. March in October. Here it is my purpose simply to underline three brief points for the Court's attention:

*Firstly*, that the initiative came exclusively from the Belgian side, a point that is undisputed.

*Secondly*, that the explanations of his initiative offered by M. Frère and the Belgian Government before the Court are really scarcely to be considered rational.

*Thirdly*, that if it is assumed that the Spanish Preliminary Objections of May 1960 engendered certain apprehensions or doubts in the minds of M. Frère and his advisers, his overtures to M. March and all his subsequent acts begin to fall into place.

Mr. President, I shall now pass to M. Frère's choice of the Count de Motrico as his intermediary for making contact with M. March. We are told that M. Frère felt that he had need of a person of distinction to give the necessary tone and atmosphere to the negotiations and that in the Count de Motrico there was at hand the ideal intermediary: diplomat of distinction; close friend of M. Hernandez, former Director-General of the Sodec group in Argentina; friend of M. March; a man with legal training; a businessman of distinction; a man naturally disposed to conciliation; and, moreover, a man well-acquainted with the Barcelona

Traction case and all its ramifications. M<sup>e</sup> Van Ryn expatiated on this last point at some length on the basis of the new documents supplied by M. Frère to the Belgian Agent shortly before the hearings began. As M<sup>e</sup> Van Ryn, in our view, sought to draw inadmissible conclusions from these documents, I must deal with them. Before doing so, I should perhaps mention that the legal training of the Count de Motrico was in his University days when he studied law as well as engineering.

Referring to Appendices 1 to 15 of M. Frère's new memorandum, M<sup>e</sup> Van Ryn had this to say about the Count de Motrico's previous knowledge of the Barcelona Traction case. The Count de Motrico had occasion to speak of the subject with M. Hernandez many times between 1947 and 1950; he had also talked of it with his friend Juan March; indeed on several occasions he had personally taken a hand in the matter; he had played a part in discussions, he had been a party in negotiations, and all these interventions had been several times resumed—in 1949, 1950, 1951, 1952 and, most important of all, in 1955. M<sup>e</sup> Van Ryn then went on to state that the documents in those 15 Appendices "reveal beyond all dispute the number and importance of Count de Motrico's previous interventions. They prove that, contrary to what the Ambassador now maintains, his interventions were unmistakably active and positive". And he added:

"Thus in 1960 again, the Ambassador was still potentially an exceptionally well-placed intermediary, capable of exerting a definite influence in the discussions, as he had shown ... and this not only with regard to Juan March but also to the Spanish Government."

Then, Mr. President, M<sup>e</sup> Van Ryn touched—and we think a little tendentiously—upon the Arthur Dean letters, drawing from them the conclusion, for which there is no evidence, that five years later the Count de Motrico must have kept the Spanish Government fully informed about every detail of the private discussions right from the beginning in 1960 and certainly long before 17 March 1961, when we say the Spanish Government was informed.

Naturally, Mr. President, we recognize that when we wrote in paragraph 11 of our Preliminary Objection that the Count de Motrico "ne s'était jamais occupé, auparavant, en quelque qualité que ce soit, officielle ou privée, de la question de la Barcelona Traction" the statement was too categorical. If we had been aware of the exchanges in Washington between Mr. Dean and the Count de Motrico we should certainly have qualified that statement to a certain extent. But the picture would still be quite different from that presented to the Court by M<sup>e</sup> Van Ryn.

I will first ask the Court to consider briefly the 1949 to 1951 documents printed as Appendices 1 to 12 of M. Frère's second memorandum. The first eight documents relate to the time when the Count de Motrico was Ambassador in Buenos Aires. Chade, in which the Sofina group had a large shareholding, was having serious difficulties with the Argentine authorities, being under a threat of nationalization. As Chade was a Spanish-registered company, it fell to the Count de Motrico to defend its interests vis-à-vis Argentina and it was natural that he should have frequent contact with Chade and Sofina officials, notably M. Hernandez who in his University days had, as it happened, also studied engineering,

and M. Brosens, principal representative of Sofina in Argentina. The Barcelona Traction dispute came up in discussion from time to time and it appears from the documents that the Count de Motrico addressed an inquiry to the Spanish Government as to whether they would authorize him to act as an intermediary between M. March and the Sofina group. It also appears that he sounded M. March who was not unwilling to negotiate. These documents do not begin quite at the beginning of the story and do not show the actual genesis of the initiatives taken by the Count. But they certainly show that he was ready to facilitate an arrangement between the Sofina group and M. March, if he could. On the other hand, they equally make it crystal clear that the Spanish Government declined to give him permission to mediate in any official capacity and that he expressly informed the Sofina officials that he could only act "à titre strictement personnel".

The remaining telegrams of this series show that on two occasions in 1950, after he had given up his post in Argentina, the Count de Motrico again mentioned his suggestion for discussions between the two groups—once in a talk with an Argentine banker, one in a talk with M. Hernandez, I think it was in Spain. The telegrams do not show that it was the Count who broached the subject of the Barcelona Traction dispute in the discussions, though they certainly show again that he was interesting himself in finding a basis for its settlement. Equally, Appendix No. 11 shows that he made it very plain to M. Hernandez that he was not prepared to act in any negotiations as the emissary of M. March.

If at that time 12 years ago the Count de Motrico manifested an interest in furthering negotiations between the Sofina group and M. March, it had no outcome. When the Sofina group learned that the Count would neither act officially nor be the emissary of M. March, they lost interest. Some two years later, Mr. President, negotiations did indeed take place between M. March and the Sofina group on 16, 17 and 18 March (I think it was) 1953; but M. Brosens of Sofina and M. March met alone in Paris at an hotel, and these negotiations were abortive.

*[Public hearing of 28 April 1964, morning]*

Mr. President, yesterday I concluded by having just introduced the question of the reasons why M. Frère chose the Count de Motrico to be his intermediary and I had dealt with the earlier period during the Count's embassy in the Argentine.

However, the documents on which M<sup>e</sup> Van Ryn placed most emphasis were those in Appendices 13 to 15 emanating from Mr. Arthur Dean, member of the American law firm of Sullivan and Cromwell. Mr. Dean, as the Court knows, had been briefed by the Sofina group in 1954 to go to Spain and to make representations to the Government with a view to persuading it to promote negotiations between the private interests under the supervision of both Governments. M. Frère stated in his first memorandum that the Count de Motrico at that time Ambassador in Washington, "s'adressa spontanément à l'avocat américain Arthur H. Dean." The Count having challenged this statement and having asserted that the initiative had come from Mr. Dean, M. Frère furnished the Belgian Agent with three documents, the first of which—

Appendix 13—is an airletter from Mr. Dean in New York to Mr. Wilmers of Sofina in Brussels. At the same time, M. Frère explained that the relevant part of this document begins at point 4 of the letter, which opens with the startling words: "Suite à sa demande écrite et télégraphique au vu nouvel Ambassadeur de pays en question"—that is, of course, the Count de Motrico, and there follows an account of the interview between Mr. Dean and the Count to which I will return later.

As the Court is aware, the opening words of point 4 of that airletter are misleading. The Count de Motrico, though he naturally could not have a copy of the airletter or of the later airletter in Appendix 14, was able to find related correspondence in his private papers. These events took place nine years ago and if the Count had destroyed this correspondence we should not have been in a good position to correct the impression given in point 4. Mr. Dean's letter—which we have produced to the Court, Mr. President, a letter of 1 February, followed by a reply of the Count de Motrico on 9 February—reveals that it was not the Count who asked for the interview and who brought up the question of the Barcelona Traction case as between Mr. Dean and himself.

Me Van Ryn explained that the two letters had been overlooked by M. Frère when he drew up his memorandum; in short, it was a momentary slip on the part of the paragon. The word "overlooked" indicates that the missing letters were amongst the papers available but there was a failure to notice them. It does indeed appear that the letters were available in the file of correspondence, which must have been present in the files of M. Frère, because if one turns to the last of the three documents presented in Appendix 15, that is a letter of 22 July from the Count to Mr. Dean, not a letter from Mr. Dean to Mr. Wilmers but a letter from the Count to Mr. Dean. Now one might have expected that, seeking to establish whether the first move was made by Mr. Dean or by the Count, one would have begun at the beginning of the file. But here we begin in the middle of a letter in the middle of the file.

Me Van Ryn conceded that there was an error of detail which required a correction in M. Frère's memorandum. That said, our learned opponent seemed to us to interpret rather freely the language of the documents. Mr. Dean, in his opening letter of 1 February 1955, the first he had ever written to the Count de Motrico, naturally addressed him as Mr. Ambassador. He recalled their meeting at a public dinner some six weeks previously and he then wrote: "In addition to your ambassadorial duties, I know that you are a businessman of distinction and I am therefore taking this opportunity of calling to your attention the current situation involving Barcelona Traction."

Then he went on to refer to the state of electricity production, the climate of foreign investment in Spain and to mention that he hoped to return to Madrid at the beginning of March. What is clear from this letter, says Me Van Ryn, is that Mr. Dean was approaching the Ambassador as such, as a diplomat with considerable business experience, and not as a private individual. Well, it may be so, Mr. President, though anybody reading the letter as a whole, and especially the passage which I have quoted, might well be at a loss to say exactly on what basis Mr. Dean was addressing the Ambassador. It is, if I may say so, a somewhat oblique letter. But the point is really of very little im-

portance because, as soon as they met—on 15 February—the Count de Motrico made it plain that he was only prepared to discuss the Barcelona Traction situation on a personal and non-official basis—that is in the document.

The Count de Motrico wrote a straightforward reply to Mr. Dean's letter. He expressed interest; said he would like to discuss the matter personally with Mr. Dean either in Washington or New York whichever was more convenient; gave Mr. Dean his plans during the remainder of February and asked about the latter's plans in order that they might arrange to meet.

This brings me to the first of the three documents produced by M. Frère, Appendix 13, a long airletter which contains, amongst other things, Mr. Dean's report of his meeting with the Count de Motrico. M<sup>e</sup> Van Ryn refers to this document as a telegram and it was certainly prepared as such. But, as Mr. Dean explained in his covering note, he decided to despatch it as an airletter. The document therefore reads as it was written and sent by Mr. Dean, and there is no question of words having become altered in transmission. Even so, the letter is cast in the form of a telegram and as M<sup>e</sup> Van Ryn said, with justice, it is not very easy to read. So, he dispensed himself from dealing with the document as a whole and merely pinpointed the two conclusions which he said had been drawn by Mr. Dean from the interview. These were: firstly, the Count de Motrico was positive that the Spanish Government would in no way wish to intervene between the private groups, but would strongly welcome an attempt at a settlement; secondly, the Ambassador seemed to speak with a great deal of authority and had such a detailed knowledge of the various conversations that he must be in close communication.

These two conclusions are taken by M<sup>e</sup> Van Ryn not from point 4, which contains the information given to Mr. Dean by the Count at the interview, but in points 7 and 9 of the letter. Oddly enough, Mr. President, points 7 and 9 do not, on their face, refer to the Count but to another character, the emissary, and this is where M<sup>e</sup> Van Ryn was so right in saying that the telegram is a little difficult to read. You see, Mr. President, the telegram covers interviews with three different persons and does not observe a very strict sequence in reporting them. Thus, point 1 concerns an interview with "your emissary"—that is, the emissary sent by Mr. Wilmers of Sofina to Mr. Dean, the only character amongst the *dramatis personae* in the new documents whom M. Frère has not identified for us. Point 3 moves on to an interview with Elizalde, who is a one-time Philippine Ambassador to the United States. Points 4, 5 and 6 cover the interview with the Count de Motrico. Points 7, 8 and 9, from which M<sup>e</sup> Van Ryn drew his conclusions, then appear on their face to go back to the emissary, while point 11 similarly goes back to Elizalde, the ex-Philippine Ambassador. As I said, the document is in the form in which it was written and sent by Mr. Dean and, I simply say as a fact, it is the word "emissary" which appears in points 7 and 9.

Even if it be assumed that there was a mistake and that—and I frankly confess, Mr. President, that I think it is likely—Mr. Dean twice put "emissary" when he meant "Ambassador", it is still necessary, Mr. President, to read his letter in its context and as a whole. The context was this. Mr. Dean had already been to Spain in 1954, as Sofina's

counsel, to urge the Government to promote negotiations between the private groups under the supervision of the two Governments. The Count de Motrico, after resigning his Ambassadorship in Argentina, had returned to private life in Spain and resumed his business activities. During 1954 he met M. March from time to time in Madrid and other friends in official circles and, naturally, Mr. Dean's recent visit made developments in the Barcelona Traction dispute a topic of active conversation. In consequence, the Count was well-enough informed concerning the points of view of M. March and of the Government at that date. He did not meet Mr. Dean in Spain and had nothing to do with Mr. Dean's discussions with members of the Government in 1954. Nor were Mr. Dean's discussions with members of the Government in any way—except quite incidentally—within the Count de Motrico's province in Washington. The discussions were being handled at the Madrid end and the Count had no instructions to speak on behalf of the Government on the substance of the matter to Mr. Dean who was in Madrid as counsel for the Sofina-Sidro group.

If I may, Mr. President, I should now like to take the Court rapidly through points 4, 5 and 6 of Mr. Dean's letter from the examination of which our learned opponent, as I said, dispensed himself on the plea of sparing the Court the pain of their telegraphic language. Happily, that language is clear enough and there are one or two points which seem to us to have a certain interest for later events.

Point 4 repeats the information furnished to Mr. Dean by the Count and Mr. Dean at once says: "he gave me the following information on what he termed *personal and not official basis*". In the circumstances which I have described that was, of course, the most that the Count could do.

Next, Mr. Dean repeats that the Count was "absolutely positive his Government would not be interested on any basis in having anyone to supervise negotiations between ourselves and opponent". As the Court knows, the constant attitude of the Government from the beginning had been that it must refrain from intervening in the dispute between the private groups while the matter was still pending before the Spanish courts.

After mentioning the Count's comments upon his memorandum Mr. Dean says that the Count strongly urged him to "get authority to negotiate and see opponent directly and on strictly business basis work out terms of settlement *and then advise Government*". Seeing that he believed the Government to be extremely reluctant to intervene between the private interests, was it not entirely natural, Mr. President, for the Count to recommend that course? Having regard to the theory which M<sup>e</sup> Van Ryn has constructed—it is not supported by the evidence—that in 1960-1961 the Spanish Government must have been fully cognizant of all that transpired in the private discussions almost from the beginning, the Court may think that this statement in Mr. Dean's letter is not without its significance. The Count, it is clear, strongly urged Mr. Dean to work out an agreement first with M. March privately and *only then* inform the Government, which did not wish to involve itself in the dispute between the private groups. Is that not entirely consistent with what the Count de Motrico says happened in 1960-1961 in regard to the *désistement*, but what M<sup>e</sup> Van Ryn denies?

Next the Count de Motrico is reported as saying that if Mr. Dean

adopted that method of proceeding, he could be most helpful *on a personal basis* in arranging a meeting and in ensuring that M. March would really negotiate. Here again, Mr. President, you have the Count underlining that whatever he might do would be on a *personal* basis.

After saying that the 1953 negotiations between M. Brosens and M. March had not been realistic and that the Sofina-Sidro group were only doing themselves harm with the Government by retaining a relative of the Head of State as their counsel in Madrid, the Count apparently again urged Mr. Dean to obtain authority for direct negotiations with M. March and to advise the Count if Mr. Dean wished him to arrange a meeting.

In point 5 of his letter Mr. Dean, commenting upon the interview, proposed that he should write to the Count thanking him for his great interest and suggesting that Mr. Dean should communicate with the Count again after Mr. Dean had returned to Spain. This proposal does not seem to have been followed up.

In point 6 Mr. Dean remarks that the Count de Motrico had insisted that he was in no way connected with M. March in business, though some of his companies had business arrangements with M. March. He had also insisted that, whatever else the Sofina group might think, M. March was extremely proud and sensitive and strongly resented their contemptuous treatment of him. I ask the Court particularly to note this last statement, because I shall want to return to it when I discuss the real motives of M. March—as distinct from those attributed to him by M<sup>e</sup> Van Ryn—in insisting upon the *retrait définitif de la demande* as a condition *sine qua non* for the beginning of negotiations with M. Frère.

That, Mr. President, completes the passages in the air-letter which unmistakably refer to the Count de Motrico. But I will now deal briefly with points 7, 8 and 9 on the assumption, which I think is probably well-founded, that they were intended to refer to the Count de Motrico.

In point 7, Mr. Dean reports that the "emissary" (ambassador, if you like) thought that he could get the Sofina group off on a very good basis if they were willing to negotiate on strictly business lines without name-calling, without allusions to alleged reprehensible conduct and without attempting to correct the court proceedings; and that the emissary (ambassador) was "very categorical that the Government would not in any way interfere officially, but would strongly welcome attempt at settlement". It is this last statement which M<sup>e</sup> Van Ryn pinpointed as one of the two conclusions which he particularly wanted to draw from this document. So be it, Mr. President. That always has been the attitude of the Government. It declined to intervene itself; but if the parties could agree amongst themselves, it would be glad to hear that the matter was disposed of.

In point 8 the same person is reported as having discussed the cancellation of the bonds, the substantial profit expected by M. March and to have advised against making any plans for bringing in other interests until an agreement with M. March had been achieved.

In point 9 Mr. Dean comments that the "emissary" (ambassador) seemed to be "speaking with a great deal of authority" and to have such a "detailed knowledge of the various conversations that he must be in close communication".

If one assumes that these points in the airletter all equally refer to

the Count, what do they show? They show that he had a detailed knowledge of M. March's views at that time and that he was fully aware of the long-standing policy of the Government of non-intervention in the private dispute. They also show that he had thought about the matter himself and was ready enough to offer advice to Mr. Dean when approached by the latter. In the context in which this interview took place, as I have already explained, there is nothing very surprising in the fact that the Count had that detailed knowledge at that date—or that, on a strictly personal basis, he offered that advice to Mr. Dean recommending that the Sofina group should first negotiate directly with M. March and approach the Government only when the terms of the settlement had been worked out.

The third and the last of the Arthur Dean documents presented by M. Frère—Appendix 15—is brief but not without interest. It is the letter of 22 July 1955 from the Count to Mr. Dean which I mentioned earlier. In his letter of 22 July the Count de Motrico, after acknowledging a previous letter of Mr. Dean's, sent a few days before, wrote:

“I am planning to go to Spain in the first days of August and stay there four or six weeks and I intend to bring up the subject in my conversations with the Minister for Foreign Affairs. I shall let you know my impressions when I get back.”

Clearly, Mr. Président, the intention in presenting this letter must have been to suggest that the Count was in close contact with his Minister regarding Mr. Dean's attempts to get the Government to intervene between the private groups. And this seems to be borne out by M<sup>e</sup> Van Ryn's comment upon the letter:

“Is it going too far to think [he said] that what was true in 1955 still remained true in October 1960 and was possibly even more so since in the interval the dispute had become yet more acute, proceedings having been instituted with the International Court of Justice?”

As I have already pointed out, M<sup>e</sup> Van Ryn's theory that the Spanish Government was being kept fully informed of the *désistement* discussions by the Count right from the beginning—right from October 1960—is his own construction and has no basis in the evidence. I will deal with that in good time. I am here concerned only with what M. Frère and M<sup>e</sup> Van Ryn suggest may have happened in 1955.

If, Mr. Président, one looks at the terms of the letter itself does it really bear out that is what is suggested? All that the Count de Motrico states is that he will be back in Spain during August; that he intends to bring up the subject of Barcelona Traction in the course of his conversations with his Minister and will let Mr. Dean know his impressions when he gets back. On the face of it, this does not seem to mean any more than that the Count proposed to sound his Minister as to the latest position in regard to Mr. Dean's attempt to persuade him to promote officially sponsored negotiations between the private groups, and to let Mr. Dean have his impressions. In other words, Mr. Président, what this letter seems to show more clearly than anything else is that the Count de Motrico was not in close communication with his Minister

concerning the Dean conversations but hoped to get up-to-date during his stay—his summer holiday—in Spain.

This little letter of 22 July presented by M. Frère leaves you to your imaginations as to what may have followed. But in truth, Mr. President, the *démarches* by Mr. Dean in Madrid for the purpose of trying to argue the Government into promoting discussions between the private groups under governmental supervision were already beginning to go cold. Mr. Dean made a further attempt later in the year to persuade the Government that a respectable legal basis for the action proposed existed under Spanish law, and sent papers in that connection to the Count de Motrico for information, and had one or two further contacts with him. But the Government was not persuaded and the *démarches* came to nothing. And I may add that the Sofina group showed no disposition to follow up the Count's own suggestion that they should approach M. March directly with a view to purely private negotiations for which, of course, the Count had offered his good offices.

In conclusion, Mr. President and Members of the Court, I should like to underline that the position in 1955 was quite different from that in 1960-1961. In 1955 the preliminary conversations concerning possible negotiations between the private groups were conducted entirely in Madrid and with a view to negotiations under the supervision of the respective Governments. There were not "preliminary conversations" in that sense in Washington between the Count and Mr. Dean. What happened, as the documents show, was that Mr. Dean made use of his contact with the Ambassador and his personal prestige to obtain background information, perfectly properly, to help him in his task. In 1960-1961 the preliminary conversations were initiated and conducted entirely in Paris with a view to negotiations of an exclusively private character.

Mr. President, if I have dealt with the Dean-Motrico documents at a little length, it is solely because of the, what we think, inadmissible conclusions which Me Van Ryn sought to draw from them in regard to the participation of the Spanish Government in the private discussions prior to the discontinuance. We accept the fact that, on a personal basis, the Count had shown a considerable interest in the Barcelona Traction question and that he was ready to lend his good offices for the settlement of the dispute by negotiating between the private groups. We therefore reach this point of agreement with our opponents that M. Frère selected the Count de Motrico to be his intermediary with M. March not only because the Count was a mutual friend of both M. Hernandez and M. March but also because he believed him to be likely to co-operate wholeheartedly in any attempt to find a solution through private negotiations.

This equally means, Mr. President, that it is an established point in the case that it was the Belgian private interests alone who, of their own accord and on their own responsibility, chose the Count de Motrico to be their intermediary with M. March.

It is also an established point in the case that when, on 18 October 1960, M. Hernandez asked the Count de Motrico in Paris whether he would be prepared to act as intermediary for the purposes of putting M. Frère in contact with M. March, the Count at once made it plain that he could only do so on a personal basis and in a purely private capacity. The Count himself states this in paragraph 4 of his report.

M. Frère has never denied it. On the contrary, in a letter of 3 October 1961 written to M. March after the final break-down of the negotiations, M. Frère said: "sans doute n'ai-je jamais considéré que le comte de Motrico intervenait en sa qualité d'ambassadeur du Gouvernement espagnol". That reference, Mr. President, is in Appendix 26 to Annex 6 of the Observations and Conclusions. The Belgian Government itself, in I, paragraph 289 of the Memorial, conceded that the Count had made it plain that he would only act in a private capacity, though it sought at the same time to minimize the significance of that fact.

On the basis, therefore, of the undisputed facts we have this situation in October 1960: M. Frère and the private interests for whom he acted had instigated the Belgian Government to bring the Barcelona Traction case before the Court and in the process to launch the gravest attacks against the Spanish authorities. But M. Frère was now confronted with the three formidable-looking Preliminary Objections. Without a word to his Government, as I said last night, M. Frère started—well, underground conversations, through the Count de Motrico, with the private individual who was the particular target of the most virulent attacks by his Government. True, he did so through the Count de Motrico who was at that time, and still is, Spanish Ambassador in Paris. But he addressed himself to the Count as a mutual friend of both the private groups and he knew that the Count had consented to be their intermediary only in a strictly private capacity.

In short, Mr. President and Members of the Court, in October 1960 M. Frère and his group decided, entirely on their own initiative and on their own responsibility, to start underground, if I may say so, guerilla discussions with their old enemy, M. March, quite outside the proceedings in Court between the two Governments. We do not accept for one moment the account of those discussions which has been given to the Court by M<sup>e</sup> Van Ryn. But we feel justified in asking at the outset why the Spanish Government, which was never consulted in October 1960 and never even informed until 17 March 1961, should be considered to be in any way affected by any misunderstandings or any miscarriages of the plans of M. Frère that may have occurred in the course of his guerilla activities.

With your permission, Mr. President, I will now deal with the private discussions prior to the discontinuance. In doing so, I shall limit myself to what appear to be the salient facts—though I am afraid they are numerous—in order to save the time of the Court and if I do not deal with every assertion that has been made by our opponents on this part of the case, the Court will well understand this does not mean that the Spanish Government accepts them.

M<sup>e</sup> Van Ryn, having described M. Frère as a paragon of all the virtues and talents, and having explained why M. Frère fixed on the Count de Motrico as his intermediary, introduced the other participant—M. March—to the Court. The Court will certainly remember it and my distinguished friend, the Spanish Agent, has already recalled it. M<sup>e</sup> Van Ryn, as though washing his hands of so distasteful a subject, said he proposed to leave it to us to trace the career of M. March, if we wished. And he then threatened us that, if we did so, he reserved the right to return to the matter in the Rejoinder. After that, of course, Mr. President, he proceeded to do exactly what he said that he was not going to do. He gave the Court by insinuation and by reference his own thumbnail sketch of M. March.

The Spanish Government is no more responsible for the acts of M. March with respect to the discontinuance than it is for the acts of M. Frère. I am not, therefore, going to follow M<sup>e</sup> Van Ryn into the by-way into which he invited me. It is true that he used language concerning M. March which we on this side of the Bar considered to be unnecessary and entirely out of place. But there is no occasion for me in the present connection to add anything to the brief observation of the Spanish Agent on that point. In truth, Mr. President, the lurid portrait painted by M<sup>e</sup> Van Ryn of M. March, distorted though it was, is far from causing us any embarrassment, for it makes the account of the *désistement* discussions which he has sought to put before the Court simply incredible.

Powerful and formidable man whose power rested essentially upon his immense wealth; buccaneer, bandit, highwayman; man for whom any course of conduct was good as long as it served to increase his immeasurable wealth; a man whom nothing, neither law nor morality nor feeling, ever restrained from the use he was able to make of irresistible financial power. Those, Mr. President, are some of the courteous expressions which M<sup>e</sup> Van Ryn licensed himself to use before the Court about this man, who is now dead. And he took care to emphasize that all this was well known beyond the frontiers of Spain and had indeed been published in books and biographies in the 1930s.

And after this exordium, M<sup>e</sup> Van Ryn went straight on to say: "But at the time of those overtures in October 1960 Juan March's plans were shrouded in mystery. The psychological motives which prompt human action, are often only revealed later when the man shows his hand." And again a little later: "Juan March probably saw in the overture which M. Frère was making to him in all good faith and simplicity a sign of weakness."

Are you then to think, Mr. President, that M. Frère, the great international banker and man of affairs, the representative of the group which had done battle with M. March in the Spanish courts for 12 years, was the only man in Christendom who was quite unaware of M<sup>e</sup> Van Ryn's lurid portrait? No, Mr. President, that is not what M<sup>e</sup> Van Ryn is asking you to think; for he told you expressly that M. Frère knew M. March to be reputed to be one of the most crafty and dangerous of men.

So it seems to us, Mr. President, that M<sup>e</sup> Van Ryn has put you in this dilemma: either you must conclude that M. Frère, that paragon of intelligence and good judgment behaved with utter folly in October 1960, or you must conclude that M<sup>e</sup> Van Ryn himself, in painting that lurid portrait, allowed his imagination to run away with him. Certainly, as I have already pointed out, if M. Frère in October 1960 believed one-tenth of what M<sup>e</sup> Van Ryn suggested to the Court about M. March, his overtures to the latter are scarcely explicable, except on the basis of his anxiety concerning the outcome of the Preliminary Objections. But really, no one can suppose that he could have been quite so foolish as is suggested.

That, Mr. President, is only the beginning of the tale told by M<sup>e</sup> Van Ryn of the big bad bandit who laid a trap for the President of Sidro in all his simplicity:

"M. March [you are informed] probably saw in the overture which M. Frère was making to him in all good faith and simplicity

a sign of weakness. At the same time he saw a chance for laying a trap. By holding out the prospects of a friendly settlement, he might be able to bring about the abandonment of the proceedings . . . for this was his first concern. Those proceedings displeased him; more than that they made him uneasy."

M<sup>e</sup> Van Ryn ran on in the same vein, suggesting that M. March was terrified of the disclosure before the Court of his alleged "judicial tricks" and that "only one thing mattered to him—to get the proceedings stopped". And with that little preamble—the Court will find it on pages 392 and 393, II—M<sup>e</sup> Van Ryn introduced M. March's famous *Note de Base*—regarded apparently by our opponent as the first step in M. March's grand design for trapping M. Frère in all his simplicity.

One can only admire the audacity of our opponent's argument. By October 1960 the case had already been before the Court for two years, and during those two years not a move had been made, not a sign of uneasiness had been shown by M. March. Yet it is he who is said to have been unable to tolerate the continuance of the proceedings, not M. Frère who, faced with the preliminary objections, came running cap in hand to M. March, the "bandit". The Court will know what to make of that argument.

As to the alleged trap, Mr. President, neither the crystal-clear terms of the *Note de Base* nor any of the rest of the evidence in any way suggests that M. March's intention in drawing up his *Note de Base* was to lay a trap for M. Frère. This will become clear as I examine each principal stage in the *désistement* discussions and not least in the *Note de Base* itself, to which I shall now turn.

Here again, Mr. President, we have one of the established points in the case. M. March, having been told by the Count de Motrico at luncheon on 19 October of M. Frère's overtures, at once stated the three conditions on which he was prepared to begin the negotiations. A brief note was drawn up there and then setting out the conditions and was sent by the Count de Motrico to M. Hernandez the following day. A photocopy of the original Spanish text is in Appendix 1 to Annex 6 of the Belgian Observations. The terms of the note will by now be familiar to the Court, but it is necessary for me to say a word about each condition.

The first condition reads: "D'un point de vue moral, le retrait définitif de la demande est une condition préalable à l'ouverture de la négociation." The words "D'un point de vue moral" give M. March's own explanation of his motive for making the "retrait définitif de la demande", a *sine qua non* for the opening of negotiations and there is not the slightest reason for doubting its genuineness. In paragraph 5 of his report the Count de Motrico records how M. March said that the grave accusations levelled against him and the Spanish authorities made it impossible for him morally to enter upon any discussions with the other side unless there was first "un retrait préalable et définitif de la demande du Gouvernement belge". M. Frère himself, in paragraph 11 of his first memorandum, states that at his meeting with M. March on 12 January 1961, the latter—

"répéta que pour une raison d'ordre moral, il ne pourrait accepter d'entrer en négociation avec les représentants de Sidro tant que

subsisterait un procès international où des imputations graves et injurieuses étaient faites contre le Gouvernement espagnol et contre lui-même”.

Furthermore, the genuineness of M. March's feelings on this point receives confirmation from that passage in the airletter of Mr. Dean of 15 February 1955 to which I drew the Court's attention. It is the passage in point 6, where the Count is reported as saying that whatever else Sidro might think, M. March was “extremely proud and sensitive and strongly resented their contemptuous treatment of him”. The Belgian Government itself, first in paragraph 289 of its Memorial and then in paragraph 38 of its Observations and Conclusions, did not question the strength of M. March's feelings concerning the Belgian accusations against him. Indeed, in the latter document it spoke of “M. March's tremendous concern for prestige and the touchiness he displayed with regard to the accusations about him in the Belgian Memorial”. Yet M<sup>e</sup> Van Ryn, totally disregarding the evidence and statements of his own side, apparently felt himself at liberty to suggest to the Court on 8 April that the *Note de Base* was nothing but a “trap” and a “piece of play-acting”.

This brings me, Mr. President, to the meaning of the words *le retrait définitif de la demande*—*la retirada definitiva de la demanda*—found in M. March's condition *sine qua non* for opening the negotiations. One would hardly have thought that there could be any real doubt as to what it was that M. March was demanding as an essential condition of the negotiations. M. March's first condition was inspired, as the Belgian Government has itself recognized, by this tremendous concern for prestige and touchiness concerning the accusations about him in the Belgian Memorial. How, as a matter of simple common sense, could the Belgian side possibly imagine for one moment that, in asking for *le retrait définitif de la demande*, M. March only meant the withdrawal of the proceedings immediately in progress and not the total withdrawal from the Court of the Belgian accusations? What a peculiar sense of prestige, what a peculiar touchiness about the accusations that would have been for M. March to demand the withdrawal only of the proceedings actually in progress and leave his traducers completely at liberty to reintroduce the Application and to repeat all their accusations before the Court. One would have thought, Mr. President and Members of the Court, that *retrait définitif de la demande* was a pretty pointed and unequivocal statement of M. March's condition which, when introduced by the words “D'un point de vue moral”, left nothing to the imagination. Our learned opponents, however, have sought to interpret it away almost to nothing by using their ingenuity, first, on the word *demande* and, secondly, on the word *définitif*.

Our opponents have assiduously translated the Spanish word *demanda* as *requête* with the idea of showing that M. March never had in mind anything but the withdrawal of the particular document of the particular proceedings before the Court. And then M<sup>e</sup> Van Ryn in his speech said: “The word *demanda* is the proper word in Spanish terminology for designating the document instituting proceedings in a case. This appears, in particular, from Article 524 of the Spanish Civil Procedure Act.” And he complained that in our Preliminary Objection we spoke of the “definitive withdrawal of the Belgian claim”, “the definitive withdrawal

of the Barcelona Traction Company case", and "the final withdrawal of the case for all time once and for all". In point of fact, Mr. President, it is a little misleading to equate the Spanish term *demanda* with the French word *requête* in its narrower sense of the *document introductif de l'instance*. For in ordinary cases, as Article 524 of the Law of Civil Procedure itself provides, the act instituting the proceedings and the act setting out the claim are a single act. There is no separation between *requête* and *demande*; they are the same document. Thus, Article 524 provides:

"L'action ordinaire sera introduite par une demande dans laquelle, une fois exposés succinctement et énumérés les faits et les fondements de droit, seront déterminés avec clarté et précision l'objet de la demande et la personne contre laquelle celle-ci est dirigée."

In other words, the Spanish term *demanda* covers both the French terms *requête* and *demande* and includes the detailed formulation of the claim. Consequently, it is correct enough to treat the term *demanda* as denoting the claim presented to the Court. It is, in consequence, natural and only to be expected from the use of language that the Spanish word *demanda*, like the French word *demande*, is frequently used by lawyers as well as laymen to indicate a "claim", in other words, the substance of the matter presented to the Court and not simply the piece of paper instituting the proceedings, or simply the proceedings as such. Furthermore, Mr. President, even the French term *requête* is not infrequently used to denote the claim presented to the Court and not simply the *document introductif de l'instance*, or the proceedings simply as such. Thus, Capitant's *Vocabulaire Juridique* defines *requête* as follows on page 426: "*sens général*: demande adressée à une autorité ayant pouvoir de décision"; and then gives its more technical procedural meanings. And, if one looks at the definition of *demande* on page 185, one sees at its first meaning *fait de s'adresser à un tribunal pour faire reconnaître l'existence d'un droit*. Perhaps the term *requête* has a more technical flavour. But it also is not infrequently used to denote the claim comprised in the procedural act.

But we are here concerned, Mr. President, with a statement drawn up to express M. March's absolute refusal to enter into any negotiations with those who had levelled the gravest charges against him in proceedings before the Court until they had withdrawn from the Court the *demanda* in which they had defamed him. In other words, we have the case of a layman in particular circumstances using these phrases, and we are content to leave to the Court the question in what sense M. March used the term *demanda* in his *Note de Base*, and more especially when he there spoke of the *retirada definitiva de la demanda*.

As to the phrase *retirada definitiva*, it really has taxed the ingenuity of my learned opponent to get rid of the word *definitiva*. You will find this argument, Mr. President and Members of the Court, page 408. at II, and really we feel a little flattered, because the authority on which he there relied to support his argument is one of our own statements:

"Quant à l'adjectif *definitiva* [said M<sup>e</sup> Van Ryn], le Gouvernement espagnol lui-même nous en explique le sens lorsqu'il précise que ce mot devait simplement faire entendre que March ne demandait pas seulement la suspension ou l'interruption momentanée de la

procédure pendante: il voulait plus que cela; il voulait que le Gouvernement belge fit un pas de plus *et retirât la requête qu'il avait introduite.*"

Happily, Mr. President, M<sup>e</sup> Van Ryn gave you the reference for the passage on which he relied, or we might not have recognized it. The reference which he gave is paragraph 71—page 115 at I,—of our Preliminary Objections and there you will find something rather different. What we actually wrote was:

"Du côté belge, on a parfaitement compris que ce que demandait le ressortissant espagnol n'était pas simplement la suspension ou l'interruption momentanée de la procédure pendante devant la Cour, *mais bien le retrait définitif de l'affaire de la Barcelona Traction Company.*"

When our opponents go to such lengths of interpretation to explain away a phrase in a document so evidently embarrassing, and when that is the explanation which they have given of the phrase, we hardly think that it is necessary to carry the argument much further. So crystal clear is the meaning of the words *retrait définitif—retirada definitiva*—that in their written pleadings our opponents felt it wiser not to embark on a dissection; now what is offered to the Court was this attribution to us of words we did not use. In truth, Mr. President, we should have been content to leave the meaning of the words *retrait définitif—retirada definitiva*—to the appreciation of the Court without any argument. But after hearing our opponents' argument we had the curiosity to turn up the word *définitif* in the dictionary *Larousse du XX<sup>e</sup> siècle* and there on page 726 of Volume II we found: "Qui termine une chose, ce sur quoi on ne peut revenir".

In short, having regard to the terms of the first condition and to the circumstances in which it was formulated, we submit that the only rational interpretation of the condition is that M. March was insisting upon the withdrawal once and for all of the Barcelona Traction case from the Court—as the *sine qua non* for the opening of negotiations.

The second condition needs only a brief comment, Mr. President, it reads: "Une fois cette condition remplie, l'autre partie prend l'engagement d'entreprendre en toute bonne foi une négociation immédiate pour essayer de trouver une solution qui fixerait une indemnité destinée aux actionnaires." My comment relates only to the words "pour essayer de trouver une solution, etc." These words, as M. Hernandez at once appreciated and M<sup>e</sup> Van Ryn emphasized, did not contain an express undertaking to compensate the shareholders but only to seek a solution which would fix compensation for the shareholders. As he made very plain at his first meeting with M. Frère on 12 January, M. March had no intention of negotiating on the basis that the charges in the Belgian Memorial were well founded and that he was under an obligation towards the shareholders; he was, however, willing to discuss with M. Frère ways and means of putting an end to the interminable disputes between the two groups and to negotiate a sum to be paid to the shareholders for the sake of settling the dispute, of buying peace, before he died.

The third condition simply insisted on complete secrecy being observed until a final agreement—*acuerdo definitivo*—had been reached.

*Retirada definitiva* in the first condition, Mr. President, *acuerdo definitivo* in the third. We wonder what M. Frère thought M. March meant by an *acuerdo definitivo* if not, in the words of Larousse, "un accord sur quoi on ne peut revenir".

Before I pass on to my next point, Mr. President, I should like to return for a moment to M<sup>e</sup> Van Ryn's little story of the big bad bandit and the trap he set to disarm the President of Sidro in all his simplicity. It is not easy to imagine how M. March could have devised anything more likely to frighten away M. Frère than the forthright, uncompromising conditions of his *Note de Base*. If M. March had really been the crafty man terrified of the outcome of the proceedings before the Court whom M<sup>e</sup> Van Ryn depicts, is it conceivable that he would have replied to M. Frère in that blunt "take it or leave it" fashion? Certainly not.

Indeed, M<sup>e</sup> Van Ryn emphasized how upset M. Hernandez and M. Frère were at this uncompromising character of the *Note de Base*. He first pointed to the letter of M. Hernandez written only a few days later on 22 October, to the Count de Motrico. This is the letter which is printed on page 88 of Volume I of the Annexes to the Observations and Conclusions and which our opponents in their Observations were courteous enough to suggest that we had deliberately suppressed. The truth is that we did not know of its existence when we prepared our Objection and that, if we had, we would most certainly have produced it.

M<sup>e</sup> Van Ryn touched on this letter at II, page 394, quoting first one passage from the accompanying memorandum, the memorandum accompanying the letter, as evidence of M. Hernandez's surprise at the stiff terms of M. March's condition *sine qua non*. According to M<sup>e</sup> Van Ryn, Mr. Hernandez commented to the Count de Motrico: "On demande donc un fait: le retrait d'une requête (*demanda*). On propose, en échange, une intention: 'essayer de trouver une solution'. Le manque d'équilibre est évident." I say "according to M<sup>e</sup> Van Ryn", because this is one of the instances—there are three others in this same memorandum—where our opponents have translated the word *demanda* by *requête*—for such advantage as it gives—a word which, as I have mentioned, they ask you to interpret as indicating simply the piece of paper instituting the proceedings or the proceedings as such. The confidence with which our opponents do this in the present document is particularly interesting, because, if the Court will be good enough to look at paragraphs 2, 4 and 5 of the Memorandum, it will find that three times M. Hernandez used quite other phrases.

In paragraphs 1 and 2 of his Memorandum, M. Hernandez was representing to the Count that the *retirada definitiva de la demanda* required under the first condition was not consistent with the complete secrecy required under the third condition until a final agreement had been reached. In this context he wrote: "El desistimiento de la acción judicial no puede mantenerse secreto", that is, "le désistement de l'action judiciaire ne peut être maintenu secret". The Court will also note that again at the end of paragraph 4 M. Hernandez spoke of the need to have "base adéquate d'entente permettant de demander, avec fondement, le retrait de l'action judiciaire". Our opponents, as the Court knows, draw the sharpest of distinctions between *désistement d'action* and *désistement d'instance* both in municipal and international law. Yet, when they find one of their own champions—the man who received

the *Note de Base* from the Count de Motrico—equating *la retirada de la demanda* with *désistement d'action* and *retrait de l'action judiciaire*, it troubles them not at all. On the contrary they go on religiously translating *demanda* as *requête* everywhere else in the same document.

M<sup>e</sup> Van Ryn, as I have mentioned, cited the letter of M. Hernandez for the purpose of showing the surprise of the latter at the stiff conditions laid down by M. March. M<sup>e</sup> Van Ryn went on to emphasize the hesitation of M. Frère to go on with the matter in face of M. March's demands; and here he referred to M. Frère's memorandum and to a personal letter written by M. Frère to M. Hernandez on 2 December 1960. At dinner on 29 November the Count de Motrico had insisted upon the "bonne volonté" of M. March as to the need to settle the matter, upon his injured feelings and upon the advantage of M. Frère's meeting M. March face to face. M. Frère stated that finally he agreed to the meeting, if only to try and convince M. March that it was not possible to stop the proceedings until an agreement had been reached, at any rate in principle, on the amount of the sum and the conditions of payment.

The reluctance of M. Frère to go on with the matter is, of course, an essential feature of M<sup>e</sup> Van Ryn's dramatic story of the "trap". In fact, it only confirms what I have already said about the extreme unlikelihood of his thesis, that the blunt uncompromising terms of the *Note de Base* could conceal a trap. Nor does the evidence suggest that the Count de Motrico had quite so much difficulty as M<sup>e</sup> Van Ryn implies in persuading M. Frère to see M. March so as to form his own opinion as to the latter's intentions.

M<sup>e</sup> Van Ryn passed over an earlier letter of 10 November from M. Hernandez to the Count de Motrico—it is in Appendix 3 to Annex 6 of the Belgian Observations—which strongly suggests that the Belgian side at any rate already had in mind to see M. March before M. Frère went to dine with the Count de Motrico. In the first paragraph, M. Hernandez says that he had been giving much thought "*au sujet des deux nouveaux entretiens convenus le jour de mon départ*". The next two paragraphs indicate that the first meeting is to be of a preliminary character to prepare the ground for the second; and that M. Hernandez was of the view that the second meeting ought only to be held if it seemed likely to produce positive results. Sensible advice. Giving his reasons for this view, M. Hernandez said:

"Suivant notre commune opinion, ce résultat ne peut s'obtenir par des affirmations de l'une des parties et des faits de l'autre. Ton élan naturel et ton optimisme t'ont donné la conviction que ce fait qui nous manque dans l'une des parties, naîtra de l'entretien même entre nos deux protagonistes. Mais, crois-le, plus j'y pense, plus je suis convaincu que si l'on ne s'y prépare pas et, par contre, ce qui s'est passé avec Don Antonio se réitère, nous aurons alors gâté une opportunité unique."

He then adds: "On ne peut demander un désistement—fait positif—qu'en échange d'un autre fait ..." "Gâter une opportunité unique." That does not suggest, Mr. President, that the Belgian side were so very unwilling to test M. March a little further.

As to the Count de Motrico himself, he does indeed confirm in paragraph 8 of his report that M. Frère again explained his anxieties, and

that he, the Count, suggested a personal meeting in order that M. Frère might hear for himself what M. March had to say about the proposal for "une négociation de bonne foi". He also confirms that he spoke of his own conviction of M. March's "bonne volonté". But of M. Frère's reaction to the idea of a personal meeting to explore M. March's "bonne volonté" for himself, the Count simply says: "M. Frère approuva mon idée". And in paragraph 9 of his report he states that at the time the expressed motive of M. Frère in agreeing to a personal meeting was to "connaître personnellement son futur interlocuteur, ainsi que pour sonder les conditions de la négociation et obtenir une impression pouvant le tranquilliser quant aux perspectives de succès de la négociation même"—in other words, very much what was said by M. Hernandez in his letter of 10 November. That the Count's account of this matter is the correct one also appears to receive strong confirmation from the first three paragraphs of M. Frère's own letter of 23 February 1961, the first of the exchange of letters, which is printed as Appendix 6 to his first memorandum and to which I shall come later.

No doubt, Mr. President, M. Frère intended to see what he could do to induce M. March to relax his demands, but it does seem clear that the object of the meeting which ultimately took place on 12 January was the more general one of exploring the position and the "bonne volonté" of M. March.

[Public hearing of 28 April 1964, afternoon]

Mr. President, this morning I was dealing with the evidence preliminary to the meeting of 12 January. If I have spent a little time on this evidence it is because of the light which it throws on the first meeting between M. Frère and M. March on 12 January 1961, and on the origins of what our opponents like to call the formal assurances contained in the exchange of letters of 23 and 24 February, to which I will come later.

The meeting of 12 January took place at lunch in the Count de Motrico's residence and the Court will find accounts of it in paragraph 11 of M. Frère's first memorandum, Annex 6 to the Observations and in paragraph 9 of the Count de Motrico's report. The two accounts agree on a number of points and that of the Count de Motrico is rather more full. Both accounts state that M. March repeated that he could not agree to open negotiations so long as there existed *un procès international*. This is the phrase used by M. Frère in which grave and defamatory accusations were made against him. Both accounts also record that M. March asserted that in his eyes the Belgian *procès*—the Count de Motrico wrote *la demande*—before the International Court was worthless and that he dilated upon the misconduct of the former directors of Barcelona Traction. On this point M. Frère's account goes into greater detail and reports M. March as having said:

"qu'à ses yeux le procès à La Haye n'avait aucune valeur, qu'il se terminerait à la confusion du Gouvernement belge car lui, March, avait gardé en réserve toute une série de documents particulièrement compromettants pour les anciens dirigeants de la Barcelona Traction, documents qui susciteraient un scandale lorsqu'ils seraient produits devant la Cour de La Haye".

We do not doubt, Mr. President, that M. March said something very like that. But we could hardly believe our ears when we heard M<sup>e</sup> Van Ryn cite this passage and say that Juan March's words appear, as it were, prophetic. Yes, and go on to say:

“Ainsi, Messieurs, vous le voyez, la tentative de diversion qui a fait l'objet au début de ces débats, de la très longue plaidoirie de Monsieur le Professeur Reuter, était une tentative préméditée par March lui-même dans l'espoir de faire tourner le procès de La Haye à la confusion du Gouvernement belge.”

Mr. President, did M<sup>e</sup> Van Ryn forget that, when the lunch of 12 January took place, the Spanish Government had already—many months earlier—deposited three fat volumes of documents, which are the documents upon which my distinguished colleague, Professor Reuter, so ably drew in his speech at these hearings?

Going on with his story of the meeting, M<sup>e</sup> Van Ryn said that M. March's *investive* against the former directors was a threat that was no doubt intended to intimidate M. Frère but which did not produce the desired effect; M. Frère merely repeated that M. March's prior condition of the withdrawal of the proceedings constituted a serious obstacle to any possible negotiations; and that *at once* M. March passed from blustering to amiability, assuring M. Frère that, once the condition had been fulfilled he would make a proposal that would be so reasonable that it would secure the immediate agreement of the representatives of Sidro. Then M<sup>e</sup> Van Ryn came to his climax: “Cette assurance, Messieurs, ébranla M. Frère. Et comme il l'écrivit plus tard, le 23 février au Comte de Motrico, March avait réussi à le convaincre de sa bonne volonté.”

Our opponent's picture of M. March at the meeting of 12 January as a blustering bandit frightened into amiability by M. Frère finds no support in M. Frère's memorandum; it is just a question of the sequence of events. M. Frère's own account of the meeting is that after the outburst about the former directors of Barcelona Traction, M. March insisted that in the negotiations “pour chercher une solution au litige” there should be no allusion to the past, and that the negotiations should be held in complete secrecy. And M. Frère goes on:

“Je lui marquai immédiatement mon accord sur ces deux derniers points, mais ne lui cachai pas que la condition préalable du retrait de la procédure introduite par le Gouvernement belge constituait un sérieux obstacle à une éventuelle négociation. Je lui promis cependant de rendre compte à mon conseil d'administration et de m'efforcer de rechercher une formule permettant de lui donner la satisfaction d'ordre moral qu'il semblait désireux d'obtenir.”

Only then, according to M. Frère, did M. March make his statement regarding the reasonableness of the proposals which he was prepared to make when his condition had been fulfilled. In other words, M. Frère promised to consult his Board of Directors and to try and find a formula enabling him to satisfy M. March's demand on the moral point before he was given the assurance which, according to M<sup>e</sup> Van Ryn “ébranla” M. Frère.

The Count de Motrico in his report states that M. Frère at first sought

to persuade M. March to modify his conditions but, finding M. March adamant, appeared disposed to accept. And the report goes on:

“Néanmoins, il [that is M. Frère] fit remarquer qu’il existait un Comité de neuf membres désignés par les banques et il lui fallait leur autorisation. Une fois celle-ci obtenue, ils prendraient la décision de demander au Gouvernement belge de retirer la demande, pour donner à M. March la satisfaction d’ordre moral qu’il désirait...”.

Thus there is here a difference in the accounts. According to both, M. Frère agreed to consult his Board. But according to M. Frère, his promise was to “rechercher une formule”, while according to the Count, M. Frère promised, subject to the authorization of his Board, to take a decision to ask the Belgian Government to “retirer la demande”. As this was by no means the end of the preliminary conversations, the Court may not find it necessary to try and resolve this difference in the evidence. It may also feel that if M. Frère in fact used words like “rechercher une formule permettant de lui donner la satisfaction d’ordre moral qu’il semblait désireux d’obtenir”, it would not be surprising if the Count de Motrico, and M. March himself, understood M. Frère to be speaking of the “retirada de la demanda” upon which M. March had been strongly insisting not only in his *Note de Base* but also at the meeting itself.

Before I leave the meeting of 12 January, Mr. President, I must say a word about the “assurance” by which the President of Sidro, ex-Governor of the National Bank of Belgium, ex-President of the Bank of International Settlements, ex-Governor of the International Monetary Fund is said by Me Van Ryn to have been “ébranlé”. M. March is dead and we have not his version of the matter. But according to paragraph 11 of M. Frère’s memorandum, M. March declared that, once his condition precedent had been complied with,

“les parties n’auraient aucune difficulté à se mettre d’accord sur un chiffre, étant donné la proposition raisonnable qu’il était préparé à faire quant à l’indemnisation des actionnaires de la Barcelona Traction, proposition qui serait fondée sur une méthode de calcul telle qu’elle rallierait immédiatement l’accord des représentants de Sidro”.

We do not, as I have said, have M. March’s version. But we fully accept that, after M. Frère had promised to consult his Board and to try and find a formula for meeting M. March’s condition, the latter did express himself in forthcoming and hopeful terms about the possibilities of arriving at an agreement upon a sum to be paid to the shareholders. We also accept that this statement, together with the general impression of M. March’s personality and intentions formed by M. Frère at the meeting, may have exercised a certain influence on the opinion of M. Frère as to the prospects of the negotiation, just as may also have the conviction of the Count de Motrico that M. March wanted to settle the long-standing disputes between the two groups before he died and had a real desire to negotiate with M. Frère a basis for such a settlement.

What we do not accept, Mr. President, is that the President of Sidro, ex-Governor of the National Bank, etc., was “ébranlé” and tricked by the declaration of a man whom he had never met before, whom he knew to be a crafty and dangerous bandit and whom he had been

extremely reluctant to meet at all. That version of the meeting of 12 January is, in our submission, simply absurd. Its object, as I have said, was to enable M. Frère to form his own impressions both as to the personality of M. March and the prospects of negotiating an agreement with him. Despite M. March's initial and somewhat discouraging outburst, M. Frère's impressions were favourable, as clearly appears from paragraph 9 of the Count de Motrico's report where, amongst other things, he says:

“L'entretien dura un peu plus d'une heure et prit fin dans une atmosphère de franche cordialité. M. Frère me remercia de l'occasion que je lui avait offerte d'avoir ce contact direct, au cours duquel il avait pu apprécier plus nettement les véritables perspectives de la négociation.”

Then, Mr. President, if you turn to the exchange of letters of 23 February printed as Appendix 6 of M. Frère's memorandum, you will find this fully confirmed by M. Frère himself. After thanking the Count for arranging the meetings with representatives of Fecsa, he writes:

“Ces entretiens, qui se sont déroulés d'une manière si cordiale, ont permis de créer entre nous l'atmosphère de confiance indispensable à tout arrangement amiable du différend qui s'est élevé dans le passé entre le groupe Fecsa et celui de Sidro.

Les échanges de vues qui ont eu lieu permettent de considérer qu'il existe de part et d'autre une volonté formelle d'arriver en toute bonne foi à un règlement équitable et librement négocié du litige relatif à la Barcelona Traction.”

Me Van Ryn would have you believe that all this was playacting and double dealing. But, having regard to the history of the matter, and his own heavy responsibility in regard to the step which he was contemplating, we may be sure, Mr. President, that M. Frère went to the meeting of 12 January with all his senses alert, all his antennae out, all those famous faculties of intelligence, and balanced judgment fully deployed. Yet his conclusions were definitely favourable and he was accompanied by M. Hernandez who, we are told by Me Van Ryn, had been equally dubious about going on with the matter and equally reluctant to go to the meeting at all, though as I pointed out this morning, this reluctance may not have been quite so great as he indicated.

M. Frère duly consulted his board, Mr. President, and the first result was a proposal from M. Frère for an exchange of letters between M. Hernandez, representing M. Frère, and the Count de Motrico, authorized by M. March, the text of which the Court will find in Appendix 5 to M. Frère's Memorandum. The draft letter set out what it said to be the principles of the *Note de Base*, duly adapted to take account of the views of Sidro, the first of which read “retrait définitif et préalable de l'action entreprise par le Gouvernement belge contre le Gouvernement espagnol devant la Cour de La Haye”. Later, on the other hand, it recited the decision of the Sidro group to ask the Belgian Government to “mettre fin à la procédure actuellement engagée à La Haye”. The draft also referred to a *procès-verbal* which was to be attached to it and which would set out agreed procedural conditions for ensuring the speedy conclusion of a settlement. I need not dwell on this document,

Mr. President, because it was at once rejected by M. March. The document would have required him to enter into an agreement with the group which had defamed him before the charges which they had levelled against him before the International Court had been withdrawn. It would, indeed, have represented the withdrawal of those charges as the *quid pro quo* for the payment of compensation to those alleged to be his victims. In consequence, it did not meet his condition *sine qua non* and was wholly unacceptable to him.

Meanwhile, the Belgian Government had been informed by M. Frère of the exchanges which had taken place and of the condition laid down by M. March. According to M. Frère, the Government lawyers said that they would prefer the negotiations to be deferred until after the Observations and Conclusions had been filed; but realized that this might prejudice the possibilities of the negotiation. And the upshot was that the Belgian Minister of Commerce authorized M. Frère to propose to M. March a suspension of the proceedings or an extension of the time-limit for the filing of the Belgian Observations. Here began, Mr. President, an exceedingly bizarre situation in which the Belgian Government, as it has frankly admitted, was making proposals directly to M. March, the alleged "bandit", through the Frère-Motrico channel concerning the suspension and withdrawal of proceedings which it had launched against the Spanish Government. And, although it knew that the Count de Motrico expressly stated that it was only on a strictly private and personal basis that he could act as intermediary, the Belgian Government neither said any word to the Spanish Government nor inquired as to whether it was aware of what was being discussed. In short, it simply joined M. Frère in his underground guerilla campaign.

The Belgian proposal was rejected immediately by M. March, which leads M. Frère in paragraph 15 of his memorandum to make the following strange comment: "L'attitude de celui-ci risquait évidemment de mener les pourparlers dans une impasse." And M<sup>e</sup> Van Ryn gave us another piece of melodrama:

"That [the Belgian proposal] was logical and perfectly normal. But that did not suit Juan March. For neither the suspension of the proceedings nor the extension of the time limit . . . would enable him to carry out his plan."

What can one say, Mr. President, about such statements? M. March had not asked for the negotiations. He had at once made it crystal-clear that he was not prepared to enter into any negotiations with those who had defamed him until the "demanda" containing the accusations had been finally withdrawn. He had repeated this in no uncertain terms on 12 January and had now rejected the proposed exchange of letters with M. Hernandez on the very ground that it did not meet his condition; he was not prepared to discuss any aspect of the negotiations until the Belgian "demanda" had been finally withdrawn from the Court. M. Frère, who knew all this better than anyone, explained the situation personally to the Government, and he came back with the perfectly ludicrous proposal for a suspension of the proceedings or extension of the time-limit for the filing of the Belgian pleading. Instead of withdrawing the accusations, the Belgian Government proposed that M. March should agree to negotiate while those accusations were still pending before the Court and under threat of their being pressed if the

negotiations failed; and, further, those negotiations were to concern the payment of compensation to persons whom the Belgian Government had alleged before the Court to be victims of a denial of justice plotted between M. March and the Spanish judicial and administrative authorities. In other words, the Belgian proposal was that M. March should agree to compromise both his own moral position and the legal and moral position of the Spanish Government before the Court. Yet M<sup>e</sup> Van Ryn dared to suggest to the Court that there was something extremely sinister about M. March's rejection of this irrelevant proposal.

Who, one begins to wonder, was setting a trap for whom?

No doubt, Mr. President and Members of the Court, the Belgian Government and M. Frère would have been happy enough to see M. March negotiate under the pressure of a resumption of the proceedings. They would have risked nothing and, if the negotiations failed, they could come to the Court saying that the Spanish Government had recognized Belgium's *locus standi* to exercise diplomatic protection and even that it had implicitly admitted the justice of the Belgian claim. Nor is this an idle speculation. Even as it was, the Belgian Government sought in paragraph 2 of its Note of 5 December 1961—Annex 270 of the Belgian Memorial—to deduce from M. March's negotiations with directors of Sidro proof of the preponderance of the Belgian interests in Barcelona Traction; and in its earlier Note of 9 October it did not hesitate to suggest, if in slightly veiled terms, that the Spanish Government could no longer contest the claim of these alleged Belgian interests to compensation.

And what are we to make, Mr. President, of the explanation of its proposals given by the Belgian Government in paragraph 289 of the Memorial? There it states in all solemnity that this proposal, which required M. March to negotiate with the proceedings hanging over his head, was put forward because it interpreted "l'exigence du groupe March comme inspirée par le souci de ne pas négocier sous la pression d'une procédure internationale en cours".

At any rate, M. March rejected the proposal and, as the Belgian Government recognizes in its Memorial, "déclara s'en tenir à son exigence initiale de désistement préalable". In other words, he once again—for the fourth time—insisted upon "la retirada definitiva de la demanda" as a condition precedent to his engaging in any negotiations. And he was now confronted not with M. Frère alone, but with the Belgian Government itself.

At this point, Mr. President, M<sup>e</sup> Van Ryn's story gathered pace and he adopted an even more sinister tone. The passage is on page 398, II:

"March comprenait cependant qu'il fallait tout de même donner à M. Frère et au Gouvernement belge un minimum de garanties, car sans cela la condition insolite et exorbitante qu'il aurait posée aurait vraiment trop manifestement révélé qu'il s'agissait d'une duperie.

Mais — conformément à sa politique habituelle de méfiance — il se garda bien d'écrire ou de signer quoi que ce soit lui-même.

C'est le comte de Motrico qui va parler à sa place. Comme l'explique très clairement M. Frère dans son mémorandum les garanties refusées par M. March allaient être remplacées par un échange de lettres entre l'ambassadeur et M. Frère."

In short, we are to understand that M. March put the Count de Motrico in his place to give guaranties to M. Frère for the purpose of enticing the latter into his *désistement* trap. What exactly Me Van Ryn means with regard to the Count de Motrico he refrains from stating too precisely.

Once again, Mr. President and Members of the Court, our opponents have given the needs of the story preference over the facts. If you will be good enough to turn to paragraph 15 of M. Frère's own memorandum you will see clearly enough that M. March had nothing whatever to do with the genesis of the exchange of letters. After M. March's rejection of the proposal for a suspension of the proceedings, M. Frère and M. Hernandez went *on their own initiative* to see the Count de Motrico on 14 February to explain their position to him. There is no evidence that M. March made any move whatever after rejecting the Belgian Government's proposal nor is there any vestige of evidence that the idea of the so-called written guarantees came from M. March. Quite the contrary. According to M. Frère, the Count de Motrico tried to convince him at their meeting on 14 February of the wisdom of accepting a direct settlement of the dispute under the conditions laid down by M. March, having regard to the sincerity of the latter's intentions. M. Frère having said that he could not do so "sans assurances précises quant à l'issue de la négociation", the Count de Motrico replied that "connaissant les cartes des deux côtés, il donnait sa parole d'arriver à un chiffre satisfaisant dans un délai très court, une fois le désistement effectué". The Count added that, in his opinion, one week or two, to allow for eventualities, should suffice for the negotiations and that he was prepared to put in writing what he had just said.

That is the account of the matter given by M. Frère, who then comments in paragraph 16: "Ainsi naquit l'idée d'un échange de lettres où les garanties refusées par M. March seraient remplacées par la parole du comte de Motrico qui connaissait les cartes des deux côtés."

The Count, though he questions M. Frère's account of the meeting on one or two points, does not deny that some such conversation took place on 14 February and that this was the genesis of the exchange of letters that took place on 23 and 24 February. I will deal with these points of difference very soon in discussing the exchange of letters. For the moment I am concerned only to point out that Me Van Ryn's colourful narrative is in conflict with the evidence of both M. Frère and the Count de Motrico. The proposal that the Count de Motrico should put in writing to M. Frère his conviction as to the sincerity of M. March's willingness to negotiate was mooted, discussed and agreed at the meeting of 14 February without M. March having any knowledge of the matter at all.

I shall now turn to the exchange of letters itself. The Count de Motrico in paragraphs 10 to 12 of his report expresses his disagreement with M. Frère's thesis that the exchange of letters of 23-24 February was conceived of with the idea of replacing the written guarantees refused by M. March by written guarantees given by himself. He maintains that M. Frère was obsessed with the responsibility he felt in asking for a *discontinuance* and that the purpose of the letters was rather to put on paper what had transpired in the discussions up to date in order to provide M. Frère with a record to refer to should the negotiations fail and his conduct come under criticism. He points to the clear differ-

ence that there is between the form of the abortive Hernandez drafts of 24 January, which were intended to constitute an agreement between the parties, and that of the letters of 23-24 February. That there is this difference is clear, as is the fact that the letters of 23-24 February take the form of a confirmation by the Count de Motrico of a recital of the salient facts of the negotiations. It is further the fact that in paragraph 25 of his memorandum M. Frère emphasizes, in connection with the drafting of the later and similar exchange of letters in March, the heavy sense of responsibility which he felt in asking his Government for the discontinuance.

The Count de Motrico also insists that his phrase "je connais les cartes des deux côtés", which he recognizes as having been used by him on some occasion, and that his assurances related only to his knowledge of the minds, and his conviction of the "bonnes intentions" of M. Frère and M. March. He was confident—as events turned out, over-confident—that, once the discontinuance had been effected, M. Frère and M. March, whom he was convinced wanted to settle the various lawsuits concerning Barcelona Traction before he died, would quickly find a basis for a settlement. This is his account of the matter in paragraph 11 of his report and it is an account which is supported by two later statements of M. Frère. Thus, in his speech at the general meeting of Sofina on 27 April 1961—it is in Appendix 19 to M. Frère's memorandum—he spoke of the assurances given to him by the Count, who spoke of a personality "en ce qui concerne les intentions de mes interlocuteurs". And in his letter to the Count de Motrico of 30 June 1961—this is Appendix 17 to the Belgian Government's New Document—he wrote:

"Si nous avons fini par consentir à demander au Gouvernement belge de se désister de cette instance, c'est uniquement parce que M. Juan March en avait fait une condition *sine qua non* de la négociation et parce que les assurances qu'il m'avait données et que vous avez bien voulu me confirmer, m'avaient convaincu qu'il était décidé à terminer ce litige par une transaction accordant une indemnité équitable à nos actionnaires."

These two documents appear to show quite clearly that M. Frère regarded the assurances given to him by the Count de Motrico, verbally and in the exchange of letters, as essentially confirmatory of the sincerity of M. March's intention to negotiate a settlement, not as independent guarantees of the outcome of the negotiations by the Count himself.

The Count de Motrico further insists in paragraph 11 of his report that it was because M. Frère asked him at the meeting of 14 February to confirm his conviction regarding the chances of success in the negotiations that he restated his assurances as to the intentions of M. March and agreed to put them in writing. This seems to be supported by the fact that, as appears from paragraph 15 of M. Frère's memorandum, it was the latter who raised the question of the need for *assurances précises* at that meeting.

Another point made by the Count de Motrico—it is towards the end of paragraph 12 of his report—is that M. Frère stated that he would keep the letter in his archives and undertook not to make use of it

except by mutual agreement. M. Frère has not disputed this. And it is the fact that, leaving aside the second exchange of letters of 20 March 1961, there does not appear to be any reference to the exchange of letters of 23-24 February in any of the documents put before the Court by either side prior to the Belgian Note of 9 October 1961, where there is an evident reference to it—the place, Mr. President, is Annex 268 to the Belgian Memorial, on page 2. At the general meeting of Sofina on 27 April 1961 M. Frère spoke of the “assurances which had been given to me” (Appendix 19 of his memorandum); in his letter to M. March at Biarritz on 9 September 1961, he wrote of the *assurances formelles* with which he had been furnished by the Count; and in his later letter of 3 October after the final breakdown he wrote of the “assurances qu’il m’avait données à maintes reprises et qui avaient exercé une influence déterminante sur mon action dans cette affaire”. But neither M. Frère nor the Count mentioned or pointed to the exchange of letters of 23-24 February as the basis of these assurances or referred to them in any connection. In particular, when M. Frère produced his draft of an aide-mémoire on 2 March by which the Belgian Government proposed to ask for certain assurances from the Spanish Government regarding the *désistement*, the draft made no mention of the existence of these letters. In other words, in that aide-mémoire it was not proposed to bring the exchange of letters to the notice of the Spanish Government although, as we shall see, the Belgian Government knew of them. Not a word was said about these letters or about the assurances they contained by the Count de Motrico to his Minister on the telephone on 17 March nor in his letter of 18 March, which is printed in Annex 73 of the Preliminary Objections. Nor is there any trace of them in the Minister’s reply to the Count de Motrico, which appears in Annex 75. Not a word was said about them by the Belgian Ambassador either on 22 March when he called to notify his Government’s intention to effect a discontinuance, nor on 4 April when he called to request the consent of Spain to the discontinuance. All these silences would be inexplicable if *both* Governments had been aware of the exchange of letters of 23-24 February. But the simple fact is that the Spanish Government knew nothing of these letters until long after the event when the Belgian Government (as I have already mentioned) made a pointed reference to them in its Note of 9 October 1961 and the Spanish Government then began to make enquiries.

As to the other private party, M. March, I have already pointed out that he had nothing to do with the genesis of the exchange of letters. The letters themselves contain no indication whatever that they have been shown to M. March. As we shall see in a moment, what our opponents think was a significant change was made by the Count de Motrico at the last moment in a talk with M. Hernandez. M. Frère in his memorandum nowhere says or implies that M. March knew anything of the existence of these letters. Furthermore, as I have already pointed out, there is no mention of the existence of the exchange of letters in any of the later documents, apart from the second exchange of letters. When it is remembered in what specific terms the assurances given by the Count de Motrico as to the *bonnes intentions* of M. March are expressed in the letters, the failure of M. Frère to recall those terms to M. March in his letters of 9 September and 3 October is only explicable on the basis that the exchange of letters was, as the Count de

Motrico states, a confidential "gentleman's agreement". Those letters, Mr. President, are in Appendices 22 and 26 to M. Frère's first memorandum. In the letter of 9 September he was protesting against being asked at Biarritz to sign a statement regarding the private character of the Count de Motrico's role. In that of 8 October he was replying to a strong letter from M. March after the final breakdown of the negotiations. It is not, of course, in any spirit of criticism that we mention the failure of M. Frère to mention the exchange of letters in his later letters to M. March. On the contrary, it shows that he respected the "gentleman's agreement". It also confirms that the idea behind the exchange of letters was to draw up a record of the conversation up-to-date incorporating the Count de Motrico's declarations as to the *bonnes intentions* of M. March, both for the future protection of M. Frère and to give him a firm basis upon which to make his decision to ask his Government for a discontinuance. And the reason is plain why this had to take the form of a "gentleman's agreement". M. March had absolutely refused to contemplate any kind of agreement with the Belgian side until his condition had been fulfilled. After the meeting of 14 February, M. Frère was prepared to go ahead on the basis of the Count de Motrico's assurances alone, provided that he had them in writing. But this could only be done in a confidential "gentleman's agreement" in view of the strong objections of M. March to any arrangement with the other side until their charges had been withdrawn. As M. Frère himself says in paragraph 16 of his memorandum, the idea of the exchange of letters was that "les garanties refusées par M. March seraient remplacées par la parole du Comte de Motrico 'qui connaissait les cartes des deux côtés'". In other words, as the assurances were to relate only to the convictions of the Count de Motrico as to the sincerity of the intentions of M. March, it was decided that they could and should be embodied in a confidential exchange between the Count and M. Frère.

Mr. President and Members of the Court, I have made these introductory observations regarding the genesis of the exchange of letters and the nature of the assurances given by the Count de Motrico because they appeared to be necessary in order to place the exchange of letters of 23-24 February in its proper context. No doubt our opponents will charge us, as they have already done, of trying to minimize the importance of the assurances as an element in the Belgian Government's decision to proceed with the discontinuance. This is not the case. But Belgium is not the only party whose interests were at stake in the underground conversations which the Belgian Government elected to carry on through M. Frère for the settlement of the Barcelona Traction case out of Court. And we are entitled to insist that the exchange of letters should be viewed in its proper context. Within that context, we do not dispute that the exchange of letters exercised a certain influence on M. Frère's decision to ask his Government to discontinue the case in order that private negotiations might take place. If the purpose of the letters was to establish a record of the conversations for the protection of M. Frère, it also seems clear that M. Frère regarded the endorsement of that record by the Count de Motrico as a necessary preliminary to M. Frère's asking the Belgian Government for a discontinuance.

Unfortunately, Mr. President, before I pass to the contents of the letters, I must take up your time with another preliminary point—

another sinister observation by our opponents aimed, this time, at the Count de Motrico. The letter signed by him was a brief one and the correct version of it is reproduced in Appendix 6 to M. Frère's memorandum. We ourselves, however, printed at Annex 69 to our Preliminary Objections a different and even more abbreviated version. We did so in good faith as it was the text reproduced to us by the Count de Motrico. The Spanish Government having been accused of sharp practice in I, paragraph 21 (c) of the Observations and Conclusions, the Count de Motrico explained in paragraph 12 of his report how the mistake had come about. He had typed a brief reply on his own typewriter which simply stated that M. Frère's letter reflected what had happened in the negotiations, when M. Hernandez arrived to take delivery of the letter. M. Hernandez read it and suggested two or three additions. The Count did not think that these additions were material and accepted the new text. It was by accident that he gave the unamended text to the Spanish Agent.

Me Van Ryn, questioned whether this was an accident and said "The Court will appreciate this". Then he went on:

"The mistake was a serious one, for whatever the Count de Motrico may say in his report, the differences between the two letters are far from insignificant, as the Court will easily see if it compares the two documents."

No doubt we might reply to our learned opponent in the same vein. We might point out to you what a sinister thing it is that the Count was not left to write his own letter but M. Frère must needs send M. Hernandez, the Count's friend, to catch him off his guard and get those significant additions inserted in his letter. But it seems better to look at the documents.

The correct document—the one that we were accused of suppressing—makes the Count say that "M. Frère's letter has caused him sincere satisfaction because it faithfully reflects", whereas the other would simply have said that in his letter "M. Frère reflects". One can admit that the additions were intended to strengthen the acknowledgement. But when you have said that a letter "reflects" the facts, do you really add very much more by saying "faithfully"? Even if the adverb is not there, you put your signature to the record. "Sincere satisfaction" certainly warms up the tone of the letter, but does it add anything to the substance?

As to the other addition, the correct document makes the Count refer to the object of the negotiations as "pour fixer de bonne foi et de commun accord l'indemnisation aux actionnaires de la Barcelona Traction"; whereas the rejected one simply says "arriver à un accord dans l'affaire Barcelona Traction". At first glance, there might indeed seem to be a significant difference between the two letters. But, apart from the words *de commun accord*, the whole substance of this phrase is already in paragraph 9 of M. Frère's letter which the Count has anyhow endorsed, and it was there in a stronger form. Accordingly, the Count would seem to have been right in thinking that it was not of all that consequence whether or not he accepted the addition to his letter.

But at any rate, Mr. President, we gladly leave the matter in the hands of the Court.

I need not dwell very long on the letters themselves as the Court will certainly examine them. I have already said all I need to say on the Count de Motrico's letter, the correct version of which is in Appendix 6 to M. Frère's memorandum. M. Frère's letter—the principal letter—is in the same Appendix. The first three paragraphs, as I have previously mentioned, are of interest in that they confirm the general accuracy of the Count de Motrico's account of the first meeting between M. Frère and M. March on 12 January, as against that of M<sup>e</sup> Van Ryn.

The fourth paragraph purports to record M. March's condition *sine qua non* in the following terms:

“les représentants du groupe espagnol tiennent absolument à ce qu'aucune négociation ne soit entamée avant que le Gouvernement belge se soit désisté de l'instance introduite par lui contre le Gouvernement espagnol devant la Cour de La Haye”.

Paragraphs 5, 6 and 7 deal with matters which I have already covered. Paragraph 8 speaks of the Count having again insisted that M. Frère should try to obtain “le retrait pur et simple de l'instance introduite devant la Cour, afin de réaliser la condition considérée comme préalable à la négociation proprement dite”.

The next two paragraphs deal with the assurances and I will return to them. Then the last paragraph states M. Frère's intention to make a further effort to persuade his Government to “retirer purement et simplement l'instance actuellement en cours”. As we said, in paragraphs 21 and 22 of our Preliminary Objections, if these phrases were intended to denote something less than *le retrait définitif de la demande*, they did not faithfully reflect the condition laid down by M. March in the *Note de Base* and tenaciously repeated by him on every subsequent occasion. On the other hand, the conjunction in paragraph 8 of the phrase “le retrait pur et simple de l'instance introduite devant la Cour”, with the words “afin de réaliser la condition considérée comme préalable à la négociation proprement dite” made it very likely that the Count de Motrico would understand M. Frère to be referring to the *retrait définitif de la demande* that was insisted upon by M. March.

Finally, Mr. President, I come to the assurances. They relate, as I have said, to the convictions of the Count de Motrico as to the possibilities of reaching a settlement and as to the sincerity of the intentions of M. March. Admittedly, they are decidedly hopeful:

“Vous êtes convaincu qu'une base existe pour fixer d'une manière équitable et de bonne foi l'indemnité à payer aux actionnaires de la Barcelona Traction.”

And then:

“Votre conviction que dans les quinze jours qui suivront, une solution satisfaisante pour les deux parties sera trouvée.”

That these convictions were sincerely held and that the Count de Motrico sincerely desired to see the dispute settled is, we submit, clear from the whole record before the Court from 1949 onwards, and not least from the note sent by him to M. Hernandez on 9 April 1961 which is in Appendix 16 to M. Frère's new document. But in the conditions which prevailed at the opening of the negotiations they certainly now appear to have been too confident.

Now, we have no wish, as I have said, to depreciate the importance of the assurances as an element in the decision of M. Frère to ask for a *désistement*, but we insist that they must be seen in the context of the whole circumstances in which the private negotiations took place. Part of that context I have already explained and I shall complete it in the next part of my speech. I do not, therefore, think it necessary for me to analyse now the assurances in detail and I will only make a few brief observations on the Count de Motrico's statement that he was convinced that a fortnight—*quinze jours*—should be sufficient to enable the parties to arrive at a satisfactory agreement. The Count de Motrico himself seems afterwards to have felt that this might perhaps be a little too strong, because, when it was reproduced in the draft aide-mémoire (which I shall come to) of 2 March—Appendix 8 to M. Frère's memorandum—he amended the words "in one or two weeks" to "dans un bref délai". And M. Frère seems also to have appreciated that the words *quinze jours* perhaps could not be taken too literally, because in explaining at the general meeting of Sofina on 27 April why he was not yet in a position to report the conclusion of an agreement, he said to his shareholders:

"Vous comprendrez, j'en suis convaincu, qu'un litige de la nature et importance de celui-ci qui nous occupe et qui a duré près de quinze ans, ne peut trouver sa solution en quelques jours."

That having been said, Mr. President, simply to put the matter in perspective, frankness compels me to add that it does not affect the broad substance of the statement made by the Count regarding the prospects of the private parties reaching an agreement.

[Public hearing of 29 April 1964, morning]

Yesterday evening, Mr. President, I was dealing with the first exchange of letters and I pointed out that they had been treated by the Count de Motrico as strictly confidential and had not been communicated to M. March. We do not, of course, mean it to be understood that M. March was wholly unaware that the Count de Motrico had assured M. Frère of the sincerity of his intentions to negotiate. The position was rather that at the meeting of 12 January and no doubt on occasions afterwards, the Count de Motrico reassured both parties as to the sincerity of the intentions of each other to negotiate a friendly settlement.

And I now come, Mr. President, to the consequences of the first exchange of letters. It appears from paragraph 17 of M. Frère's memorandum that he showed the letters to the Belgian Minister for Commerce on 9 March and that the latter expressed himself as ready to consider a discontinuance; but that his consent was made subject to the condition that the Belgian Government obtained assurances from the Spanish Government on two points through the diplomatic channels. The Spanish Government must undertake not to consent to the discontinuance until informed of the successful conclusion of the negotiations. Secondly, it must agree not to make any difficulty about the payment of the compensation in freely convertible currency. Me Van

Ryn did not deal with this development but left you to follow it in paragraphs 17 to 26 of M. Frère's memorandum. The Count de Motrico found himself in disagreement with M. Frère's account on certain points and I respectfully ask the Court to refer to paragraphs 13 to 23 of the Count's report for his account of this development. At the same time, I feel that it may be useful, if I draw the attention of the Court to certain points that appear from the documents.

The Court will find at Appendix 8 of M. Frère's first memorandum a draft aide-mémoire which was prepared on the Belgian side in connection with this development, and to which I have already referred. It will be observed that this draft, which must have taken a little time to produce, is dated 2 March, that is, the day before M. Frère saw the Minister; so that one wonders whether M. Frère himself was placing such complete reliance on the convictions of the Count. Be that as it may, he informed the Count of the Minister's decision immediately, on 3 March, and left him a copy of the draft aide-mémoire. According to M. Frère, the Count found the Belgian proposal reasonable. But the Count himself states that he warned M. Frère that it was unlikely to be acceptable to M. March who had always insisted that the Spanish Government must not be in any way associated with the negotiations. And so it proved. The Count de Motrico, as he states in paragraph 14 of his report, transmitted a resumé of the proposal to M. Zuloaga, who passed it to M. March in Madrid by telephone. The latter at once rejected it on the ground that it made the withdrawal of the case a matter of agreement between the two Governments, which was in contradiction with his *Note de Base*.

If Members of the Court would be good enough to turn to page 3 of Annex 7 of the Observations and Conclusions they will see a photocopy of the original Spanish text of the resumé that was sent by the Count de Motrico to M. Zuloaga and a French translation on the previous two pages. We used this contemporary record as the basis for our account of this incident in the negotiations in paragraph 25 of our Preliminary Objections, but we felt that the document was perhaps too defaced to put before the Court. Challenged to produce the document, we did so, whereupon our opponents launched a bit of a tirade against us about the state of the document and the fact that it was not dated or signed. The trouble was, Mr. President, that the very condition of this document rather speaks for its genuineness and our opponents were not altogether happy about its contents. At the top left of the document it does identify itself as emanating from the Count and its contents make it clear that it is a resumé of the Belgian proposal. As to its date, the Count de Motrico gives it as 4 March. The Count was informed of the proposal by M. Frère on 3 March and M. March, who was in Madrid, rejected it on 5 March. This document, as the Count himself confirms, is certainly the one used for the purpose of obtaining M. March's reaction to the proposal.

What our opponents dislike about the document is the light which it throws on the Count de Motrico's understanding, at this comparatively late date in the story, of the nature of the *désistement* contemplated by the Belgian Government. As the Court will see, paragraph 3 of the resumé speaks of "la terminaison définitive du litige". Then, after referring to the risk of speculation if the *désistement* became known before the agreement was reached, he goes on:

“C'est pourquoi le Gouvernement belge suggère au Gouvernement espagnol que, bien que lui (le Gouvernement belge) présentera le retrait définitif devant la Cour de La Haye à un titre irrévocable, le Gouvernement espagnol ne communique à la Cour . . .”

The document then concludes:

“En résumé, le Gouvernement belge se livrerait par là à la bonne volonté du Gouvernement espagnol, lequel aurait toujours en main la décision de communiquer à la Cour de La Haye son accord au sujet du retrait total du litige du côté espagnol.”

Although they are of no consequence, I should perhaps add that the annotation at the bottom of the document, like the deletion higher up, was made by M. Zuloaga and not the Count de Motrico.

That resumé, drawn up by the Count immediately after being informed of the new proposal by M. Frère, certainly appears to indicate, without the possibility of doubt, that the Count was still under the impression that the discontinuance being discussed was one designed to comply with M. March's condition *sine qua non* in terms of the final withdrawal of the Belgian case from the Court.

M. Frère states that, in face of what he called this “intransigent attitude” of M. March, he informed the Count de Motrico on the telephone of his intention to break off the discussions. I may say in passing that what was called intransigence was only the insistence upon compliance with the condition which M. Frère knew had been laid down at the outset as the *sine qua non*. However, M. Frère alleges that in the face of this threat the Count promised to try and obtain the guarantees desired by the Belgian Government, and to go to Madrid to see the Minister and M. March for that purpose. Moreover, he adds that on 7 March he was telephoned by the Count to say that things seemed to be working out all right, that M. Frère would get the desired guarantees, though probably in a different form, and that the Minister had agreed in principle to give them.

At this point, Mr. President and Members of the Court, there begins to be a sharp difference between the accounts of M. Frère and the Count in regard to these contacts between the latter and his Minister and it may be there must be some misunderstanding. Our opponents have strongly insisted that the Count must have been keeping his Minister fully informed. M<sup>e</sup> Van Ryn, as the Court will recall, constructed his argument largely on the basis of deductions from the Dean-Motrico exchanges and suppositions of what he would expect an Ambassador to do. He did not deal with the actual statements to which I have just referred or ask you to look at what the documents show. As there is this difference in the evidence and in the contentions of the Parties on the question, it may perhaps, I believe, help to shorten my discussion if I examine the question a little bit in a general way at this point.

I have already mentioned that the situation was an entirely different one in 1955. The conversations with a view to a friendly settlement were taking place in Madrid and the Count was merely furnishing information on a personal basis. Even so, the documents do not show, as I have said, frequent contact between the Count and his Minister on the Barcelona Traction problem. Moreover, as I pointed out to the

Court, the Count was reported by Mr. Dean in his airletter of 15 February as having strongly advised him to deal *directly* with M. March, *work out* the terms of the settlement *first* and only *then* advise the Spanish Government. If anything, therefore, the 1955 precedent suggests that the Count would not consult his Minister until a comparatively late stage in the preliminary discussions.

The Spanish Government, in paragraph 6 of its Diplomatic Note of 5 March 1962, declared:

“de la manière la plus formelle et solennelle que c’est seulement quatre jours avant le 22 mars ... qu’il avait été informé pour la première fois de ce que ces conversations avaient eu lieu entre groupes privés ...”

and this declaration went without challenge at the time. On page 132, I, of its Memorial—and that in a footnote—the Belgian Government had only this to say on the point:

“De fait, il résulte de la note espagnole du 5 mars 1962 que, tout au moins le 18 mars 1961, le ministre des Affaires étrangères a été informé de l’ouverture imminente de la négociation qu’allait présider son ambassadeur à Paris.”

We know that M. Frère was in frequent contact with his Government from 26 January onwards and, if all these promises were being made, it is surprising that, faced with the solemn declaration in the Spanish Note of 5 March 1962, the Belgian Government should simply have commented that the Spanish Foreign Minister had been informed of the matter at any rate by 18 March.

Giving the specific facts in paragraphs 42 and 43 of our Preliminary Objections, we stated that the Count de Motrico had first given the Minister for Foreign Affairs information of the conversations by telephone on 17 March and confirmed it by letter next day. And we printed the text of the letter in the original Spanish in Annex 73 of our Preliminary Objections. We are instructed to reaffirm in categorical terms the correctness of the facts stated in those paragraphs of our Preliminary Objections. As to the Count de Motrico himself, he also is positive in paragraph 22 of his report that he first told his Minister about the private negotiations on the telephone on 17 March and confirmed it next day by the letter whose text is printed in Annex 73. Nor will the Court find any trace of any contact between the Count and his Minister concerning the private negotiations in any of the documents or statements before the Court prior to the statement of M. Frère that on 7 March the Count de Motrico informed him that the Minister had agreed in principle to give the desired guarantees.

As to that statement of 7 March, the Count de Motrico states in paragraph 15 of his report that as he recalls what he told M. Frère was not that the Minister was agreeable to give the desired guarantees but that any proposal involving a request for guarantees from the Government would inevitably meet with opposition from M. March. And the Count adds that he indicated to M. Frère the amendments to the draft aide-mémoire that would be necessary to give it any chance of being accepted by M. March. If the Court will be good enough to glance again at the text of the aide-mémoire at Appendix 8 to M. Frère’s memorandum, it will see that, by putting brackets round numerous

passages, the Count did indeed indicate on the draft wholesale excisions designed to remove all trace of guarantees.

The draft aide-mémoire, already so annotated, was returned to M. Frère when he called on the Count de Motrico next day, that is, 8 March. According to the Count, M. Frère informed him he had a new idea for overcoming the difficulty about the guarantees. The Belgian Government would address a Note to the Spanish Government mentioning the reasons for the proposal to discontinue but making no allusion to guarantees. Instead, the Belgian Ambassador would ask verbally that the Spanish Government should not make any reply to the Court till the time-limit fixed by the Court had expired. That, Mr. President, is paragraph 16 of his report. He goes on to state that he informed M. Zuloaga and that the latter then passed the information on to M. March. He further states in paragraph 17 that on the following day, that is, 9 March, M. Frère supplied the new text of the aide-mémoire and that he, the Count, then passed it on to M. Zuloaga who in turn transmitted it to M. March.

We mentioned this stage in the conversations briefly in our Preliminary Objections and our opponents asked, through the Registrar, for the documents on which our account was based. In response to this request, we transmitted to the Registrar three inter-connected documents which the Belgian Government afterwards printed in Annex 8 of its Observations and Conclusions. The first—on page 1 of the Annex—was a note made by M. Zuloaga of a communication made to him by the Count by telephone on 8 March describing a new Belgian proposal on the lines of that set out by the Count in his report I just described. The second was a contemporary note of M. Zuloaga's telephone message passing the information to M. March in Madrid, and the French and Spanish texts of this note are printed on pages 5 and 6 of the Annex. The third was a similar note of a further telephone message from M. Zuloaga to M. March later the same day saying that he had forgotten to mention that the Count de Motrico had added that M. Frère had also spoken of the difficulty about fixing the applicable rate of exchange and certain other matters. The texts of this note appear at pages 7 and 8 of the Annex. The Court will also observe that the notes of the earlier telephone conversations state that a new draft of the revised aide-mémoire will be forthcoming "tomorrow", in other words, 9 March. The text of this draft appears at page 3 of the same Belgian Annex. And if this document is compared with M. Frère's original draft, it will be seen that it is clearly a much shortened version of the original which takes account of all the excisions that had been suggested by the Count de Motrico. This document again is defaced by deletions and annotations by M. Zuloaga, and we hesitated to put it and the notes of the telephone conversations before the Court. Our opponents again having asked for and received these documents, do not like their contents and have sought in paragraph 21 of their Observations to sweep them all away by referring to the first document as "an apparently apocryphal report in French of a telephone call". These documents, Mr. President, like the one in the previous Belgian Annex to which I have already referred, are of a kind which speak of their genuineness. They link up not only with each other but with the draft aide-mémoire put in by the Belgian Government; and they are also consistent with the facts which existed on the dates in question. They were, of course, placed by us in front of the

Court before anything was known of the account which M. Frère would give in the memorandum.

What, then, Mr. President, do we say is the significance of these documents? First, that they confirm the account given in our Preliminary Objections and by the Count de Motrico of M. Frère's new proposal on 8 March. Secondly, this new move was the first appearance of the plan, or appears to have been the first appearance of the plan, ultimately followed by Belgium of asking *verbally* for an undertaking with regard to the deferring of the Spanish reply; and the documents seem to show that the initiative came from that Belgian side.

M. Frère, though mentioning the return of the draft aide-mémoire on 8 March, deals only with the genesis of the second exchange of letters. He writes that the Count de Motrico "me proposa de procéder à un nouvel échange de lettres entre nous plutôt que par voie de note diplomatique"; and that it was understood that a new draft would be submitted by M. Frère next day. This indeed he did, and the text is printed at Appendix 9. The Count de Motrico, in paragraph 18 of his report, contests this account of the matter. He states that as in the case of the earlier exchange of letters, the proposal was that of M. Frère and the reason given by the latter was the same, namely his protection against possible criticism, and the idea was to establish a complete record of the course of negotiations by continuing the earlier letters and bringing the record up to date. And on the question whether the initiative was his or that of M. Frère, the Count says that it is somewhat significant that M. Frère had the new drafts in his hand next day.

And if the Members of the Court will be good enough to look at this document—Appendix 9 to M. Frère's memorandum—they will see that it is indeed a little surprising that they were produced to the Court within so little a time as about 24 hours. Many of the paragraphs contain specific statements of the Belgian Government's intentions and plans for proceeding with the discontinuance, while according to M. Frère, he himself, only three days earlier, had made up his mind to break off the conversations. The document also seems not to bear much relation to the proposal which M. Frère said was made to him by the Count on 8 March—to proceed to a new exchange of letters rather than to use the diplomatic channel; for the Court will see that paragraph 5 envisages in the most precise terms the use of the diplomatic channel for seeking the "desired guarantees". The Court may also think, as we do, that there is not much evidence in this document of the very reluctant M. Frère, whom our opponents have so ably presented to us. This document has a further history, Mr. President, to which I shall have to refer later.

The next document, a letter of 10 March written by M. Frère to the Count de Motrico, seems to us to be both revealing and significant. We printed it as Annex 72 to our Preliminary Objections but the Court may prefer to look at the photocopy of the original shown on pages 42-45 of the Count de Motrico's report. On that day M. Frère again went to see the Count to give him the revised text of the exchange of letters. According to M. Frère the Count said that there were difficulties on the Spanish side as objection was taken to any mention of written guarantees and that he must go to Madrid, for which he was leaving that evening to try and find a solution. The Count de Motrico, in paragraph 18 of his report, points out that this is not strictly correct, as

he was going to Madrid anyhow to attend the wedding of a friend. Interpreting M. Frère's remark as implying that he would go to see his Minister in order to try and find a solution, he denies it. He says the difficulty about written guarantees came from M. March and it was his intention to see M. March about the revised aide-mémoire sent to him the previous day by M. Zuloaga and to obtain his reactions as to the verbal guarantees. Only if M. March proved amenable on this point, did he have in mind possibly to mention the matter to his Minister.

However, M. Frère made a further call on the Count de Motrico shortly before the latter left Paris, and he brought with him the little letter now in question in circumstances which he himself describes in paragraph 21 of his memorandum. He had just had a telephone call from his lawyer in Brussels, informing him that the Belgian Minister for Foreign Affairs considered it indispensable that the exchange of views between the Belgian Ambassador and the Spanish Foreign Minister envisaged in the draft exchange of letters—that is, of course, the guarantees—should be recorded in writing.

May I pause there, Mr. President, to point out that this message seems to reveal, incidentally but clearly, that the question of verbal guarantees had been under discussion between M. Frère and the Count during their talks on the previous days. In other words, it seems to be another little piece of evidence confirming the correctness of the Count's account of those meetings and the authenticity of our Notes of the telephone conversations regarding the Belgian new proposal.

Confronted with the insistence of the Belgian Foreign Minister upon written guarantees, what did M. Frère do? In paragraph 21 of his memorandum, M. Frère states in his letter that he was called to the telephone by a highly placed official in the Ministry for Foreign Affairs who suggested that:

“les choses pourraient s'arranger de la manière suivante:

1. Nous procéderions à l'échange de lettres que nous avons envisagé.
2. Notre ambassadeur aurait un entretien avec votre ministre des Affaires étrangères au cours duquel ils procéderaient à un échange de lettres manuscrites réglant la procédure du retrait de l'instance — les lettres ne seraient communiquées à personne; elles resteraient même ignorées de la personne que j'ai rencontrée chez vous.
3. Une fois la négociation terminée ces lettres pourraient être soit restituées soit détruites. Leur existence ne serait connue que de nous deux, de votre ministre et de notre ambassadeur.

Sur la base de cet échange de lettres, le Gouvernement belge prendrait la responsabilité du retrait mais il considère que c'est un minimum indispensable”.

The Court will not wish me to dwell upon the terms of the suggestion. It is enough for me to say that, on its face, it was a suggestion from the Belgian Foreign Office that M. March's opposition to their plan for the discontinuance should be overcome by a secret agreement concluded behind his back, that is, without his knowledge. M. Frère, no doubt simply because he was anxious to bring about the private negotiations, passed the suggestion on with the following comment.

“J’ai voulu vous donner cette indication avant votre départ. Peut-être constitue-t-elle la solution de nos difficultés.

Bonne chance! Bon voyage! Je suis très anxieux d’avoir de vos nouvelles. J’attends votre coup de téléphone à Venise mercredi. Je vous verrai en tout cas à Paris jeudi prochain.”

My task, Mr. President, is to indicate to you the conclusions which we ask you to draw from this piece of evidence.

The first is that the letter is hardly consistent with the picture we have been given of the reluctant M. Frère, persuaded altogether against his will to go on with the *désistement*. Every line of this letter shows eagerness to find a means of opening the way to the private negotiations, despite the oft-repeated, uncompromising “no” returned by M. March to any deviation from his condition *sine qua non*.

Secondly, we submit that the letter throws a new light on the repeated statements of our opponents that it was always the Count who took every initiative and who thought up every new expedient to try and clear the way to the opening of the discussions. In particular, we ask you to note this document and the proof that it contains of the source from which at any rate one proposal for a secret exchange of letters emanated.

M. Frère’s suggestion did not commend itself to the Count, who, not unnaturally, regarded it as a little surprising to put to an intermediary who was the friend of both parties. It was one thing to have a confidential exchange of letters recording the convictions of the Count as to the sincerity of M. March’s intentions; it was rather different to have a secret agreement concerning the guarantees which M. March was rejecting on what he considered to be an essential point of principle. At any rate, as he relates in paragraphs 18 and 19 of the memorandum, he duly went to Madrid and discussed with M. March and M. Zuloaga next day, that is, 11 March, the revised aide-mémoire and M. Frère’s proposal for verbal guarantees regarding the deferring of the Spanish reply. M. March maintained his objection to any form of guarantees as a departure from the condition *sine qua non*. That being M. March’s reaction, and having his own time taken up with the wedding and other private affairs, the Count returned to Paris without having discussed the new Belgian proposal with his Minister.

The accounts given by M. Frère and the Count of the events of the next 12 days are in conflict on a number of points. The account given by the Count in paragraphs 20 to 29 of his report contains detailed and circumstantial criticisms of the version of M. Frère; and it is to be noted that, although in the Belgian new document M. Frère offered observations and formulated criticisms of other parts of the Count’s reports, he did not make any comments on these paragraphs, though of course he reserved his position. The Court will not wish me to go into differences of detail which have only a marginal interest. I therefore propose to deal, first, with the alleged promises of guarantees by the Minister and the information given to him by the Count concerning the private negotiations and, secondly, with the preparation of the notice of discontinuance.

As the Court will appreciate, the question of the alleged promises of guarantees through the diplomatic channel is not of interest in itself, because it is common ground that the Belgian Ambassador’s request

for guarantees on 22 March was refused and the Belgian Government effected the discontinuance notwithstanding that refusal. It is of interest only in connection with the repeated statements of M<sup>e</sup> Van Ryn that the Minister was being kept informed of every step in the private negotiations by the Count de Motrico. I have already emphasized, Mr. President, that there is no trace of any contact between the Count and his Minister in any of the documents or statements before the Court prior to the statement of M. Frère that the Minister had agreed to give the desired guarantees (that was the statement on 7 March). If the Court will be good enough to look again at the draft of the second exchange of letters produced by M. Frère two days later—that is in Appendix 9 of his memorandum—it will see that there is no reference to the Minister's promises. Paragraph 5 recites the importance attached by the Government to obtaining an assurance as to the withholding of the Spanish reply until the private interests had reached agreement. But there is no statement of any agreement in principle to give the assurance, although much later—on 18 March—M. Frère did try, without success, to introduce such a statement into the final version of this letter. Nor, Mr. President, is there any such statement to be seen in the revised text of the letter signed and handed by M. Frère to the Count de Motrico.

Two other statements of the same kind are made by M. Frère in paragraph 22 of his memorandum. First, he says that on 12 March the Count de Motrico telephoned him at Basle to inform him that matters were sorting themselves out—with the implication that the Count had been seeing his Minister. The Count himself declares that this is incorrect, as he had not seen the Minister and the new plan for the verbal guarantees had not gone down well with M. March. And he states—what would certainly seem quite natural—that in fact he impressed on M. Frère that M. March was not likely to yield on this question of the guarantees.

The second statement in that paragraph is that at a meeting of 16 March, the Count de Motrico told M. Frère in the presence of his lawyer, that the Spanish Foreign Minister was agreed in principle to give an assurance about withholding the Spanish reply until the expiry of the time-limit. He adds that his lawyer explained how under the Rules of Court the mere expiring of the time-limit would be equivalent to acceptance of the discontinuance; and that the Count de Motrico then insisted that they must not propose too legalistic formulas or the Minister would consult his legal department which would infallibly make difficulties. The Count, in paragraphs 20 and 21 of his report says, in effect, that this is not what he recalls having occurred at the meeting. According to him, M. Frère's lawyer only came in at the end of the meeting and talked essentially on the procedural point. M. Frère had come to tell him that the Belgian Government seemed to have made up its mind to file a simple notice of discontinuance; and to ask the Court to keep it confidential until Spain had given its consent, to ask for as long a time-limit as possible; and to make a verbal request to the Spanish Foreign Minister to delay the Spanish reply until the private interests had reached agreement. This, of course, was very close to the plan actually followed. Again, the Count denies that he said, or could have said, that this Minister had agreed in principle to give the guarantees, because, he says, it was not until next day that he got in touch with his Minister; and he dissents from the statement that

he advised against doing anything which might cause his Minister to consult his legal department on a matter regarding a case before the International Court.

Well, paragraph 24 of M. Frère's memorandum contains two further statements concerning the alleged guarantees. It is said that on the same date, 16 March, M. Frère's lawyer discussed with the Count the concrete form which the guarantees should take and that the Count promised to telephone the Minister on this question. It is then said that the next morning the Count summoned M. Frère's lawyer urgently to tell him that the Minister had agreed to give an assurance and that the Spanish Government would make no notification to the Court before the expiry of the time-limit; but that he was not disposed to go any further, and if agreement had not been reached within the time-limit, they would have to consider what to do. And the Count is represented as having added that the more limited guarantee could probably be obtained in writing.

Here again, Mr. President, the Count's account on pages 16 and 17 is in contradiction with that of M. Frère. As to the meeting on 16 March, he says that in reality the lawyer told him of the Government's decision to notify the Spanish Foreign Minister through its Ambassador in Madrid of its intention to withdraw the case and had outlined the proposals which the Belgian Government had in mind to submit to the Foreign Minister. He further says that as the lawyer represented that the Ambassador would be making his *démarche* in the near future, he stated that in that case he would inform the Minister of the possibility of the Belgian *démarche*. He adds that there was no question of his telephoning the Minister to obtain his agreement on any Belgian proposal. In this connection, Mr. President, I may perhaps point out that the evidence shows very clearly that the Belgian Government itself always recognized that its approach to the Spanish Government concerning the discontinuance must be made through the normal diplomatic channel of the Belgian Ambassador in Madrid. As to the further meeting next day, the Count is equally firm in denying that he informed the lawyer of the Minister's agreement to give the assurance requested by the Belgian Government. What actually happened according to his recollection is that, as M. Frère was already in contact with the Belgian Ambassador in Madrid concerning the intended *démarche*, he summoned M. Frère's lawyer to get the latest information in order that he could be sure of giving his Minister an up-to-date picture of the position when notifying him of the probable *démarche* of the Belgian Ambassador regarding the discontinuance. He adds that the lawyer, in giving him this information, told him that, in order to take account of M. March's attitude, the Belgian Government would file a simple notice of discontinuance on the lines of that used by the United Kingdom in discontinuing its proceedings against Bulgaria. And he says that he did not express any opinion as to the possibilities of his Minister's giving the guarantees desired by the Belgian Government.

Mr. President and Members of the Court, we have now reached the point where the Count de Motrico did inform his Minister and where the evidence of the private negotiations begins to link up with the case which I had the honour to put before you in my first intervention.

On 17 March, the Count de Motrico telephoned his Minister to inform him for the first time of the discussions which had been taking place

between the private interests; of the Belgian intention to give notice of *le retrait de sa réclamation*; of the expected *démarche* by the Belgian Ambassador for that purpose, and of the Belgian intention to ask for the withholding of the Spanish reply until the expiry of the time-limit. That is how the Count de Motrico, in paragraph 22 of his report, summarizes his first communication to his Minister. Our opponents, exclaiming that at any rate the Count de Motrico informed his Minister about the private discussions on 17 March, ask you to imagine that he must then have told the whole story of the *désistement*—all the proposals and devices of the Belgian side when confronted with M. March's insistence on his condition *sine qua non*. As the Court knows only too well, that story was by then quite a saga and the Count, who had not been conducting a diplomatic negotiation, was concerned essentially to put the Minister in the picture concerning the outcome of the private negotiations and the Belgian proposal which was imminent. It is therefore rather unreasonable to suppose that on 17 March the Count would or could give his Minister anything but what he conceived to be the salient facts, the approach from M. Frère, the insistence of M. March on his condition *sine qua non*, the Belgian decision to discontinue, the Belgian Government's desire for guarantees, and the form that the *démarche* appeared likely to take.

The following day, 18 March, the Count despatched a confirmatory letter to the Foreign Minister which stated the Count's understanding of the form which the Belgian *démarche* would take. The text of this letter in the original Spanish is in Annex 73 to our Preliminary Objections, while a French text is printed in full on page 104. The letter refers to what the Count has already reported to his Minister "lors de notre dernier entretien". Despite the clear statement of the Count himself in paragraph 22 of his report that the letter was written in confirmation of "ce que je lui avais dit verbalement la veille", M<sup>e</sup> Van Ryn seized upon the word *entretien* to suggest that this word concealed something more than a telephone conversation. But, as the original Spanish reads *verbalmente*, we doubt whether a contribution from us to a linguistic debate on the meaning of *entretien* would assist the Court.

At this stage in the proceedings, Mr. President, there is no need for me to examine the letter in detail and I shall only ask the Court to note three quite brief points:

*First*, the Count informed his Minister that the Belgian Government had decided to ask the Court for *la retirada definitiva de la demanda*; in other words, in that letter he notified his Minister of the Belgian proposal to discontinue in the terms of M. March's condition *sine qua non*. And was it not natural, and was he not fully justified in doing so? Again and again, M. March had replied to every new Belgian proposal by saying that he adhered strictly to the condition *sine qua non* in his *Note de Base*. The Belgian side itself had repeatedly put forward its *désistement* proposal as a compliance with that condition. In the first exchange of letters, it was represented to be "afin de réaliser la condition considérée comme préalable"; in the second, it was said that the Belgian Minister had been informed that "le retrait de l'instance constituait en définitive la condition sine qua non". If their proposals had been formulated in terms of a *désistement de l'instance*, they never

explained that this, in their minds, meant something less than a definitive withdrawal from the Court. We know from the résumé in Annex 7 of the Belgian Observations that the Count de Motrico understood the Belgian side to be putting forward "le retrait définitif devant la Cour de La Haye à un titre irrévocable", and the same state of mind of the Count is confirmed in his own report.

*Second*, there is not a trace in this letter of any promise of assurances having been previously given by the Minister—a somewhat surprising omission if this question had been so actively discussed between the Count and his Minister during the past ten days and with special urgency during the previous two days.

*Third*, the Count de Motrico reported that *aux dires de M. Frère*, the Belgian Government would draft its notice in terms similar to those used in the United Kingdom-Bulgaria case. And the Count de Motrico says in paragraph 21 of his report that this did not convey much to him but that he understood it to mean that the notice would be a simple one without containing a reference to any agreement either between the private interests or between the Governments.

I must now return, Mr. President, to the second exchange of letters and complete my argument on the verbal guarantees. Here again there is a conflict between the account of M. Frère and that of the Count. I have already referred to the difference between M. Frère and the Count as to the genesis of the proposals in the two exchanges of letters and of the relevance of M. Frère's letter of 10 March in that connection. In paragraphs 25 and 26 of his memorandum, M. Frère states that on 18 March, in company with his lawyer, he met the Count, pointed out the precarious character of the guarantees which his Government was receiving and the heavy sense of responsibility which he felt in asking for a discontinuance under these conditions. And he says in effect that the Count de Motrico repeated his convictions concerning the sincerity of M. March's intentions with regard to the negotiations. The Count de Motrico's account of this part of the meeting is in paragraph 24 of his report and does not conflict with that of M. Frère. However, he also insists in that paragraph that this exchange of letters was effected as a "gentlemen's agreement" on precisely the same basis as the earlier one and not to be used except by mutual agreement. As I pointed out in connection with the earlier exchange, there is in fact no reference to either of the exchanges of letters in any of the documents until the Belgian Government's diplomatic Note of 9 October 1961—that is except, I should say, for this reference to the exchange of letters which is contained in that letter of M. Frère's of 10 March, which is rather on the same basis as the exchanges of letters themselves. I think I had overlooked that yesterday but clearly it is a case where there was a reference.

Well, Mr. President, the heavy sense of responsibility felt by M. Frère, to which both he and the Count de Motrico have referred, is so very understandable, *if*—to borrow from our opponent's colourful metaphors—he thought he was giving up his sword. But if he was merely sheathing it and providing himself with an opportunity to sharpen it up in the event of a renewal of the fray—why the obsessive load of responsibility?

The next development is the meeting of 18 March, which also concerns the second exchange of letters—the same meeting, you have the second stage of it—and there M. Frère states that his secretary arrived with revised drafts of the proposed letters and that the Count de Motrico then proposed essentially two amendments: The first concerned the phrase “ou avant que le représentant du groupe majoritaire de Sidro et le représentant du groupe majoritaire de Fecca aient pu l’informer conjointement de la conclusion d’un accord” contained in a paragraph formulating the guarantees desired by the Belgian Government. And M. Frère asserts that the reason given by the Count for this deletion was that his Minister did not contemplate giving any other undertaking than to refrain from notification until the expiry of the time-limit. The Count, in paragraph 23 of his report, denies that he gave any such reason; he says that the reason which he actually gave was the objection voiced several times already by M. March to any agreement of that kind.

The second deletion concerned a new paragraph of one sentence that had been added by M. Frère and it reads as follows: “Vous avez bien voulu me dire que le Gouvernement espagnol est d’accord en principe pour donner une telle assurance”. M. Frère alleges that the Count asked that *le Gouvernement espagnol* should be changed to *Ministre des Affaires étrangères d’Espagne* on the ground that it was only the Minister with whom he had been speaking. He goes on to state that each made the corrections on their own copies and that the Count then said that the draft could be taken as agreed. He then states that on 20 March the Count telephoned to Brussels to ask for the deletion of the whole sentence, explaining that, although it was strictly speaking true, he did not want to appear to commit his Minister in a personal letter. According to him (that is according to M. Frère) he only then made the deletion and the signed text was taken that day to the Count. M. Frère attached to his memorandum at Appendix 10 a photocopy of his text of the draft amended in the manner he described. The Count de Motrico, however, says that it is not correct that he asked for the “Government” to be changed to “the Foreign Minister” or that he amended his text of the draft in that manner. Moreover, he produced his own text of the draft—and it is clearly a twin of the other—and this text shows the whole sentence deleted without the words *Ministre des Affaires étrangères d’Espagne* written on the text at all. And, at the bottom of page 18 of his report, he explains how it occurred and that the deletion was asked for and made by him at the time and not later.

Well, the final outcome, Mr. President, on the question of the governmental assurances, we know. The Belgian Ambassador, when notifying the intended discontinuance on 22 March, asked for a formal assurance that the Spanish reply would be withheld until the expiry of the time-limit. He received an immediate refusal and the Belgian Government (without expressing surprise that it should not receive what, according to M. Frère, had been promised by the Minister himself not once but several times) went straight ahead with the discontinuance. Yet, according to M. Frère’s letter of 10 March, the Belgian Government regarded the obtaining of guarantees concerning the deferring of the Spanish reply as an indispensable minimum. If these promises had been made and the Minister’s assurances on this important point were clear, and were expected on 22 March, it is difficult to understand the total

absence of any reference to these promises elsewhere in the documents. There is no trace of them in the Count de Motrico's letter to the Minister on 18 March, the very day he is said to have been willing to write them into the exchange of letters. There is no reference to them in the Minister's telegram of 21 March to which I shall come later, to the Count de Motrico explaining to him the importance of avoiding any undertaking with regard to the deferring of the Spanish reply, in order not to compromise the Spanish Government's long-standing attitude on the question of the Belgian Government's *jus standi* in the Barcelona Traction question. That document, Mr. President, is Annex 75 of the Spanish Preliminary Objections. There is also no reference to the Minister's promises in any of the Belgian diplomatic notes or in its Memorial or in any of M. Frère's subsequent letters to the Count de Motrico.

As I said, Mr. President, it is common ground that no assurances were given on 22 March by the Spanish Government and there, perhaps, I can leave the matter.

Mr. President, the second exchange of letters is, however, also relied upon by our opponents as a confirmation of the Count de Motrico's assurances to M. Frère of his moral convictions concerning M. March's sincere intention to negotiate. It refers, this second exchange, expressly to the previous one and, subject to the reservations which I made about the character and context and the limitations of these assurances, we accept, as does the Count de Motrico, that he reaffirmed his convictions on this point in the second exchange of letters. M<sup>c</sup> Van Ryn—at II, page 414—asked you to interpret this as proof that the Belgian Minister for Commerce was at that date so confident of the speedy success of the negotiations that in asking for guarantees he had no other concern in mind than to avoid speculation. The Minister, it is said, was so wholly convinced that the period of the time-limit would suffice for the negotiations and that, when the exchange of letters spoke of his desire for certain guarantees "with a view to avoiding the withdrawal of the proceedings becoming public before the conclusion of an agreement between the parties, which might give rise to speculations that are to be avoided at all costs, his request for guarantees had no reference whatever to the substance of the matter—the negotiations.

As I have said, we have no wish to minimize the significance of the Count de Motrico's assurance regarding the prospects of the negotiations—within its proper context and within its proper limits. But this surely, Mr. President, is sheer inflation, if I may use a term appropriate to the thoughts passing through the Minister's mind. The first exchange of letters had made so little impression upon him that ever afterwards he had been talking of "indispensable guarantees". And M. March had been regularly turning down every proposal made to him for modifying his position; so much so that a little earlier M. Frère was calling him intransigent and, so his version runs, threatening to break off the discussions. And what about M. Frère's *lourde responsabilité* on 18 March because the guarantees that the Belgian Government were receiving were *bien précieuses*. There is no suggestion, even in M. Frère's memorandum, that the second exchange of letters was anything more than a confirmation of the previously expressed assurances. There was no new element.

Our opponents also relied on a phrase in the exchange of Notes which reads: "le Ministre, soucieux avant tout d'une efficace protection des

intérêts belges en cause". They represented that this phrase must have brought home to the Count de Motrico that the Belgian Government was not discontinuing the case in any spirit of defeatism, and must have made it clear to him that they had no intention of giving up their right to protect the Belgian interests before the Court without the least assurance of any compensation whatever. Me Van Ryn did not pause to say how the agile mind of the Count de Motrico was to absorb his two propositions concerning the intentions of the Belgian Minister of Commerce at the same time—the Minister's absolute confidence in the immediate success of the negotiations and his absolute lack of confidence in having any assurance of compensation. Leaving that difficulty aside, have we not here again, Mr. President, another case of what the Minister might call run-away inflation of the language? Why should the Count de Motrico read into the phrase anything more than that the Belgian Government had decided that, in the circumstances, it was in the best interests of its nationals to take the opportunity offered of negotiations for a friendly settlement which would give them the compensation to which they believed themselves to be entitled? Indeed, an unkind commentator might even say that the words "soucieux avant tout d'une efficace protection des intérêts belges" suggested that the Minister felt more confident of the prospects offered by the negotiations than of the litigation before the Court.

In connection with these two propositions, Mr. President, Me Van Ryn returned to his thesis of what the Count de Motrico, as a conscientious Ambassador, must have said to the Spanish Foreign Minister about the discontinuance. He implies that he must have informed him not only of the whole saga but of all the thoughts passing through the mind of the Belgian Minister—a somewhat difficult exercise even for a very astute diplomat. This kind of argument, in our submission, really defeats itself by its hyperbole. And I have already dealt with the question of the information that was in fact transmitted by the Count de Motrico to his Minister on 17 and 18 March. As to the exchange of letters itself, I pointed out earlier in my speech that in actual fact the Minister had no knowledge, of either of the exchanges of letters until long after the event.

But in our submission, even if one reads the exchanges of letters in the light of the *Note de Base* and the circumstances existing at the time, they are calculated to confirm the impression of anyone standing outside the Belgian mind that the Belgian discontinuance was going to be such as would correspond to M. March's condition *sine qua non* "la retirada definitiva de la demanda".

[Public hearing of 29 April 1964, afternoon]

I now pass, Mr. President, to the Minute submitted to the Spanish Foreign Minister by the Legal Department of his Ministry on 21 March, which I presented to the Court during my first intervention at II, page 106. Me Van Ryn commented on this Minute at some length in his speech at II, pages 415 to 417. I do not propose to reply to that part of his comments which constituted not much more than abuse of the document and its writer. The document, as I indicated in my earlier speech, is, in our view, an important one, being the legal advice that

was given to the Minister on the eve of the Ambassador's visit. And I may perhaps add that anyone who has examined the Spanish Government's diplomatic Notes attentively can see that the Minute of the Legal Department follows the same consistent line of legal policy as that which appears in those Notes.

I propose therefore to deal briefly with four points made by M<sup>e</sup> Van Ryn. The first is that since in one or two places the Minute—in its French translation—speaks of the withdrawal of the *requête*, the author clearly understood the question to be simply one of withdrawing the Application—a mere discontinuance of the proceedings pending. I have already covered this linguistic point earlier in my speech when I observed that, by a natural use of language, *requête*, like *demande* is not infrequently used to denote the claim, not merely the procedural act. Here, I only propose to say that my learned opponent's linguistic argument seems to us to be completely out of place when the contents of the document so clearly indicate the understanding of its author that the withdrawal of the Barcelona Traction case once and for all was in question.

Secondly, M<sup>e</sup> Van Ryn remarks upon the fact that the Minute advised against acceding to the Belgian Government's request for assurances on the grounds that it appeared to be seeking a guarantee of the successful outcome of the negotiations; and that to accede would give the appearance of covering the private negotiations and compromise the Government's position on the absence of any Belgian *locus standi* in the matter. M<sup>e</sup> Van Ryn then insists that this is proof of the Spanish Government's anxiety to safeguard its position against the eventuality of further proceedings. The Spanish Government has already explained to the Court that it was not a simple reintroduction of the case against which it was anxious to protect itself. It feared—and with justice—that the Belgian Government might seek to interpret any assurance given by it as an agreement to promote and supervise the private negotiations until there was a settlement, and to maintain then that its *jus standi* had been recognized. The Court will recall how this distrust of Belgian efforts to implicate it in the private negotiations appears consistently in the diplomatic Notes—almost to the extent of an obsession.

Thirdly, Mr. President, I must refer to one of the little shafts of abuse which my learned opponent threw at the document, if only for the light which it throws on the paucity of the arguments for attacking the document. Laying down the law about the proper conduct of diplomatic officials, he suggests to the Court that the author of the Minute lacked the necessary factual information for writing a sound legal opinion. Thus he said:

“Il est normal, d'ailleurs, que les informations que le ministre tenait de l'ambassadeur, comte de Motrico, n'aient pas été communiquées au service subordonné.”

So there we have, Mr. President, the latest handbook of diplomatic practice. Model ambassadors are to recount sagas of private discussions to busy ministers, and model ministers are to withhold from the legal advisers the information necessary for giving a useful legal opinion on a matter concerning litigation before the International Court.

Fourthly, I must refer to the last sentence of the Minute because later in his argument our learned opponent ingeniously sought to use it for the purpose of disposing of that statement in the Spanish Foreign Minister's Note of 22 March. The sentence is:

“En conséquence, le Gouvernement espagnol ne doit contracter aucun engagement au sujet du délai, pour que le désistement ne se trouve pas être conditionné.”

M<sup>e</sup> Van Ryn—it's at II, page 419—referred to the final sentence of the Legal Department's Minute, which reads:

“Ce refus [that is, of the assurance] serait, en outre, pleinement justifié, car l'article 69 du Règlement de la Cour internationale de Justice ne se prête pas à donner satisfaction à la demande belge, puisque conformément au Règlement le désistement doit être formulé purement et simplement, sans être soumis à aucune condition ou modalité.”

M<sup>e</sup> Van Ryn pointed out that Article 69 does not in terms say that a discontinuance may not be subordinated to any condition. And he argued that, although the final sentence of the Legal Department's Minute seemed to be erroneous, it provided the clue to the statement in the Foreign Minister's Note. In short, that statement, according to him, does not have the substantive content which we attribute to it but was inspired by a procedural misconception in the Legal Department.

If the precise thought contained in the final sentence of that Minute may not be entirely clear, I cannot agree with our learned opponent's suggestion that here is to be found the explanation of the Foreign Minister's statement—a statement which, as I pointed out in my first intervention, was of considerable significance. That explanation is to be found, Mr. President, first, in the Minister's Note itself and, secondly, in the Minister's telegram of 21 March to the Count de Motrico, which is the next document with which I will deal.

This telegram, which is printed at Annex No. 75 of our Preliminary Objections, was sent by the Minister to the Count de Motrico to inform him of the view taken by the Government of the Belgian request for an assurance regarding the withholding of the Spanish reply. I have already pointed out that it contains no references to any promises by the Minister.

M<sup>e</sup> Van Ryn approved of the Minister's views and said that, although the Minister accepted the Legal Department's advice, he was very careful not to repeat the alleged errors of judgment by which M<sup>e</sup> Van Ryn considered that advice to be vitiated. While we entirely share M<sup>e</sup> Van Ryn's approval of the telegram, Mr. President, we are unable to go along with him in his interesting dissection of the mind of the Minister. The telegram is an important document, like the Minute upon which it is based. M<sup>e</sup> Van Ryn claims to see significant differences between the two documents, but we believe that the Court will have no difficulty in concluding that the telegram follows very closely the reasoning of the Legal Minute and the main difference—and this is the point which meets with so much approval from M<sup>e</sup> Van Ryn—is that in two phrases towards the bottom of this quite long telegram the Minister mentions that the Government will be happy to see the private interests arrive at an agreement. By lifting the motif of these

two phrases into the sentence at the top of the telegram, he succeeds in constructing an artistic argument but not, we think, a convincing interpretation of the telegram.

Now the telegram begins:

“Je signale à Votre Excellence que l’attitude constamment suivie par le Gouvernement espagnol a été de ne jamais accepter que le Gouvernement belge pût avoir un droit quelconque de protection de ladite société ni, par conséquent, des prétendus intérêts belges y attendant, attitude maintenue dans son mémoire à la Cour lorsqu’il a formulé les trois exceptions: incompétence de juridiction, manque de nationalité de la réclamation et épuisement préalable de la voie interne. L’éventuel désistement du Gouvernement belge ne signifie pas que le Gouvernement espagnol soit obligé du point de vue de la procédure de répondre à la Cour, excepté pour s’y opposer, hypothèse inconcevable pour des raisons évidentes.”

It is this final phrase of the passage which is important, and important as further evidence of the belief of the Spanish Government, sincerely held, that in the then existing state of the pleading before the Court a *désistement* must amount to an abandonment of the Belgian defence to the Preliminary Objections. I say *further* evidence, because it confirms—and at the same time does so at the highest level—the even more pointed passage in the Legal Department’s Minute, to which I drew the Court’s attention in my first intervention, that is at II, page 107. I there cited only the most salient phrase of that passage but having regard to M<sup>e</sup> Van Ryn’s treatment of it I feel that I should read the whole sentence to the Court:

“Il serait inconcevable que le Gouvernement espagnol pût s’opposer à un désistement belge qui viendrait confirmer le bien-fondé des exceptions préliminaires espagnoles, ce qui reviendrait à dire que le Gouvernement espagnol a intérêt à ce que la Cour internationale continue à connaître d’une affaire à laquelle il a opposé l’objection de l’incompétence de juridiction.”

We were simple minded enough, Mr. President, to believe it to be fairly self-evident that when the Minister in his telegram on 21 March used the words “excepté pour s’y opposer, hypothèse inconcevable pour des raisons évidentes”, he was merely repeating in the terse language of the telegram what he had read and approved in his Legal Department’s Minute submitted to him the previous day. In other words, he also thought that a discontinuance by Belgium would amount to confirmation of “le bien-fondé des exceptions préliminaires espagnoles”, and that it would be absurd for the Spanish Government to ask the Court “à connaître d’une affaire à laquelle il a opposé l’objection de l’incompétence de juridiction”.

M<sup>e</sup> Van Ryn’s argument is a brilliantly conceived attempt to try and get rid of both embarrassing phrases at one blow—to kill the two proverbial birds. Having regard to the two statements much lower down in the telegram, that the Spanish Government would be glad enough to see the private interests settle their dispute, he psychoanalyses the mind of the Minister as follows:

“Or les raisons du ministre qui lui permettaient de dire que l’hypothèse que le Gouvernement espagnol puisse s’opposer au désistement est inconcevable, ces raisons, Messieurs, ne pouvaient pas être les mêmes que celles tout à fait erronées—et je l’ai montré—du service juridique. Mais elles sont en effet évidentes et elles se dégagent, si je puis dire, du contexte. Le Gouvernement espagnol est heureux de voir qu’un accord entre les groupes privés va se conclure; le ministre le dit: il se dit heureux; il le répète deux fois. Il sait d’autre part que la condition préalable mise par Juan March aux négociations est le retrait de la requête.”

That, Mr. President, is the position taken by our opponents on this telegram.

The Court will no doubt have noticed in the last sentence a delicate little interpretation of the information given by the Count de Motrico to the Minister in his letter of 18 March: “le retrait de la requête” for “la retirada definitiva de la demanda”. But at the moment we are interested rather in the thought-reading of the Minister’s mind. The Minister, we are told, did not accept the erroneous reasons given by the Legal Department. Why? Because M<sup>e</sup> Van Ryn has demonstrated their erroneous character—“je l’ai montré”. So naturally we turn back to remind ourselves of this demonstration. There it is, Mr. President, at II, page 416:

“S’étant persuadé, tout gratuitement, que le désistement du Gouvernement belge constituera une reconnaissance du bien-fondé des exceptions préliminaires du Gouvernement espagnol.”

And what else? Nothing. So the Minister in 1961 had nothing upon which to base his rejection of the advice of the Legal Department except what we are bold enough to think is an *ipse dixit* in 1964.

We doubt whether our opponent’s ingenious piece of thought-reading will seem very convincing to the Court—we continue to think it really manifest even on the face of the telegram itself, and beyond any possibility of doubt when the two documents are read together, that the Minister considered it inconceivable for Spain to oppose the Belgian discontinuance because he believed that it amounted to an abandonment of Belgium’s defence to the Preliminary Objections. Whether he was right or wrong in taking this view is a matter, of course, for this Court to appreciate. But the Minister’s telegram of which our opponent so much approves, and the Legal Department’s Minute are, we submit, irrefutable evidence that on 21 March 1961 it was the sincerely held belief of the Spanish Government that the Belgian discontinuance would effect the final withdrawal of the Belgian case from the Court once and for all.

There is a further passage in the telegram, Mr. President, to which I would like particularly to call the attention of the Court, for it does provide the clue to the statement in the Foreign Minister’s Note of 22 March, which our opponents, as I said, are seeking to contend was simply derived from an error in the Legal Department’s Minute; and it also provides the answer to the repeated contention of our opponents that the Spanish Government’s anxiety not to enter into any agreement with the Belgian Government with respect to the discontinuance which might seem to acknowledge the Belgian Government’s *locus standi*,

shows that the Spanish Government really believed that the *désistement* would not affect a final withdrawal of the case from the Court. Having explained the mere expiry of the time-limit would suffice to make the discontinuance effective, the Minister proceeded to say:

“Pour cette raison, je répète qu’aucun engagement sur le délai n’est justifié puisqu’il présente l’inconvénient pour le Gouvernement espagnol d’abandonner la ferme position juridique qui résulte du fait qu’il n’a reconnu en aucune circonstance la capacité du Gouvernement belge d’agir au nom de la Barcelona Traction ou du groupe financier qui y est attaché; position que le Gouvernement ne peut abandonner sans s’exposer à des conséquences défavorables. Le Gouvernement espagnol verra avec satisfaction que les groupes intéressés arrivent à un accord. Mais il ne peut accepter de se voir mêlé, même indirectement, à ces négociations, car il n’a rien à voir avec le problème privé, même si le prétendu conflit interétatique qui en dérive, suscité par la Belgique et posé par sa requête unilatérale devant la Cour internationale de Justice, est clos par le désistement de celle-là.”

My first point—the clue to the Minister’s Note—concerns the words “position que le Gouvernement ne peut abandonner sans s’exposer à des conséquences défavorables”: I merely want to underline that the words *des conséquences défavorables* clearly refer to the possible effect of entering into any undertaking with respect to the discontinuance upon Spanish recognition of a Belgian *locus standi*; because these words reappear in the Note of 22 March to which I am coming shortly.

My second point is the clear evidence in the last sentence of that passage that the Government’s anxiety not to allow itself to be implicated in any way in the negotiations was quite independent of the question whether or not the case was to be finally withdrawn from the Court. It would be glad to see the private interests settle their dispute. But it was not going to allow itself to be implicated in the private negotiations because it had no concern with the problem of the dispute between the private interests, “même si le prétendu conflit interétatique qui en dérive, suscité . . . est clos par le désistement de celle-là”. And in the word *clos*, Mr. President, you again have evidence that the Spanish Government was expecting a discontinuance that would withdraw the Belgian case from the Court once and for all.

I must now say a word, Mr. President, about the preparation of the text of the Notice of discontinuance, because our opponents have referred to it. M<sup>e</sup> Van Ryn said—at II, page 418:

“C’est encore le comte de Motrico, en pleine connaissance de cause, qui va indiquer finalement le projet qui lui paraît préférable, en ce qui concerne la déclaration. C’est ce que signale M. Frère dans son mémorandum au paragraphe 28: aucune contestation sur ce point dans le rapport de l’ambassadeur espagnol.”

The Count de Motrico’s version of the matter in paragraph 28 is in fact a little different from that of M. Frère. It may also be recalled that, when the Belgian Ambassador visited the Foreign Minister on 22 March, he first proposed a rather different draft and then he fell back on the draft actually used when the first one had been refused. Furthermore, the draft actually used, as M. Frère himself states—and it is not without

its importance—in paragraph 27 of his memorandum, was one to which M. March had taken exception, saying that he would prefer a text containing no motivation at all.

I now pass to the visit of the Belgian Ambassador to the Foreign Minister on 22 March. I have already dealt with that, Mr. President, in my first intervention and I respectfully refer the Court to II, pages 107 to 108 for my contentions generally with regard to what transpired at that meeting. We see no reason for modifying these contentions in any way and the only point with which I wish to deal is the one that I have already mentioned to the Court. This is the interpretation of the phrase “ne se trouve pas être conditionné” in the second paragraph of the Foreign Minister’s Note explaining his refusal to give an assurance. The paragraph reads:

“En conséquence, le Gouvernement espagnol ne doit contracter aucun engagement au sujet du délai, pour que le désistement ne se trouve pas être conditionné. Et telle est la portée qu’aurait le fait d’accéder à la demande du demandeur, savoir que l’on ne communique pas la non-opposition au désistement, jusqu’à ce que le délai vienne à expiration.”

Our opponents, as I mentioned, now seek to say—and it is quite an ingenious argument—that the word *conditionné* is obscure and is simply a reflection of an alleged error in the Legal Department’s Minute concerning the impossibility of making a notice of discontinuance conditional.

Well, the Minister’s Note, admittedly brief, naturally has to be interpreted in the context in which it was drawn up at the meeting of 22 March. And that context is clearly set out in paragraph 48 of our Preliminary Objections, where it appears that the Minister explained that the Government could not enter into any kind of undertaking whatever even on such a secondary question as the time-limit. And the reason he gave was the one now familiar to the Court, the Government’s refusal to allow itself to be implicated in the dispute between the private interests, and to recognize in any way the right of the Belgian Government to intervene. That account of what the Minister said at the meeting, Mr. President, has not been challenged by our opponents, and, after all, it merely reflects what you have seen in the Minister’s telegram in the Legal Department’s Minute. Accordingly, the Belgian Ambassador, in our Submission, could not fail to see in the words “pour que le désistement ne se trouve pas être conditionné” a refusal on the part of the Spanish Government to have any form of conditional discontinuance because of the prejudicial effect that this would have upon Spain’s position with regard to her implication in the private dispute and the implied recognition of the Belgian *locus standi* to intervene. Moreover, the Court will find at the end of the Minister’s Note the words “éludant ainsi tout engagement au sujet du délai pour éviter les conséquences défavorables qui ont été commentées plus haut”. Well, we know what the Minister meant when he spoke of *conséquences défavorables* on 21 March—in that passage in the telegram to which I drew the Court’s attention: the abandonment of Spain’s firm legal position concerning the absence of any Belgian *locus standi*. Accordingly, we submit that the evidence establishes beyond all doubt that on 22 March the Minister did without doubt refuse to contemplate any form of conditional dis-

continuance, and conditional as to its substance, and that the Belgian Ambassador was fully aware of the fact.

There is one further matter, Mr. President; it is a link in the chain both of the private negotiations and of the intergovernmental acts. It is a matter which I mentioned but did not deal with in my previous intervention, namely the leak in the Press—the *fuite*—which occurred. M<sup>e</sup> Van Ryn, repeating what had already been insinuated in the written pleadings, attributed the *fuite* to M. March:

“Elle entraît tout à fait dans le jeu joué par March et il est, vous le savez, un vieil adage *is fecit cui prodest.*”

The text of the Agence Presse despatch is reproduced in Annex 279 of the Belgian Memorial and we commented upon it in paragraphs 57 and 58 of our Preliminary Objections, and I would respectfully ask the Court to refer to those comments. If the Court turns to the text of the despatch, it is scarcely the kind of *fuite* that would be likely to be contemplated by the man whose tremendous concern for prestige and touchiness with regard to the accusations about him in the Memorial that the Belgian Government spoke of in its Observations and Conclusions, would be very likely to contemplate. The second paragraph sets out the Belgian accusations regarding the alleged spoliation of Barcelona Traction by the Spanish authorities to the profit of Juan March as if they were all established facts. There is no indication anywhere of any answer from the Spanish side nor even of the existence of Preliminary Objections and the document reads almost like something out of pleadings, but not from the Spanish side. Well, the Court can form its own opinion of the character of the despatch and whatever relevance it may have in these proceedings.

I will now pass to the meeting of 4 April when the Belgian Government, as we say, requested the Spanish Government to notify the Court that it did not oppose the discontinuance. M<sup>e</sup> Van Ryn has reiterated the Belgian contention that there was no “request” but merely a statement that there was no longer any need to take account of the previously expressed wish of the Belgian Government. He also interprets the willingness of the Spanish Government to give its consent to the discontinuance exclusively as a manifestation of its desire to see the private interests reach a settlement. I explained to the Court at II, pages 113 to 115, first, that the Spanish Government’s view was that the Belgian Ambassador had given a clear indication that his Government desired the Spanish Government to notify the Court as soon as possible of its consent to the discontinuance and, secondly, how both the evidence and the circumstances strongly suggest the probability that the Ambassador would give such an indication. We so stated the matter in paragraph 10 of our diplomatic Note of 5 March 1962—it is Annex 271 to the Belgian Memorial and the passage is on page 3, where we said it was by request—and also we so stated it in our Preliminary Objections. Need I add, Mr. President, that even if content to see the private interests arrive at a settlement, his telegram to the Count de Motrico of 21 March and his Note to the Belgian Ambassador show clearly that he thought he was giving his consent to an unconditional withdrawal of the Belgian claim which would put a final closure upon the Barcelona Traction case before this Court.

I must now touch, Mr. President, on two diplomatic Notes subsequent to the discontinuance on which our opponents have relied as evidence that the Spanish Government had never understood the discontinuance to be a final withdrawal of the case.

The first is the Belgian Ambassador's despatch of 14 July 1961, with which I dealt in my previous intervention at II, pages 116 to 117. The despatch concerns the alleged use by M. Castiella of the words:

“J'ai compris. Je sais ce qui peut être envisagé mais mieux vaut pas de menace, il faut que les négociations continuent.”

We explained that M. Castiella had every reservation as to the actual words used by him and as to the nuances with which they were used. We also pointed out that it was difficult to suppose that the thoughts attributed to the Minister by the Belgian Ambassador could have been thoughts in the mind of the man who wrote that Note of 22 March to the Belgian Ambassador and approved the circular despatch to missions abroad and, I would add, sent the telegram of 21 March to the Count de Motrico. Well, we wish to reaffirm that the interpretation now put upon his words does not correctly reflect the views of M. Castiella at that meeting of 14 July.

Now, the other Note is the Spanish Note to the Belgian Government of 9 October 1961 replying to a Belgian Note of the same date, stating it was proposing “à assurer à nouveau de façon active la protection diplomatique des intérêts belges en cause...”

Our opponents maintain that Spain's failure to protest against the expressed intention of the Belgian Government to introduce a new Application concerning the Barcelona Traction case is again evidence that the Spanish Government had never considered the discontinuance to be final. Well, the explanation, Mr. President, is what I have referred to as almost the obsession of the Spanish Government with regard to Belgian attempts to achieve a *locus standi* in the Barcelona Traction affair and to implicate the Spanish Government in the dispute between the private interests. This attitude runs all through the diplomatic Notes and, as I have shown in dealing with the Legal Department's Minute and the Minister's telegram of 21 March, dominated the legal policy of the Spanish Government with regard to and at the time of the discontinuance. As I have also shown, the Spanish Government had the strongest apprehensions that the Belgian request for an assurance was designed to implicate it in the private discussions and to achieve an implied recognition of Belgium's *locus standi*. Well, if the Court will be good enough to turn to the Belgian Note of 9 October 1961—it is Annex 268 of the Belgian Memorial—it will see that in the bottom paragraph of the first page the Spanish Government saw its apprehensions as it thought, realized:

“Avant toutefois de porter à nouveau l'affaire devant la Cour internationale de Justice le Gouvernement belge charge son ambassade de demander au Gouvernement espagnol si les circonstances qui ont entouré les négociations entre les principaux intéressés ne sont pas de nature à l'amener à modifier sa position antérieure au sujet des réparations demandées en faveur des ressortissants belges.”

In other words a direct suggestion that what had happened with regard to the discontinuance of the private negotiations might have affected the position.

Now, the Spanish Government was also confronted in the previous paragraph by what appeared to be a general claim to reassert the right of diplomatic protection which Spain had, of course, been denying for some 13 years. Now, whether rightly or wrongly, the Spanish Government conceived that in order to protect its basic position on the question of the absence of any Belgian *locus standi*, its first act must be, in effect, to refuse to entertain the Belgian *démarche* at all. That this was in fact the position taken up by the Spanish Government clearly appears in two ways from the terms of the text of the Spanish Note, which is printed at Annex 269 of the Belgian Memorial. In the first place, the Spanish Government's reaction was immediate, its reply being sent on the same date as that on which it received the Belgian Note. And secondly, having re-stated its objections to the Belgian claim to a *locus standi*, the Spanish Government said:

"Pour cette raison, si par courtoise déférence, le ministre des Affaires extérieures ne se refuse pas à inscrire dans ses registres d'entrée la note verbale qui fait l'objet de ce *pro memoria*, il veut, pour éviter toute équivoque, manifester immédiatement que ceci n'entraîne aucune modification de son attitude permanente de ne reconnaître au Gouvernement belge aucune capacité pour assumer la protection de la Barcelona Traction et des intérêts qui y sont intégrés, pour la raison que le Gouvernement belge n'a pu légitimer en aucun moment son action sur le plan international en faveur de ces intérêts."

In other words, Mr. President, the Spanish Government considered that, in order to protect itself against any attempt to fix it with having implicitly recognized the Belgian *locus standi*, its first act must, as it were, be to refuse to know the Belgian Government at all with respect to the Barcelona Traction Company question. Having done that, it had made its position clear and, when the Belgian Government later gave formal notice to put into effect the procedure of the 1927 Treaty, and the matter is now obviously coming to the Court, Spain contested its right to re-introduce the case in a well-considered eight-page Note Verbale.

Mr. President, that concludes my examination of the evidence relating to the preliminary discussions prior to the discontinuance, and to the transactions between the Governments with respect to the discontinuance.

Here, perhaps, I may be permitted to summarize, at this point in the argument, our general position in regard to the evidence so far examined and the salient facts resulting from it—by salient facts I mean those which we consider particularly relevant to the general facts of the discontinuance.

First, we base our case essentially on the intergovernmental transactions and the legal circumstances in which the discontinuance took place. And second, our case, founded upon the intergovernmental transactions, in our submission is entitled to succeed independently of anything that may have transpired, either in the preliminary private discussions or in the subsequent negotiations between the private parties.

Third, the Legal Department's Minute of 20 March, the Foreign Minister's telegram of 21 March to the Count de Motrico and the Minister's Note to the Belgian Government of 22 March establish, we think, conclusively that (a) at the time the notice of discontinuance was filed, the Spanish Government firmly believed that, as a matter of law, Belgium's discontinuance would amount to an abandonment of Belgium's defence to Spain's Preliminary Objections and would effect the final withdrawal of the Barcelona Traction case from the Court; (b) the Spanish Government did in fact consent to the discontinuance on that understanding of the law and its position.

Fourth, the Minister for Foreign Affairs made it plain to the Belgian Ambassador, and the Belgian Ambassador must have understood, that Spain was not prepared to contemplate any form of conditional discontinuance. Fifth, the evidence and the circumstances relating to the Belgian Ambassador's visit to the Spanish Foreign Minister in our submission establish that it was at the request of the Belgian Government that the Spanish Government gave its consent to the discontinuance. Then sixth, the evidence establishes that the Belgian Government did not at any time explain or indicate the limited nature of its discontinuance to the Spanish Government, or that it reserved the right to reintroduce the case. And seventh, the evidence relating to the private negotiations establishes that (a) the discontinuance had its origin in the request of M. Frère to the Count de Motrico to approach M. March with a view to negotiations for the settlement out of Court; and (b) the Count de Motrico made it plain that he would and could only act in a strictly personal and private capacity; and (c) M. March laid down as a *sine qua non* for the opening of the negotiations the final withdrawal of the case—*la retirada definitiva de la demanda*; and (d) after prolonged negotiations between the private interests in which the Belgian Government joined, the Belgian Government proceeded to effect a discontinuance purporting to comply with M. March's condition *sine qua non*; and (e) the Count de Motrico, in consequence of the circumstances in those subparagraphs (a) to (d), did inform the Spanish Minister for Foreign Affairs on 17 March that the Belgian Government intended to effect a *retirada definitiva de la demanda*. The Spanish Government, prior to 17 March 1961, was not informed of or in any way associated with the preliminary private discussions. And then (g) such assurances as were given by the Count de Motrico to M. Frère concerning the prospects of the negotiations between him and M. March related to the sincerity of the intentions of M. March with respect to the negotiations.

Those, Mr. President, are, as I say, simply the salient facts, and when we put it that way of course we do not mean to be understood as thinking that there are not other facts which may have been established upon which, if necessary, we should rely and any contentions which we have made in respect of other facts we would certainly wish to sustain, except in so far as we may have modified them.

And that, Mr. President, brings me to a break in my argument. What remains for me to do is to reply to the arguments of my distinguished opponent, Professor Sereni, upon the law, and in the course of doing so I should, with your permission, wish to submit to the Court the reply of the Spanish Government to the questions which have been put to the Parties by Members of the Court in so far as they affect the first Objection on which I have addressed you. In addition, I propose

to examine as briefly as I can one or two points in the private negotiations subject to the discontinuance, not because we think that these points are material for your decision upon this Preliminary Objection, but because of the way in which our opponents have sought to ask you to treat them as material; but that is the task which remains for me, Mr. President, and for the moment I interrupt.

[Public hearing of 4 May 1964, morning]

When the Court rose, Mr. President, I had just completed our account of the preliminary conversations and the intergovernmental acts. The negotiations between the private interests subsequent to the discontinuance are, in our view, without relevance to the case presented by the Spanish Government, based, as it is, upon the intergovernmental acts and the legal circumstances of the discontinuance. Having regard to the nature of the discussions which led to the negotiations, the Spanish Government submits that it can have no responsibility for the miscarriage of the negotiations. Furthermore, as stated in paragraph 22 of the Spanish Note of 5 March 1962—Annex 271 of the Belgian Memorial—the Foreign Minister expressly drew the Belgian Ambassador's attention to the private character of the Count de Motrico's intervention. The Belgian Government itself in paragraph 292 of the Memorial strongly insisted on the private character of the negotiations. We therefore propose only to place before the Court certain points for consideration.

M. Frère's account of the negotiations begins at paragraph 37 of his memorandum, the Count de Motrico's comments on aspects of the negotiations are in paragraphs 32 to 46 of his report, and then M. March's comments on the breakdown of the negotiations are in his letter of 18 September 1961 and in paragraphs 44 to 52 of his letter of 25 October, and these are printed as Appendices 25 and 27 to M. Frère's memorandum.

Now, when the private negotiations opened on 8 April, it was almost three months since the meeting in January had ended in an atmosphere of *franche cordialité*. In the interval, proposal after proposal had been put to M. March requiring him to negotiate before the accusations against him had been finally withdrawn and in some degree appearing to implicate the Spanish Government in the proposed negotiations. This had continued until the very end. Meanwhile, from January onwards, the shares of Barcelona Traction had been rising on the Bourse in Brussels, and in addition to these factors, an obvious consideration from the point of view of M. March in approaching the negotiations was the need to negotiate upon a basis which would not carry any implication that he recognized that there was substance in the accusations against him. M. March's proposals were contained in a long memorandum which echoed some of the observations made by him at the meeting in January, referred to the Chade settlement as a precedent and proposed to compensate the shareholders by reference to the valuation of their shares on the Bourse either in 1948 or 1952. Given his situation, the principle proposed by him—the valuation of the shares—was understandable, but the dates proposed, that of the bankruptcy and of the sale of the assets, gave very low valuations which M. Frère considered wholly inadequate.

This, Mr. President, was the occasion of the personal letter of the Count de Motrico to M. Hernández when he advised against producing a counter-blast of the same order and recommended that M. Frère should rather press for more favourable valuation dates—that is Appendix 16 to M. Frère's new documents. M. Frère's side, however, countered with a proposal founded on a quite different principle, that of the valuation of the assets, a principle which from M. March's point of view would clearly carry the risk of being interpreted as an admission by him that the company had been spoliated by him. Thus in a brief note handed to the Count de Motrico on 12 April—it is Appendix 15 to M. Frère's memorandum—M. March referred to the *portée* and *signification* of paying compensation of the order demanded by M. Frère.

M. Frère then produced a memorandum giving the course of prices of Barcelona Traction shares on the Brussels Stock Exchange from 1920 to 1936, which gave an average figure of approximately \$23. M. Frère's figure was arrived at only by taking into account the years prior to the reduction in value of the shares which followed the difficulties to which Professor Reuter has referred, and even in the period chosen by M. Frère, the average price of the shares during the last five years of the period was under \$15 and the price had dropped further, even before the outbreak of the Civil War. Confronted with this proposal, M. March maintained his original proposal.

It is stated in paragraph 36 of M. Frère's memorandum that at this point the Count de Motrico said to M. Hernández that he had told M. March that if he maintained his attitude Sidro would inevitably be driven to ask the Belgian Government to start a new case. This does not accord with our information, but even if something of that kind had been said in a moment of exasperation, it would still remain true that throughout the preliminary discussions the discontinuance had been viewed both by M. March and the Count de Motrico as requiring the final withdrawal of the case from the Court. This appears from paragraphs 7 and 27 of the Count de Motrico's report and from certain of the documents which have been presented to the Court.

The next important stage in the negotiations was a meeting between M. Frère and the Count de Motrico on 15 July. M. Frère had previously intimated that he wished to have the matter resolved one way or the other before October. Meanwhile, the Count de Motrico had had a strong letter from M. March, the text of which is printed as Appendix 27 to M. Frère's memorandum. The cause of this letter apparently was that M. March had gained the impression that Sidro were seeking to represent the Count de Motrico's participation in the meetings as something other than private, and that they were doing this with a view to instituting a new case. M. Frère and the Count de Motrico differ in their accounts of the discussion of this letter at their meeting, but the upshot was that it was ultimately agreed between all concerned that a further meeting should be held towards the end of August. Moreover, on offering to withdraw from the negotiations the Count de Motrico was asked by both parties to continue.

The meeting finally took place on 6 September, when M. March opened the discussion by proposing that all present should sign a declaration affirming that throughout the preliminary discussions and the negotiations the Count de Motrico had acted in a strictly private role, not in any relation to the Government. He also proposed that the

existing documents of the negotiations should be signed, and also any future ones. M. Frère said that after six months from the opening of the negotiations he could not admit that their continuance should be subordinated to a new preliminary condition, and he also explained that he could not sign the paper in any event as he had always attached importance to the character of the Count de Motrico as Spanish Ambassador. M. March then withdrew his condition concerning the signing of documents. He further said that he would be satisfied with any form of letter acknowledging the private character of the Count de Motrico's intervention and would then be ready to have a secret meeting with M. Frère, accompanied only by M. Hernández and M. Zuloaga as interpreters, at which each of the two principal parties would reveal the figures that they were disposed to accept. M. Frère did not adopt this proposal and the negotiations terminated, without him having ascertained the higher offers that M. March appeared prepared to make.

In this connection, Mr. President, I should like respectfully to add one point to my discussion last Wednesday—it is on pp. 724-735 and more especially on p. 735 *supra*—the discussion of the contacts between the Count de Motrico and his Minister prior to the statement on 7 March in M. Frère's memorandum. In his letter of 9 September 1961 to M. March at Biarritz concerning his refusal to sign the proposed note, M. Frère made a statement to which it is only right that I should draw the Court's attention, and to which I should have referred last Wednesday. It is in Appendix 22, and it reads:

“En outre, les contacts que cette même qualité lui permit d'avoir à diverses reprises avec le ministre des Affaires étrangères d'Espagne notamment au cours des pourparlers préliminaires, me donnèrent la certitude que le Gouvernement espagnol, au courant de la tentative de négociation dont j'avais pris l'initiative, la voyait avec faveur et ne ferait rien pour en empêcher la poursuite ni pour entraver l'exécution d'un accord éventuel.”

Certainly, the Count de Motrico, as the Arthur Dean correspondence shows, was aware that his Government, while not wishing to implicate itself in the private dispute, was well disposed towards an attempt to settle it by negotiations between the private interests. Indeed, after he made contact with his Minister on 17 March, the Minister himself confirmed in his telegram of 21 March that this was the attitude of his Government. This was, no doubt, reflected in the kind of views expressed by the Count de Motrico to M. Frère but, as the Court knows, the Count de Motrico, while he certainly discussed with M. Frère the assurances desired by the Belgian Government, denies that he asked for or received any promises from his Minister with regard to these assurances or that he mentioned them to him prior to 17 March. The Court will appreciate that at this stage of the case the Spanish Government has considered it its duty to be as brief as possible, and in consequence there remain some points in regard to the negotiations subsequent to the discontinuance with which we have thought we ought not at this stage to trouble the Court, but we are bound to make the reservation that this does not in any way mean that we necessarily accept the other point of view on such points of controversy as may remain.

With your permission, Mr. President, I now propose to turn to the legal aspects of the discontinuance.

The one point of common ground between us and our opponents is that we recognize that Articles 68 and 69 in themselves deal only with the procedure for effecting a discontinuance. Beyond that we differ. Our opponents say the act of discontinuance, being procedural, the right of action is not touched by the discontinuance and that something more, indicating an intention to renounce the right of action, is needed to bring about the extinguishment of that right. We say that it is essentially a question of the law of procedure applicable in the Court and of the appreciation of the circumstances of the case in the light of that law. We further say that a party discontinuing proceedings under either Article 68 or 69 is barred from reintroducing the case unless it appears either from the terms or the circumstances of the discontinuance that it indicated to the other party at the time of the discontinuance its intention to retain the right to do so. And, secondly, in any event, a State which discontinues proceedings when in the position of a defendant to preliminary objections, is barred from reintroducing the case unless it indicated to the other party that it reserved the right to do so and the other party consented.

Our opponents have drawn heavily on an alleged analogy from municipal law, claiming that the distinction between *désistement d'instance* and *renonciation à l'action* is a general principle of law and that the effect of discontinuance under your Rules must be determined in the light of that general principle of law. Replying to our Objections to their attempt to import this supposed general principle into Articles 68 and 69, Professor Sereni said that we had not denied that the distinction had been accepted in Belgian and Spanish law, was known in English and American law; that we had not denied that under the jurisprudence of the French Conseil d'Etat it is possible to have a *désistement d'instance* without at the same time a *renonciation à l'action*. If I may interject a word here, Mr. President, what we pointed out is that the procedural law of the French Conseil d'Etat in principle excludes any right to reintroduce and that if its jurisprudence now admits the possibility of reintroduction it is only when the right to do so has been expressly reserved at the time of discontinuance.

Professor Sereni then observed that I had referred to the rules in force in the Swiss Federal Tribunal, according to which abandonment of the proceedings automatically involves the abandonment of the claim, but I had not mentioned either the fact that the rules of procedure before the courts of the cantons are different or the fact that the federal tribunal is an appellate jurisdiction where the termination of the proceedings give the force of the *chose jugée* to the judgment of the court below and he maintained that it is for this reason that the termination of the proceedings before the federal court also extinguished the claim. That is not our understanding of the matter, Mr. President. The Swiss Federal Court is certainly a court with appellate jurisdiction but it is equally a court of first instance for certain cases. Furthermore, *the rules of procedure for the Court as an appellate tribunal*, the law of federal judicial organization, 1943, does not contain any provisions concerning discontinuance but leaves it to be regulated by the law applicable to its instance jurisdiction, which is the law of federal civil procedure of 1947 and it is this law which provides for the instance jurisdiction which provides in Article 73 that "la transaction passée entre les Parties devant le juge ou remise au juge pour être consignée

au procès-verbal, de même que le désistement d'une Partie, mettent fin au procès".

And then, in another provision: "La transaction judiciaire et le désistement ont la force exécutoire d'un jugement."

Nor, Mr. President, does our information concerning the procedure for discontinuing in the courts of the various cantons coincide with what Professor Sereni states regarding it. According to our information there is some diversity in the cantonal systems of procedure, a fact which gives further support to our general contention that the legal effect of a discontinuance depends essentially upon the Rules of Procedure applicable in the particular court concerned. Moreover, contrary to what our learned opponent seems to say, we think that the procedure of some of the cantonal courts treats a discontinuance as effecting a final withdrawal of the case. But perhaps I may be allowed to cite a passage from the book on *Swiss Law of Civil Procedure* by Guldener, a writer of authority who says:

"la reconnaissance de la demande et le retrait de celle-ci constituent normalement une affaire juridique de droit substantiel. Celui qui reconnaît la demande veut faire siennes les obligations sur lesquelles cette demande porte et leur attribuer un fondement juridique si elles ne l'ont pas encore. C'est la raison pour laquelle la reconnaissance de la demande entraîne en général une reconnaissance de droit substantiel. Il en va normalement de même en ce qui concerne le retrait de la demande. Celui qui retire une demande renonce à la créance réclamée et la rend juridiquement caduque si elle a vraiment eu une existence réelle."

Professor Sereni concludes his comments upon the municipal law systems by further stating that we do not mention the fact that in all the legislative systems of procedure—which he says are not numerous—that do not admit any right of reintroduction, the need has been felt to have recourse to a special provision; or that those systems which do not preclude the institution of fresh proceedings have not felt the need for saying so expressly. Here again, Mr. President, we feel that our learned opponent's premises may perhaps be open to question because those systems which preclude the right of reintroduction are for the most part, we think, inspired by roman law, and the purpose of legislative provisions, it may be suspected, was to codify and clarify perhaps an existing principle rather than to legislate *de lege lata*.

But we think, in any event, Mr. President, that our opponents have not really made out the case for the existence of the general principle of procedural law. There are numbers of systems where the distinction is not yet applied in the procedure applicable to the *désistement*. Be that as it may, we consider that there is a much more fundamental objection and that is an objection that this distinction should be imported automatically into international law. While we can agree with our opponent that the international law of judicial procedure has in certain spheres drawn many of its concepts from municipal law systems, it is beyond dispute that this is not the case in the sphere of jurisdiction. In this sphere the principle that jurisdiction depends upon consent means that the foundations of the two systems are essentially different; and the effects of this difference on the procedure of the Court were more than once recognized by the judges of the Permanent Court in

drafting the Rules of Procedure. For this reason, we believe that our opponent's thesis that the effects of the *désistement d'instance* under Articles 68 and 69 are to be determined necessarily in the light of the distinction between *désistement d'instance* and *renonciation à l'action* found in some national systems is based on a false premise; for it takes no account of the different basis of jurisdiction in international law. And we think that the same is true of the discussions of this problem by some writers, by Scerni and Suy, who assume the relevance of the presumption against a renunciation of a right in this context, without really entering into the question of the other State's consent to jurisdiction.

Our learned opponent said that the institution of a *désistement d'instance* which leaves a right to reintroduce could not be adopted by international practice until there were permanent or semi-permanent tribunals; and he invoked the fact that the distinction between *désistement d'instance* and *renonciation à l'action* was admitted in the procedural rules of some of these tribunals. In my previous intervention—it is at II, pages 94 to 95—I pointed out the diversity of the rules found in these Mixed Arbitral Tribunals. Since our opponents have invoked those examples which admit their distinction, I may perhaps be allowed to make two observations regarding them. First, their jurisdiction was somewhat special, since much of the litigation was conducted directly by individuals as parties subject only to an ultimate control by their States, and the decisions turned largely on points of private law and the interpretation of the peace treaties. Accordingly it is not surprising that in drawing up the rules of procedure a number of States incorporated provisions concerning *désistement* based upon their national law. Secondly, having regard to my learned opponent's contention that my argument concerning the absence of prescribed time-limits for bringing proceedings in international law is without any relevance, it is perhaps not without interest that the rules of procedure of all these tribunals contained strict time-limits for the bringing of proceedings. Moreover, the rules of procedure adopted by Belgium herself for the tribunals in which she participated dealt expressly with the relation between a *désistement* and the operation of the time-limits; Article 69 of the German-Belgian Rules regarding discontinuance provided: "Le délai de présentation des requêtes court comme si la requête n'avait pas été présentée."

The Rules of Procedure in this Court, we know, deal only with the mechanics of bringing the proceedings to an end. The present case, as I have indicated in my first intervention, is the very first one in which the general question of the legal effects of a discontinuance upon the right to institute fresh proceedings and the relation of that question to the State's consent to jurisdiction have come under consideration. For the reasons which I have already given, we submit that the Court, as Sir Cecil Hurst said in another connection, "must construct its own system". We also submit that the principle that jurisdiction depends upon consent, the special character of this Court as the World Court, and the other considerations which I mentioned in my speech on 17 March—at II, pages 97 to 99—point to a system under which discontinuance of proceedings by a plaintiff terminates the right to pursue the claim before this Court, unless it appears either from the terms or the circumstances of the discontinuance that at the time the plaintiff

State indicated to the other that it reserved the right to do so.

But in making these submissions, we are encouraged by our learned opponent's concurrence in our observations concerning the effect of a *désistement* in cases where the Court is seised of the proceedings under a *compromis* or upon the principle of *forum prorogatum*. At the hearing of 10 April—at II, page 451, our learned opponent said with reference to my argument concerning the case of a *compromis*:

“Il remarque aussi qu'il serait difficile qu'une partie pût saisir la Cour par voie de requête unilatérale, après désistement d'instance, si la juridiction de la Cour se fondait sur un compromis. Un nouveau compromis, c'est-à-dire un nouvel accord entre les parties, serait nécessaire afin que la Cour pût être à nouveau saisie. Jusqu'à ce point, on pourrait être même d'accord.”

Well, now, the Court may remember that I had pointed out that a *compromis* sometimes authorizes the seising of the Court by unilateral application. Earlier in his speech—at II, page 451—Professor Sereni conceded that discontinuance of proceedings founded upon *forum prorogatum* puts an end altogether to the jurisdiction, saying that it is a special case because the Respondent submits only to the proceedings in progress. And then he continued:

“But when two States, by means of a treaty of arbitration, have submitted themselves, in respect of all disputes that might arise between them, to the jurisdiction of an international tribunal which provides in its rules for the possibility of a pure and simple discontinuance of proceedings, one cannot see why a discontinuance should be interpreted in a different way on the ground that it took place in international proceedings.”

Whatever may be said about the limits of the consent given in cases of *forum prorogatum*, we do not see upon what basis he differentiates between proceedings started under a *compromis* and under a general treaty of arbitration. The only difference between a *compromis* and a general treaty, as we see it, is in the *range* of the disputes to which the acceptance of jurisdiction relates—either a single dispute under a *compromis* or particular categories of disputes or all disputes under a wider treaty. But the quality and depth of the consent to the Court's jurisdiction is, we think, perhaps the same under either instrument. The parties in either case by agreement submit the given dispute to the adjudication of the Court under the Rules of Court. In the one case, the dispute is isolated and identified in the *compromis*; in the other it is indicated in general terms in the treaty and only becomes isolated and identified at a later date when it is submitted to the Court by *compromis* or application. But with respect to the concrete case the intention of the parties is the same—to submit it to the Court's adjudication. So if, under Article 69, the discontinuance of proceedings begun on the basis of a *compromis* terminates the jurisdiction of the Court with respect to that dispute, why does it not do so under the 1927 Treaty? What difference can it make that the 1927 Treaty also enables other and quite different disputes to be submitted to the Court on other occasions? Our learned opponent seems to assume that, from the point of view of discontinuance, a general treaty confers a greater durability

on the consent to adjudication than in the case of a *compromis*. If so, that assumption seems to us to be questionable.

But what did our opponent say to distinguish proceedings under the 1927 Treaty from proceedings under a *compromis*? He observed—it is again at II, page 451:

“Ce rapprochement est tout à fait faux et arbitraire. Bien au contraire, le traité de 1927 a voulu éviter le danger que la Cour ne pût pas être saisie lorsqu’une partie, comme l’a fait d’ailleurs l’Espagne, se refuse à signer un compromis. C’est pour cette raison que le traité donne à chacune des deux parties le droit de saisir la Cour par voie de requête unilatérale et c’est de ce droit que le Gouvernement belge s’est prévalu tant à l’occasion de sa première que de sa nouvelle requête.”

Here, Mr. President, a new vista seems to open before us. If under the procedures laid down in the Treaty, Spain agreed to the case coming before the Court by *compromis*, would the discontinuance have terminated the jurisdiction of the Court with respect to the dispute—but not if she had refused the *compromis* and let the case come before the Court by unilateral application? In our submission, it is this that would be a false and arbitrary distinction.

It seems to us significant, Mr. President, that in the original version of the Rules of Procedure no provision was made for unilateral discontinuance. It is no less significant that in the discussion on the revision of the Rules in 1935 and 1936, I think I am right in saying no Member of the Court mentioned the possibility of the reintroduction of the case as such, or the distinction between the withdrawal of the proceedings and the renouncing of the action. The three cases—settlement, *désistement* by agreement, *désistement* unilaterally—were regarded simply as cases of abandonment of the proceedings. As to Judge Fromageot’s definition of *instance*, to which our learned opponent referred, this does not seem to carry the matter any further one way or another. The interesting point about that observation is that it was made in the course of a debate regarding the desirability of allowing the abandonment of the proceedings at any moment right up to the delivery of the judgment or only up to the end of the hearings. The very fact that the Court admitted the possibility of allowing discontinuance, including a unilateral *désistement d’instance*, right up to the very moment of the handing down of the judgment suggests that it was not in their mind that the plaintiff would institute fresh proceedings. I may add that in an earlier discussion in 1933 concerning the introduction of a rule allowing unilateral discontinuance, Sir Cecil Hurst spoke of discontinuance in terms of the termination of the Court’s jurisdiction both in the case of withdrawal by agreement and in the case of a unilateral application. That is in Series D, 3rd Addendum to No. 2, the footnote to page 319.

In short, Mr. President, we maintain our contention that when proceedings are instituted in this Court, whether under a *compromis* or under a general treaty, the plaintiff takes up, and at the same time exhausts its right to invoke the consent of the other State to submit the particular dispute to the Court. We do not think that a general agreement to submit a wide range of disputes, any more than a *compromis*, can be interpreted as implying a consent to submit to the jurisdiction of the Court with respect to a particular dispute more than once

at the behest of the other party. Accordingly, if a plaintiff State invokes its right to bring the other State before the Court with respect to a dispute, and the defendant complies with its obligation by submitting to the jurisdiction, the plaintiff, by discontinuing the proceedings, exhausts its rights under the Treaty. The defendant has performed its obligation by submitting to jurisdiction. Then, if the plaintiff State discontinues the proceedings of its own volition, without any reservation, it cannot, we think, call upon the other State to perform its obligation a second time. Only if the discontinuance is made conditional upon the reservation of a right to institute fresh proceedings and that discontinuance, with its condition, is consented to by the other party do we think that the plaintiff can bring the defendant before the Court a second time.

*A fortiori*, do we think this to be the position when the Treaty, as in the case of the 1927 Treaty, provides for a graduated series of procedures to which each dispute is to be submitted, the final procedure being submission of the dispute to the Court. In our view, the carefully controlled use of the procedures insisted upon in the Treaty, which requires the exhaustion of one means before another, is incompatible with an interpretation of the Treaty which would permit a double use of its procedures with respect to the same dispute.

Nor do we think that the fact that Article 69 deals only with the discontinuance of proceedings in progress in any way affects the matter. Just as the Rules of Procedure provide the machinery for the institution of proceedings, so also they provide the machinery for their termination. The question whether a termination of proceedings under the Rules exhausts the rights and obligations of the parties under the jurisdictional agreement is not, we think, a matter which depends upon Article 69, since this Article, we are all agreed, relates only to the machinery for terminating the proceedings in progress. It is, we think, a matter which depends on the intentions of the parties in concluding the jurisdictional instrument.

Our opponents, Mr. President, say that since the discontinuance under Article 69 relates only to the proceedings in progress, the defendant's obligation to accept jurisdiction with respect to the particular dispute continues unless there is proof, either in the notice itself or outside it, that when discontinuing the plaintiff intended to give up its right of action; and in support of their position they emphasize the unilateral character of a discontinuance under Article 69. And in this connection Professor Sereni cited the dictum of the Court in the *Anglo-Iranian Oil Company* case regarding the unilateral drafting of the Iranian declaration. We on this side could not help wondering what to make of this citation in the present connection because we recalled how Me Van Ryn insisted upon the part played by the Count de Motrico in amending the Belgian notice of discontinuance, but we can only assume that our opponents take the view, entirely correct in itself, that when he did that the Count de Motrico was acting purely in his private capacity as intermediary.

In truth, Mr. President, we are not sure where the principle in the *Anglo-Iranian Oil Company* case is supposed to lead us, because the Court in that case, it is true, interpreted the Iranian declaration as a unilateral instrument, but it did so, not on the basis of purely subjective statements of Iran after the event, but of a published contemporary

statement in the Iranian Parliament and more particularly the circumstances in which the declaration was made. In other words it is a precedent which rather supports the principle of determining the effects of a unilateral instrument by reference to the objective circumstances in which it was drawn up.

In the present case the opening words of the notice, in the second and third paragraphs, in themselves contain objective indications that the discontinuance is being effected in particular circumstances. The moment that one penetrates behind the notice to the objective evidence, as distinct from the Belgian Government's subsequent statements, concerning the circumstances in which the discontinuance was effected, one finds that the proceedings were discontinued to comply with the condition *sine qua non*, namely *la retirada definitiva de la demanda*. The Spanish Government was not in possession of this evidence, but it was informed in general terms of the circumstances of the discontinuance, and that the motive for it was to fulfil the condition *sine qua non*. No explanations were offered by the Belgian Government to the Spanish Government which might have served to modify the conclusions as to the final character of the discontinuance which would naturally be drawn from an appreciation of the objective circumstances surrounding it. The Belgian Government's subjective explanations of its intentions were only given to the Spanish Government after the event.

Furthermore, Mr. President, the exclusion of the objective circumstances from consideration in appreciating the effects of Belgium's unilateral act seems to be inadmissible when that act was accomplished after representations to the Spanish Government more specially with regard to the timing of its response to the act.

As to our opponents' general argument regarding the unilateral character of their discontinuance, we adhere to the position which I took on this question at the hearing on 16 March—it is at II, page 85. A discontinuance under Article 69, paragraph 2, aims at the termination not only of the plaintiff's interest in the proceedings but also that of the defendant. The express or implied concurrence of the latter in the discontinuance is therefore necessary before the Court will order the removal of the case from the list. In short, we think that a discontinuance under paragraph 2, when completed, has a certain consensual, bilateral element. Professor Sereni questioned this view and, citing Scerni in his favour, was careful to speak of non-opposition rather than a consent to the discontinuance. The Belgian Government in paragraph 291 of its Memorial (I) was less sensitive on the point, speaking bluntly of the Spanish Government's *acceptation du désistement*. Moreover, at the discussion of the Rules of Court in 1933 to which I have already referred, Members of the Court had no hesitation in speaking in terms of "consent" or even "agreement" of the other party. That again, is in the footnotes to pages 318 and 319 of the Third Addendum.

Our learned opponent reviewed the precedents of discontinuance before this Court and its predecessor, just as I had done at the hearing of 17 March. The conclusion which we draw from them is the complete absence of any rigid formalism in the procedures used for terminating proceedings and of any rigid technicality in the use of terms. Our opponents rely on the fact that in most cases the communications to the Court indicate either that a settlement has been reached or that a discontinuing State is abandoning its right to proceed. That may be true, because

withdrawal from the proceedings will normally occur in such circumstances that the States concerned will normally feel it necessary for reasons of policy to motivate their withdrawal. But it does not follow that a State which abandons the proceedings without any motivation, or with a formula such as that contained in the Belgian notice, is to be considered as having sufficiently indicated to the other party that its notice of withdrawal is conditional upon its reservation of a right to institute fresh proceedings.

I shall now pass, Mr. President, to the argument which we base upon the special legal circumstances in which the discontinuance took place. It is the fact that the Belgian Government was at the time defendant in the preliminary proceedings and called upon to reply to Spain's objections to the Court's jurisdiction and to the admissibility of the Belgian claim. My learned opponent contends that this argument breaks all the most elementary principles of procedural law, and that once the proceedings have been begun the position of the parties is fixed. He states that for a party to be in the position of a claimant, it must present a claim on the merits having an object of its own, and he insists that a preliminary objection has no life of its own, and that a defendant raising one merely places an obstacle in the way of the plaintiff and does not itself become a plaintiff.

Again, Mr. President, we believe that our opponents underestimate the differences in the procedural law of international and municipal tribunals which arise from this principle that the jurisdiction of international tribunals depends upon the consent of the parties and also from rules affecting the distribution of competences amongst States, such as those concerning the nationality of the claim and the exhaustion of local remedies. My distinguished colleague, Professor Ago, in his speech on 1 April regarding the joinder of preliminary objections to the merits, has already submitted to the Court our observations on the essentially preliminary and special character of the issue raised by preliminary objections. The Court will find those observations at II, pages 263 to 271. It will also find the matter fully discussed in Chapter III of Witenberg's excellent book *L'organisation judiciaire*. If I may, Mr. President, I should like to read to the Court a brief passage from that book, because it contains two statements by Members of the Court made during the 1926 revision of the Rules to which I should like to draw particular attention in the present connection. The passage, on page 402, runs as follows:

"M. Anzilotti, dont l'opinion rallia, sous quelques réserves, l'unanimité des membres de la Cour, souligna les raisons juridiques et logiques qui justifient l'examen préalable des diverses exceptions, et spécialement de celle d'incompétence. Ce n'est qu'après solution de ces exceptions que la Cour aura, dit-il, autorité pour obliger les parties à développer leurs arguments. En décider autrement porterait atteinte à la souveraineté des Etats. Le Président conclut même en s'expliquant sur la question de compétence 'que l'examen indépendant et préalable au fond ... était commandé par les principes fondamentaux du droit international.'"

The separate character of the preliminary proceedings is recognized in your practice, Mr. President, as is testified by the following decision in the *Notiebohm* case on the application of Article 13 of the Statute, reported at page 131 of the *Annuaire 1962-1963*, one of the procedural decisions:

“La procédure sur les exceptions est considérée comme une phase distincte de l'affaire, la phase suivante n'ayant par conséquent pas à être traitée par la Cour dans la même composition et sous la même présidence.”

Witenberg, having referred on page 408 of his book to the suspension of the procedure on the merits, says “une manière de procès nouveau va s'instaurer”.

As to the respective positions of the parties, it is well recognized that the objector is the claimant in the preliminary proceedings. Indeed, the Belgian Agent virtually opened the present proceedings by intervening with the observation: “Now, since the Spanish Government is the claimant with regard to the objections . . .”

Here, Mr. President, I should like to clear up a misunderstanding concerning the relation between preliminary objections and counter-claims which has arisen between me and my learned opponent. Dealing with the Spanish Government's secondary argument based on the particular character of the 1927 Treaty, I said that in regard to the exhaustion of local remedies Spain was asserting her own substantive right of jurisdiction as well as raising a jurisdictional plea. I used the word “counter-claim” in this connection and then, realizing that this might lead to confusion with the technical term, spoke afterwards of “counter-contention”. My learned opponent with justice complained of this confusion, and he seems to have feared that we were trying to find shelter for our argument under the shadow of counter-claims which, in his words, have an independent object and do not oppose the principal claim. We can relieve him of this fear, because we quite agree that counter-claims differ in the way that he states.

Our contention is rather that when a State discontinues proceedings in the face of preliminary objections, it must be considered to have abandoned its defences against preliminary objections; and the reason is that the very object of preliminary objections is to stop the proceedings *in limine litis*, as was emphasized by Judge Anzilotti more than once during the debates concerning the revision of the Rules. Similarly, Judges De Visscher and Count Rostworowski said in the *Panevezys-Saldutiskis Railway* case:

“Il est clair, que si aux termes de cet article [that is, Article 62] l'exception suspend la procédure sur le fond, c'est parce qu'elle tend à empêcher *in limine litis* tout examen au fond.”

It is because a discontinuance does put an end to the proceedings and brings about the very state of affairs to which the objections were directed that the Legal Department and the Spanish Foreign Minister considered it inconceivable that Spain should think of opposing the Belgian discontinuance. Having regard to the object of the Preliminary Objections and the effect of the discontinuance, they believed that the discontinuance would necessarily involve the abandonment of Belgium's defence against the Preliminary Objections and the final withdrawal of the case from the Court. And in the particular case of an objection to jurisdiction, there is, as the Legal Department observed, something almost absurd in the idea of a State, which is contesting the Court's jurisdiction in a case, asking it to exercise that jurisdiction when the other party has quietly requested the withdrawal of the case.

We submit that this view of the matter is correct and that, quite apart from our other submissions, a discontinuance effected in face of preliminary objections results in the final withdrawal of the case, unless the discontinuance was made conditional upon a reservation of the right to institute fresh proceedings and that discontinuance was nevertheless consented to by the other party.

Our learned opponent, Mr. President, mentioned three cases—the *Appeals from Certain Judgments of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal* case, and the United States and United Kingdom *Aerial Incident* cases—as the only cases of discontinuance in face of preliminary objections, and he emphasized that in each case the discontinuing party had expressly renounced its claim or its right to reintroduce the case. In point of fact, Mr. President, the United Kingdom case is not strictly, I believe, such a case, since Bulgaria had not yet actually filed any pleading in response to the United Kingdom Memorial. No doubt it is true that, if our submission is correct, mention of the grounds for abandoning the proceedings is superfluous. But, as I have already indicated, a State will usually for reasons of policy feel it desirable to motivate its withdrawal of a case. And, in the *Appeals* case, for example, it was evident that the plaintiff State wished to make it clear that the obstruction of the proceedings came from the other side. And in the United States *Bulgaria* case a major consideration of policy, the fact that the argument put forward on the domestic jurisdiction clause appeared to be out of harmony with the attitude of Congress on the question, clearly dictated the explanations given in the United States communication to the Court.

The Court is already seised, Mr. President, of our argument regarding the incompatibility of the new Application with the economy of the 1927 Treaty, and I propose to limit myself to the question put to the Parties by a Member of the Court regarding the 1927 Treaty. Having regard to the terms in which the question is formulated, I may perhaps be permitted to say that the Spanish Government vests its argument essentially upon the inconsistency of a right to reintroduce the proceedings with the carefully regulated series of steps provided for in the Treaty. A double use of the procedures of the Treaty seems to us to be inconsistent with the pattern of the Treaty and with the intentions of the parties.

I now turn to the question. Where the parties, having arrived at the final stage of the Treaty procedures, are before the Court and the plaintiff discontinues subject to a reservation to which the other consents, we think that it would be a case of a departure from the Treaty system by consent. The point then seems to us to be to determine what it is that has been consented to. In the case of an applicant that has specifically reserved the right to bring fresh proceedings in the event of negotiations not succeeding, we consider that the intention would be that the applicant should be free to institute fresh proceedings before the Court without first exhausting the other procedures. A question might, however, arise as to whether a *compromis* should not be proposed.

I now pass, Mr. President, to the other question put by a Member of the Court concerning the present objection. This question covers, first, the reasons why Spain would not have accepted the discontinuance if she had not thought it final and, secondly, the prejudice in fact sustained through acceptance.

One reason why the Spanish Government would not and could not have accepted the discontinuance is the important moral one given in paragraph 3 of its communication to the Court of 7 July 1962<sup>1</sup>:

“Le Gouvernement espagnol aurait certainement fait opposition au désistement s’il n’avait pas eu la certitude que cet acte entraînait par lui-même la renonciation de la part du Gouvernement belge, à des accusations aussi diffamatoires qu’injustes à l’égard des autorités judiciaires, administratives et gouvernementales de l’Etat espagnol.”

In short, the Spanish Government could not knowingly have agreed to a temporary discontinuance of the proceedings without compromising its moral position. This reason, we respectfully submit, is decisive in itself. Legally, there was also the risk that by consenting to a temporary discontinuance the Spanish Government might equally find it had compromised its firm position on the absence of a Belgian *jus standi* in the case. And thirdly, the Spanish Government had the conviction that its position in the pleadings as they stood was exceedingly firm. Accordingly, if confronted with a discontinuance which she believed not to be final, she would have had to give the most serious consideration to the question whether to continue the case in its then existing state.

As to the prejudice actually suffered, Spain has been brought before the Court again on the same grave charges, these charges being automatically circulated to all Members of the United Nations. Secondly, her opponent has had the opportunity of reconsidering its presentation of its whole case on the Preliminary Objections in the light of her argument; and has in fact sought to remodel its defence to one of the Objections. Thirdly, she has had the heavy administrative burden of presenting the case a second time to the Court.

Mr. President, as our Agent will shortly be submitting to you the Spanish Government’s conclusions, I do not propose to take up your time by summarizing our arguments on this Objection. In general, as I have already indicated, we rest our case on the intergovernmental acts and legal circumstances of the discontinuance in the manner in which I submitted it to the Court in the first intervention. In addition, we say that if recourse is had to the general circumstances of the discontinuance, it is found that it was effected to fulfil a condition for *la retirada definitiva de la demanda*, and that this condition clearly related to the final withdrawal of the case from the Court.

And with that, Mr. President, I would like to thank the Court for its great patience in listening to my argument.

---

<sup>1</sup> See X, Correspondence.

## RÉPLIQUE DE M. GUGGENHEIM

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

[Audience publique du 4 mai 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs les juges, la tâche qui m'incombe à présent est de présenter le point de vue du Gouvernement espagnol en réponse à la plaidoirie consacrée, lors des audiences des vendredi 10, lundi 13 et mardi 14 avril, par M<sup>me</sup> Bastid à la deuxième exception principale et subsidiaire.

Avant d'entrer encore une fois, la dernière fois, dans la discussion sur le fondement de la compétence de la Cour pour connaître de la présente affaire, je tiens à dire tout le plaisir que j'ai eu à entendre M<sup>me</sup> Bastid et combien j'ai apprécié la profonde honnêteté intellectuelle qui a caractérisé son exposé. Aussi ai-je été très sensible au fait que le Gouvernement belge ait choisi, pour être mon contradicteur, M<sup>me</sup> Bastid qui est, si je ne me trompe, la première femme qui se soit présentée comme conseil plaidant devant votre haute juridiction.

Monsieur le Président, je n'ai pas l'intention de revenir sur certaines idées générales et généreuses amplement développées par M<sup>me</sup> Bastid. De même, je ne répondrai pas non plus à l'exposé de mon honorable contradicteur concernant les principes relatifs à la juridiction obligatoire et à la technique des traités de règlement pacifique des différends internationaux en général. Ces questions ne font pas l'objet de la controverse hispano-belge en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 37 du Statut de la Cour. Je n'ai pas non plus l'intention de reprendre en détail certaines affirmations qui ne font que répéter ce que le Gouvernement belge a déjà exposé dans ses observations et conclusions; nous pensons y avoir donné déjà une réponse pertinente dans notre premier exposé devant la Cour. Tel est, par exemple, le cas pour la démonstration de la soi-disant différence fondamentale entre le système consensuel des déclarations unilatérales de juridiction obligatoire prévue par l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, et les clauses juridictionnelles contenues dans certains traités au sens de l'article 37 du Statut de la Cour.

Nous nous sommes longuement expliqué à ce sujet dans notre exposé du 19 mars (voir II, p. 142 et suiv.) et pensons en avoir dit l'essentiel. Nous n'avons donc presque rien à ajouter aux observations, très peu convaincantes d'ailleurs, de la Partie adverse qui se trouvent aux pages 464 à 465, II.

L'argument principal tendant à faire une distinction fondamentale entre les clauses juridictionnelles, d'une part, et les conséquences de la coïncidence des déclarations unilatérales, d'autre part, est un raisonnement qui ne résiste pas à la réflexion. L'accord de volonté entre les deux Parties est le même dans les deux situations. La coïncidence des déclarations prévues par l'article 36, paragraphe 2, correspond à la coïncidence des volontés exprimées dans les clauses juridictionnelles des traités, visés

par l'article 37 et cela même avant que la requête soit introduite devant la Cour.

Dans les deux cas l'engagement réciproque existe à partir du moment où il peut être constaté, soit par la remise des déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire au Secrétariat des Nations Unies dans toute la mesure où elles ont un contenu identique (art. 36, par. 2), soit par la conclusion d'un traité formel.

Dans les deux situations les Etats ne savent pas toujours à l'avance à l'égard de quels autres Etats et dans quelles limites exactes ils se sont engagés. En effet, le traité contenant la clause juridictionnelle peut être un traité multilatéral, comme par exemple, l'Acte général de 1928 relatif au règlement pacifique des différends internationaux, dont il a été longuement question dans cette procédure. Lorsque interviennent plus de deux adhésions à un traité, chaque adhésion, chaque communication de réserve, a pour conséquence de modifier non seulement le nombre des Etats auxquels la clause juridictionnelle est applicable, mais encore le contenu même de l'obligation, de la même manière que pour les déclarations unilatérales de reconnaissance de juridiction.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on ne voit vraiment pas comment il pourrait y avoir une différence substantielle entre les deux modalités de reconnaissance de la juridiction obligatoire qui toutes deux — c'est ce que nos honorables contradicteurs oublient de dire — tendent au même but, c'est-à-dire à l'acceptation et à la mise en œuvre de la juridiction obligatoire.

Ainsi donc, comme nous l'avons déjà dit dans notre première intervention, l'article 36, paragraphe 5, et l'article 37 du Statut de la Cour poursuivent des objectifs identiques. Ils ont pour but tous deux de transférer à la nouvelle Cour la reconnaissance de la juridiction obligatoire de l'ancienne Cour (voir II, p. 147 et suiv.). S'il m'est permis de me référer dans ce contexte à mon traité de droit international public, invoqué contre moi par M<sup>me</sup> Bastid, je ferais la remarque que je n'ai pas exprimé autre chose à la page 136 du deuxième volume de l'édition de 1954, en particulier, je ne me suis pas exprimé sur le domaine de validité *ratione temporis* de l'article 36, paragraphe 5, et de l'article 37 du Statut de la Cour.

En ce qui concerne le fondement de la validité de l'obligation à la charge des Etats en question, il est le même dans le cas des clauses juridictionnelles et dans celui des déclarations unilatérales de reconnaissance de juridiction obligatoire: c'est la règle coutumière *pacta sunt servanda*. Ce n'est que par le jeu combiné de deux manifestations de volonté autonomes que l'obligation de soumission obligatoire à la Cour se réalise, aussi bien pour les déclarations unilatérales que pour les clauses juridictionnelles; il s'agit donc, dans les deux cas, du consentement mutuel des parties. Ce qui distingue les deux hypothèses c'est donc uniquement la procédure de mise en œuvre. C'est bien peu de chose.

Monsieur le Président, la principale thèse que le Gouvernement belge oppose au Gouvernement espagnol, dans le cadre de la seconde exception principale part de l'idée que l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge de 1927, c'est-à-dire la disposition qui prévoit le recours à la Cour permanente de Justice internationale, doit être considéré comme une clause valable à l'époque de l'introduction de la requête belge à la Cour internationale de Justice. Selon cette manière de voir, les effets de l'article

17, paragraphe 4, n'auraient été que provisoirement suspendus du fait de la dissolution de la Cour permanente jusqu'à l'admission de l'Espagne comme Membre des Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour internationale de Justice.

La Partie adverse conteste que — comme nous l'affirmons — la clause de juridiction obligatoire permettant le recours à la Cour permanente aurait pu être disjointe du reste du traité hispano-belge de 1927, de telle manière que cette clause serait devenue caduque à l'époque de la dissolution de la Cour permanente, tandis que le reste du traité conservait sa validité.

Tout en acceptant la divisibilité des traités, le Gouvernement belge se prononce cependant en faveur d'une limitation de ce principe, qui entraîne certaines conséquences au sujet de la divisibilité ou de la non-divisibilité du traité hispano-belge de 1927. D'abord, selon l'opinion exprimée par notre éminent contradicteur, la divisibilité ne serait possible que si une ou plusieurs dispositions d'un traité forment par elles-mêmes un tout, se suffisant à lui-même. En outre, l'acte-condition ne serait détachable que lorsque, eu égard à l'intention des parties et à la nature de l'acte, la condition en question ne constitue pas *un élément essentiel* dudit acte conventionnel.

En conséquence, une règle contenue dans un traité ne pourrait pas être déclarée détachable si ladite règle constituait une partie essentielle du traité. Par ailleurs, il serait indispensable que les dispositions considérées comme détachables forment par elles-mêmes un tout se suffisant à lui-même.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous ne pensons pas devoir nous prononcer pour le moment sur ces affirmations de notre honorable contradicteur. Ceci pour une raison très simple: ni l'un ni l'autre des principes suggérés par M<sup>me</sup> Bastid n'est pertinent lorsqu'on cherche à répondre à la question de savoir pourquoi la clause juridictionnelle prévue à l'article 17 du traité hispano-belge est caduque et entraîne ainsi une division du texte du traité hispano-belge en dispositions valables et en dispositions caduques. C'est pour cette raison également que nous n'avons pas besoin de nous préoccuper de la question de savoir si, dans le cas où le traité contient une clause de dénonciation, la séparabilité est admissible ou si au contraire il faut choisir la voie de la dénonciation. L'état de fait, c'est-à-dire la caducité de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge, ne se rapporte pas à cette situation. Ce n'est pas sur une dénonciation de quelques dispositions de ce traité que se fonde la caducité de ladite clause, mais sur un *événement extérieur*, la suppression de la Cour permanente dont l'existence est une condition irremplaçable pour la mise en application de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge, aussi bien pour celle prévue à l'article 17, alinéa 4, que pour celle de l'article 23 du traité. Le passage du *Law of Treaties* de lord McNair, que M<sup>me</sup> Bastid a rappelé (voir II, p. 462, n'envisage pas l'hypothèse qui nous occupe dans le présent procès, car il ne faut jamais oublier que la caducité de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge examinée dans le seul contexte de ce traité, est une caducité définitive et non une caducité temporaire, comme le pense notre éminent contradicteur. C'est une caducité provoquée par un élément extérieur: la dissolution de la Cour permanente. Dans ces conditions, on ne voit pas comment la dénonciation du traité hispano-belge aurait pu changer la situation.

En faveur de la thèse soutenue par le Gouvernement belge, qui cherche à limiter l'applicabilité du principe de la séparabilité des traités internationaux, M<sup>me</sup> Bastid a invoqué certains passages du deuxième rapport sur le droit des traités de la Commission du droit international, le rapport de 1963. Le passage cité à la page 460, II, n'a cependant qu'un intérêt très limité pour répondre à la question présentement examinée devant la Cour, sans être d'ailleurs, il s'en faut de beaucoup, comme nous le verrons plus tard, défavorable pour la thèse que soutient le Gouvernement espagnol.

Toutefois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la véritable question qui doit nous occuper et nous préoccuper est tout autre. Il s'agit d'abord de savoir si cette disposition, c'est-à-dire la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge, est encore *susceptible d'exécution* après la dissolution de la Cour permanente. Si tel n'est pas le cas — comme nous le pensons, et comme nous l'avons démontré à différentes reprises au cours de cette procédure — il n'y a plus de problème se rapportant, strictement parlant, à la divisibilité du traité hispano-belge. Une seule question reste à résoudre: l'impossibilité définitive d'exécuter la clause juridictionnelle entraîne-t-elle oui ou non la caducité des autres dispositions du traité hispano-belge?

Il s'agit donc d'examiner les conséquences de l'impossibilité d'exécution d'une clause d'un traité, impossibilité résultant de la disparition d'un élément extrinsèque essentiel auquel ladite clause renvoyait. La Commission du droit international a également examiné ce problème sous le titre « Survenance d'une situation rendant l'exécution impossible » (voir rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quinzième session, 6 mai-12 juillet 1963, Ass. gén., D.O., dix-huitième session, suppl. n° 9 (A/5509)), et M<sup>me</sup> Bastid l'a mentionné dans un autre contexte. Toutefois, elle s'est bien gardée de mentionner les passages essentiels du rapport de la Commission du droit international (voir II, p. 466). C'est à l'article 43 de son projet sur le droit des traités que la Commission du droit international étudie d'abord, en général, le problème de l'impossibilité d'exécuter un traité lorsque cette impossibilité résulte de la disparition de l'objet même du traité. Le commentaire officiel de la Commission donne comme exemple de la disparition de l'objet du traité les dispositions qui se rapportent à l'institution des capitulations (p. 20). L'abolition des capitulations rend sans objet et en conséquence caduques les dispositions du traité qui se rapportent à cette institution. Le commentaire officiel conclut par une phrase très révélatrice — et je cite:

« Une situation rendant l'exécution impossible, en tant que motif pour mettre fin au traité ... est le résultat d'événements qui surgissent en dehors du traité; et il est parfois dit qu'un traité prend fin par l'effet de la règle de droit indépendamment de tout acte des parties. »

Les travaux de la Commission du droit international ne s'arrêtent cependant pas là. Ils portent aussi sur la question de savoir s'il est possible d'invoquer la caducité d'une règle particulière contenue dans un traité lorsque les autres droits et obligations contenus dans le même traité continuent à être en vigueur. L'article 43, alinéa 3, du projet de la Commission dispose à ce sujet — je cite:

« Dans les conditions stipulées à l'article 46, si l'impossibilité ne porte que sur certaines clauses du traité, elle peut être invoquée comme motif pour mettre fin seulement à ces clauses ou en suspendre l'application. »

Et le commentaire officiel ajoute :

« Le paragraphe 3 applique le principe de la séparabilité des dispositions d'un traité *au cas d'impossibilité d'exécution*. Lorsque l'impossibilité est seulement partielle, la Commission a estimé qu'il serait tout à fait juste et désirable de séparer du restant du traité les parties du traité dont l'exécution a été rendue impossible, si les conditions de séparabilité des dispositions d'un traité énoncées à l'article 46 existaient en l'occurrence. »

L'article 46 du projet de la Commission du droit international (p. 26) précise alors que la disposition de l'article 43 s'applique « si ces clauses sont nettement séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ». Toutefois, il est explicitement stipulé que l'extinction partielle du traité à la suite de l'inexécutabilité de certaines dispositions ne doit pas entraîner la disparition des autres dispositions. Si l'on applique, Monsieur le Président, ces principes au cas d'espèce, et en particulier à la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge, les conclusions suivantes s'imposent.

Le recours juridictionnel prévu à l'article 17 étant devenu inopérant du fait de la dissolution de la Cour permanente, l'article 17 du traité hispano-belge doit être déclaré caduc à partir du 19 avril 1946. Dans ces conditions, nous avons aussi répondu à la question soulevée par notre honorable contradicteur en ce qui concerne ce qu'on a appelé, de l'autre côté de la barre, la *cause* de la caducité (voir II, p. 463). La caducité résulte tout simplement de l'impossibilité d'exécuter la clause, conséquence d'un événement extérieur, c'est-à-dire, en l'espèce, de la suppression de la Cour permanente. Et nous pouvons aussi non dispenser de discuter plus longuement le reproche fait par la Partie adverse qui nous fait grief de n'avoir pas *invoqué* l'impossibilité d'exécution, comme le prévoit le dernier projet de la Commission du droit international. Or, cette impossibilité a été invoquée par l'Espagne aussi bien dans la correspondance diplomatique que dans les exceptions préliminaires, dans la discussion orale et, *last but not least*, dans nos différentes conclusions. Elle le sera également dans nos conclusions finales.

Dans ces conditions, la seule question qui se pose encore dans ce contexte est celle de savoir — comme nous l'avons déjà dit — si les autres dispositions du traité hispano-belge qui ne se rapportent pas à la juridiction de la Cour permanente, doivent être également considérées comme caduques ou si elles subsistent malgré la caducité de la clause juridictionnelle de l'article 17 dudit traité. Dans le cadre de la procédure devant la Cour, ce problème n'a qu'un intérêt théorique. Sa solution dépend effectivement de la réponse qu'on donne à la question posée, justement, par la Commission du droit international et qui se résume dans les termes suivants : les clauses restantes sont-elles séparables du traité de telle manière qu'elles peuvent continuer à être exécutées ? La réponse ne donne lieu à aucun doute. En effet, le traité hispano-belge prévoit et règle un certain nombre de procédures de règlement pacifique dans les relations entre la Belgique et l'Espagne. Il

s'agit de la procédure diplomatique, de la procédure de conciliation, de la procédure d'arbitrage, de la procédure de juridiction. Il est certain que la dissolution de la Cour permanente et l'impossibilité du recours judiciaire prévu à l'article 17 ne sauraient avoir pour conséquence que les autres procédures organisées par le traité hispano-belge ne puissent plus être invoquées par les parties. En conséquence, la séparabilité des différents droits et obligations stipulés dans le traité hispano-belge peut se faire sans aucune difficulté. Toutes les procédures organisées dans ce traité sont susceptibles d'exécution à la seule exception des dispositions prévoyant la procédure juridictionnelle devant la Cour permanente, dispositions devenues inexécutables et caduques à la suite de la dissolution de l'ancienne Cour.

Dans ces conditions, Monsieur le Président, nous ne comprenons pas de ce côté de la barre le reproche qui nous est fait de n'avoir pas « cherché à déterminer avec précision ce qui est définitivement lettre morte dans le système qui est présenté ». Notre manière de voir a d'ailleurs également été admise par le Gouvernement belge lui-même. Il a toujours considéré le traité hispano-belge comme un traité valable et il a même demandé explicitement à plusieurs reprises, dans ses notes diplomatiques adressées à l'Espagne, le recours aux procédures de conciliation et d'arbitrage prévues et organisées par ce traité, ceci même à une époque antérieure à l'admission de l'Espagne comme Membre des Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour internationale de Justice. Ces initiatives du Gouvernement belge se situent donc à une époque où non seulement une application de la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité n'était pas possible, selon le propre aveu du Gouvernement belge, mais encore à une époque où l'admission de l'Espagne et la possibilité qu'elle devienne partie au Statut de la Cour, constituaient des événements futurs tout à fait incertains. Dans ce contexte, je me permets en particulier de mentionner la note belge du 31 décembre 1951 déjà citée dans ma première intervention (voir II, p. 162) qui considère que le différend belgo-espagnol est susceptible d'être soumis à l'une des *procédures de règlement pacifique prévues dans le traité hispano-belge de 1927*. Les procédures envisagées n'étaient et ne pouvaient être que les procédures de conciliation et d'arbitrage prévues par ledit traité.

Il résulte de ce que nous venons de dire que la Belgique a reconnu la survivance du traité hispano-belge malgré la caducité de la clause juridictionnelle de l'article 17, caducité due à l'impossibilité d'exécution qui résultait directement de la dissolution de la Cour permanente. En conséquence, le traité se trouvait divisé en dispositions valables et dispositions caduques et cette situation prenait un caractère définitif à partir de la dissolution de l'ancienne Cour.

Monsieur le Président, après avoir démontré le caractère définitif de la caducité de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge de 1927, nous en arrivons maintenant à examiner la *question essentielle, centrale*, de la discussion, celle de l'incidence de l'article 37 du Statut de la Cour sur la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge. M<sup>me</sup> Bastid a traité cette question dans l'après-midi du 13 avril (voir II, p. 473 et suiv.).

Comme nous l'avons déjà dit au cours de notre plaidoirie du 18 mars 1964 (voir II, p. 131), la question essentielle qui se pose dans le cadre de la deuxième exception préliminaire principale est celle de savoir si la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927,

inapplicable et dont les dispositions ne pouvaient pas être exécutées à partir de 1946, à la suite de la dissolution de la Cour permanente, a été remise en vigueur en 1955 en vertu de l'article 37 du Statut de la Cour, lors de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies et comme partie du Statut de la Cour. Nous avons donné dans notre première plaidoirie les raisons pour lesquelles nous ne croyons pas qu'une pareille remise en vigueur, accompagnée d'une modification de la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge, ait pu avoir lieu en 1955, époque de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies et de sa participation au Statut de la Cour. Mon éminent contradicteur traite notre exposé d'obscur et dit que notre effort a — je cite: «tendu, sous prétexte d'interpréter l'article 37, à le réécrire». Dans ces conditions, Monsieur le Président, nous sommes, à notre très grand regret, obligé d'y revenir encore une fois, avec quelques détails sur l'application et l'interprétation de l'article 37 ainsi que sur ses effets, et de solliciter la patiente attention de la Cour à ce sujet. Toutefois, nous n'avons pas l'intention de réexaminer l'article 37 du Statut de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale. Le long exposé, aux pages 476 et 478, II, de la Partie adverse à ce sujet, demanderait peut-être une mise au point. Elle ne nous paraît cependant pas nécessaire pour les besoins de notre cause. Nous ne pensons non plus devoir suivre M<sup>me</sup> Bastid dans sa tentative intéressante de retracer la genèse du premier texte de l'article 37 de 1919. Cette préhistoire est sans pertinence pour la solution de la divergence de vues entre l'Espagne et la Belgique. Les auteurs du Statut de la Cour permanente n'ayant pas pu introduire la juridiction obligatoire entre Etats membres au Statut, il a paru raisonnable, en 1919 et en 1920, d'établir une clause en vue d'attribuer à l'ancienne Cour le pouvoir de bénéficier des clauses de juridiction obligatoire renvoyant — je cite: «à la juridiction instituée par la Société des Nations». Il n'est cependant pas certain que cet objectif ait été atteint. Des doutes sont exprimés à ce sujet avec beaucoup de pertinence par Manley Hudson. Je renvoie à la page 123, II, où j'ai reproduit ses réflexions pénétrantes sur ce point.

Dans ce contexte, je n'ai pas non plus l'intention de réexaminer en détail les travaux préparatoires du nouvel article 37, celui qui est actuellement en vigueur. Le seul point à retenir à propos de la deuxième exception préliminaire me paraît être le suivant.

Certains traités multilatéraux, conclus antérieurement entre des Etats dont certains étaient devenus Membres des Nations Unies et d'autres qui ne l'étaient pas et contenant des clauses juridictionnelles, étaient susceptibles en 1946 de voir transférer les effets de ces clauses à la Cour internationale de Justice. Toutefois, il y avait cette limitation importante que l'extension de la clause juridictionnelle ne visait que — je cite: «les parties au présent Statut», ce qui est d'ailleurs, entre parenthèses, un très bel exemple en faveur de la divisibilité des traités multilatéraux. Selon la rédaction originale du projet de l'article 37, les clauses juridictionnelles renvoyant à la Cour permanente étaient considérées caduques dès que des Etats non parties au Statut étaient également parties à ces traités multilatéraux. Toutefois, la nouvelle rédaction admet pour les traités multilatéraux un double système de clauses juridictionnelles: pour les parties au Statut c'est la Cour internationale de Justice qui succède à la Cour permanente, alors que pour les Etats non parties au Statut, aucune clause juridictionnelle n'est admise. Cette dernière situa-

tion est aussi celle qui règle les relations entre Etats parties au Statut et Etats non parties au Statut. Nous devons donc faire une recherche complémentaire pour savoir quels traités sont au bénéfice de la disposition de l'article 37 qui assure le transfert du bénéfice de la juridiction de l'ancienne à la nouvelle Cour.

Le traité (ou la convention) visé par l'article 37 du Statut de la Cour doit être un traité ou une convention en vigueur. Le traité ou la convention en vigueur qui contient la clause juridictionnelle prévoyant le recours à la Cour permanente doit être en vigueur à l'époque de l'introduction de la requête devant la Cour. En outre, la clause juridictionnelle insérée dans le traité ou dans la convention en vigueur doit être une clause valable. Cette manière de voir correspond non seulement à la décision de la Cour dans l'affaire *Nottebohm*, première phase, où cette dernière mentionne la nécessité de la régularité de la saisine, expression qui vise nettement la validité de la clause juridictionnelle (voir *C.I.J. Recueil 1953*, p. 122 et suiv.); mais cette manière de voir correspond aussi à une interprétation littérale de l'article 37. En effet, l'article 37 exige, en vue d'atteindre son objectif, non seulement que le traité ou la convention soit en vigueur, mais également que le traité ou la convention en vigueur contienne une clause renvoyant à la juridiction de la Cour permanente, à laquelle la Cour internationale de Justice serait en mesure de se substituer.

Dans ces conditions, il n'est peut-être pas inutile, Monsieur le Président, de résumer encore une fois sommairement les deux situations susceptibles d'être réglées par l'article 37 du Statut de la Cour dans le cadre de son domaine de validité *ratione temporis*.

Le premier cas est celui qui vise le transfert du bénéfice des clauses de juridiction valables contenues dans un traité ou une convention en vigueur conclu entre les Etats qui étaient Membres des Nations Unies avant la dissolution de la Cour permanente le 19 avril 1946. Ce cas se réalise dans les conditions suivantes.

A partir de l'entrée en vigueur du Statut de la Cour en 1945, et jusqu'à l'époque de la dissolution de la Cour en avril 1946, les Etats Membres des *Nations Unies* ont été incontestablement soumis à la juridiction de la *Cour permanente* en vertu des clauses juridictionnelles des traités ou des conventions en vigueur à cette époque prévoyant le recours obligatoire à cette Cour. Simultanément, pendant cette période transitoire et conformément à l'article 37 du Statut de la nouvelle Cour, ces Etats ont été également soumis à la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Le problème de concurrence de traités, c'est-à-dire concurrence entre les dispositions du Statut de l'ancienne Cour et celles du Statut de la nouvelle Cour, doit être résolu en faveur de la priorité de la nouvelle Cour, en vertu de l'article 103 de la Charte qui dispose

« qu'en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

Le 19 avril 1946, la Cour permanente est dissoute. Le problème de la concurrence des traités, c'est-à-dire de la concurrence entre le Statut de la Cour permanente et le Statut de la Cour internationale de Justice, disparaît donc à cette époque. Seul l'article 37 du Statut de la nouvelle Cour sera désormais applicable dans les relations entre les Etats devenus

Membres des Nations Unies avant la dissolution de la Cour permanente. Dans le cas que nous venons d'examiner, l'article 37 du Statut de la nouvelle Cour entraîne donc sans aucune réserve et définitivement le transfert de l'ancienne à la nouvelle Cour du bénéfice de la clause de juridiction contenue dans la convention en vigueur.

Monsieur le Président, rappelons maintenant la deuxième situation où l'application *ratione temporis* de l'article 37 du Statut de la Cour doit être considérée. Elle se présente de la manière suivante.

Il s'agit de clauses juridictionnelles en vigueur contenues dans des traités ou conventions conclus entre Etats Membres originaires des Nations Unies et Etats qui ont accédé aux Nations Unies et à la Cour internationale de Justice *après la date critique du 19 avril 1946*, date à laquelle la Cour permanente a été dissoute. La situation est la même pour les clauses juridictionnelles contenues dans des traités conclus entre Etats non membres qui sont devenus parties au Statut de la Cour internationale de Justice après le 19 avril 1946. En ce qui concerne cette situation, il y a lieu d'observer que, jusqu'à l'époque de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, les clauses juridictionnelles prévoyant le recours à la Cour permanente contenues dans les traités ou conventions en vigueur conclus entre ces Etats ont été valables et ont déployé leurs effets normaux. Ajoutons que, dans les relations entre ces Etats, aucun problème de concurrence entre la juridiction de la Cour permanente et la juridiction de la Cour internationale de Justice n'a pu se poser, ces Etats n'étant pas soumis dans la période transitoire de 1945 à 1946 simultanément à la juridiction de la Cour permanente et de la Cour internationale de Justice. Pour ces Etats, après le 19 avril 1946, les clauses juridictionnelles renvoyant à la Cour permanente deviennent inexécutables, vu la dissolution de cette Cour. Ces clauses juridictionnelles, comme nous le démontrerons, sont donc définitivement caduques.

Monsieur le Président, dans ces conditions, nous devons encore une fois examiner les arguments du Gouvernement belge avancés par notre éminent contradicteur (et aussi par d'autres éminents juristes) en faveur de la thèse d'après laquelle les clauses juridictionnelles ne sont pas caduques, mais continuent à déployer certains effets.

Le premier argument du Gouvernement belge que nous devons rapidement rappeler est le suivant: l'article 37 du Statut de la Cour permettrait d'admettre la validité illimitée du domaine d'application *ratione temporis* de l'article 17 du traité hispano-belge, en tant qu'il s'agirait de « parties au Statut ». L'article 37 se rapporterait donc sans aucune restriction à toutes les parties au Statut de la Cour internationale de Justice qui ont reconnu la juridiction de la Cour permanente dans le cadre de clauses juridictionnelles prévoyant le recours à cette Cour, donc indépendamment de la date de leur admission aux Nations Unies et de la date à laquelle elles sont devenues parties au Statut de la Cour internationale de Justice. Nous croyons avoir réfuté à l'audience du 18 mars 1964 cette thèse (voir II, p. 131 et suiv.) qui se prévaut du sens littéral et ordinaire de la formule « parties au présent Statut » employée dans d'autres dispositions du Statut de la Cour. Nous n'avons pas l'intention d'y revenir. Cette thèse n'a d'ailleurs pas été reprise dans l'exposé de M<sup>me</sup> Bastid. En effet, il faut interpréter l'expression « parties au statut » en tenant compte du contexte dans lequel elle se trouve.

Une autre thèse en faveur de la non-caducité de la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge a été avancée le 13 avril par M<sup>me</sup> Bastid. En effet, notre honorable contradicteur a affirmé (voir II, p. 470) que

« ... si à partir de la dissolution de la Cour permanente, l'article 17, paragraphe 4, ne peut plus être appliqué suivant la lettre de cette disposition, l'obligation de juridiction obligatoire ne disparaît pas définitivement et subsiste dans les rapports entre les deux Etats et ces circonstances vont justifier la suspension de l'exécution du Gouvernement espagnol... »

Cette thèse, Monsieur le Président, Messieurs les juges, paraît être même valable sans qu'on ait besoin d'avoir recours à l'article 37 pour justifier la non-caducité de la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge. Si on suivait la pensée de notre éminent contradicteur, on aboutirait à la conclusion que les Etats acceptant un engagement de juridiction obligatoire seraient soumis à cette obligation d'une manière abstraite. L'organe ayant la charge de mettre en œuvre la clause juridictionnelle serait remplaçable par un autre organe dès qu'il ne serait plus en mesure de remplir ses fonctions. Si cette singulière thèse était traduite dans la réalité, elle découragerait certainement les gouvernements disposés à accepter les engagements résultant de la reconnaissance de la juridiction obligatoire. Jamais ils n'admettront que cette reconnaissance est une obligation abstraite, indépendante de l'organe judiciaire auquel le recours doit être adressé en vertu de la clause juridictionnelle.

Sans aucune pertinence non plus est un autre argument présenté par M<sup>me</sup> Bastid dans le même contexte. Elle prétend que le traité ayant été tacitement renouvelé, la clause juridictionnelle s'est trouvée en veilleuse, en sommeil. Elle aurait été toutefois susceptible d'être de nouveau ressuscitée. Il n'est pas possible de suivre le Gouvernement belge dans cette thèse qui se trouve reproduite à la page 473, II. Il y est dit en effet : « l'article 37 ... va avoir pour effet de toucher, d'affecter cette situation ... particulière ». Toutefois, si une clause est non valable avant la tacite reconduction d'un traité, ce n'est certes pas cette dernière qui est en mesure de participer à un titre quelconque à la renaissance de la clause caduque.

Notre honorable contradicteur a invoqué à l'appui de sa thèse, relative à la suspension de l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge, l'article 43, paragraphe 2, du projet sur le droit des traités de la Commission du droit international d'après lequel si l'impossibilité d'exécution d'un traité n'est pas permanente, alors elle ne peut être invoquée que — et je cite — « comme motif pour suspendre l'application du traité ». Cet argument n'est sûrement pas valable. En effet l'impossibilité d'exécuter l'article 17, paragraphe 4, du traité découle de la *dissolution* de la Cour permanente de Justice internationale et nul ne saurait douter que cette dissolution ne fut définitive. Pour que l'article 43, paragraphe 2, du projet de la Commission puisse s'appliquer dans notre cas il faudrait que l'impossibilité pour la Cour permanente de fonctionner soit temporaire. L'article 37 ne change rien à l'affaire, car la Commission de droit international en rédigeant le projet d'article en question n'a sûrement pas visé la substitution d'un organe par un autre organe comme un cas d'impossibilité d'exécution temporaire d'un traité, cela constituerait en effet un

nouvel engagement. L'exemple donné par la Commission dans son commentaire en ce qui concerne les capitulations montre bien que lorsque l'organe visé par le traité ou par certaines de ses clauses vient à disparaître il y a caducité du traité ou de certaines clauses de ce traité. Dans l'affaire qui nous occupe, la disparition de la Cour permanente a eu pour conséquence la caducité de la clause juridictionnelle de l'article 17, paragraphe 4, qui se référait à cette Cour.

Monsieur le Président, le Gouvernement espagnol doit enfin examiner dans ce contexte un troisième argument qui vient à l'appui de la thèse belge, mais qui, à vrai dire, n'a pas été invoqué explicitement par nos honorables contradicteurs qui ont toujours interprété l'application *ratione temporis* de l'article 37 d'une manière extensive. En effet, si nous les comprenons bien, l'article 37 «référait à toutes les parties au Statut à quelque moment que ce soit». Une opinion plus nuancée a été exprimée, toujours en ce qui concerne le domaine de validité *ratione temporis*, par les trois distingués juges qui ont rédigé l'opinion dissidente collective dans l'affaire de l'*Incident aérien*. Vous me permettez, Monsieur le Président, d'examiner cette thèse qui a été soutenue, il est vrai, dans un autre contexte. Toutefois, comme votre haute juridiction ne se limite pas toujours dans l'exposé des motifs de ses décisions et avis à prendre en considération des moyens produits par les parties, nous pensons opportun de dire quelques mots au sujet de cette construction aussi ingénieuse qu'audacieuse.

En effet, aux pages 188 et suivantes du *Recueil 1959* des arrêts, les très distingués juristes, auteurs de ladite opinion dissidente, acceptent l'idée généralement admise que l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour — et le même raisonnement s'applique évidemment pour l'interprétation de l'article 37 — donc que l'article 36, paragraphe 5, est destiné à être une disposition transitoire même pour les Etats qui ne sont pas originellement parties au Statut de la nouvelle Cour, mais qui y ont adhéré après une période plus ou moins longue. A ce sujet les auteurs de l'opinion dissidente collective reconnaissent — et je cite — «sans aucun doute» que «la notion même de transition contient une idée de limitation dans le temps». Ce faisant, ils acceptent que les effets de l'article 36, paragraphe 5, et de l'article 37 soient limités *ratione temporis*. Les savants juges complètent cette manière de voir par la phrase suivante: «Ainsi, il serait déraisonnable de prétendre que la période de transition entre la Cour permanente et la Cour internationale doive durer cinquante ans.» Mais ils ajoutent: «La Cour n'a pas à connaître d'une situation se présentant en 1995.»

A la page 189, ils s'expriment plus en détail quant à la limitation du domaine de validité *ratione temporis* de la clause transitoire en question — je cite:

«Si un Etat invoque une disposition entièrement fondée sur le traité douze ans après la date de son adoption, il est contraire au véritable critère du caractère raisonnable de rejeter sa demande pour le motif qu'il serait tout à fait déraisonnable que cet Etat invoquât le traité cinquante ou cent ans après. Si la manière dont un Etat invoque un traité dans un cas donné est raisonnable, il est déraisonnable de suggérer que l'interprétation sur laquelle il se fonde pourrait, dans des hypothèses extrêmes, aboutir à des résultats déraisonnables.»

La thèse avancée par les auteurs de l'opinion dissidente collective, relative à la validité *ratione temporis* de l'article 37, part donc de l'idée que les clauses juridictionnelles inapplicables en 1946 ont été à cette époque déjà *potentiellement en vigueur*. Ces mêmes clauses continueraient durant une certaine époque à rester potentiellement en vigueur. Pendant cette période elles seraient en mesure de s'actualiser. Toutefois, si la période de suspension se prolongeait au-delà d'une certaine période, les clauses potentiellement en vigueur et non actualisées ou confirmées au cours de cette période deviendraient alors inapplicables.

C'est cette thèse, Monsieur le Président, Messieurs les juges, que le Gouvernement espagnol devra maintenant examiner.

[Audience publique du 5 mai 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans l'audience d'hier après-midi, nous avons dit que la question essentielle qui se pose dans le cadre de la deuxième exception préliminaire est celle de savoir si la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927, inapplicable et dont les dispositions ne pouvaient pas être exécutées à partir de 1946, à la suite de la dissolution de la Cour permanente, a été remise en vigueur en 1955, en vertu de l'article 37 du Statut de la Cour nouvelle, lors de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies. Après avoir examiné et rejeté les arguments du Gouvernement belge en ce qui concerne cette question, nous avons enfin commencé à étudier un autre argument qui vient à l'appui de la thèse belge mais qui, a vrai dire, n'a pas été explicitement invoqué par nos honorables contradicteurs. Il s'agit de la thèse avancée par les auteurs de l'opinion dissidente collective, dans l'affaire de *l'Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, relative à la validité *ratione temporis* de l'article 36 (5) et donc également de l'article 37. Cette thèse part de l'idée que les clauses juridictionnelles inapplicables en 1946 ou à partir du 19 avril 1946 plus exactement, ont été déjà *potentiellement en vigueur* à cette époque. Elles auraient été en mesure, au moins pendant un certain temps, de s'actualiser. C'est cette thèse que le Gouvernement espagnol devra maintenant examiner.

Le Gouvernement espagnol ne peut pas admettre la thèse qui affirme la validité potentielle de l'article 37 à partir de 1946 à la charge des Etats *non membres des Nations Unies et non parties au Statut de la Cour* à cette époque. Nous ne trouvons, de ce côté de la barre, ni dans le texte de l'article 37, ni dans ses travaux préparatoires, ni dans le cadre d'une interprétation de cette disposition, interprétation conforme au droit des gens, *aucun* élément qui pourrait être invoqué en faveur de la thèse de la validité potentielle. L'application extensive que l'opinion dissidente collective — dans l'affaire de *l'Incident aérien* — veut donner à l'article 36 (5), et donc également à l'article 37, repose, comme ses éminents auteurs l'admettent eux-mêmes, sur une *pure fiction*. Voici comment ils se sont exprimés à ce sujet tout en se référant naturellement à l'article 36 (5), mais leur raisonnement vaut également, comme nous le montrerons d'ailleurs encore, aussi pour l'article 37 :

« Le texte d'une large portée ... [donc c'est le texte de l'article 36, par. 5] rend inutile toute spéculation sur la nature exacte de cette obligation continue et dont l'application restait en suspens tant que

l'Etat déclarant ne devenait pas partie au Statut. Il se peut que l'expression « fiction juridique » soit utile ou non à cet égard, il en est de même de la notion d'une obligation juridique simplement en sommeil. Les termes et le but du paragraphe 5 rendent inutile toute subtile spéculation à ce sujet. » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 174.)

Afin que cette fiction prenne corps, il serait, de l'avis du Gouvernement espagnol, essentiel que l'article 37 déclare *explicitement* que la clause juridictionnelle caduque par la dissolution de la Cour permanente est en mesure d'être — et je cite: « ranimée ». En outre, cet article devrait *mentionner* que cette clause reste au moins potentiellement en vigueur jusqu'à l'époque où elle déploiera à nouveau ses pleins effets. De plus, il faudrait prouver que l'article 36, paragraphe 5, et aussi l'article 37, impliqueraient l'idée de la suspension de la clause depuis 1946 jusqu'à une date indéterminée, mais pas démesurément prolongée. Enfin, si l'admission aux Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour des Etats soumis potentiellement à la clause juridictionnelle n'intervient pas dans un délai raisonnable, la clause en suspension ou en sommeil deviendrait caduque. Qu'une telle accumulation de conditions, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dont la réalisation dépend d'éléments futurs incertains et qui repose effectivement sur un assentiment réel des Etats qui deviennent membres des Nations Unies ou parties du Statut de la Cour, qu'une telle accumulation de conditions trouve sa substance dans l'article 37 est plus qu'improbable. Un tel assentiment ne trouve pas non plus une confirmation dans l'attitude de la Belgique à l'époque de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour en 1955. En effet, il est de notoriété publique que la Belgique n'a pas voté en faveur de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, aussi bien dans le cadre de la recommandation préalable du Conseil de sécurité que lors du vote définitif de l'Assemblée générale. Comment peut-on, dans ces conditions, présumer la fiction que la Belgique ait désiré « ranimer » les droits et obligations de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge, caduque en 1946, mais présumée être en sommeil ou en suspens, ou potentiellement en vigueur entre 1946 et 1955?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans ces conditions, nous ne pouvons que souscrire aux observations pertinentes que le professeur Verzijl a opposées à la thèse de l'opinion dissidente collective dans un article publié dans la revue néerlandaise de droit international: *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* en 1960. Il s'exprime à la page 9 de la manière suivante:

« L'on ne pourrait, par conséquent, guère reconnaître de force convaincante à l'interprétation donnée ... par la minorité dissidente qui considérerait plutôt cette disposition transitoire du Statut comme une disposition fondamentale et durable, destinée à s'imposer dans l'avenir, en quelque sorte par sa propre force d'inertie; à tout nouveau membre des Nations Unies, que ce soit un Etat précédemment neutre ou précédemment ennemi, et ce pendant une durée de temps indéfinie — si ce n'est pour la durée « absurde » d'un demi-siècle, du moins peut-être pour un quart de siècle et, en tout cas, pour une durée tout à fait arbitraire. »

L'objectif de la clause transitoire de l'article 36, paragraphe 5, et donc aussi de l'article 37, du Statut de la Cour est défini par le professeur

Verzijl, à la même page, dans la même revue, d'une manière très exacte et de la façon suivante — je cite :

« Elle avait [c'est-à-dire la clause transitoire] pour but de faciliter la transition entre, d'une part, la situation juridique résultant de l'existence de la Cour permanente, dont la dissolution était imminente, et d'autre part, la situation nouvelle; et l'on peut supposer qu'il n'en était ainsi que pour les Etats déclarants qui prenaient part à la Conférence de San Francisco et, tout au plus, pour les Etats qui pourraient encore devenir Membres des Nations Unies avant la dissolution de l'ancienne Cour. »

Monsieur le Président, Messieurs les juges, après avoir ainsi examiné et mis en lumière les différents problèmes d'ordre juridique qui se rapportent à l'interprétation du domaine de validité *ratione temporis* de l'article 37 du Statut de la Cour, nous devons enfin encore prendre position à l'égard d'un argument « d'atmosphère », d'un argument qui n'a rien de juridique, mais qui a été, comme je me l'attendais d'ailleurs, avancé par mon éminent contradicteur. En effet, M<sup>me</sup> Bastid a attiré votre haute attention, Monsieur le Président, dans la séance du 14 avril (voir II, p. 490) sur la portée considérable qu'aura votre décision sur le destin des clauses juridictionnelles prévoyant le recours à la Cour permanente et qui ont été conclues entre les Etats non membres des Nations Unies avant la dissolution de la Cour permanente, ou entre Etats originaires et Etats Membres non originaires des Nations Unies qui sont devenus Membres de cette Organisation et parties au Statut de la Cour après cette dissolution. Certes, si l'interprétation de l'article 37, telle qu'elle vous est proposée par le Gouvernement espagnol, était acceptée par la Cour, elle entraînerait la nécessité d'adapter certains traités, contenant des clauses juridictionnelles visant la juridiction de la Cour permanente, à la situation qui a été créée par l'établissement de la Cour internationale de Justice. Mais de deux choses l'une: si les Etats, se trouvant dans la nécessité de cette adaptation, sont effectivement désireux de maintenir le recours à la juridiction obligatoire, la substitution de la Cour permanente par la Cour internationale de Justice dans la clause juridictionnelle des traités en question ne fera aucune difficulté. Elle sera une pure formalité et constituera une nouvelle expression de la foi dans la juridiction obligatoire. En revanche, si ce désir d'adaptation fait défaut, nous pensons, de ce côté de la barre, que la clause juridictionnelle prévoyant le recours à la Cour permanente est même sans valeur politique et morale. Les Etats qui se trouveront dans cette situation saisiront la prochaine occasion pour dénoncer une obligation qualifiée trop onéreuse. Et peut-être iront-ils plus loin. Ils résilieront même le traité de juridiction, d'arbitrage et de conciliation lui-même, contenant la clause juridictionnelle caduque, en portant ainsi un coup dur non seulement au principe de la juridiction obligatoire, mais aussi à celui de l'arbitrage et de la conciliation. D'autre part, l'adaptation au nouveau régime surtout des clauses juridictionnelles multilatérales a déjà été largement réalisée. Non seulement l'*Annuaire* de la Cour internationale de Justice en est un témoin éloquent, mais certains exemples intéressants à ce sujet ont été mentionnés de part et d'autre au cours de cette procédure. C'est avec raison que mon éminent contradicteur a dit qu'il est généralement considéré comme un bénéfice pour un Etat que de pouvoir se prévaloir d'une clause

de juridiction. Il y a donc lieu d'espérer que l'adaptation envisagée se réalisera dans le cadre d'échanges de notes diplomatiques ou de protocoles conformément aux dispositions constitutionnelles des Etats en question en matière de traités internationaux. J'ajoute enfin que la décision que prononcera la Cour en vertu de l'article 59 de son Statut n'aura force obligatoire qu'entre les parties au litige.

Monsieur le Président, après avoir ainsi discuté les arguments du Gouvernement belge et aussi ceux des auteurs de l'opinion dissidente collective quant au caractère plus ou moins illimité du domaine d'application *ratione temporis* de l'article 37 du Statut de la Cour, nous devons clore cette partie de notre exposé par une observation d'un caractère plus général.

Selon l'opinion de nos honorables contradicteurs il serait possible d'appliquer l'article 37 dans le cadre d'une interprétation littérale et en faisant abstraction d'un élément extrinsèque, d'ailleurs rappelé dans la disposition même de l'article 37, c'est-à-dire de la possibilité du transfert effectif du bénéfice de la juridiction de la Cour permanente à la Cour internationale de Justice.

En l'absence de la preuve réelle du maintien de la clause dans la période critique entre 1946 et 1955, nos honorables contradicteurs présumant donc que la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge était à cette époque en sommeil, était suspendue, n'était que potentiellement en vigueur et qu'elle a été ranimée par l'entrée de l'Espagne à l'O.N.U. et par son admission au Statut de la Cour. En conséquence l'interprétation belge de l'article 37 ne se fonderait pas exclusivement sur le sens littéral et ordinaire de l'article 37. A cette conclusion correspond aussi le fait que même si on désire interpréter l'article 37 dans le cadre du sens ordinaire ou du sens littéral, l'interprétation suggérée par le Gouvernement belge n'est pas la seule possible en ce qui concerne la détermination du domaine d'application *ratione temporis* de la disposition. Nous nous permettons de renvoyer à ce sujet à ce que nous avons exposé à l'audience du mercredi 18 mars (voir II, p. 130 et suiv.), et de rappeler que l'objectif de la disposition était certainement de maintenir dans l'immédiat les clauses juridictionnelles prévoyant le recours à la Cour permanente de Justice internationale.

La thèse belge de l'interprétation de l'article 37 du Statut de la Cour ne correspond ainsi pas nécessairement à la volonté commune des parties, telle qu'elle résulte de leurs manifestations directes. La manière de voir de nos honorables contradicteurs ne peut pas non plus être rattachée à une autre méthode d'interprétation en vue de rechercher — et je cite — « ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit », pour reprendre les termes employés par la Cour dans son avis du 3 mars 1950 sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*. Dans ces conditions, Monsieur le Président, la thèse belge est donc basée sur des considérations qui vont au-delà des limites qui sont imposées à l'interprétation juridique.

Monsieur le Président, après avoir démontré que la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge est une clause caduque et après avoir prouvé — nous l'espérons à la satisfaction de la Cour — que le domaine d'application *ratione temporis* de la disposition transitoire de l'article 37 du Statut de la Cour ne valait que dans l'immédiat, nous devons examiner encore quelques autres moyens, à vrai dire secondaires, que le Gouvernement belge fait valoir.

La première question que nous devons examiner dans ce contexte se rapporte à celle de savoir si effectivement le Gouvernement espagnol aurait reconnu, dans le cadre de la correspondance diplomatique, que le différend qui oppose la Belgique à l'Espagne devait être soumis à la Cour internationale de Justice dans le cadre juridictionnel de l'article 17 du traité hispano-belge. M<sup>me</sup> Bastid s'est prononcée à ce sujet de la manière suivante, le 14 avril (voir II, p. 494: «... le Gouvernement espagnol n'a jamais contesté [jusqu'à une époque récente] les obligations de règlement pacifique qui lui incombent en vertu du traité hispano-belge de 1927 ». Bien plus, le Gouvernement espagnol aurait pris « sur lui ... l'existence de la juridiction internationale obligatoire dans les rapports entre les deux pays ». Il ne s'agirait donc pas, si nous comprenons bien l'argument de nos honorables contradicteurs, de la reconnaissance de la juridiction de la Cour sur la base d'un nouvel accord, sur la base d'un *forum prorogatum* dans le cadre de la correspondance diplomatique, mais le Gouvernement espagnol aurait *reconnu* l'existence d'obligations par rapport à la Belgique et au regard de la juridiction de la Cour à ce sujet.

Le Gouvernement belge soutient sa prétention en se fondant, comme d'ailleurs déjà dans la procédure écrite, sur deux notes diplomatiques. La première est celle du 10 juin 1957, dans laquelle le Gouvernement espagnol prend acte du désir du Gouvernement belge de soumettre « le différend supposé à une instance internationale ».

Monsieur le Président, je ne vois vraiment pas comment il est possible de déduire de ce membre de phrase que le Gouvernement espagnol aurait accepté de soumettre le différend à la procédure prévue par la clause de juridiction de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927. Cette clause n'a même pas été mentionnée dans la note du 10 juin 1957. Bien plus, la possibilité d'examiner la réclamation belge dans le cadre d'une discussion diplomatique — il n'en est donc pas particulièrement question dans la note de la Cour internationale de Justice — c'est-à-dire la possibilité d'examiner la réclamation dans le cadre d'une discussion diplomatique est subordonnée à une entente sur le *jus standi* de la Belgique, c'est-à-dire à une entente sur son droit à protéger diplomatiquement les intérêts belges dans la Barcelona Traction. En outre, la note espagnole du 10 juin 1957 prend acte du « désir » du Gouvernement belge de soumettre le litige à une instance internationale. Enfin le différend est qualifié de différend « supposé ». La tentative du Gouvernement belge de prétendre que le Gouvernement espagnol ait acquiescé à soumettre le différend de la Barcelona Traction à la Cour internationale de Justice est donc vouée à un échec total.

L'observation belge relative à la note espagnole du 30 septembre 1957 n'est pas plus digne d'être retenue. Cette note s'occupe également de la question de savoir si le Gouvernement belge fait la preuve de son droit de protéger la Barcelona Traction sur le plan international. Dans les conclusions de cette note, le Gouvernement espagnol prend position à l'égard de la proposition du Gouvernement belge de soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, conformément à la demande qui avait été adressée à l'Espagne par la note belge du 8 juillet 1957. Les conclusions ne désignent aucun organe international qui serait, le cas échéant, reconnu par l'Espagne en vue de trancher le différend. Le Gouvernement espagnol refuse de discuter le fond du litige de la Barcelona Traction. La note du 30 septembre 1957 — il est vrai — fait la constata-

tion explicite qu'aucune juridiction obligatoire n'existait entre la Belgique et l'Espagne jusqu'à la date de l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies. Mais cette constatation n'implique nullement qu'à partir de cette date une telle juridiction serait *reconnue* par l'Espagne dans ses relations avec la Belgique et surtout au sujet de la Barcelona Traction.

La phrase en question et qui se rapporte au lien de juridiction entre la Belgique et l'Espagne ne peut être comprise qu'en rapport avec la note belge du 31 décembre 1956. La note belge du 31 décembre 1956 avait en effet affirmé que la Belgique avait maintenant la possibilité de porter unilatéralement le différend devant une juridiction internationale (annexes au mémoire belge, vol. IV, p. 1009). La phrase relative à la juridiction internationale, qui se retrouve dans la note espagnole du 30 septembre 1957, répond simplement à la prétention belge et affirme de nouveau que la soumission du différend à une juridiction internationale ne peut pas être prise *en considération* par l'Espagne avant que le *ius standi* de la Belgique soit étalé.

Pour le reste, Monsieur le Président, je n'ai qu'à me référer à ma première intervention (voir II, p. 164 et 165) et particulièrement à la note espagnole du 5 mars 1962, donc à une déclaration adressée à la Belgique avant que cette dernière ait adressé sa requête dans la présente affaire à la Cour. Le Gouvernement espagnol nie avec grande énergie avoir reconnu la juridiction de la Cour internationale du Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction, ceci d'ailleurs après avoir manifesté, dans le cadre de la première procédure devant la Cour, la même attitude en opposant une exception préliminaire relative à la compétence de la Cour, exception qui correspond dans une très large mesure à l'actuelle.

Monsieur le Président, dans le même contexte, mon honorable contradicteur fait grand état d'une publication de la Direction générale des affaires consulaires en Espagne. Il s'agit de l'ouvrage intitulé *Tratados Consulares de España* publié à Madrid en 1958. En effet, le titre de cet ouvrage précise qu'il s'agit d'une collection de traités consulaires en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958. Il est exact que la publication contient un recueil de traités en vigueur et il est également exact que certaines clauses juridictionnelles des traités publiés mentionnés ne sont pas en mesure d'être exécutées et sont en conséquence caduques depuis la dissolution de la Cour permanente.

Toutefois, affirmer — comme paraissent le faire nos honorables contradicteurs — que le fait d'avoir publié ces traités contenant des clauses inexécutables, sans avoir mentionné leur inexécutabilité, correspond à une reconnaissance de la validité de ces clauses dont nous invoquons la caducité est une prétention sans aucun fondement. Et ceci pour les raisons suivantes.

Il n'appartenait certainement pas à l'auteur du recueil et non plus à la Direction générale des affaires consulaires de se prononcer sur la question de savoir si les traités en vigueur publiés ou dont il est fait mention contiennent des clauses caduques. En d'autres termes, il n'était ni dans les attributions de l'auteur ni dans celles de la Direction générale des affaires consulaires d'interpréter authentiquement les traités et conventions qu'ils publiaient dans ce recueil. La mission de l'auteur et de la Direction générale des affaires consulaires en Espagne ne pouvait être que plus modeste. Il s'agissait de publier une collection de traités en vigueur, sans que l'auteur et la Direction générale des affaires consu-

lares aient à se préoccuper de la validité ou de la non-validité de certaines de leurs dispositions.

A cette réflexion, Monsieur le Président, s'en ajoute une autre. L'application et l'interprétation des traités ne dépendent pas unilatéralement d'un seul Etat cocontractant. Les traités sont consacrés dans des instruments dont l'interprétation et la modification dépendent de tous les cocontractants, et cela même si un Etat invoque la caducité d'une de ses dispositions. Que dirait dans ces conditions le Gouvernement belge si un recueil officiel ou officieux de traités d'un autre pays, avait omis une disposition conventionnelle dont la caducité est invoquée par le gouvernement de l'Etat dont ledit recueil émane et que cette caducité est catégoriquement niée par le Gouvernement belge? Que dirait-il en outre si ladite publication avait paru avant que la caducité ait été reconnue soit sur le plan diplomatique soit en vertu d'une décision judiciaire ou arbitrale?

Ajoutons peut-être sans attacher une importance quelconque — au point de vue juridique — à cet argument le fait que la publication du recueil des traités consulaires espagnols en vigueur a eu lieu en 1958, donc à une époque où la validité ou la caducité de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge n'avait pas encore fait l'objet de discussions approfondies.

Le recueil des traités consulaires est d'ailleurs un ouvrage publié sous la responsabilité de son auteur, ce qui ressort nettement de sa préface. Les commentaires se rapportant aux traités consulaires n'ont donc pas un caractère officiel et n'engagent certainement pas le Gouvernement espagnol. L'ouvrage contient même certaines erreurs évidentes. Ainsi, à la page 611 mentionnée par mon éminent contradicteur (voir II, p. 497) il est question d'un « Tribunal de Justice international » (*Tribunal de Justicia Internacional*). Or, cette dénomination ne correspond à aucune institution judiciaire internationale existante. La dénomination espagnole de la Cour internationale de Justice est Tribunal international de Justice (*Tribunal internacional de Justicia*).

Monsieur le Président, il me reste à mentionner très sommairement encore quelques points particuliers signalés par mon éminent contradicteur, points que, de ce côté de la barre, nous ne voudrions pas omettre de mentionner pour ne pas donner la fausse impression d'un acquiescement tacite aux thèses invoquées par le Gouvernement belge.

En premier lieu, nous continuons à prétendre que les protocoles établis sous les auspices des Nations Unies, et qui avaient pour objectif de transférer à cette organisation des pouvoirs et fonctions qui étaient confiés à des organes institués par la Société des Nations ont un caractère constitutif. Certes, les amendements aux conventions collectives ne visent pas exclusivement le transfert de la juridiction de la Cour permanente à la Cour internationale de Justice. Les attributions de certains autres organes institués sous les auspices de la Société des Nations sont transférées à de nouveaux organes faisant partie des nouvelles institutions. Toutefois, le fait que ces protocoles disposent le transfert à la Cour internationale de Justice du bénéfice des clauses juridictionnelles prévoyant le recours à la Cour permanente de Justice internationale prouve cependant que ce transfert n'avait pas un caractère purement technique, mais qu'il devait être opéré en vue d'étendre le bénéfice de ces clauses entre autres aux Etats non membres originaires des Nations Unies et parties au Statut de la Cour. L'article 37 n'opérait donc pas

automatiquement le transfert à ces Etats. Le fait que d'autres dispositions relatives au transfert de certaines attributions à des organes de la Société des Nations ont été également modifiées dans le cadre de cette procédure ne diminue donc pas la valeur de notre raisonnement. Ces autres dispositions ne devaient pas être examinées à la lumière d'une règle comme celle de l'article 37 du Statut de la Cour. Le transfert explicite des attributions qui ne se rapportaient pas aux clauses juridictionnelles s'imposait nécessairement pour tous les Etats, vu qu'aucune disposition transitoire ayant un caractère obligatoire, comme c'est le cas dans la règle de transition de l'article 37, ne prévoyait le transfert de ces attributions de la Société des Nations aux nouveaux organes spécialisés.

Dans ces conditions, le fait qu'on a prévu le bénéfice du transfert des clauses juridictionnelles malgré l'existence de l'article 37 du Statut de la Cour démontrait à l'évidence que ce transfert ne s'opérait pas automatiquement pour tous les Etats parties au Statut.

Nous ajoutons qu'une opinion différente ne résulte pas non plus du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la quinzième session qui a été mentionné par M<sup>me</sup> Bastid (voir II, p. 485). La Commission du droit international rappelle simplement les efforts des Nations Unies en vue de transférer les fonctions et pouvoirs exercés auparavant par la Société des Nations à des organes institués par la nouvelle organisation politique.

L'acte général a été amendé pour les mêmes motifs que les protocoles de transfert que je viens de mentionner. L'article 37 du Statut de la Cour avait bien opéré le transfert du bénéfice de la juridiction de la Cour permanente à la Cour internationale de Justice pour les Etats en mesure de profiter de cette disposition, mais il n'a pas automatiquement transféré le bénéfice de la juridiction obligatoire de l'ancienne à la nouvelle Cour pour les Etats non originaires des Nations Unies, qui n'étaient pas en mesure de profiter de l'article 37, disposition transitoire, valable seulement dans l'immédiat, comme nous l'avons si souvent répété.

La recommandation adoptée le 31 octobre 1951 par la septième session de la conférence de La Haye mentionnée par mon éminent contradicteur le 14 avril (voir II, p. 488) invite les Etats membres de cette conférence à signer un protocole pour reconnaître la compétence de la juridiction internationale. Il ne se prononce cependant pas sur le domaine d'application *ratione temporis* de l'article 37 du Statut de la Cour. Les auteurs de ce protocole ont d'ailleurs pris soin de ne pas préjuger *ratione temporis* la portée de la reconnaissance de la juridiction internationale effectuée par la signature dudit protocole. Ce protocole déclare en effet explicitement que la reconnaissance de la compétence de la Cour se fait « conformément au Statut de la Cour ». Il ne se prononce donc pas sur les conditions qui doivent être réalisées pour assurer la compétence *ratione temporis* de la Cour internationale de Justice.

La décision du tribunal arbitral franco-espagnol dans le différend relatif au lac Lanoux est fondée sur l'article 2 du traité franco-espagnol de 1929. Le tribunal arbitral constitué sur la base d'un compromis daté du 19 novembre 1956 a dû mentionner le fondement de sa compétence dans la décision arbitrale, comme c'est l'usage en matière judiciaire et arbitrale, non seulement en droit international, mais aussi en droit interne. Il n'avait cependant pas à examiner la validité *ratione temporis*

de la clause juridictionnelle contenue dans le même article 2 qui prévoyait, à côté de la juridiction judiciaire, également la juridiction arbitrale, procédure qui a été adoptée en l'espèce délibérément par les deux parties au différend en vue de sa solution. C'est la partie de l'article 2 relative à l'arbitrage qui a fait l'objet d'une application dans le compromis d'arbitrage et a été mentionnée par le tribunal arbitral en vue de statuer sur sa compétence *ratione materiae*, et non la partie se référant à la clause juridictionnelle. Au surplus, le Gouvernement espagnol et le Gouvernement français en établissant le compromis arbitral n'ont pas reproduit et n'ont pas mentionné l'article 2 ; ils se sont limités à mentionner d'une manière générale le traité de 1929 et ils ont déclaré qu'ils sont convenus « par application de la convention du 10 juillet 1929, de constituer un tribunal arbitral appelé à trancher le différend et ont défini ainsi qu'il suit sa mission, sa composition et sa procédure » (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 285).

Ainsi, nous croyons avoir répondu aux points principaux du premier exposé oral de notre éminent contradicteur quant à la deuxième exception préliminaire.

Toutefois, Monsieur le Président, je me permets de faire dans ce contexte encore deux observations d'un caractère plus général.

Voici ma première observation : à deux reprises la Cour internationale de Justice a admis que l'article 36, paragraphe 5, de son Statut ne s'est pas appliqué indistinctement à tous les Etats ayant accepté la juridiction obligatoire de l'ancienne Cour permanente, qui pouvaient ensuite, à n'importe quel moment, devenir parties au Statut depuis l'origine. La Cour a rappelé en particulier dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande) (*C.I.J. Recueil 1961*, p. 25) que

« le 19 avril 1946, date de la dissolution de l'ancienne Cour permanente, toutes les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente qui ne s'étaient pas déjà « transformées » en vertu de l'article 36, paragraphe 5, en acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle étaient devenues caduques et avaient cessé d'être en vigueur, car elles seraient dès lors appliquées à un tribunal — l'ancienne Cour permanente — qui n'existait plus ».

Le même raisonnement a été appliqué en une autre occasion, cette fois-ci au sujet de l'application de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ce fut dans l'arrêt relatif aux *Affaires du Sud-Ouest africain*, du 21 décembre 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 334). Dans cette situation, nous n'imaginons vraiment pas, de ce côté de la barre, que la Cour puisse modifier sa jurisprudence en ce qui concerne l'interprétation des articles 36, paragraphe 5, et 37, qui a été ainsi consacrée en deux nouvelles occasions.

Et ma seconde observation générale sera la suivante : on ne peut pas dissocier l'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, de celle de l'article 37 du Statut de la Cour, comme nous le démontrerons dans un moment en répondant à la deuxième question de M. le juge sir Gerald Fitzmaurice, qu'il a posée au sujet de l'exception préliminaire n° 2. Mieux encore que par une démonstration abstraite, c'est par un exemple concret que nous désirons démontrer l'intime connexité des deux dispositions quant à leur application et à leur interprétation. En effet,

la Bulgarie n'a pas seulement signé la déclaration unilatérale de reconnaissance de la juridiction obligatoire prévue à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente, mais la Bulgarie a aussi conclu avec d'autres Etats des traités de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage du même type que le traité hispano-belge de 1927. Entre autres un traité de ce genre avec l'Espagne, datant du 26 juin 1931, enregistré à la Société des Nations le 13 mars 1936 (voir *Recueil des traités de la Société des Nations*, 1936, vol. 166, p. 342 et suiv.); si mes informations sont exactes, ce traité est toujours en vigueur. L'article 17 de ce traité contient la clause juridictionnelle prévoyant le recours unilatéral auprès de la Cour permanente dans les mêmes conditions et presque dans les mêmes termes que l'article 17 du traité hispano-belge.

Admettons, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour un moment, par hypothèse, que l'Espagne ait une revendication du même genre contre la Bulgarie que celle d'Israël — demande d'indemnité pour le dommage causé par un incident aérien. En suivant la thèse du Gouvernement belge, la demande espagnole serait recevable, l'article 37 du nouveau Statut ayant transféré le bénéfice de la clause juridictionnelle de l'ancienne Cour à la nouvelle Cour après l'admission de la Bulgarie et de l'Espagne comme Membres des Nations Unies et comme parties au Statut de la Cour. En revanche, selon la décision de votre haute juridiction, tel n'a pas été le cas pour l'affaire d'Israël contre la Bulgarie fondée sur l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour. En effet, votre Cour s'est déclarée incompétente pour statuer sur le différend bulgaro-israélien porté devant elle.

Monsieur le Président, n'y aurait-il pas quelque chose de choquant, d'injuste, et je me permets d'ajouter, en empruntant le terme au *Common Law*, de *unreasonable*, voire de contradictoire, à appliquer à deux situations identiques une solution différente, même opposée, sans qu'on puisse affirmer que le but poursuivi et l'engagement fondé sur l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour soient différents du but poursuivi par l'article et de l'engagement fondé sur l'article 37 du Statut?

Monsieur le Président, avant d'aborder la deuxième exception préliminaire subsidiaire, il me reste à répondre au nom du Gouvernement espagnol aux questions qui ont été posées au sujet de la deuxième exception préliminaire principale par M. le juge sir Gerald Fitzmaurice.

Je réponds à la première demande de renseignements de la manière suivante.

L'article 110 de la Charte des Nations Unies a prévu l'entrée en vigueur de la Charte après le dépôt des ratifications par les cinq grandes puissances et par la majorité des autres Etats signataires. En ce qui concerne les autres Etats signataires qui déposeraient leurs instruments de ratification après l'entrée en vigueur de la Charte, il était admis qu'ils deviendraient Membres originaires des Nations Unies à la date de ce dépôt. L'entrée en vigueur de la Charte date du 24 octobre 1945.

Dans ces conditions, l'article 37 du Statut de la Cour admet explicitement et sans réserve le transfert de la juridiction de l'ancienne Cour à la nouvelle pour les Etats qui ont ratifié la Charte avant son entrée en vigueur. En outre, le transfert était aussi valable pour les Etats qui auraient accédé aux Nations Unies et au Statut de la Cour, après la mise en vigueur de la Charte et du Statut de la Cour, mais avant que la Cour permanente ait été dissoute le 19 avril 1946.

Dans ces conditions, si par hypothèse au moment de la dissolution de la Cour permanente seul un nombre minimum de ratifications requises pour l'entrée en vigueur de la Charte et du Statut avaient été réalisées, il aurait été possible de reporter à une époque postérieure au 19 avril 1946 la dissolution de la Cour permanente en vue d'augmenter le nombre des clauses juridictionnelles profitant de la clause transitoire de l'article 37. Cela n'aurait donné lieu à aucune difficulté sur le plan moral, technique ou même juridique, le Statut de la Cour permanente ayant toujours été autonome, indépendant du Pacte de la Société des Nations. On aurait donc pu dissoudre la Société des Nations et maintenir provisoirement la Cour permanente de Justice internationale jusqu'à l'époque à laquelle le nombre des ratifications aurait été considéré suffisant pour que s'effectue le transfert du bénéfice des clauses juridictionnelles de la Cour permanente à la Cour internationale de Justice.

Je réponds à la deuxième question, posée par sir Gerald Fitzmaurice, de la manière suivante.

Le membre de phrase de l'article 37 du Statut de la Cour: « Un traité ou une convention en vigueur... » se rapporte, comme nous avons eu l'occasion de le dire, à un traité ou une convention en vigueur qui contient une clause juridictionnelle prévoyant le recours à la Cour permanente de Justice internationale.

Ce traité ou cette convention peut être:

- a) une clause juridictionnelle indépendante, dans le cadre d'un traité ou d'une convention de juridiction, qui prévoit exclusivement le recours à la Cour permanente de Justice internationale;
- b) un traité ou une convention de règlement pacifique en vigueur, contenant une clause juridictionnelle, prévoyant le recours à la Cour permanente, mais aussi le recours à d'autres organes, par exemple des organes de conciliation et d'arbitrage;
- c) un traité ou une convention en vigueur ne se rapportant pas à la procédure de règlement pacifique, mais contenant une clause juridictionnelle de recours à la Cour permanente en cas de divergence d'application, d'interprétation ou d'exécution du traité qui peut être par exemple un traité d'amitié, un traité consulaire, un traité de navigation ou tout autre traité.

Les trois catégories de traités ou de conventions que je viens de mentionner doivent, comme nous venons de le dire, être en vigueur, *in force*, au moment de la saisine de la Cour permanente de Justice internationale ou de la Cour internationale de Justice, à partir du moment où cette dernière est substituée à la première en vertu de l'article 37 du Statut de la Cour.

La différence, d'une part entre la catégorie a) et d'autre part les catégories b) et c), est la suivante.

Dans le cas où le traité se réduit à la seule clause de juridiction, la condition exprimée par les mots *in force* se réfère au traité tout entier. La condition est que ce traité soit en vigueur selon les règles de droit international relatives à la validité et la caducité des traités.

Dans le cas toutefois où le traité contient d'autres clauses que celle prévoyant la juridiction de la Cour, la condition exprimée par les mots *in force* devient double. Il ne suffit pas, pour qu'elle soit réalisée, que

le traité dans son ensemble soit en vigueur, il faut encore que, dans le cadre du traité, soit en vigueur l'engagement particulier qui concerne le règlement judiciaire des différends. Car le traité peut être resté en vigueur, alors que la clause de juridiction, par contre, peut avoir cessé de l'être.

Si donc, l'un ou l'autre des deux éléments que nous venons de mentionner fait défaut, le traité ou la convention ne peut pas être considéré comme un traité ou une convention en vigueur, *in force*, au sens de l'article 37 du Statut de la Cour. Le fait que le traité lui-même soit *in force* mais que ne le soit plus la clause juridictionnelle prévoyant le recours à la Cour permanente de Justice internationale n'est évidemment pas suffisant pour considérer comme remplie la condition prévue par l'article 37 du Statut. C'est la situation dans laquelle se trouve le traité hispano-belge de 1927 qui est en soi valable, en vigueur, *in force*, mais qui contient la clause caduque de l'article 17, paragraphe 4, prévoyant le recours juridictionnel à la Cour permanente. Nous croyons avoir démontré que cette situation est conforme aux règles du droit international général, qui admet le principe de la divisibilité des clauses des traités.

Monsieur le Président, en ce qui concerne la formule *declarations still in force* prévue dans l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour, il s'agit de déclarations unilatérales de recours de juridiction obligatoire qui peuvent être assimilées comme nous avons vu dans une très large mesure aux clauses juridictionnelles d'un traité ou d'une convention en vigueur prévoyant exclusivement le recours à la Cour permanente de Justice internationale. Dans ces conditions, les déclarations *still in force* sont, ou bien en vigueur, ou caduques en vertu du droit international général, exactement comme les traités auxquels je me réfère, c'est-à-dire les traités de juridiction exclusive. Les termes *in force* prévus dans l'article 37 et dans l'article 36, paragraphe 5, ont donc le même sens.

Toutefois, si on applique la formule française de l'article 36, paragraphe 5: « Une déclaration faite ... pour une durée pas encore expirée », il existe peut-être une distinction entre la formule de l'article 36, paragraphe 5, et celle de l'article 37.

En effet, on peut prétendre que le texte français de l'article 36, paragraphe 5, se réfère uniquement à l'échéance du terme de la déclaration unilatérale de juridiction obligatoire et non à l'expiration possible de la déclaration par suite d'un autre motif prévu par le droit international général, et en particulier d'un événement extérieur tel que la dissolution de la Cour permanente. Mais le contraire vaut pour le texte anglais de l'article 36, paragraphe 5, et de l'article 37 du Statut de la Cour, où il est question en général des traités ou conventions *in force*, en vigueur, et des déclarations *still in force*, déclarations encore en vigueur, et l'on ne distingue pas les causes pour lesquelles l'engagement peut avoir cessé d'être en vigueur. Toutefois, l'interprétation plus étroite de l'article 36, paragraphe 5, éventuellement conforme au texte français quant aux motifs de la caducité d'une déclaration unilatérale de reconnaissance de juridiction obligatoire, n'a pas été admise par la décision de la Cour dans l'affaire de *l'Incident aérien*. La Cour s'est exprimée de la manière suivante à ce sujet (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 144) — je cite: « L'article 36, paragraphe 5, n'énonce et n'implique aucune référence à une date fixe qui serait la date de la signature de la Charte ou du Statut ou celle de leur entrée en vigueur initiale. »

Nous avons indiqué le 19 mars (voir II, p. 147) qu'une interprétation qui chercherait, en ce qui concerne l'article 36, paragraphe 5, à déterminer la validité d'une clause juridictionnelle dans le temps d'après la durée restant à courir dans le cadre des traités dont elle fait partie n'entre pas en ligne de compte pour l'interprétation de l'article 37. Le texte de l'article 37 comme celui de l'article 36, paragraphe 5, dans son texte anglais exige impérativement que la clause juridictionnelle prévue dans des traités internationaux et dans des déclarations unilatérales de reconnaissance de juridiction obligatoire soit effectivement en vigueur en vertu des règles de droit international à l'époque où l'Etat soumis à la juridiction obligatoire devient partie au Statut de la Cour et naturellement aussi à l'époque où la requête unilatérale est adressée à la Cour internationale de Justice.

Je crois ainsi avoir répondu aux questions de M. le juge sir Gerald Fitzmaurice.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'arrive maintenant à la deuxième exception subsidiaire. Ainsi que nous l'avons exposé au cours de la séance du 20 mars 1964, le différend relatif à la Barcelona Traction est né avant le 14 décembre 1955. Or, selon la thèse que nous avons soutenue, par hypothèse, dans notre deuxième exception préliminaire subsidiaire, l'article 37 du Statut de la Cour est devenu applicable précisément à cette date, au 14 décembre 1955, dans les relations hispano-belges et a permis ainsi à l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge revisé, c'est-à-dire à la nouvelle clause juridictionnelle, de déployer ses effets.

La nouvelle clause est donc entrée en vigueur à l'époque où l'Espagne est devenue Membre des Nations Unies et partie au Statut de la Cour. Le fondement de la validité de cette clause repose sur l'applicabilité de l'article 37 du Statut de la Cour. Déjà de 1945 à 1946, avant la dissolution de l'ancienne Cour, cette disposition a eu le pouvoir d'effectuer le transfert du bénéfice de certaines clauses juridictionnelles, c'est-à-dire des clauses juridictionnelles conclues entre Membres des Nations Unies qui sont devenus parties au Statut de la nouvelle Cour avant la dissolution de la Cour permanente.

Il n'y aurait donc eu aucune difficulté à maintenir en vigueur l'ancien article 17 du traité hispano-belge, si l'Espagne était devenue Membre des Nations Unies avant la dissolution de l'ancienne Cour. En effet, l'article 37 du Statut assurait la continuité des droits et obligations contenus dans l'article 17, sans aucun *vacuum*, sans aucune interruption et, pour la même raison, le domaine d'application *ratione temporis* de l'article 17 du traité hispano-belge demeurerait inchangé. Grâce à l'application de l'article 37 du Statut, la Cour internationale de Justice se substituait immédiatement à la Cour permanente dissoute, sans que le contenu des droits et obligations prévus dans l'article 17 en soit affecté, le seul changement résidant précisément dans le fait que la Cour permanente était remplacée par la Cour internationale de Justice. Dans ces conditions les dispositions du traité hispano-belge relatives à la rétroactivité de la clause juridictionnelle ne subissaient, elles aussi, aucune modification. La continuité de la clause juridictionnelle était assurée.

Toute différente par contre a été la situation en 1955, à l'époque où l'Espagne est devenue Membre des Nations Unies et partie au Statut de la Cour. Même si l'on admet, avec les savants auteurs de l'opinion dissidente collective dans l'affaire de l'*Incident aérien*, que l'article 37

pouvait « ranimer » la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge, inapplicable entre 1946 et 1955, ce n'est qu'à partir de l'époque où l'Espagne est devenue partie au Statut de la Cour que la renaissance et le rétablissement de la clause juridictionnelle ont pu se produire. Ce n'est que par la double adhésion de l'Espagne et de la Belgique à la Charte et au Statut de la Cour, donc en vertu de deux actes unilatéraux parallèles, que pouvait intervenir l'accord tendant à remettre en vigueur l'article 17 du traité hispano-belge modifié dans son contenu et rétabli à la lumière de l'article 37 du Statut. Nous ne sommes pas seuls à soutenir cette thèse: l'opinion dissidente collective s'est exprimée d'une manière très claire dans ce même sens.

En effet, nous lisons dans le *Recueil* 1959 de la Cour, à la page 171 — et je cite :

« La validité et le caractère obligatoire de la Charte et de chacune de ses dispositions ne résultent pas de la décision de la Conférence de San Francisco, mais de la volonté même des Etats qui ont volontairement adhéré à ses obligations en 1945 et au cours des années suivantes ... la Bulgarie a, en y adhérant de son plein gré, accepté les obligations de la Charte, y compris celles de l'article 36, paragraphe 5, du Statut. »

Et y compris, ajouterons-nous, celles de l'article 37. Et l'opinion dissidente collective poursuit :

« Ce faisant, elle [la Bulgarie] a fourni ce lien consensuel... Comme toute autre disposition du Statut, l'article 36, paragraphe 5, est une disposition d'un caractère consensuel... Dans un autre domaine [c'est toujours l'opinion dissidente qui parle] l'article 37 fournit le lien consensuel pour la succession de la Cour internationale de Justice à la juridiction de la Cour permanente... »

M<sup>me</sup> Bastid a donc tort lorsque, dans son intervention du 14 avril (voir II, p. 500 et suiv.), elle nie qu'un nouvel accord hispano-belge soit nécessaire pour mettre en vigueur la clause juridictionnelle révisée de l'article 17 du traité hispano-belge. L'article 37 n'a pu, à lui seul, ranimer la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge. Il fallait après 1946, en plus de l'application de l'article 37 du Statut de la Cour, le consentement résultant de la juxtaposition des assentiments belge et espagnol lors de l'admission successive de la Belgique et de l'Espagne comme Membres des Nations Unies et comme parties au Statut de la Cour. Le consentement ne résulte donc pas d'un accord donné à la même époque et dans un même instrument. La juxtaposition d'assentiments, souvent formulés à de longs intervalles, n'est nullement contraire aux règles du droit international touchant la conclusion des traités.

Nous l'avons démontré dans notre première intervention, nous n'avons pas l'intention d'y revenir.

*[Audience publique du 5 mai 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à la fin de cette matinée, j'ai commencé à exposer la deuxième exception subsidiaire en réplique. Nous sommes partis de l'hypothèse que l'article 37 du Statut de la Cour

est devenu applicable précisément le 14 décembre 1955 dans les relations hispano-belges et a permis à l'article 17, paragraphe 4, révisé du traité hispano-belge, c'est-à-dire à la nouvelle clause juridictionnelle, de déployer ses effets. Ce n'est que par la double adhésion de l'Espagne et de la Belgique à la Charte et au Statut de la Cour que la renaissance et le rétablissement de la clause juridictionnelle ont pu se produire. Et c'est par la juxtaposition d'assentiments belges et espagnols que l'article 37 a été en mesure de ranimer par hypothèse la clause juridictionnelle révisée de l'article 17 du traité hispano-belge.

Toutefois, il se pose une question supplémentaire dans ce contexte, celle de savoir si la nouvelle clause juridictionnelle hispano-belge, celle qui déploie ses effets à partir du 14 décembre 1955, a son propre domaine de validité *ratione temporis*, commençant à courir à l'époque de sa mise en vigueur. Ou est-il juste de dire, comme le pense notre éminent contradicteur, que l'application *ratione temporis* de la nouvelle clause juridictionnelle doit être rétroactive en exécution des clauses sur la compétence *ratione temporis* et en prenant comme point de départ l'époque de l'entrée en vigueur du traité hispano-belge lui-même et non le 14 décembre 1955, époque à laquelle la clause juridictionnelle révisée commençait à déployer ses effets?

Je pense, Monsieur le Président, que c'est un principe général du droit reconnu par les nations civilisées que les clauses relatives à l'application *ratione temporis* sont indissolubles de la règle de fond ou que ce sont des clauses accessoires de cette dernière. Le domaine d'application *ratione temporis* a normalement pour point de départ le début de l'application de la règle de fond. On ne peut pas présumer, sauf en cas de disposition explicite, qu'une norme qui est créée à une époque donnée ait une validité rétroactive. Je me permets de rappeler dans ce contexte la célèbre formule de l'article 2 du Code civil français: « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'effets rétroactifs. » Tel est particulièrement le cas lorsque le traité lui-même dont la norme fait partie se prononce explicitement contre la rétroactivité de la validité de la disposition de fond comme c'est le cas pour le traité hispano-belge de 1927. Si on admettait l'opinion contraire, on arriverait à des conclusions inadmissibles. La nouvelle clause juridictionnelle produirait ses effets à partir du 14 décembre 1955 mais, contrairement aux clauses du préambule, de l'article premier et de l'article 2, elle s'appliquerait à des situations litigieuses qui n'existaient pas à l'époque de la naissance de la clause juridictionnelle, c'est-à-dire à des conflits se rattachant au passé. On pourrait peut-être soutenir en faveur de cette thèse que le traité hispano-belge n'a pas voulu empêcher l'examen des litiges nés après son entrée en vigueur, et qu'il s'étendrait au contraire à permettre l'examen de tous les différends postérieurs à son entrée en vigueur, malgré la caducité de la clause juridictionnelle entre 1946 et 1955.

Toutefois, ce serait admettre une dualité en ce qui concerne le domaine d'application *ratione temporis* du traité. Les dispositions relatives à des clauses juridictionnelles, c'est-à-dire prévoyant le recours à la Cour internationale de Justice, auraient un autre domaine d'application *ratione temporis* que les dispositions relatives à des clauses arbitrales et de conciliation. Pour les unes on admettrait un domaine d'application rétroactive, tandis que ce ne serait pas le cas pour les autres. Cette contradiction dans la détermination du domaine d'application *ratione temporis* dans le cadre du même traité ne satisfait ni la logique juridique,

ni la justice, ni l'équité. Cette situation n'est pas non plus compatible avec une interprétation raisonnable des dispositions du traité hispano-belge et des travaux préparatoires de cette convention.

En effet, lorsqu'on examine le traité hispano-belge, on constate que la plupart des violations antérieures à l'applicabilité de la clause juridictionnelle de l'article 17 révisé du traité hispano-belge ne sont pas susceptibles d'être examinées. Ceci résulte de l'interprétation du préambule, de l'article premier, de l'article 2 et du protocole final du traité hispano-belge dont nous avons donné lecture au cours de l'audience du 20 mars 1964 (voir II, p. 117). L'inapplicabilité au cas d'espèce de la clause juridictionnelle de l'article 17 révisé résulte d'ailleurs aussi d'un principe plus général, d'après lequel il n'y a pas lieu de présumer la rétroactivité des clauses juridictionnelles lorsque le traité de juridiction lui-même se prononce sur l'étendue et les limites de la rétroactivité des clauses juridictionnelles qu'il institue. Nous avons démontré que tel est le cas pour les clauses juridictionnelles, arbitrales et de conciliation du traité hispano-belge. La situation serait différente si le traité ne contenait pas de dispositions particulières relatives à la limitation *ratione temporis*. C'est alors et alors seulement que la règle de l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A n° 2, p. 35, serait valable, règle selon laquelle en cas de doute, une juridiction créée sur la base d'un accord international s'étend à tous les différends qui lui sont soumis après son établissement. C'est à cette situation, et non à celle prévue par le traité hispano-belge que se rapporte aussi le passage dans mon traité, volume I, page 111, invoqué par mon éminent contradicteur en faveur de la thèse qu'elle soutient.

La thèse que nous avons développée est encore singulièrement renforcée par le protocole final du traité hispano-belge relatif à la rétroactivité de l'application de la clause juridictionnelle. La formule employée, d'après laquelle l'application rétroactive du traité hispano-belge n'est pas envisagée entre les parties, ne veut pas dire que pareille éventualité entraînerait l'application du principe de la rétroactivité pour les contestations fondées sur le droit coutumier.

Une telle affirmation serait d'ailleurs contraire à toute la pratique conventionnelle de la Belgique et de l'Espagne en matière de clause juridictionnelle. Cette pratique, nous l'avons mentionné aux notes 1 et 2 de nos exceptions préliminaires, I, page 170, exclut l'application rétroactive des traités de juridiction aux différends nés antérieurement à la création de ces derniers. Ce n'est donc qu'à cause de l'inexistence de contestations entre les deux pays à l'époque de la conclusion originale du traité hispano-belge, en 1927, que la Belgique et l'Espagne n'ont pas explicitement exclu dans ledit traité le principe de l'application rétroactive des clauses juridictionnelles et arbitrales. Cette manière de voir est aussi confirmée par les travaux préparatoires du traité hispano-belge. C'est à la demande de la Belgique — conformément à sa pratique constante que je viens de citer, pratique aussi confirmée par ses propres déclarations de reconnaissance de juridiction obligatoire jusqu'à une date récente — que les parties sont tombées d'accord de prévoir dans le protocole final les deux règles suivantes relatives à la rétroactivité.

Tout d'abord, elles ont convenu d'exclure toute formule qui avait permis de porter rétroactivement un différend devant un organe institué par le traité. Vu que la question n'avait aucune portée pratique dans les relations belgo-espagnoles à l'époque de la conclusion du traité, la formule

définitivement employée se contente de constater cette absence de différends nés antérieurement à la conclusion du traité.

Cette reconnaissance de la non-rétroactivité n'impliquait cependant aucunement que l'on considèrerait comme appartenant au passé des conflits reposant sur l'interprétation de traités anciens, ou en tout cas antérieurs à la clause de juridiction. C'est le traité belgo-danois du 3 mars 1927 qui a fait l'objet d'un protocole de signature, qui a servi d'exemple pour la rédaction du protocole final du traité hispano-belge. En effet, le protocole de signature belgo-danois contenait la phrase suivante que nous retrouvons également sous une forme un peu différente et surtout plus succincte dans le protocole final du traité hispano-belge :

« Toutefois ne seront pas exceptées les contestations portant sur l'interprétation de tout traité antérieur encore applicable dont, après les ratifications du présent traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, il serait fait par l'une des Parties une application que l'autre Partie jugerait non conforme à ses droits. Il en serait ainsi, si l'application incriminée avait commencé dès avant la mise en vigueur du présent traité et se poursuivait après la mise en vigueur, étant bien entendu que les conciliateurs, les juges et les arbitres n'auront à examiner que les faits postérieurs. »

La clause juridictionnelle contenue dans le traité hispano-belge ne dit pas autre chose. D'après ses termes mêmes elle est applicable

« aux contestations portant sur l'interprétation de tout traité antérieur encore en vigueur dont, après la signature du présent traité... il sera fait par l'une des Parties une application que l'autre Partie jugerait non conforme à ses droits. Il en serait encore ainsi si l'application incriminée avait commencé dès avant la signature du présent traité et se poursuivait après ladite signature. »

C'est la conception belge qui a donc recueilli l'assentiment du Gouvernement espagnol. En tout cas, l'affirmation de notre honorable contradicteur selon laquelle le mécanisme prévu « manifeste la volonté de ne laisser échapper aucun litige au système de règlement qui est prévu » et selon laquelle « les parties ont voulu couvrir le plus largement possible les éventualités du litige » (voir II, p. 503), je dis que cette conception ne trouve aucune confirmation dans les travaux préparatoires du traité. C'est le désir de la Belgique qu'aucun conflit se rattachant au passé ne puisse être porté devant les organes institués par le traité hispano-belge de 1927 qui a obtenu dans ces circonstances consécration.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après ces quelques remarques préliminaires sur le problème de la rétroactivité et son application en l'espèce, nous devons encore une fois nous pencher sur la question de savoir quelle est la date de naissance du différend hispano-belge. En ce qui concerne le critère pour la date de la naissance d'un différend, nous renvoyons tout simplement à deux décisions de la Cour permanente de Justice internationale: l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, exception préliminaire (C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 82) d'une part, et d'autre part la décision de la Cour permanente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (C.P.J.I. série A n° 2, p. 12). Nous nous référons également à la très utile précision qui a été donnée à la notion de « différend », qui commande celle de « différend né » faite par

M. le juge Morelli dans son opinion personnelle dans la dernière affaire du *Sud-Ouest africain* (C.I.J. *Recueil* 1962, p. 567).

La Barcelona Traction a été déclarée en faillite le 12 février 1948, sur requête datée du 9 février 1948. L'exécution a eu lieu dans les semaines qui ont suivi cette décision du 12 février 1948 et l'adjudication des biens de Barcelona Traction à la Fecsa s'est terminée au plus tard le 17 juin 1952. Le Gouvernement belge n'a pas attendu la vente des biens de la Barcelona Traction pour faire valoir auprès du Gouvernement espagnol l'existence d'actes considérés par lui comme contraires au droit international. Dès le 27 mars 1948, une première note belge demandait au Gouvernement espagnol de faire cesser le prétendu déni de justice dont les ressortissants belges étaient victimes (mémoire belge, I, p. 125).

Le 2 juillet 1948, le Gouvernement espagnol répondait par une fin de non-recevoir fondée sur l'impossibilité où il était d'intervenir du fait de l'indépendance du pouvoir judiciaire en Espagne, conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. Cette opposition de point de vue s'est encore accentuée dans la note belge du 22 juillet 1949 et dans la note espagnole du 26 septembre 1949. Les points sur lesquels portait le désaccord entre les deux gouvernements ont encore été précisés dans des notes postérieures, mais de telle manière qu'aucun nouvel élément relatif au fond du différend n'a été apporté par les notes postérieures à la note espagnole du 3 janvier 1952 (annexe n° 261 au mémoire belge). Les procédures internes se rapportant au prétendu déni de justice espagnol n'ont pas non plus modifié la situation. En effet, le Gouvernement belge a considéré le déni de justice comme ayant été consommé à une époque antérieure à l'époque critique à laquelle la clause juridictionnelle révisée de l'article 17 du traité hispano-belge aurait éventuellement pu déployer ses effets, c'est-à-dire à une époque antérieure au 14 décembre 1955, date de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies.

Cette manière de voir est explicitement et implicitement admise par nos honorables contradicteurs. Les observations et conclusions déclarent elles-mêmes que (I, p. 99) « depuis 1948 le Gouvernement belge avait saisi le Gouvernement espagnol de réclamations pour déni de justice au détriment des intérêts belges ».

Significatif est également le passage qui figure à la page 260 des observations et conclusions, I, où le Gouvernement belge s'exprime de la manière suivante :

« On se souviendra à cet égard que dans l'exposé juridique cette efficacité [il s'agit de l'efficacité possible des recours en suspens] a été définie comme consistant dans l'arrêt de l'action dommageable en cours, ou dans l'effacement de ses effets, ou dans la fourniture aux victimes d'une réparation équitable. A cet égard, une date s'impose comme d'importance capitale, c'est celle du 4 janvier 1952, date de l'adjudication à Fecsa des biens de la Barcelona Traction. A cette date se situe la dernière mesure judiciaire qui marque l'aboutissement de la procédure par le dépouillement total de la société faillie. A cette date il n'est pas question dès lors de pouvoir empêcher celui-ci. »

En conséquence, le Gouvernement belge admet implicitement et même explicitement que ce délit a été définitivement consommé trois ans avant que l'Espagne soit devenue Membre des Nations Unies et partie au Statut de la Cour internationale de Justice.

Après que l'Espagne a été admise aux Nations Unies et qu'elle est devenue partie au Statut de la Cour internationale de Justice en 1955, aucun fait nouveau n'est venu modifier les manifestations de volonté de la Belgique et de l'Espagne au sujet des revendications belges et du refus de l'Espagne de les reconnaître, telles qu'elles étaient fixées au plus tard en 1952. Il en résulte que le différend est donc né avant la date critique pour la soumission d'un différend à la clause juridictionnelle révisée du traité hispano-belge entré en vigueur le 14 décembre 1955.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en ce qui concerne le titre juridique sur lequel repose la requête belge, il s'agit, comme nous l'avons déjà dit à l'audience du 20 mars 1964, d'un titre de droit coutumier et non de droit conventionnel. Cela résulte clairement de la conclusion n° 1 du mémoire du Gouvernement belge (I, p. 191) où le titre juridique est déterminé en affirmant que le différend porte « sur les mesures, actes, décisions et omissions des organes de l'Etat espagnol ... contraires au droit des gens », ce qui entraîne à la charge de l'Espagne envers la Belgique l'obligation « de réparer le préjudice qui en résulte pour les ressortissants belges ».

En outre, il résulte du mémoire belge (I, p. 163) que la demande est fondée seulement sur des actes illicites qui, comme le déni de justice, sont régis par les règles coutumières du droit des gens. Le Gouvernement belge cite d'ailleurs à l'appui de sa thèse exclusivement de la jurisprudence. Il mentionne en outre comme règle violée par l'Espagne le principe coutumier du standard minimum en faveur des justiciables étrangers.

Cette manière de voir n'a pas été contestée sérieusement par la Partie adverse, qui a elle-même reconnu que le présent différend « concerne sans doute une affaire de responsabilité pour déni de justice dont le règlement doit faire appel au droit coutumier » (voir II, p. 504).

Il est vrai que mon éminent contradicteur et ami affirme — à notre avis à tort — que le différend de la Barcelona Traction implique également l'application de l'article 3 du traité hispano-belge de 1927 relatif aux contestations dont l'objet relève, d'après la législation interne de l'une des Parties, de la compétence des tribunaux nationaux. Cette disposition permet à l'Etat défendeur de soulever certains moyens de procédure en vue de s'opposer à l'examen du fond de l'affaire par les organes judiciaires arbitraux et de conciliation prévus par le traité, mais ne modifie ni l'époque à laquelle le différend est né ni le titre juridique sur lequel repose la revendication du Gouvernement belge qui, comme nous venons de le dire, est un titre de droit coutumier.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, à l'issue de cette plaidoirie je vous prie de bien vouloir accueillir la deuxième exception préliminaire principale. Dans le cas où, toutefois, la Cour n'accepterait pas la demande principale, et dans cette hypothèse seulement, je vous prie d'accueillir la deuxième exception préliminaire subsidiaire.

Les conclusions finales du Gouvernement espagnol relatives à ces deux exceptions seront présentées à la Cour en même temps que celles relatives aux autres exceptions préliminaires, l'ensemble de ces conclusions formant un tout.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre patiente attention.

---

**RÉPLIQUE DE M. MALINTOPPI**  
**CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL**

*[Audience publique du 5 mai 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce n'est que dans un but de simplification que nous avons procédé, avec votre permission, à une inversion de l'ordre de présentation entre la troisième et la quatrième exception préliminaire. Puisque le Gouvernement belge a demandé aussi, à titre subsidiaire, la jonction au fond de ces deux exceptions, et puisqu'il appartient à mon éminent collègue, le professeur Ago, de traiter cette question d'une façon unitaire, nous avons jugé plus opportun de répondre d'abord sur les points qui touchent la quatrième exception préliminaire, afin que le professeur Ago puisse traiter sans solution de continuité la troisième exception et le problème posé par la demande de jonction au fond.

Conformément à l'esprit qui régit l'exercice du droit de réponse dans le cadre des discussions orales, je me bornerai à ne toucher que les points les plus essentiels des arguments que mon honoré contradicteur a développés, avec tout le talent que nous lui connaissons. A propos de ces divers points, je réaffirme la réserve déjà formulée au début de ma première intervention touchant le maintien de tous les autres éléments dégagés auparavant, et je formule une réserve analogue par rapport aux autres points de la plaidoirie adverse auxquels, certes, je ne me rallie pas du seul fait que je n'en parle pas.

En même temps, il m'incombe de donner une précision d'ordre général au sujet de nombreuses inexactitudes et allégations erronées que nous avons relevées dans l'exposé oral de la Partie adverse, particulièrement en ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux espagnols. C'est seulement pour ne pas abuser du temps de la Cour que je me bornerai à signaler les plus pertinentes, pour la quatrième exception, de ces inexactitudes et allégations erronées. Il nous aurait été impossible de ne pas nous élever de façon générale et préalable contre cette attitude réitérée de la Partie adverse.

Je dois d'abord, Monsieur le Président, une réponse à la Partie adverse en ce qui concerne la question des recours administratifs contre les décisions de l'Institut espagnol de la monnaie étrangère, décisions qui auraient constitué la prémisse de la faillite de la Barcelona Traction.

Le non-épuisement des recours administratifs ouverts contre le refus d'autoriser l'exécution du plan de compromis n'est qu'un autre exemple de la haute considération que la Barcelona Traction avait du respect de la souveraineté espagnole. La Barcelona Traction ne s'est même pas donné la peine de recourir contre le refus d'autorisation; un tel recours, selon la Barcelona Traction, aurait été bien moins efficace qu'une intervention diplomatique.

Le Gouvernement belge soutient que les recours administratifs, à savoir, le recours hiérarchique et le recours contentieux administratif,

n'étaient pas ouverts à la Barcelona Traction. Au surplus, le recours hiérarchique, même s'il était ouvert, aurait été inefficace. Telle est, en quelques mots, la thèse du Gouvernement belge. Examinons-la en commençant par le recours hiérarchique.

Le Gouvernement espagnol avait soumis à la Cour une série de décisions où l'on relève qu'il a toujours été possible d'en appeler au ministre contre les actes de l'Institut des monnaies étrangères, par la voie du recours hiérarchique.

Le professeur Rolin nie le fait même que les décisions citées par le Gouvernement espagnol soient en faveur de l'admissibilité d'un recours hiérarchique. Pour notre part, il nous suffira de remarquer à cet égard que toutes les décisions du tribunal suprême que nous avons citées, ont déclaré les requêtes recevables, même si les délais de recours, calculés à partir de la date des actes de l'Institut des monnaies, étaient écoulés. Si le tribunal suprême a déclaré ces recours recevables, c'est qu'en l'espèce les délais avaient été suspendus justement par l'exercice préalable du recours hiérarchique. Dans ces affaires, il y avait donc eu incontestablement des recours hiérarchiques préalables. Rappelons encore une fois les décisions de la Cour suprême qui forment cette jurisprudence: elles portent les dates des 24 octobre 1957, 21 mars 1959, 5 novembre 1959, 1<sup>er</sup> décembre 1961 et 6 avril 1962. Il y a aussi d'autres décisions dans le même sens, mais elles ne nous intéressent pas parce qu'elles ont été prises sur la base d'un texte qui a explicitement réglé la question. Voilà les références des décisions que j'ai citées: on les trouve dans le répertoire Aranzadi, respectivement aux numéros 1280, 1402, 4292, 4026 et 1649, aux années respectives. J'ai inclus aussi parmi ces décisions celle du 5 novembre 1959, si critiquée par mon estimé contradicteur. L'arrêt, comme on l'a dit, ne nous intéresse pas quant à son fond: ce qui importe, c'est que ledit arrêt a confirmé la nécessité, et par conséquent la possibilité, du recours hiérarchique préalable.

Le Gouvernement belge veut tirer des arguments d'un arrêt isolé de 1943, où il est dit qu'il n'y a pas d'appel possible au ministre contre les actes des organisations portuaires.

Or, Messieurs, comment établir une analogie quelconque entre, d'une part, le cas d'un organisme portuaire dont au surplus la gestion est confiée à des représentants d'intérêts locaux et, d'autre part, le cas de l'Institut des monnaies qui est un organisme relevant de l'administration centrale, créé pour remplir une tâche d'intérêt national? Il y a là vraiment, une fois de plus, un exemple des tentatives de la Partie adverse pour échapper d'une façon quelconque aux conséquences d'une omission que l'on ne saurait justifier.

Pour nier la possibilité d'un recours hiérarchique contre les actes de l'Institut des monnaies, le professeur Rolin a donné encore trois raisons.

Il dit d'abord que, sur la base du règlement de 1935, il n'y avait pas de recours, parce qu'il s'agissait de pouvoirs délégués par le ministre. Or, les pouvoirs de l'institut, loin d'être délégués, sont établis d'une façon autonome par l'article 7 de la loi constitutive et par l'article 5 du statut de l'institut. Tout ce que le ministre aurait, en effet, délégué, ce serait la présidence du conseil d'administration de l'Institut à son sous-secrétaire d'Etat. Et l'on ne saurait affirmer raisonnablement que les actes de l'institut ne pouvaient former l'objet d'un recours parce que la présidence du conseil d'administration avait été exercée par le sous-secrétaire. Au surplus, dans le cas d'espèce, le refus de l'autorisation

dont il s'agit, relevait non pas de la compétence du conseil d'administration, mais de la compétence du directeur général. Cela est établi à l'article 6 du statut de l'institut et se trouve d'ailleurs confirmé dans la demande d'autorisation adressée par M. Speciael justement au directeur de l'institut (exceptions préliminaires de 1963, volume auxiliaire, annexe 64, p. 848).

Des considérations analogues doivent aussi être invoquées à l'encontre du deuxième argument invoqué par la Partie adverse. Le ministre, nous dit-on, avait présidé le conseil d'administration et, de ce fait, on ne pouvait vraisemblablement s'attendre à ce qu'il change la décision de l'institut. Pour notre part, nous précisons encore une fois à cet égard que la décision relevait de la compétence du directeur général; et nous ajoutons que, même si la décision avait relevé de la compétence du conseil d'administration, elle aurait été prise par le conseil et non pas par son président.

Mais admettons, par hypothèse, que l'appel au ministre était manifestement inefficace. La règle de l'épuisement préalable des voies de recours doit s'appliquer quand même, parce que l'épuisement du recours hiérarchique, efficace ou non, constitue en droit espagnol, là où il est prévu, une condition pour que le recours contentieux administratif soit recevable. On n'a pas mis en doute l'efficacité de ce dernier recours, c'est-à-dire du recours contentieux administratif. On peut donc appliquer *a fortiori* dans ce cas ce que disait la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Ambatielos*:

« It would be wrong to hold that a party who, by failure to exhaust his opportunities in the Court of first instance, has caused an appeal to become futile, should be allowed to rely on this fact in order to rid himself of the rule of exhaustion of local remedies. »  
(*International Law Reports*, 1956, p. 339.)

Le troisième argument de la Partie adverse est tiré du fait que la notification du refus était irrégulière, parce qu'une loi de 1889 et le règlement de 1935 exigent que figure, dans l'acte même de notification, l'indication des recours ouverts à l'intéressé. Le professeur Rolin ne dit toutefois pas ce qui arrive dans le cas où l'indication des recours fait défaut. Une hypothèse pareille est certes concevable, mais le défaut d'indication des recours n'implique pas nécessairement l'inexistence des recours. Lorsqu'ils existent, comme c'est le cas en l'espèce, la conséquence du défaut d'indication est fort simple. Ou bien l'on demande la notification régulière et les délais pour les recours commencent au jour où la notification régulière est faite, ou bien on s'abstient de demander la notification de l'acte avec l'indication des recours, et alors les délais restent ouverts. Je me bornerai à citer à ce sujet deux arrêts du tribunal suprême de 1935 (l'un du 23 février et l'autre du 4 mars). En fait, ces délais ont été clos par la suite en avril 1959 par l'effet de l'article 79, paragraphe 4, de la Loi de 1958 sur la procédure administrative.

Monsieur le Président, la conclusion qu'il y avait la possibilité d'en appeler au ministre contre les actes de l'Institut des monnaies n'est pas, du reste, surprenante. L'article 4 de la loi constitutive, qui date du 25 août 1939, dit textuellement: « El Instituto dependerá directamente del Ministerio de industria y comercio. » (L'Institut relèvera directement du ministère de l'Industrie et du Commerce.)

Si, par hypothèse, je dis bien *par hypothèse*, le recours hiérarchique n'avait pas été ouvert, il aurait été possible de former immédiatement un recours de contentieux administratif. Un fait demeure donc: le non-épuisement du recours contentieux administratif.

La Partie adverse a naturellement affirmé que le recours contentieux administratif ne serait pas applicable en l'espèce, et cela parce que l'acte de l'institut relève du pouvoir discrétionnaire. Mais c'est oublier que la jurisprudence espagnole, ainsi que la jurisprudence de la plupart des pays, a reconnu depuis longtemps que discrétionnaire ne signifie pas arbitraire, que *discrétionnaire ne signifie pas manque d'objectivité ni appréciation erronée des motifs et des faits*.

Il nous suffit à cet égard de renvoyer à l'attitude de la jurisprudence relative à la loi de 1894 qui régissait à l'époque le recours contentieux administratif; cette jurisprudence est analysée d'une façon détaillée dans l'étude du professeur Martín-Retortillo sur l'excès de pouvoir en tant que vice de l'acte administratif, parue au volume 23 de la *Revista de administración pública*, pages 83 et suivantes.

Ainsi que l'a dit mon éminent collègue le professeur Reuter, à la fin de sa réplique du 30 avril, selon les vues du Gouvernement belge, les griefs contre la décision de l'Institut des monnaies seraient *prima facie* très solides. Dans ces conditions, les recours dont il s'agit auraient été eux aussi *prima facie* très sérieux. Il est de fait qu'ils n'ont pas été épuisés.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en viens maintenant à l'aspect central de la quatrième exception préliminaire, celui qui vise le non-épuisement des recours internes contre le jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction.

Au cours de la procédure orale on a cherché à nouveau, de l'autre côté de la barre, à déplacer le centre de gravité d'un problème qui, vu par contre dans l'optique qui lui est propre, s'avère d'une singulière simplicité. La Partie adverse n'a pas contesté la possibilité que, dans un pays quelconque, l'on puisse déclarer en faillite une société étrangère. Pour ma part, je voudrais seulement ajouter à cette constatation que la déclaration en Espagne de la faillite de la Barcelona Traction visait une société dont les biens, par l'intermédiaire d'une chaîne de sociétés filiales, se trouvaient tous, étrange hasard, situés en Espagne.

Mais la Partie adverse s'élève contre cette déclaration de faillite, telle qu'elle a été effectuée par le juge de Reus dans un acte qu'elle a même qualifié de monstrueux. Et puisque cette déclaration de faillite est à la base même de la présente affaire, il faut se placer nécessairement dans l'optique qui est propre à la quatrième exception préliminaire.

Quelle est, au fond, l'optique du problème qui nous intéresse?

La Cour se souviendra qu'au début de sa plaidoirie mon honoré contradicteur a bien voulu résumer le point essentiel de mes arguments, à savoir que, dans l'ensemble des événements concernant la faillite de la Barcelona Traction, il y a un fait générateur, le jugement déclaratif de la faillite, que la négligence de la Barcelona Traction elle-même a rendu irréversible. La Cour se souviendra aussi, peut-être, du ton quelque peu dramatique avec lequel mon distingué contradicteur l'a priée de retenir ces deux mots clés: négligence et fait générateur qui, dans sa pensée, devaient être anéantis par la suite de sa plaidoirie. De ce côté de la barre, nous avons attendu avec une légitime curiosité pour voir dans quelle mesure l'on aurait pu débarrasser le terrain de ces deux

mots si gênants pour la Partie adverse, mais notre curiosité a été déçue.

En effet, là où nous avons établi la négligence de la Barcelona Traction du fait qu'elle n'a pas attaqué en temps utile le jugement déclaratif de la faillite par le moyen spécifique de l'opposition, la Partie adverse s'est bornée, encore une fois, à présenter comme non tardif un recours formé au-delà de tout délai utile et à invoquer comme moyens utiles des recours formés par les sociétés filiales, qui ne sont certes pas le failli. Quant à la valeur de la déclaration de faillite comme fait générateur de la suite des événements ultérieurs, la Partie adverse s'est retranchée d'abord derrière cette thèse, si singulière, de la « stérilisation » de la déclaration de faillite, dont la Cour voudra bien apprécier la portée réelle. Et, ensuite, la Partie adverse a entièrement oublié le rôle de ce fait générateur dans le cadre de la règle internationale de l'épuisement préalable des recours internes.

Mon éminent contradicteur a bien voulu nous reprocher l'insistance avec laquelle le Gouvernement espagnol a toujours soutenu la nécessité de vérifier, dès l'abord, si le jugement déclaratif de la faillite a été ou non attaqué *par le failli* au moyen de la voie de recours spécifique de l'opposition. Pour ma part, je ne vois pas comment, en présence d'une déclaration de faillite, l'on peut négliger d'examiner à titre essentiel si le moyen le plus spécifique a été ou non utilisé par le failli.

Le simple bon sens, que mon estimé contradicteur aime à invoquer si souvent, indique à lui seul que, pour apprécier si des recours ont été ou non formés contre une décision déclarative de faillite, c'est bien le recours en opposition ouvert au failli qu'il faut prendre en considération, à titre à la fois préalable et déterminant. Voilà l'importance de l'appréciation de la conduite du failli. Et une négligence quelconque à cet égard a une valeur fondamentale, car aucune situation ne saurait être plus surprenante que celle-ci: en présence d'une déclaration de faillite, le failli ne s'oppose pas.

Quel est le régime de cette opposition? Nous l'avons dénommée *opposition* par commodité, mais en réalité elle consiste dans la requête du failli visant à la révocation de l'acte déclaratif de la faillite (voir mes précisions à cet égard au cours de ma première intervention, II, p. 284). Elle est régie par les articles 1028 et suivants du Code de commerce de 1829 et d'après la disposition de l'article 1028, elle constitue la voie spécifique *ouverte au failli*. Ce recours doit être formé dans les huit jours qui suivent la publication de la déclaration de faillite.

Ce système est tout à fait semblable à celui de la plupart des pays de droit continental, dans lesquels le jugement déclaratif de faillite est prononcé sur la base de situation objective de la cessation des paiements, sans l'intervention du débiteur. Et la défense du failli débiteur est assurée justement par la faculté, qui lui est octroyée, de former opposition immédiatement après la déclaration de faillite.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, il n'est pas contesté entre les Parties au présent différend que la Barcelona Traction n'a exercé aucun recours contre la décision déclarative de faillite dans le délai indiqué. Mais mon estimé contradicteur a précisé au cours de l'audience du 21 avril — je cite:

« que la Barcelona Traction avait, à bon droit, différé sa propre intervention parce que les tribunaux espagnols se trouvaient saisis d'un recours suffisant et parce qu'elle-même pouvait garder en résér-

ve sa propre opposition éventuelle, vu que le délai d'opposition n'avait pas commencé à courir... » (Voir ci-dessus, p. 627.)

Ce recours suffisant serait le recours des sociétés filiales que je laisse de côté pour le moment.

Je prie la Cour de constater dès l'abord que, de l'aveu du porte-parole du Gouvernement belge lui-même, la Barcelona Traction *pouvait* former opposition dans la huitaine à dater du prononcé de la déclaration de faillite et que c'est donc *de sa propre volonté* qu'elle a différé sa propre intervention. Pour le moment, toutefois, puisque pour notre part nous continuons à être *fermement convaincus* qu'il appartient au failli de demander la révocation du jugement déclaratif de la faillite visé à l'article 1028, je laisse de côté, comme je viens de le dire, les actions intentées par les sociétés filiales. Je me concentrerai encore une fois sur la conduite de la Barcelona Traction, qui de l'aveu du porte-parole du Gouvernement belge, a différé son entrée en lice, et ce, prétend-on, parce que le délai prévu à l'article précité n'aurait pas commencé à courir.

Au cours de ma première intervention, j'ai montré que le point de départ du délai est fixé par l'article 1044 du Code de commerce par rapport à la date de la publication du jugement déclaratif de la faillite. J'ai remarqué que d'après l'alinéa 5 dudit article, la publication doit se faire — je cite :

« ... par annonce dans la localité du domicile du failli et dans les autres lieux où il aurait des établissements commerciaux, et son insertion dans le journal de la place ou de la province, s'il en est ».

Mais j'ai montré aussi, au cours de mon intervention du 2 avril (voir II, p. 287 à 290) que l'ensemble des dispositions de l'article 1044 a un domaine d'application territorial dans le sens que toutes les mesures qui y sont visées sont à exécuter en Espagne et en Espagne *seulement*. Il s'ensuit qu'au cas d'une société ayant son siège statutaire à l'étranger, la publication doit se faire au centre de ses activités commerciales en Espagne, parce que, dans l'hypothèse d'une société n'ayant pas de domicile connu en Espagne, c'est à ce lieu qu'il faut se référer sur la base des articles 65 et 66 de la loi de procédure civile.

Je constate qu'aucun argument d'ordre juridique n'a été opposé à la thèse développée au cours de ma première intervention.

Mon estimé contradicteur nous a fait le reproche, tout d'abord, d'avoir avancé là une thèse différente de celle très sommaire indiquée à la page 398 des exceptions préliminaires de 1960<sup>1</sup> et d'avoir été trop laconique dans les exceptions préliminaires de 1963 au sujet du problème de la publication du jugement déclaratif de la faillite. Notre réponse à ces arguments, auxquels la Partie adverse semble attacher grand prix mais qui n'ont pas la moindre valeur juridique, est la suivante.

En ce qui concerne les exceptions préliminaires de 1960, la référence au contenu des dispositions touchant cette matière contenait, nous le reconnaissons volontiers, une erreur, de laquelle d'ailleurs aucune conclusion essentielle n'était tirée. Cela étant, le Gouvernement espagnol rejette de la façon la plus nette l'insinuation d'une « altération » des textes de sa propre loi, que le porte-parole du Gouvernement belge s'est permis de faire à maintes reprises devant la Cour. Le Gouvernement espagnol n'a jamais eu connaissance des observations rédigées par le

<sup>1</sup> C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.

Gouvernement belge en 1960 mais qui n'ont pas été présentées à la Cour à cause du désistement. C'était donc tout à fait spontanément que le Gouvernement espagnol a veillé lui-même à éliminer l'erreur dans ses exceptions préliminaires de 1963.

Dans ses exceptions préliminaires de 1963, I, page 248, le Gouvernement espagnol s'est borné à déclarer que la publication du jugement déclaratif de la faillite avait été réalisée conformément à ses propres lois. Il n'appartenait pas au Gouvernement espagnol d'entrer dans les détails à ce stade de la procédure. Lorsque le Gouvernement belge a contesté dans ses observations, pour la première fois au cours de la procédure, la régularité de la publication sur la base de l'article 1044, je me suis efforcé, en réponse, de démontrer dans ma plaidoirie, *avec tous les détails*, la régularité de ladite publication, et ma thèse n'a pas été rencontrée par des arguments d'ordre juridique.

Ayant ainsi débarrassé le terrain de cet argument, qui ne touche en aucune manière au bien-fondé de la thèse exposée au cours de ma première intervention, je relève maintenant que mon estimé contradicteur a cru pouvoir opposer à ma constatation du caractère territorial de l'article 1044 l'argument que, de ce fait, les sociétés étrangères en Espagne pourraient se trouver dans une situation difficile. Il me suffit de lui répondre à cet égard que, dans tous les pays du monde, il y a des règles ayant un domaine d'application strictement territorial, sans qu'un pareil fait engendre la paralysie de l'activité de toutes sociétés étrangères; et qu'en Espagne, d'après l'article 15 du Code de commerce de 1885, l'activité des sociétés étrangères est régie par la législation espagnole en ce qui concerne leurs opérations commerciales ainsi que la soumission à la compétence des tribunaux espagnols. Ce dernier argument a été développé par moi au cours de l'audience du 2 avril (voir II, p. 288 et suiv.) et n'a nullement été contré.

Le deuxième argument développé par la Partie adverse n'a pas, lui non plus, un caractère juridique. Mon distingué contradicteur, le professeur Rolin, s'est borné à faire la déclaration assez étonnante que je cite: «en fait, ce centre des activités commerciales de Barcelona Traction est inexistant en Espagne» (voir ci-dessus, p. 632).

Mais la Cour se souviendra qu'au cours des procédures orales la Partie adverse a égrené tout un chapelet de déclarations tendant à établir que la Barcelona Traction avait tous ses biens en Espagne. M. Rolin, pour sa part, aimerait faire croire que la Barcelona Traction n'avait, au contraire, que des châteaux en Espagne. La Cour me permettra, en face d'une contradiction aussi flagrante, d'écarter cet argument de la façon la plus catégorique et de renvoyer aux éléments dégagés à l'annexe 8 aux exceptions préliminaires de 1963, concernant justement la localisation en Espagne des affaires de la Barcelona Traction.

La Partie adverse a aussi — et c'est là son dernier argument — prétendu contester la valeur qu'il convient d'attribuer à la confirmation de la parfaite régularité de la publication du jugement déclaratif de la faillite, confirmation contenue dans l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963. (Nouveau document, mars 1964, 2<sup>e</sup> partie, p. 8.) La Partie adverse reproche en effet à la Cour d'appel de ne pas avoir motivé son considérant quant au fait que — je cite: «ledit jugement fut l'objet de la publicité prévue par la loi de procédure civile à travers sa publication dans les bulletins officiels des provinces respectives...» Or, il est certain que l'arrêt de la Cour d'appel ne concernait pas directe

ment la régularité de la publication du jugement déclaratif de la faillite. Il visait le déclinatoire de compétence juridictionnelle qui fut rejeté en tous points. La Cour n'était donc pas tenue de motiver en détail son affirmation incidente touchant la régularité de la publication. Mais cela n'empêche pas de prendre acte que la régularité de la publication a bien été confirmée. Et du reste, encore une fois, la thèse sur laquelle s'appuie la régularité de la publication, sur la base du domaine d'application territorial de l'article 1044, est tellement simple et fondée, que la Partie adverse n'a pas même essayé de la combattre par de véritables arguments d'ordre juridique.

*[Audience publique du 6 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on se souviendra qu'au cours de l'audience de l'après-midi, je vous ai montré que la régularité de la publication du jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction a été confirmée à l'issue du premier tour de discussions orales. Puisque le délai pour demander la révocation a en tout cas comme point de départ la date de la publication de la décision déclarative de la faillite, comme il a été confirmé par l'arrêt du tribunal suprême du 5 juillet 1957 cité dans ma plaidoirie du 2 avril (voir II, p. 287), je suis d'accord avec la Partie adverse, en principe, qu'il serait d'un intérêt secondaire de se pencher sur la question du défaut de notification de l'acte de faillite à la Barcelona Traction. En effet, la notification des jugements déclaratifs de faillite n'est nullement requise par la loi espagnole, mais elle relève du pouvoir discrétionnaire du juge. La Cour sera heureuse de constater qu'il n'y a pas de désaccord essentiel entre les Parties à ce sujet (voir ci-dessus, p. 632-633).

Dans ces conditions, nous avons toutefois jugé utile d'attirer votre attention sur ce point, à un double titre. D'abord, pour rencontrer certaines observations suggérées, bien que d'une façon très prudente, au paragraphe 247 des observations belges. Ensuite, pour une deuxième raison, qui doit être recherchée dans le fait que cette idée de la notification du jugement déclaratif de la faillite est justement à la base de l'acte de comparution introduit par la Barcelona Traction le 18 juin 1948, acte dans lequel la Partie adverse prétend finalement voir la véritable opposition, qui ne serait que tardive, faite par la Barcelona Traction contre le jugement déclarant sa faillite.

C'est justement en se rattachant à la question de la notification que la Barcelona Traction a essayé, dans les procédures internes, par un effort désespéré, d'éviter que ses demandes fussent considérées par les juges comme présentées hors délai. Cet acte du 18 juin est en effet d'un intérêt exceptionnel pour montrer que la Barcelona Traction était tout à fait consciente du caractère tardif de sa prétendue opposition.

Je demande donc à la Cour de se pencher sur cet acte du 18 juin 1948, dont la traduction française figure à l'annexe 125 au mémoire belge de 1962.

La demande de la Barcelona Traction débute par la déclaration suivante:

« Qu'il a été porté à la connaissance de la société que je représente qu'une procédure de faillite la concernant se déroulait devant ce Tribunal et que, bien que ma mandante n'ait encore reçu notifi-

cation d'aucune déclaration judiciaire en ce sens et pour le cas où cette information serait vraie, je compare dans cette procédure pour demander que me soit signifié le jugement (auto) en vertu duquel a été déclarée ladite faillite.»

Déjà, dans cette prémisse, on peut donc admirer le jeu tendant à faire état d'une prétendue connaissance tout à fait fortuite d'une procédure qui était de notoriété publique, qui avait abouti au début à la saisie des biens des sociétés filiales et qui, d'ailleurs, était connue par la Barcelona Traction dès le 13 février, ainsi que l'a admis, le 13 décembre 1948, M. Duncan, dans son rapport à l'assemblée des actionnaires (annexe 47 au mémoire belge de 1962, p. 246 *in fine*).

Mais la partie la plus intéressante de l'acte du 18 juin est celle concernant les deux demandes formulées dans la même pièce de procédure, c'est-à-dire la demande principale et la demande additionnelle. Dans la principale, la Barcelona Traction demande à être considérée « comme ayant comparu... » et qu'il lui « soit notifié le jugement de déclaration de faillite ».

Il ne s'agit certes pas jusqu'ici d'une opposition au sens formel, mais tout simplement d'une comparution et d'une demande de notification qui, il faut le répéter, n'était point justifiée dans un système qui prévoit une forme de publicité tout à fait différente, à savoir la publication. Mais en l'espèce, cette demande de la Barcelona Traction était manifestement faite pour les besoins de la cause, comme on le verra sous peu.

La demande additionnelle visait à faire remarquer, pour sa part, que « dès maintenant et pour le moment opportun... » la société, sur la base des dispositions visant justement la voie de recours ordinaire de l'opposition « demandera la reconsidération [*reposición*] de ladite déclaration de faillite sous réserve que cette demande ne pourra jamais être interprétée comme une soumission aux juges et tribunaux espagnols ».

Je réserve pour le moment la question de la soumission tacite aux tribunaux espagnols. Je souligne ici que, de toute évidence, une telle demande ne constitue pas une véritable opposition au sens formel. Il s'agit tout simplement de ce que l'on pourrait peut-être appeler l'annonce d'une opposition. Contrairement à ce que le Gouvernement belge prétend au paragraphe 242 de ses observations, les articles 1326 et 1327 de la loi de procédure civile n'admettent pas pareille pièce de procédure. Lesdits articles, dont la traduction française figure à l'annexe 32 des observations belges, page 443, prévoient tout autre chose, c'est-à-dire l'amplification des fondements de l'opposition (*la ampliación de la oposición*). Et l'amplification de l'opposition est une chose tout à fait différente d'une opposition précédée par son pur et simple préavis.

En effet, l'amplification des fondements d'une opposition présuppose une opposition au sens formel. Mais le contenu quelque peu inusité de la demande contenue dans l'acte de comparution du 18 juin répond à une technique qui n'est pas difficile à expliquer. Les conseils de la Barcelona Traction savaient très bien que la demande venait d'être formulée trop tard. C'est justement pour éviter que l'opposition ne fût considérée tardive qu'ils demandaient au préalable la notification de la décision déclarative de la faillite. Car ils espéraient pouvoir présenter l'opposition formelle seulement *après* la notification de la déclaration de faillite, afin de rattacher cette opposition à un délai créé artificielle-

ment, ayant cette fois pour point de départ la notification ainsi obtenue.

Voilà donc l'expédient assez ingénieux que l'on a tenté de mettre en œuvre le 18 juin 1948. Et voilà donc expliqués les termes si sibyllins de l'acte en question, dont le caractère est confirmé par la conclusion finale, où l'on prie le tribunal de «... bien tenir dès à présent comme faite en temps et forme mon opposition au jugement de déclaration de faillite de la société». Mais, en même temps, l'on a eu soin de préciser que la demande doit s'entendre, bien entendu, «dans les termes et avec le caractère exposés», c'est-à-dire avec les réserves que l'on vient d'exposer, y compris évidemment celle de considérer que la société *demandera* la reconsidération de la décision de faillite *après* sa notification, et que la société «... le moment venu ... *fondera* en substance son opposition» sur quatre raisons sommairement indiquées.

Vraiment, Messieurs, il serait d'un certain intérêt, au point de vue académique, de chercher à établir en détail la portée véritable d'un document assorti de telles nuances et de telles subtilités. Mais au point de vue qui nous intéresse, son sens ne saurait être plus clair. Évidemment, la Barcelona Traction ne pouvait formuler un acte d'opposition clair et net, sans que sa demande puisse être considérée tardive. Le fait même d'avoir assorti cet acte de la demande préalable de notification de la décision déclarative de la faillite, qui n'était nullement requise d'après la loi, montre la préoccupation de s'assurer, artificiellement, un nouveau délai; mais il montre aussi le caractère assurément tardif de la procédure ainsi entamée.

C'est dans ces conditions, je le répète, que la Partie adverse en arrive à nous présenter aujourd'hui comme n'étant pas tardive une prétendue opposition introduite le 18 juin, alors que la faillite datait du 12 février et que le recours en opposition aurait dû être formé avec un délai de huit jours. La Partie adverse aurait-elle vraiment eu besoin de soutenir une thèse aussi hardie si elle n'était pas pleinement consciente de la faiblesse de sa position?

J'ai pleine conscience, Messieurs, quant à moi, de vous avoir montré en tous points que le jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction n'a pas été valablement attaqué par le failli. Contrairement aux vaines prétentions de la Partie adverse, la négligence de la Barcelona Traction est donc ici pleinement acquise. Dans le cadre d'une série d'événements qui a comme point de départ un jugement déclaratif de faillite, ce point est acquis que le failli n'a pas essayé d'obtenir la révocation de ce jugement, bien que la voie pour le faire ait été à sa disposition. Et aujourd'hui l'on prétend exercer la protection diplomatique en faveur de ce failli, lorsqu'il aurait pu, d'un coup, saper à la base le fait générateur d'une série d'événements, et lorsqu'il a omis de le faire!

Est-ce que, dans ces conditions, si l'on admettait que l'on puisse faire abstraction d'une circonstance aussi incontestable, la règle de l'épuisement préalable des recours internes garderait un sens quelconque?

La Partie adverse soutient toutefois que l'opposition prévue à l'article 1028 du Code de commerce de 1829 aurait été exercée par deux sociétés filiales dans le délai de huit jours, ce qui est d'ailleurs une façon de confirmer encore une fois que la Barcelona Traction, si elle l'avait seulement voulu, aurait effectivement dû former son opposition dans ce même délai.

En réalité, Ebro et Barcelonesa, sociétés filiales, avaient introduit le 16 février une demande de reconsidération de la *partie* du jugement de

faillite qui les concernait. On reviendra plus tard sur cette tentative de « stérilisation », pour employer l'expression de la Partie adverse, du jugement de faillite. Il suffit ici de faire constater qu'il ne s'agissait pas, en tout cas, du moyen prévu par l'article 1028, lequel ne vise que la révocation du jugement déclaratif d'une faillite en tant que tel, c'est-à-dire en tant que jugement visant à mettre un commerçant en état de faillite. Mais la Partie adverse soutient que le 23 février cette demande aurait été transformée par les intéressés en l'opposition visée à l'article 1028. Nous ne croyons pas pour notre part à la réalité d'une telle transformation, vu les nuances, incertitudes et même contradictions dont l'acte du 23 février est assorti. Mais l'on peut se pencher, pour mieux s'en apercevoir, à titre d'exemple, sur le passage suivant de l'acte précité qui figure à l'annexe 33 aux observations belges, vol. II, page 452 :

« Nous utilisons le recours de reconsidération (*reposición*) parce que comme la société, ma mandante [c'est-à-dire l'Ebro], n'a pas été déclarée en faillite, nous n'avons pour le moment pas d'autre moyen valable pour recourir contre la partie de ladite décision qui nous affecte. »

Cette dernière affirmation est inexacte, nous le verrons sous peu. On demande la « reconsidération » nous dit-on, parce que l'Ebro n'a pas été déclarée en faillite. Mais, et voilà la contradiction, la reconsidération visée par l'opposition prévue à l'article 1028 est un moyen que cet article réserve expressément au failli, et Ebro n'a jamais été déclarée en faillite. Ebro le reconnaît elle-même, parce que cette société veut bien admettre que, n'ayant pas été déclarée en faillite, elle ne peut faire usage des voies de recours qui présupposent justement que le demandeur ait été déclaré en faillite. Mais il y a plus; même dans l'acte du 23 février, Ebro continue à demander la reconsidération partielle du jugement de faillite. Elle précise formellement, dans sa conclusion :

« En raison de ce qui a été exposé

Je prie le Tribunal, donnant acte de la présentation de cet écrit avec la procuration annexée pour être jointe au dossier de la manière mentionnée, de bien vouloir considérer qu'a été interposé en temps opportun et dans les formes requises un recours de reconsidération contre le jugement du douze courant déclarant la faillite de la Barcelona Traction, en la partie qui affecte Riegos y Fuerza del Ebro, S.A., le déclarer recevable, y donner suite conformément au droit et en temps opportun statuer à son sujet en y faisant droit, dictant en conséquence une autre décision par laquelle, réformant la décision entreprise en sa partie mentionnée, seront rapportées toutes les mesures décidées en relation avec la saisie (*ocupación*) de l'actif de la société, ma mandante, et les autres mesures contenues dans ledit jugement qui peuvent affecter le patrimoine et l'administration de cette société, en condamnant aux frais de ce recours les parties qui s'y opposeraient.

En conséquence, réitérant la partie dispositive du recours de reconsidération transcrit ci-avant :

Je demande au Tribunal que, même en estimant que Riegos y Fuerza del Ebro n'est en rien affectée par le délai de huit jours que la loi accorde au failli pour attaquer le jugement de déclaration de

faillite, compté depuis qu'il lui a été dûment notifié, qui veuille bien dicter, après la procédure adéquate, un jugement décidant que soient laissées sans effet toutes les mesures adoptées en ce qui concerne la saisie des biens et livres de la société Riegos y Fuerza del Ebro, S.A., ainsi que les autres mesures contenues dans ce jugement qui peuvent affecter le patrimoine et l'administration de cette société, en condamnant aux frais de cet incident la partie ou les parties qui pourraient s'opposer à la juste demande qui y est formulée.»

Je pense pouvoir m'arrêter ici. Il y a une demande additionnelle qui n'ajoute rien à ce que je viens de dire.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si la Partie adverse prétend que la demande contenue dans l'acte du 23 février est une véritable opposition au sens de l'article 1028, peu nous importe. Sans pour autant rien admettre, supposons, par pure hypothèse, que la prétention de la Partie adverse soit exacte. Dans ce cas, Ebro et Barcelonesa n'avaient aucun titre pour se prévaloir de l'article 1028 pour la raison à la fois simple et déterminante que ladite disposition ne vise que l'opposition formée par le failli lui-même. Il suffit de relire le texte dudit article :

« Le commerçant déclaré en état de faillite sans l'avoir préalablement demandé sera admis à solliciter la reconsidération de cette déclaration dans les huit jours suivant sa publication... »

Pas un seul mot quant à la qualité d'autres sujets pour agir à cet effet. Il s'agit donc d'une disposition d'application stricte dont la portée ne saurait être élargie. Et je préviens la Partie adverse, pour l'hypothèse où elle prétendrait m'opposer cet argument subsidiaire, que le droit espagnol autorise les *créanciers* à former opposition contre le jugement déclaratif de la faillite, mais ce non pas sur la base de l'article 1028, mais sur la base de l'article 1170 de la Loi de procédure civile qui admet les créanciers à s'opposer à la décision judiciaire contenant la *declaración de concurso*. Le *concurso de acreedores* est une procédure qui est analogue à la faillite, mais qui affecte les débiteurs n'ayant pas la qualité de commerçant; c'est une procédure analogue à ce que l'on appelait dans le temps la « faillite civile ».

Les dispositions visant cette procédure sont applicables à la faillite à titre supplétif, en vertu du renvoi contenu dans l'article 1319 de la même loi de procédure civile. Or, Messieurs, le fait même que les créanciers soient admis à former opposition contre le jugement de faillite sur la base de l'application conjointe des articles 1170 et 1319 de la loi vient à l'appui de ma thèse, car cette possibilité est reconnue sur la base d'une disposition « expresse », alors que, pour d'autres sujets, il n'y a aucune disposition à cet effet. Au surplus, l'opposition ouverte aux créanciers n'est pas une opposition régie par l'article 1028 du Code de commerce sinon, comme on l'a vu, par l'article 1170 de la Loi de procédure civile, ce qui confirme que l'opposition dont il est question à l'article 1028 du Code de commerce *ne peut être utilisée que par le failli*.

Qu'il me soit permis de faire remarquer à ce propos — entre parenthèses — que c'est justement un tel recours au titre de créancier sur la base de l'article 1170 que Sidro aurait pu utiliser, mais qu'en fait

elle n'a jamais utilisé, en tant qu'obligataire *Prior Lien* de la Barcelona Traktion.

Mon estimé contradicteur a toutefois essayé de trouver un appui pour l'acrobatie juridique à laquelle il s'est livré dans l'opinion exprimée par M. Ramirez dans un livre sur la faillite publié en Espagne en 1959. Je me réfère au passage cité par le professeur Rolin à la page 626 ci-dessus. La thèse de M. Ramirez, d'après laquelle tout intéressé pourrait former opposition contre un jugement déclaratif de faillite prononcé sur requête des créanciers est absolument isolée dans la doctrine espagnole. Elle constitue, en outre, une véritable et assez curieuse erreur, vu les dispositions très claires de la loi espagnole. La thèse de M. Ramirez se fonde sur l'opinion d'auteurs qui *ne sont pas* espagnols. M. Rolin a affirmé que « l'auteur cite constamment des juristes espagnols ». Cette affirmation est tout à fait inexacte par rapport au point qui nous occupe maintenant.

La Cour se souviendra du membre de phrase suivant, qui est contenu dans le passage de l'ouvrage de M. Ramirez, lu par le professeur Rolin et concernant la faillite sur requête: « Ainsi que nous l'avons exposé lorsque nous avons étudié la faillite sur aveu... »

Or, M. Ramirez soutient en effet la même thèse par rapport à la faillite sur aveu, c'est-à-dire la faillite prononcée à l'instance du débiteur lui-même, ce qui constitue aussi une erreur certaine. Mais le point n'est pas là. Ce qui importe, c'est de déterminer l'origine de cette erreur. Or, l'origine de cette erreur est dans le fait que les auteurs cités par M. Ramirez à cet égard, et qui sont donc à retenir aussi dans l'hypothèse envisagée au passage cité par le professeur Rolin, sont tous des auteurs italiens: Satta, Navarrini, Bonelli, Brunetti, Semo, Provinciali, Azzolina. Je me réjouis personnellement de l'honneur fait ainsi par M. Ramirez à mes distingués compatriotes (p. 732, note 22 de son livre que nous mettons à la disposition de la Cour), mais je me permets de faire remarquer que l'opinion exprimée par ces auteurs s'est naturellement formée sur la base de la loi italienne et certes pas sur celle de la loi espagnole. Qu'il me soit donc permis de faire remarquer que l'opinion de mes estimés compatriotes est tout à fait exacte car l'article 18 de la loi italienne sur la faillite, édictée le 11 mars 1942 mais identique sur ce point à l'article 693 de l'ancien Code de commerce italien de 1882, s'exprime de la façon suivante:

« Le débiteur et toute personne intéressée peuvent faire opposition contre le jugement déclaratif de la faillite dans le délai de quinze jours à dater de l'affichage de la décision. »

Telle est la loi italienne. Mais la loi espagnole est tout à fait différente. Elle s'exprime d'une façon bien plus restrictive à l'article 1028, que je cite à nouveau: « Le commerçant déclaré en état de faillite ... sera admis à solliciter la reconsidération de cette déclaration... »

Voilà, Messieurs, l'erreur dans laquelle M. Ramirez est tombé, en invoquant des auteurs italiens dont la loi a une portée bien plus large que celle de la loi espagnole. Il suffit de comparer les textes pour s'en apercevoir.

La Partie adverse a bien voulu invoquer, au cours des exposés oraux, un argument supplémentaire qui est dépourvu de tout fondement.

Mon honorable contradicteur a cru pouvoir soutenir, au cours de l'audience du 22 avril (voir ci-dessus, p. 633) que « ... même si Barcelona

Traction avait agi dans la huitaine ... du prononcé du jugement ... le cours des événements n'aurait pas été modifié » et cela en raison des suspensions de la procédure causées par les deux déclinatoires qui se sont succédé dans les procès internes. Or, il est certain qu'aucune opposition contre le jugement déclaratif de la faillite n'a été *valablement* formée par le failli lui-même.

Mais il est également certain que si l'opposition avait été dûment formée dans la huitaine par le failli, le jugement déclaratif de la faillite n'aurait pu acquérir force de chose jugée. Et il est de toute évidence que si le jugement déclaratif de la faillite n'avait pas acquis force de chose jugée, la procédure de faillite n'aurait pu continuer. Contrairement à la prétention de la Partie adverse, le cours des événements aurait donc été modifié.

J'en viens maintenant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à la question du prétendu défaut de compétence juridictionnelle des juges espagnols pour déclarer la faillite de la Barcelona Traction. Je me suis proposé de ne pas aborder d'une façon quelconque le fond de l'affaire et, partant, je m'abstiendrai d'entamer une démonstration, qui serait d'ailleurs très facile à faire, visant à établir l'incontestable compétence des juges espagnols en la matière. Au point de vue de la quatrième exception préliminaire, la seule question à apprécier est celle de voir si la compétence juridictionnelle espagnole a été ou non valablement attaquée.

En ce qui concerne les effets de l'adhésion de la Barcelona Traction au déclinatoire Boter, j'ai soutenu au cours de ma première intervention que :

Primo, le déclinatoire Boter avait été introduit lorsque le jugement déclaratif de la faillite avait acquis force de chose jugée et il était donc lui-même tardif.

Secundo, en tout cas, même à supposer par pure hypothèse que le déclinatoire Boter ait été formé en temps utile, la Barcelona Traction ne pouvait aucunement s'en prévaloir, parce que cette société était demeurée tacitement soumise à la juridiction espagnole par l'effet de son acte de comparution du 18 juin 1948 et en l'absence d'une dénégation de juridiction valablement soulevée par la voie formelle d'incident (voir II, p. 290 à 293).

La Partie adverse a opposé à mon premier point deux arguments tout à fait formalistes et, au surplus, non fondés en droit. Mais, chose vraiment singulière, mon distingué contradicteur, immédiatement après, s'est limité à deux réserves, sans ajouter aucun argument au sujet de mon premier point et sans formuler aucun argument à propos de mon deuxième point.

Examinons d'abord le premier des arguments invoqués. A propos de ma thèse du caractère tardif du déclinatoire Boter, en raison de la force de chose jugée acquise par l'acte de Reus, mon estimé contradicteur trouve singulier que le déclinatoire Boter, introduit le 30 mars, ait été déclaré recevable par ordonnance du 31 mars. Mon estimé contradicteur oublie toutefois la valeur des ordonnances de recevabilité en droit espagnol. Il suffirait de faire remarquer à cet égard que la valeur véritable de ces ordonnances est clairement précisée par le Gouvernement belge lui-même à la note 1, page 44 de son mémoire de 1962 (I) — et je cite :

« Il est de règle en procédure espagnole qu'un juge saisi d'une demande prononce une décision préliminaire par laquelle il accepte de donner cours à la demande; pareille décision n'implique pas un véritable prononcé sur la recevabilité de l'action, car ce n'est que dans les cas d'irrecevabilité manifeste que le juge refuse d'admettre la demande *a tramite*. »

Il s'agit donc, comme le Gouvernement belge a bien voulu le préciser, d'une appréciation de recevabilité tout à fait formelle et provisoire, qui ne préjuge d'aucune manière la vérification ultérieure du caractère tardif de la demande.

Quant au deuxième argument de la partie adverse, il se rattache au fait que les décisions rendues sur le déclinatoire Boter ne se sont pas bornées à une pure et simple déclaration d'irrecevabilité. Mais le système espagnol à cet égard est celui prévu par l'article 359 de la Loi de procédure civile, d'après lequel le juge a l'obligation de se prononcer en détail sur tous les points litigieux. L'arrêt de la cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963 vous en donne un exemple frappant. Au cours de ma première intervention, je vous ai montré en effet que la cour d'appel de Barcelone a fait état de la forcée de chose jugée du jugement déclaratif de la faillite, et que par cette affirmation elle a dit tout ce qui était nécessaire de dire pour établir dans sa substance le caractère tardif du déclinatoire Boter (voir II, p. 291).

Mais à ce stade, mon estimé contradicteur s'est borné à formuler une réserve très générale touchant l'ensemble de ma thèse principale sur le caractère tardif du déclinatoire Boter; il s'est exprimé de la façon suivante:

« Il va de soi que, pour autant que de besoin, le Gouvernement belge se réserve de faire la preuve du caractère manifestement fallacieux de cette thèse suivant laquelle la contestation de compétence ne serait plus recevable à partir de l'expiration du délai d'opposition. » (Voir ci-dessus, p. 637.)

La Cour comprendra que je ne puisse pas voir, dans une pareille réserve, un argument quelconque contre ma thèse. Si, en formulant ladite réserve, la Partie adverse prétend que la question touche au fond de l'affaire, elle se trompe de la façon la plus nette. Car ma thèse se rattache à la forclusion découlant des articles 76 et 408 de la Loi de procédure civile (voir II, p. 290), et il suffira donc à la Cour, pour en apprécier le bien-fondé, de se pencher sur ces deux articles sans même avoir à effleurer le fond de la présente affaire.

Ce qui est d'ailleurs encore plus singulier, c'est que la Partie adverse se borne *uniquement* à une réserve analogue en ce qui concerne ma thèse subsidiaire, c'est-à-dire la thèse d'après laquelle, même à supposer le déclinatoire Boter introduit en temps utile, la Barcelona Traction est demeurée tacitement soumise aux juges espagnols du fait d'avoir, dans son premier acte de procédure, abordé le fond sans avoir soulevé la question de juridiction par voie formelle d'« incident », seul moyen utile pour le faire. Le professeur Rolin prétend rattacher ma thèse à l'affirmation tout à fait conforme contenue dans l'arrêt de la cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963, et il ajoute: « Le Gouvernement belge se réserve de démontrer, lorsque le moment sera venu, que la décision

qui a été rendue en ce sens est contraire à la doctrine et à la jurisprudence espagnoles.»

Encore une fois, une réserve de ce genre n'est pas un argument, et la Cour n'a aucun besoin d'empiéter sur le fond de l'affaire pour trancher cette question. Encore une fois, la Cour n'a qu'à apprécier la portée des articles de la Loi de procédure civile, sur lesquels ma thèse s'appuie, même en faisant totalement abstraction de l'arrêt de la cour d'appel de Barcelone, bien qu'elle se soit prononcée dans le même sens. Il me suffit donc de renvoyer sur ce point à ma première intervention (voir II, p. 291 à 293) et à faire remarquer qu'il y a lieu de retenir, en l'espèce, les articles 58, 75 et 79 de la Loi de procédure civile, aussi bien que la jurisprudence bien établie du tribunal suprême en la matière, indiquée aux exceptions préliminaires de 1963, annexe 89, page 725.

C'est dans ces conditions que l'on doit examiner la situation de la Barcelona Traction par rapport à sa soumission à la juridiction espagnole dans la procédure de faillite. Et pour apprécier cette question, il ne faut jamais oublier qu'il s'agit ici de vérifier la situation de la Barcelona Traction au moment de sa comparution, c'est-à-dire à la date du 18 juin 1948. A ce point de vue, il n'y a par conséquent pas lieu de prendre en considération le déclinatoire du National Trust qui, en fait, ne fut introduit que le 27 novembre 1948, donc longtemps après.

Bien entendu, nous continuons à soutenir que le déclinatoire du National Trust était tardif — et cela pour les raisons applicables au déclinatoire Boter — et que le National Trust n'avait pas, en droit espagnol, qualité pour introduire un déclinatoire d'autant que la Partie adverse prétend invoquer, pour contrer cet argument, le même passage de M. Ramirez dont je viens de vous montrer l'erreur manifeste.

Mais en tout cas, je le répète, la Barcelona Traction ne saurait faire croire qu'elle a légitimement différé sa propre intervention jusqu'au 18 juin 1948 et que cette intervention ne serait pas tardive du fait que, cinq mois après, un autre sujet, le National Trust, aurait introduit un déclinatoire de compétence juridictionnelle. Les vertus prophétiques ne sont certes pas un argument en cette matière.

Ayant ainsi répliqué à la Partie adverse en ce qui concerne la question du prétendu défaut de compétence juridictionnelle, il me reste à ajouter que le jugement déclaratif de la faillite n'aurait pas non plus pu être attaqué par l'*incident de nullité* formé par la Barcelona Traction le 5 juillet 1948.

Ainsi que je l'ai précisé au cours de ma première intervention (voir II, p. 302) et ainsi que la Partie adverse l'a reconnu (voir ci-dessus, p. 638), un tel moyen n'aurait pu détruire la base de la déclaration de faillite. Mais j'avais précisé au surplus que, suivant la jurisprudence bien établie du tribunal suprême, un tel moyen présuppose à son tour l'épuisement préalable des recours ordinaires. La Partie adverse a reconnu le bien-fondé de cette constatation. Elle a toutefois essayé de soutenir qu'en fait la Barcelona Traction avait formé opposition contre le jugement déclaratif de la faillite et que cette opposition se trouvait paralysée, en sorte que, d'après mon estimé contradicteur «... en bonne justice, les voies de recours devaient être considérées comme épuisées». Mais en fait, comme on l'a vu auparavant, la Barcelona Traction n'a pas valablement formé opposition contre le jugement déclaratif de faillite; par conséquent, la condition préalable à l'introduc-

tion de l'incident de nullité n'était pas remplie et l'argument de la Partie adverse tombe sous le coup d'une pétition de principe.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ayant ainsi confirmé, en face des arguments développés par la Partie adverse, que le jugement déclaratif de la faillite n'a pas été attaqué par le moyen le plus spécifique que l'on puisse imaginer, l'OPPOSITION, avec dix capitales, ma réplique pourrait bien se terminer ici même. La règle de l'épuisement préalable des recours internes est fermement établie dans le sens qu'elle n'est pas respectée lorsque, à un moment décisif, sur un point décisif, on n'a pas fait usage d'un moyen qui aurait d'un seul coup détruit la base même du prétendu grief international. Personne n'oserait nier que la rétractation du jugement déclaratif de la faillite, résultat final visé par l'opposition, aurait eu cet effet.

Je pense vous avoir montré à nouveau que ce moyen n'a pas été valablement utilisé.

Dans ces conditions, c'est surabondamment que je me propose de toucher maintenant à certains points développés par mon éminent contradicteur, afin de préciser que notre position n'a été en rien affectée, et de relever certaines inexactitudes que nous estimons ne pas pouvoir passer sous silence. Bien entendu, le choix de certains points ne préjuge en rien notre position quant aux autres, telle qu'elle résulte de la procédure écrite et de ma première intervention. Si je me vois contraint de renouveler cette réserve, c'est en raison de la tendance de l'autre côté de la barre à voir un signe de faiblesse ou un acquiescement tacite là où, pour notre part, nous nous efforçons tout simplement de n'élucider que les points essentiels du litige.

Ceci dit, Messieurs, je vais examiner les arguments développés par mon estimé adversaire pour accréditer son ahurissante « théorie générale de la stérilisation des jugements de faillite ».

La Cour se souviendra que le jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction a ordonné, dans son dispositif, la saisie des biens, actions, droits et documents de tout genre qui sont la propriété de la Barcelona Traction.

Ensuite, le même dispositif ordonne la saisie des biens des sociétés filiales dont les actions étaient, à concurrence de 100%, la propriété de la Barcelona Traction. A ce propos, on précise que la saisie des actions des sociétés filiales qui étaient la propriété de la société mère avait le caractère d'une occupation *mediata y civilísima*. Certes, il est rare que les décisions des juridictions de première instance soient des exemples de style fleuri, mais si la Cour veut bien se pencher sur le texte du dispositif de l'acte de Reus et surtout sur le passage concernant la saisie des biens de la Compañía Barcelonesa de Electricidad, elle pourra aisément se rendre compte que, contrairement à la prétention de la Partie adverse, l'occupation *mediata y civilísima*, la saisie des actions des sociétés filiales, dont la société mère était la seule propriétaire, n'était pas une conséquence de la saisie des biens des sociétés filiales.

C'est à propos de la saisie des biens des sociétés filiales que l'acte de Reus précise le caractère de la saisie des actions par le fait qu'elles étaient la propriété de la Barcelona Traction. Et cela est tout à fait clair au point de vue logique car ce caractère de la saisie a conféré aux organes de la faillite qualité pour exercer les droits inhérents aux actions des filiales qui étaient la propriété de la Barcelona Traction et, de ce

fait, pour exercer le contrôle des sociétés filiales qui étaient elles-mêmes la propriété de la société mère.

Ayant donné cette précision, je n'entends nullement discuter ici le bien-fondé de l'acte de Reus. Pour notre part, nous considérons que cet acte est entièrement conforme à la loi espagnole et parfaitement justifié du point de vue logique. Mais nous estimons aussi que, pour trancher la quatrième exception préliminaire, la Cour n'a aucunement besoin d'examiner le bien-fondé du jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction. La Cour peut fort bien se borner, dans son appréciation souveraine, à constater qu'il n'a pas été valablement attaqué, et à constater aussi que la Barcelona Traction n'a pas exercé les voies de recours adéquates pour éliminer ce premier anneau de la série et l'empêcher d'engendrer toute la série des événements successifs.

Mon estimé contradicteur prétend toutefois alléguer que les sociétés filiales ont vainement essayé de provoquer au moins la paralysie partielle du jugement déclaratif de la faillite en attaquant la partie de ce jugement visant la saisie de leurs biens. De cette façon, nous dit-il à maintes reprises, et de maintes façons, le jugement déclaratif de la faillite serait devenu « lettre morte », « inoffensif », « platonique » ; il aurait été « purgé », « émasculé », « stérilisé ». Par l'ensemble de ces termes, on a voulu peut-être indiquer que la Partie adverse aurait bien aimé considérer le jugement de faillite comme un véritable « chiffon de papier ».

Il est bien vrai que, dès le début, la Barcelona Traction a commis l'erreur de mépriser ce chiffon de papier. Il semble, d'après mon estimé contradicteur, que la partie de l'acte de Reus visant la qualité *mediata y civilísima* de la saisie des actions des sociétés filiales qui étaient la propriété de la Barcelona Traction avait suscité, auprès des conseils de la Barcelona Traction, une « douce hilarité ». On peut se réjouir de cette réaction, qui au fond est fort salutaire. Il est toujours sain de rire, même si après on doit se désoler de sa propre légèreté. Légèreté telle que le failli ne prend pas même la peine de former son opposition en temps utile. La Barcelona Traction s'estimait à l'abri de toute procédure de faillite. Pendant de longues années, elle avait mis sur pied cet extraordinaire réseau de sociétés filiales, que mon estimé collègue, le professeur Reuter, vous a décrit dans ses détails. Grâce à ce système, la Barcelona Traction estimait donc pouvoir obtenir, le cas échéant, par l'intermédiaire de la chaîne des filiales, la *stérilisation* d'un jugement déclaratif de faillite, sa réduction à l'état de chiffon de papier, alors que tous les biens de la société étaient en Espagne.

Il me serait très aisé, Messieurs, de m'élever contre une telle prétention et de montrer que, si pareil système devait être admis, on aurait trouvé la formule magique pour braver toute possibilité de faillite et ce précisément dans le pays où tous les biens d'une société sont situés, et pour se soustraire de la sorte au paiement des dettes. Quelle aubaine pour certaines sociétés!

Mais je préfère me borner aux données du cas d'espèce pour faire ressortir qu'ici ce jeu ne pouvait pas réussir. Il ne pouvait pas réussir pour la raison à la fois simple et déterminante que le failli n'avait pas valablement formé son opposition contre le jugement déclarant sa faillite. Et, de ce fait, les sociétés filiales qui constituaient le patrimoine du failli devaient nécessairement en supporter les conséquences. Les recours des sociétés filiales n'étaient pas « frappés de malédiction » ; ils étaient frappés par la loi et même par la logique.

L'exemple d'Ebro est significatif à cet égard. Ebro essaya d'abord, le 13 février, d'obtenir une reconsidération du jugement déclaratif de la faillite pour la partie qui l'intéressait (stérilisation). Nous estimons que les sociétés filiales n'avaient pas qualité pour ce faire. Mon estimé contradicteur s'élève, très indigné, contre notre déclaration d'après laquelle les sociétés filiales n'avaient point d'intérêt en la matière. Il est pourtant exact qu'en droit elles n'avaient pas d'intérêt, en ce sens qu'elles n'avaient pas de titre à demander la reconsidération, même partielle, du jugement déclaratif de la faillite. Mais, contrairement à ce que mon estimé contradicteur prétend faire croire, cela n'implique pas qu'un tiers, dont les biens sont saisis au cours de la procédure visant la faillite d'un autre sujet, soit dépourvu de toute protection judiciaire. Bien au contraire, l'article 1532 de la Loi de procédure civile prévoit une action spécifique à ce sujet. Il s'agit de la *terceria de dominio*, action revendicatoire tendant à séparer du patrimoine du failli les biens qui sont la propriété d'un tiers. Un tiers, un tiers véritable, qui n'est pas lié au failli par un lien établi par le failli lui-même pour les besoins de la cause, ne peut donc jamais être frappé, en Espagne, par une faillite qui ne le concerne pas.

En fait, ni le 13 février, ni le 23 février, les sociétés filiales n'ont prétendu exercer cette *terceria de dominio*. Mais, en fait aussi bien qu'en droit, les sociétés filiales ne pouvaient ne pas supporter les conséquences de la négligence de la Barcelona Traction, qui avait omis de demander elle-même, en tant que failli, la reconsidération du jugement déclaratif de la faillite. Car toutes les actions des sociétés filiales appartenaient à la Barcelona Traction, et donc au failli. Le défaut d'opposition de la Barcelona Traction contre un jugement déclaratif de faillite, qui avait conféré aux organes préposés à la faillite l'exercice des droits découlant de la propriété des actions constituant le patrimoine de la Barcelona Traction, ne pouvait pas manquer d'affecter le sort des sociétés filiales.

Messieurs, la situation était en effet très simple, bien plus simple que ce que mon estimé contradicteur aimerait faire croire. D'une part, les organes préposés à la faillite s'efforçaient de retenir les biens des sociétés filiales dans le patrimoine du failli, pour la raison, qui ne saurait à aucun titre être contestée, que les actions des sociétés filiales appartenaient dans leur totalité à la société mère, dûment déclarée en faillite. De l'autre côté, la société mère n'ayant pas valablement formé opposition contre le jugement déclarant sa faillite, tout effort des sociétés filiales pour se soustraire à leur destin était voué à l'échec, parce que le défaut d'opposition du failli avait rendu inattaquables les pouvoirs octroyés aux organes préposés à la faillite. Et, à un moment donné, les organes préposés à la faillite ont remplacé, dans l'exercice des droits découlant des actions saisies, les organes des sociétés filiales.

Au cours de l'audience du 21 avril, mon estimé contradicteur, en examinant l'acte de Reus, a fait une déclaration qui résume, avec la clarté qui lui est habituelle, le véritable point essentiel du problème des recours des sociétés filiales contre le jugement déclaratif de la faillite. Et je cite :

« ... il saute aux yeux que le seul effet pratique immédiat du jugement déclaratif de faillite, le seul trouble réel apporté au groupe de la Barcelona Traction, c'est le fait qu'elle a perdu [et M<sup>e</sup> Rolin

veut bien reconnaître que « ce n'est pas sans importance »] le contrôle des sociétés auxiliaires... »

Donc, la Barcelona Traction a perdu le contrôle des sociétés auxiliaires!

Et c'est dans ces conditions que la Barcelona Traction a estimé opportun de ne pas s'opposer au jugement déclaratif de la faillite et de susciter plutôt les actions judiciaires des filiales dont elle savait avoir perdu le contrôle!

[Audience publique du 6 mai 1964, après-midi]

Avant de continuer ma réplique, je voudrais donner, si vous le permettez, Monsieur le Président, une courte précision au sujet de la jurisprudence espagnole en matière de recours administratif contre les actes du pouvoir discrétionnaire, que j'ai traités au cours de l'après-midi d'hier. Je me réfère plus spécialement à l'article de M. Martin Retortillo pour préciser que les références à la jurisprudence espagnole en la matière se trouvent aux notes 43, 44, 108 et 124 de cette étude. Une analyse de la même jurisprudence se trouve aussi dans un autre article du même auteur paru dans le volume XXII de la *Revista de Administración Pública*. Bien entendu, cette revue aussi nous la gardons à la disposition de la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs, la Cour se souviendra que je me suis livré ce matin à l'examen de tentatives visant à engendrer la paralysie partielle du jugement déclaratif de la faillite. J'espère vous avoir montré avec succès que cette prétendue « stérilisation » du jugement déclaratif de la faillite n'était pas réalisable en l'espèce. Elle ne pouvait aboutir, en raison justement de la négligence de la société déclarée en faillite. Même à cet égard donc, le jugement de la faillite montre en tous points sa valeur de fait générateur de la série des événements successifs.

J'ai ainsi terminé l'examen de ce point mais qu'il me soit permis, Monsieur le Président, d'ouvrir à présent une courte parenthèse à propos de la conclusion finale de cette procédure de faillite.

En effet, la Partie adverse s'est tellement élevée contre la conclusion de cette procédure et tout particulièrement contre la vente des biens de la Barcelona Traction que nous nous voyons contraints de faire une très courte mise au point à cet égard. Il me suffira donc de préciser que les conditions prévues pour l'adjudication des biens comprenaient la faculté, pour le failli, de présenter à son tour dans un délai de neuf jours un autre enchérisseur qui se substituerait à l'adjudicataire dans des conditions identiques, et pour l'adjudicataire, de céder les biens à un tiers. Et c'est justement en se prévalant de cette dernière disposition que Fecsa, adjudicataire des biens, a fait savoir à Sidro qu'elle était disposée, en raison de la campagne publicitaire déclenchée sur l'affaire, à céder aux mêmes conditions les biens ainsi adjugés.

Cette communication figure à l'annexe 214, page 822 du volume IV des annexes au mémoire belge de 1962.

La réponse de Sidro ne nous intéresse pas. Ce qu'il nous importe d'observer, c'est qu'en acceptant la condition très simple de payer les dettes de la Barcelona Traction, la société aurait pu, par la voie de cette option, conserver la propriété des biens.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de l'avis du Gouvernement espagnol la négligence de la Barcelona Traction, bien qu'en tous points

établie par rapport au moyen le plus spécifique pour attaquer le jugement déclaratif de la faillite et suffisant donc à démontrer que la règle de l'épuisement des recours internes n'a pas été respectée, se révèle aussi dans la non-utilisation incontestée de certains moyens extraordinaires.

Au cours de ma première intervention, tout en retenant les divers éléments déjà dégagés au cours de la procédure écrite, je me suis toutefois borné à prendre en considération le plus pertinent de ces moyens extraordinaires, eu égard au grief formulé par le Gouvernement belge. Encore une fois, la Partie adverse a cru voir un signe de faiblesse dans ces efforts de simplification et elle a voulu considérer comme satisfaisante la riposte qu'elle a essayé de donner à cet égard dans ses observations écrites. Pour notre part, nous estimons que les arguments dégagés dans les exceptions préliminaires de 1963, annexe 89, gardent toute leur valeur, mais à ce stade de la procédure nous ne demandons qu'à en laisser, le cas échéant, l'appréciation à la Cour, sans y ajouter les autres éléments qui pourraient être dégagés.

En ce qui concerne toutefois le recours en revision, j'estime opportun de répondre de façon spécifique à mon savant contradicteur, étant donné que ce moyen touche d'une façon directe au contenu de la demande internationale et étant donné qu'il n'est pas contestable que son utilisation aurait pu écarter, le cas échéant, l'ensemble du grief.

La Partie adverse estime, par contre, que ce moyen n'aurait pas constitué, en l'espèce, une voie utile, ni en droit ni en fait. J'aborderai séparément ces deux affirmations, l'une et l'autre non fondées.

Au cours de ma première intervention je vous ai montré, Monsieur le Président, que le recours en revision, bien que prévu par la lettre de la loi pour attaquer les jugements dénommés *sentencias*, peut valablement être utilisé pour attaquer tout jugement, y compris les *autos*, lorsqu'ils ont acquis force de chose jugée au sens matériel. Un jugement déclaratif de faillite non attaqué en temps utile par le moyen de l'opposition tombe donc à toutes fins utiles sous le coup de cette définition (voir II, p. 298 et suiv.).

Mon estimé contradicteur s'est efforcé de réfuter mon raisonnement pour deux raisons. La première c'est que: « l'assimilation d'un *auto* à une *sentencia* n'est pas admissible, étant donné qu'il s'agit là de catégories différentes de décisions judiciaires ». (Voir ci-dessus, p. 640.)

Or, cet argument non seulement n'est pas fondé mais il est au surplus en contradiction formelle avec des précisions données par le Gouvernement belge lui-même quant à la portée des expressions employées par la Loi de procédure civile espagnole. En effet, l'annexe 53 au mémoire du Gouvernement belge de 1962 contient une note sur la définition des diverses catégories de jugements en Espagne. Or, cette note indique que:

« Les décisions des cours et tribunaux en Espagne se divisent en trois catégories principales: les *providencias* (terme qui est conventionnellement traduit dans le présent mémoire par « ordonnance »), les *autos* et les *sentencias* (ces deux termes sont traduits indifféremment dans le présent mémoire par « jugement »). »

Donc, le Gouvernement belge admet dès le début qu'un même terme peut désigner indifféremment et les *autos* et les *sentencias*, et surtout que les deux sont bien des jugements. Mais il y a plus. La note précitée du Gouvernement belge poursuit en paraphrasant l'article 369 de la Loi de procédure civile qui donne justement la définition des diverses catégories

de décisions judiciaires. Il ressort dudit article que les *autos* sont des décisions qui tranchent des questions incidentes ou des points litigieux déterminés. Mais il est évident qu'il s'agit là d'une définition d'ordre très général, qui ne touche pas à la véritable nature de certains *autos* ayant par contre un caractère spécial. Et assurément la nature de l'*auto* déclaratif de la faillite est spéciale car celui-ci, à défaut d'opposition, loin de se borner à trancher une question incidente ou un point déterminé, touche directement et d'une façon définitive aux droits du sujet déclaré en faillite.

Mais la portée générique des définitions découlant de l'article 369 de la Loi de procédure civile est expressément reconnue dans la note belge précitée qui termine, sans le moindre commentaire, avec la précision suivante :

« La doctrine constate cependant que la Loi de procédure civile elle-même ne s'en tient pas strictement à ces définitions, dans l'usage qu'elle a fait ultérieurement des trois termes en question. »

Quelle est la portée de cette constatation de la doctrine dont le Gouvernement belge a bien voulu donner acte? Elle vient tout à fait à l'appui de la thèse développée par le Gouvernement espagnol devant cette Cour. La véritable nature de toute décision judiciaire ne découle pas du terme utilisé pour la désigner mais de sa portée et de ses effets réels. La décision déclarative d'une faillite est dénommée *auto* parce qu'il s'agit d'une procédure spéciale au cours de laquelle cette décision peut être écartée à la suite de l'opposition. Mais la véritable nature de la décision n'est pas celle d'un *auto*, eu égard à la possibilité que, à défaut d'opposition, elle acquière force de chose jugée au sens matériel. Et c'est bien cette nature de la décision en question qui ouvre la voie à l'utilisation en l'espèce du recours en revision.

Le deuxième argument invoqué par mon estimé contradicteur vise à établir que le jugement déclaratif d'une faillite ne posséderait pas la force de chose jugée au sens matériel. Le professeur Rolin affirme à ce propos qu'un jugement déclaratif est mis à néant par une décision ultérieure lorsque le failli a désintéressé ses créanciers ou que la liquidation de la faillite aboutit à ce résultat. Cette affirmation n'est toutefois pas exacte.

La procédure de faillite prend assurément fin lorsque le failli a désintéressé ses créanciers ou que la liquidation de la faillite est achevée. Mais cela n'entraîne pas la rétractation du jugement déclaratif de la faillite. La décision du juge au stade final déclare tout simplement la clôture de la procédure.

Le professeur Rolin a ensuite invoqué l'article 1252 du code civil pour en déduire que la chose jugée au sens matériel présuppose l'existence dans l'affaire de parties en litige, d'un objet et d'une action judiciaire intentée par une partie, alors que le failli n'est pas partie à la procédure. Cet argument est tout à fait formaliste, car l'article 1252 du code civil parle d'une façon générique de « parties » au pluriel, afin de couvrir dans un seul membre de phrase toute hypothèse possible. En admettant l'interprétation de mon estimé contradicteur, il faudrait en déduire aussi qu'un jugement prononcé par défaut ne saurait jamais acquérir force de chose jugée, ce qui, je pense, doit être bien loin de sa pensée.

Mais le grand rempart de la Partie adverse c'est cet arrêt du 22 mars 1963, dont le professeur Rolin a fait tant de cas. Mon estimé contradicteur a cru voir dans cet arrêt deux éléments qui viendraient à l'appui de sa

thèse. Il a toutefois oublié d'indiquer les données du cas d'espèce. Il me suffira en effet de combler cette lacune pour vider son argument de tout contenu. Nous gardons à la disposition de la Cour un exemplaire du répertoire de jurisprudence Aranzadi où cette décision est reproduite. Le point touché par le professeur Rolin figure à l'avant-dernier considérant, qui est ainsi libellé :

« Considérant que l'on ne saurait qualifier de *sentencia ejecutoria* [il ne s'agit pas de *sentencia firme*] le jugement déclaratif de faillite que le requérant invoque en tant que telle, en premier lieu parce que ce n'est pas même une *sentencia* et, en second lieu parce qu'une telle décision n'est pas non plus exécutoire au sens où l'entend la loi aux fins de l'article 1695, étant donné qu'elle est susceptible de modification à n'importe quel stade de la procédure d'exécution collective où serait décidée la révocation [*reposición*], comme l'est aussi le jugement portant qualification de la faillite auquel fait référence l'article 1386 de la Loi de procédure civile, lorsqu'il ne s'agit pas d'une faillite frauduleuse, comme le prescrit l'article 921 du Code de commerce. »

Mon estimé contradicteur a oublié en effet de vous dire que, dans l'affaire tranchée par cet arrêt, le jugement déclaratif de faillite *avait été dûment attaqué par le moyen de l'opposition* et que l'opposition était encore en cours au moment de l'introduction de la demande sur laquelle le tribunal suprême a été appelé à statuer. Or, la Cour se souviendra que nous avons soutenu que le jugement déclaratif d'une faillite est assorti de la force jugée lorsqu'il n'est *pas* attaqué, tandis qu'en cas d'opposition, c'est en effet la décision rendue à l'issue de l'opposition qui possède la force de chose jugée. L'arrêt cité par la Partie adverse a fait donc justement remarquer que le jugement déclaratif de faillite peut être modifié lorsque sa révocation [*reposición*] a été demandée. Encore une fois, il suffit de faire remarquer qu'à l'inverse, le jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction n'a pas été dûment attaqué.

Quant à l'autre élément que le professeur Rolin prétend dégager du même arrêt, il s'agit toujours de la qualification de l'acte de déclaration de faillite comme un *auto* et non pas comme une *sentencia*.

M. Rolin nous a donné une traduction tout à fait erronée du passage en question. D'après lui (voir ci-dessus, p. 641), l'arrêt précité aurait décidé que « ... on ne peut pas qualifier *sentencia firme* le jugement déclaratif de faillite... ». Par contre, comme on l'a lu, l'arrêt du tribunal suprême dit que le jugement déclaratif de faillite ne peut être qualifié de *sentencia ejecutoria* dans le seul sens que ce jugement n'est pas un acte susceptible de donner lieu à un pourvoi en cassation sur la base de l'article 1695. Cet article vise le pourvoi en cassation dans certains cas qui peuvent se produire au cours d'une procédure exécutoire. Et c'est bien à cet égard que l'arrêt précité fait remarquer que le jugement déclaratif de faillite est susceptible de modification lorsqu'il a été fait opposition et qu'il ne peut donc, dans ces conditions, donner lieu à un pourvoi en cassation.

Voilà donc, Messieurs, pourquoi l'arrêt du 22 mars 1963 ne saurait être invoqué à un titre quelconque dans la présente affaire, une fois rétabli dans son texte exact et épuré des erreurs de traduction faites par la Partie adverse.

Mon estimé contradicteur a cru pouvoir terminer sur ce point en me mettant au défi de produire une décision du tribunal suprême qui aurait

statué sur un recours en revision contre un jugement déclaratif de faillite. Pour ma part, j'avais déjà précisé au cours de ma première intervention qu'il n'y a pas d'arrêt spécifique en la matière (voir II, p. 300 et suiv.). Il s'ensuit que je pourrais à mon tour mettre au défi mon estimé contradicteur de produire une décision du tribunal suprême déclarant irrecevable un recours en revision contre un jugement déclaratif de faillite.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, puisque nos positions respectives demeurent tout à fait opposées et en l'absence de décisions spécifiques des juridictions espagnoles en la matière, qu'il me soit permis d'attirer l'attention de la Cour sur l'attitude adoptée par les juges internationaux dans des conditions semblables. Je me bornerai à une très courte référence à la doctrine énoncée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B n° 76, page 19 et à la confirmation de cette doctrine qui ressort de la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 16 décembre 1961 dans l'affaire *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*. Cette décision s'exprime textuellement de la façon suivante — je cite :

« ... s'il existe un doute quant à la question de savoir si une voie de recours déterminée peut être ou non de nature à offrir une chance réelle de succès, *c'est là un point qui doit être soumis aux tribunaux internes eux-mêmes*, avant tout appel au tribunal international... »

Mon estimé contradicteur a au surplus essayé de contester en fait la possibilité pour la Barcelona Traction d'attaquer l'acte de Reus par un recours en revision, et cela à un double titre.

Il s'est penché d'abord sur l'exemple que j'avais soumis à la Cour lors de l'audience du 2 avril (voir II, p. 295 à 298), touchant les manœuvres frauduleuses du demandeur visant à dissimuler le domicile du défendeur. Le professeur Rolin a pris mon expression au pied de la lettre et s'est empressé de répondre qu'en l'espèce les demandeurs à la faillite n'avaient pas dissimulé le domicile réel de la Barcelona Traction, puisqu'ils s'étaient bornés à signaler que la société n'avait pas de siège social en Espagne. La Cour voudra bien, toutefois, apprécier à la lumière de la jurisprudence rappelée au cours de ma première intervention, qu'à supposer que, comme la Partie adverse le prétend, la publication de l'acte de Reus ait dû se faire au lieu du siège statutaire à l'étranger, la formule employée par les demandeurs était bien de nature à fourvoyer le juge sur une voie détournée. C'est bien là la notion de manœuvres frauduleuses selon la loi espagnole.

Au cours de ma première intervention, j'avais posé à la Partie adverse, Monsieur le Président, une alternative très nette. Le recours en revision est ouvert, d'après l'article 1796, alinéa 4, de la Loi de procédure civile, et je cite : « ... lorsque le jugement définitif aura été obtenu indûment par subornation, violence ou toute autre machination frauduleuse ».

Vu la portée si large de cet article, j'avais précisé que le Gouvernement belge ne peut écarter l'obstacle du défaut d'utilisation du recours en revision qu'à la condition « d'avouer d'une façon très nette que les allégations qu'il prétend prouver devant la Cour ne constituent pas, en aucun cas, des machinations frauduleuses telles que celles susceptibles d'ouvrir, selon le droit espagnol, le recours en revision ».

Je voudrais aussi souligner qu'il s'agit d'un recours qui se déroule devant le tribunal suprême.

Sans prendre une position claire à l'égard de cette alternative, mon estimé contradicteur s'est livré à une longue diversion pour établir la portée du grief de déni de justice formulé par le Gouvernement belge. Pour ma part, je m'abstiens d'aborder le fond de la présente affaire. Mais je ne peux pas manquer de faire ressortir le caractère si fuyant que la Partie adverse a dû attribuer à son grief, afin d'échapper aux fourches caudines de la non-utilisation du recours en revision. Si la Cour veut bien se pencher sur l'exposé si ingénieux de mon estimé contradicteur, elle pourra aisément constater quelle serait la portée réelle du prétendu déni de justice qui risque de se réduire pratiquement à un manque de délicatesse de la part des juges.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde maintenant la dernière partie de ma réplique, qui concerne toute l'activité déployée en Espagne, après le prononcé de la faillite, par la Barcelona Traction aussi bien que par d'autres sujets. La position du Gouvernement espagnol à cet égard, telle qu'elle découle de ma première intervention, peut se résumer en trois points.

Primo, en fait aussi bien qu'en droit, le jugement déclaratif de la faillite est le fait générateur de la procédure de faillite. Le jugement déclaratif de la faillite ayant acquis force de chose jugée par défaut d'opposition, la faillite devait nécessairement se dérouler jusqu'à la liquidation des biens.

Secundo, en fait, aussi bien qu'en droit, la Barcelona Traction devait attaquer le jugement déclaratif de la faillite. Une omission déterminante de la part du sujet privé est donc acquise.

Tertio, en droit, la règle de l'épuisement préalable des recours internes n'est pas respectée lorsque le particulier, dont on prétend assurer la protection diplomatique, aurait dû attaquer, par des moyens existants et adéquats, le premier anneau d'une série d'événements dans lesquels on prétend voir les éléments d'un grief d'ensemble de déni de justice.

Dans ces conditions, nous avons conclu que, pour trancher la quatrième exception préliminaire, la Cour n'a à examiner pour ces trois points, sans prendre à aucun titre en considération les actions judiciaires entamées en Espagne qui ne visaient pas le jugement déclaratif de la faillite.

En établissant cette conclusion, nous n'avons pas admis, et nous n'admettons pas, que les recours internes aient été épuisés vis-à-vis d'un élément quelconque de la procédure qui s'est déroulée à la suite de la déclaration de faillite. Nous avons tout simplement demandé à la Cour de constater que, si l'omission de la part de la Barcelona Traction à propos du premier anneau de la chaîne est établie, elle est déterminante et elle suffit à démontrer que la règle de l'épuisement préalable des recours internes n'a pas été respectée en l'espèce.

Mon estimé contradicteur a bien admis, pour sa part, que

«... dans un certain sens on peut qualifier le jugement déclaratif de faillite de fait générateur en ce sens qu'aucune des décisions ultérieures survenues dans le cadre de la faillite, aucun des abus que nous avons dénoncés dans la requête et le mémoire comme entachant lesdites décisions, ne seraient concevables s'il n'y avait pas eu d'abord un jugement déclaratif de faillite » (voir ci-dessus, p. 647).

Mais il s'est empressé aussitôt d'ajouter que «... la question est de voir si chacune de ces décisions devait intervenir telle qu'elle est intervenue avec les vices qui l'entachaient » (voir ci-dessus, p. 647).

L'erreur qui entache ce raisonnement est triple.

En ce qui concerne d'abord le fait générateur, la Partie adverse oublie entièrement que ce fait générateur n'est pas constitué en l'espèce par *n'importe quel jugement*. Il s'agit, en l'espèce, d'un jugement déclaratif de faillite *non attaqué* en temps utile par les moyens appropriés. C'est un fait générateur qui devient irréversible à la suite d'une *omission* de la part de celui qui avait titre pour l'attaquer, et dont on prétend assurer ici la protection diplomatique. Cette omission, on le verra sous peu, ne pouvait manquer d'exercer un rôle déterminant et nécessaire sur la procédure ultérieure.

En deuxième lieu, la Partie adverse oublie que son prétendu grief international est un grief d'ensemble. A l'occasion de la partie de sa plaidoirie consacrée au non-épuisement du recours en revision, mon estimé contradicteur nous a donné des précisions quant à la portée réelle du grief du Gouvernement belge. Il a justement parlé à cet égard de grief d'« ensemble », et il a ajouté — je cite :

« Le grief de déni de justice, à supposer qu'il fût recevable [dans le procès interne, bien sûr], n'avait pas la moindre chance d'être accueilli s'il était formulé à l'égard du jugement de faillite ou de l'une quelconque des décisions ultérieures prises isolément; c'est seulement la répétition des mêmes symptômes inquiétants dans la série des décisions qui se sont suivies de 1948 à 1956 et même ultérieurement qui devra, suivant le Gouvernement belge, convaincre la Cour du bien-fondé de l'accusation de déni de justice qui est à la base de la requête... » (voir ci-dessus, p. 645).

Le grief d'ensemble, Messieurs, loin de laisser de côté le jugement déclaratif de la faillite, prend ce jugement comme point de départ. Le jugement déclaratif de la faillite, d'après la Partie adverse, n'est pas seulement, lui aussi, vicié, il est carrément « monstrueux ». Donc, toute la procédure de faillite, toute la chaîne des événements, relevait d'un premier anneau « monstrueux », que la Barcelona Traction n'avait pas pris la peine d'attaquer d'une façon valable. Et le grief, que le Gouvernement belge prétend formuler, est un « grief d'ensemble » qui vise toute la procédure, mais qui est en même temps frappé par la négligence de la Barcelona Traction à l'égard de ce qui constitue la racine même de la procédure. Au point de vue de l'application de la règle internationale sur l'épuisement des recours internes, l'idée même du « grief d'ensemble » devrait amener la Cour à retenir que la Barcelona Traction avait la possibilité d'arracher la racine de la procédure de faillite et que la société a omis de s'en prévaloir.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en viens finalement au troisième vice qui entache le raisonnement de la Partie adverse. La Partie adverse oublie que toute la procédure de faillite qui s'est déroulée en Espagne a comme point de départ le fait que le jugement de Reus avait acquis force de chose jugée. Or, un point est certain à cet égard : si la Barcelona Traction avait dûment formé opposition dans la huitaine suivant le jugement déclaratif de la faillite, ce jugement n'aurait jamais pu acquérir force de chose jugée. C'est bien sur la base de la force de chose jugée acquise par l'acte de Reus du seul fait de l'échéance des délais sans qu'il ait été formé opposition par le failli, que la procédure ultérieure s'est déroulée.

La prétendue suspension des recours n'a pas empêché la poursuite de la procédure de faillite, pour cette même raison qu'il existait un jugement assorti de la force de chose jugée. Donc, si la Barcelona Traction avait dûment formé son opposition, il n'y aurait pas eu de chose jugée et la situation aurait été tout à fait différente. Et c'est bien là la raison pour laquelle l'omission de la Barcelona Traction a, par elle-même, une valeur déterminante. Si la Barcelona Traction une fois déclarée en faillite s'était comportée comme un plaideur normal, comme un failli normal, elle aurait dû se prévaloir du moyen le plus spécifique qui était à ce moment-là à sa disposition. De l'aveu même de la Partie adverse, il n'a pas été impossible à la Barcelona Traction d'utiliser ce moyen. Elle a cru, nous dit-on, pouvoir différer son intervention. Le défaut d'opposition de la part de la Barcelona Traction ne résulte donc que de sa volonté délibérée.

Dans ces conditions, on ne saurait vraiment admettre la Partie adverse à invoquer des actions judiciaires entamées contre certains anneaux de la procédure de faillite, alors que le fait générateur de cette procédure, que l'on prétend au surplus lui aussi entaché des vices les plus grossiers, a fait l'objet d'une omission délibérée de la part de la Barcelona Traction. Nous estimons qu'une telle omission a un caractère définitif pour toutes les raisons que je viens de dégager.

Une telle conclusion se rattache au surplus au sens véritable de la règle internationale qui exige l'épuisement préalable des recours internes. Un moyen spécifique, l'opposition, et un moyen extraordinaire, le recours en revision, auraient pu arracher d'un seul coup la base du grief formulé par le Gouvernement belge. Si la non-utilisation d'un de ces moyens est établie, la règle de l'épuisement préalable des recours internes joue son rôle de règle stricte, qui doit, en conséquence, s'appliquer. Ce principe est énoncé dans ses termes les plus clairs par la Commission européenne des droits de l'homme dans sa décision précitée dans l'affaire *Relimag S.A. c. la République fédérale d'Allemagne*; la Commission s'est exprimée dans les termes suivants:

« La règle de l'épuisement des voies de recours internes est stricte et doit s'interpréter en conséquence; ... il suffit donc, pour qu'un requérant n'ait pas épuisé les voies de recours internes, qu'il ait omis d'user sur un point déterminé d'une des voies de recours qui lui étaient ouvertes, à supposer qu'en soulevant ce point devant les juridictions internes, il eût eu quelque chance de faire aboutir l'ensemble de sa demande critiquant une seule et même mesure. » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. IV, 1961, p. 407.)

Vraiment, Messieurs, on ne saurait imaginer un exemple plus typique d'application dudit principe, que l'affaire dont la Cour est actuellement saisie. Il est hors de doute que, soit en exerçant le recours ordinaire de l'opposition, soit en formant le recours extraordinaire en revision, la Barcelona Traction aurait pu anéantir la décision déclarative de sa faillite. La Barcelona Traction a donc eu *deux* chances au moins, pas une seule, de supprimer de la façon la plus radicale la base même du grief, qu'elle prétend aujourd'hui porter sur le plan international par les soins du Gouvernement belge. Deux chances au moins, je le répète, là où une seule aurait suffi à atteindre le but essentiel.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en face de la négligence de l'intéressé, la règle de l'épuisement des recours internes joue donc

son rôle de règle d'interprétation stricte. Le particulier que l'on prétend protéger a eu toute sa chance de faire valoir son grief de façon complète dans le cadre des procédures internes. Dans notre espèce, il s'est abstenu de s'en prévaloir. La demande du Gouvernement belge doit par conséquent être déclarée définitivement irrecevable.

Je remercie encore une fois la Cour pour sa patience et pour sa bienveillante attention.

---

## RÉPLIQUE DE M. AGO

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

[Audience publique du 6 mai 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au cours de la première plaidoirie consacrée à la troisième exception préliminaire, nous nous sommes efforcé surtout de rétablir dans leur réalité les données du problème et de ramener quelque clarté dans les débats.

Notre effort a-t-il porté? C'est à la Cour de l'apprécier car, à écouter nos honorables contradicteurs, nous avons eu souvent l'impression d'avoir parlé en vain.

Sans se soucier le moins du monde du risque d'aboutir à des contradictions manifestes ou de nier l'évidence, la Partie adverse a persisté, en premier lieu, à affirmer comme des vérités absolues ses thèses inadmissibles concernant la nature et la portée de la demande belge, dernière édition, et à répéter sa version actuelle de l'historique de cette demande. Prétendant donc s'en tenir au terrain qu'ils ont choisi à présent, dans l'illusion qu'il leur serait moins défavorable pour construire le prétendu *jus standi* de la Belgique, nos contradicteurs ont cru pouvoir avant tout se débarrasser, par des raisonnements ingénieux, certes, mais très peu percutants, des conséquences du fait que le principal «actionnaire» belge qui serait l'objet de la protection de son gouvernement en l'espèce, n'a nullement la qualité juridique d'«actionnaire» de la société prétendument lésée. Cette opération réalisée, ils ont eu recours, une fois de plus, à propos de la soi-disant protection des actionnaires, aux mêmes propositions, qui vont à l'encontre des principes essentiels du droit international en matière de condition des étrangers, de responsabilité et de protection diplomatique, aux mêmes interprétations forcées des résultats de l'analyse de la pratique, aux mêmes faux rapprochements entre des situations dépourvues du moindre rapport entre elles, aux mêmes efforts pour utiliser à leurs propres fins des notions qui ne s'y prêtent nullement et, finalement, aux mêmes tentatives, vraiment naïves, de renverser les rôles quant à la charge de la preuve.

La Partie adverse ne s'est même pas inquiétée de devoir faire violence aux principes auxquels elle avait elle-même déclaré souscrire, ni d'avoir à renoncer aux intentions qu'elle avait elle-même manifestées de démontrer l'existence d'une règle coutumière spéciale qui, en dérogation auxdits principes, serait venue à l'aide de ses thèses. Cette preuve s'étant révélée impossible, on n'a pas hésité, de l'autre côté de la barre, à proclamer comme un postulat l'existence d'une prétendue règle générale établissant, en toute hypothèse, la légitimité de la protection des actionnaires à la suite de préjudices causés à la société. Après quoi, on a cru pouvoir nous déclarer, tout simplement, qu'il nous appartiendrait à nous de démontrer l'existence et l'applicabilité en l'espèce d'une restriction à cette règle, à savoir d'une autre règle particulière qui prohibe-

rait exceptionnellement ce qui, autrement, serait tout à fait normal.

Puisque telle est l'attitude de la Partie adverse, nous pensons surtout devoir prier la Cour de bien vouloir se reporter à l'argumentation déjà développée au cours de notre précédente plaidoirie. Si nous sommes néanmoins forcés de réagir contre les assertions inadmissibles de la Partie adverse, si nous sommes parfois amenés à reprendre et à poursuivre notre tâche de clarification des données essentielles du problème et des notions dont il faut tenir compte, nous nous efforcerons de le faire aussi brièvement que nous le pourrons. Nous nous efforcerons d'éviter, autant que possible, les répétitions, conscients que nous sommes de l'ennui que doit représenter pour la Cour l'énoncé réitéré d'idées qui n'ont pas même, hélas, l'agrément de la nouveauté. Si, parfois, nous n'y arrivions pas, nous nous en excusons d'avance auprès de la Cour.

Le point de départ de toute cette affaire — on ne l'a que trop dit — est représenté par certains actes, certains « agissements », réels ou prétendus, d'organes de l'Etat espagnol. Ces agissements — certains actes administratifs et certaines décisions judiciaires, selon les précisions apportées par M. Devadder le 15 avril (p. 314, II) — auraient causé, selon l'accusation adressée à l'Espagne, un préjudice internationalement illicite à une société commerciale de nationalité canadienne. En effet, le Gouvernement national de cette société avait prétendu voir dans ces actes, lorsqu'ils s'étaient produits, la violation d'obligations internationales de l'Etat espagnol envers l'Etat canadien, un fait illicite international consistant en un déni de justice et engendrant, à ce titre, à la charge de l'Espagne, une responsabilité internationale et une obligation de réparation envers le Canada.

Le Gouvernement canadien qui, depuis 1911, date de la fondation de la société en question l'avait déjà entourée de sa protection constante, est donc promptement intervenu et a fait valoir ses réclamations par une activité diplomatique extrêmement intense, diversifiée et prolongée. Qu'il me soit permis de dire à ce propos que nous comprenons mal l'insistance avec laquelle nos honorables contradicteurs s'efforcent de dissimuler à leurs propres yeux une réalité aussi incontestable. Quelle utilité peut-il y avoir à dire (p. 575-576 ci-dessus) que l'action diplomatique du Canada se serait déroulée pendant un peu plus de trois ans (ce qui d'ailleurs ne serait pas négligeable), alors que cette action s'étend du mois de mars 1948 au mois de mars 1955? Et comment ose-t-on dire que l'intervention du Canada n'a jamais eu pour but une protection efficace des intérêts des actionnaires de la Barcelona Traction, *ni même de la société comme telle*, alors que les interventions canadiennes ont été, pendant plusieurs années, bien plus nombreuses et plus pressantes que celles du Gouvernement belge et que, pour la plupart, les notes belges n'étaient que le double de celles que l'ambassade britannique présentait simultanément pour le compte du Canada? Comment concevoir d'ailleurs qu'un gouvernement puisse se donner tant de peine, pendant tant d'années, sans avoir pour objectif une action efficace? Il suffit de relire les notes canadiennes pour se rendre compte de l'insistance avec laquelle ce gouvernement soulignait que sa protection concernait non seulement les sociétés canadiennes touchées par la faillite, mais aussi les intérêts qui y étaient groupés.

J'ai déjà dit, au cours de mon premier exposé oral, que le Gouvernement espagnol a fait face à cette action du gouvernement national de

la société en contestant de la manière la plus vigoureuse les assertions du Gouvernement canadien au sujet des prétendues violations d'obligations internationales: il a défendu les justes prérogatives de ses organes judiciaires; il a fourni les éléments les plus détaillés pour convaincre le Gouvernement canadien de l'inconsistance, quant au fond, des griefs qu'il lui adressait; il a même pris des initiatives auxquelles il n'était nullement tenu, pour que certaines des mesures qui lui étaient reprochées se trouvent justifiées de la manière la plus sûre et la plus incontestable. Mais le Gouvernement espagnol n'a pas songé un seul moment, pour abrégé le dialogue, à mettre en doute la qualité du Gouvernement canadien à intervenir au titre de la protection diplomatique de la société qui se prétendait lésée par les actes ou omissions d'organes de l'Etat espagnol. Il savait parfaitement que, la société étant canadienne, et faute d'éléments permettant de contester le caractère effectif de cette nationalité, il ne pouvait pas nier qu'en droit international c'est au Gouvernement canadien que revenait le titre à la protection diplomatique de la société.

Il ne l'a donc jamais fait, même lorsque, en décembre 1951, le Canada a formulé sa proposition, réitérée en 1952, de recourir à l'arbitrage; tandis qu'au contraire il a immédiatement contesté, et avec la dernière énergie, la qualité du Gouvernement belge lorsque, à la même époque, celui-ci aussi a pensé pouvoir parler d'arbitrage. Il y a là la meilleure et la plus décisive des réponses à la question toute gratuite que M. Lauterpacht a cru pouvoir poser (voir II, p. 542) afin de savoir si l'Espagne se serait abstenue de soulever une exception de non-recevabilité basée sur l'absence d'un lien effectif entre la Barcelona Traction et le Canada, au cas où le Canada aurait eu la possibilité de saisir la Cour d'une requête dirigée contre l'Espagne.

Le professeur Sauser-Hall, quant à lui, n'a certes pas posé de telles questions. Toutefois (voir ci-dessus, p. 561) il a prétendu qu'en signalant certains éléments qui montrent l'intérêt nécessaire du Canada à l'égard de la Barcelona Traction et de ses filiales, également canadiennes — éléments qui, à mon avis, empêchent même l'Espagne, seule habilitée à le faire, de nier le caractère effectif du lien de nationalité de ces sociétés avec le Canada — je n'aurais insisté que sur la présence au Canada du National Trust représentant les intérêts des obligataires et des créanciers; je serais par contre passé, comme chat sur braise, tant sur la participation actionnaire canadienne dans la société, que sur la présence du siège social à Toronto. S'il veut bien se donner la peine de relire les pages 523 et 524 ci-dessus, il pourra constater qu'il se trompe entièrement à ce sujet. Et il verra que, même avant le fait du siège social à Toronto, j'ai mentionné un autre fait, plus important pour la loi canadienne et, en général, pour les lois d'origine anglo-saxonne et pour de nombreuses autres: celui de l'enregistrement, de l'*incorporation*. L'*incorporation* représente, beaucoup plus que le siège, le lien fondamental d'une personne morale avec un pays donné, la raison de son allégeance envers ce pays: c'est l'acte par lequel la personne morale, qui autrement n'existerait pas, est créée sur la base de l'ordre juridique d'un Etat; c'est l'acte par lequel un Etat fait qu'elle puisse naître et exister comme une entité distincte, qui désormais vivra jusqu'à sa mort en vertu des lois du pays créateur et sous la tutelle de ces lois, et qui ne pourra cesser d'exister qu'en vertu d'autres actes accomplis eux aussi dans le cadre du même système juridique.

Et puisque nous sommes dans le sujet, je mentionnerai aussi quelques autres éléments. Le Gouvernement belge et nos honorables contradicteurs ont insisté à plusieurs reprises sur l'importance des administrateurs d'une société et de la composition des organes qui en déterminent l'action, en nous laissant presque entendre que, dans ce domaine, tout aurait été belge. Même les partisans de la soi-disant théorie du contrôle attribuent à juste titre une importance décisive à ce facteur. M. Sauser-Hall lui-même l'a fait, au moment où, dans sa plaidoirie du 17 avril (voir ci-dessus, p. 573), il a voulu faire une prétendue application de la théorie du contrôle, non pas pour en tirer les conclusions que normalement ses auteurs en tirent quant à la nationalité de la société et à la protection diplomatique de la société, mais pour y appuyer d'une manière toute personnelle et, disons-le, contradictoire avec l'essence même de la théorie, son idée du *disregard* pour la personnalité morale et de la protection des actionnaires.

« L'intérêt effectif dans une société [nous a-t-il dit], pourra aussi résulter de la composition du conseil d'administration, de la composition de la direction, lorsque, en majeure partie, il comprendra des étrangers qui exerceront une influence décisive sur la société. »

Le professeur Rolin le dernier, dans sa plaidoirie du 21 avril (voir ci-dessus, p. 621) a lui aussi insisté particulièrement sur l'importance des « cerveaux ». Il nous a dit aussi que la Barcelona Traction et ses filiales c'était bonnet blanc et blanc bonnet; que c'étaient les mêmes hommes qui agissaient et qui avaient quelque chose en commun: la cocarde belge. Or, Messieurs, quelle était la composition des conseils d'administration de la Barcelona Traction et de ses filiales canadiennes au moment de la déclaration de faillite? La Barcelona Traction avait elle-même un conseil de quinze membres. Quatre de ses membres étaient canadiens, deux britanniques, deux américains, deux espagnols: les belges étaient quatre. Sur quatre *officers* de la société, trois étaient canadiens; un seul, le président, était belge. En ce qui concerne l'Ebro, si mes informations sont exactes, les canadiens étaient sept, les espagnols cinq, les belges avaient en tout deux vice-présidents et un conseiller. Dans la Catalonian Land, tout était canadien.

Cette situation n'était-elle pas quelque peu insuffisante pour que l'on puisse considérer comme décisive l'influence des administrateurs belges sur les sociétés et négligeable celle des administrateurs canadiens?

Nous espérons qu'étant donné cette situation, notre éminent contradicteur, le professeur Sauser-Hall, ne voudra plus insister sur les insinuations qu'il a cru pouvoir énoncer quant au prétendu manque d'intérêt du Canada à propos de la Barcelona Traction et quant au fait qu'en intervenant en faveur de cette société le souci du Gouvernement canadien n'aurait pas été de sauvegarder les intérêts de la Barcelona Traction et ceux de l'Ebro. Le contenu des notes canadiennes donne, d'ailleurs, un démenti tellement formel à de telles prétentions, qu'on ne voit pas comment on a pu avoir l'idée de les avancer.

[Audience publique du 7 mai 1964, matin]

En ce qui concerne la protection diplomatique de la Barcelona Traction exercée par le Canada, toutefois, il y a encore quelques aspects qui méritent d'être soulignés; et je prie la Cour de me pardonner si

je retiens ici son attention pendant quelques moments encore, afin de pouvoir donner en même temps, par ce que je dirai, une réponse à la question qui a été posée à ce propos par M. le juge Jessup.

Il a fallu au Gouvernement espagnol une longue et patiente action diplomatique pour amener finalement le Gouvernement canadien à comprendre son point de vue et à cesser de faire valoir des réclamations juridiques dont l'Espagne ne pouvait pas admettre le fondement, pour contenir son action en faveur de la Barcelona Traction dans les limites d'un appui apporté à des arrangements privés. Et si l'on a obtenu ce résultat, ce n'est pas à cause du défaut d'intérêt du Gouvernement canadien, intérêt réaffirmé une fois de plus au cours de la visite faite par l'ambassadeur du Canada au ministre espagnol des Affaires étrangères en juillet 1954, et, plus tard, dans la note du même ambassadeur du 21 mars 1955.

Quant au contenu de cette note, il est intéressant de l'examiner par rapport à la suggestion faite par M. Dean dans son long télégramme du 15 février 1955, reproduit comme annexe 13 au nouveau document des observations et conclusions belges, suggestion d'obtenir des autorités canadiennes qu'elles se joignent aux autorités belges dans une démarche commune. Il est évident, que, si cette suggestion de se joindre au Gouvernement belge en ce qui concerne la protection de la Barcelona Traction a été faite au Gouvernement canadien, ce dernier ne l'a pas suivie. Il a tenu, au contraire, à agir d'une manière complètement indépendante et sans prendre en considération, dans sa démarche, ni une action éventuelle des autorités belges, ni les liens éventuels de M. Dean avec la Sidro, ou, mieux, avec la Sofina. Le Gouvernement canadien a tenu, lui aussi, dans la note du 21 mars 1955, à souligner en particulier son souci que, dans les arrangements visés, soient respectés les droits non seulement du National Trust, mais aussi et avant tout du *receiver* de la Barcelona Traction, nommé par le tribunal de l'Ontario et agissant sous son contrôle comme un fonctionnaire de ce tribunal, de ce *receiver* dans les mains duquel se trouvaient réunis tous les pouvoirs de direction et d'administration de la société, ainsi que la possession et le contrôle de tous ses biens. Si le Gouvernement canadien jugeait une telle précaution nécessaire, c'est que vraisemblablement il nourrissait des préoccupations touchant l'intention des groupes, des intérêts desquels M. Dean s'occupait, de respecter les droits du *receiver* de la société canadienne qui était confiée à ses soins, et des tiers dont sa présence représentait également la garantie.

Quelques mois plus tard, comme il ressort de la lettre du 1<sup>er</sup> juillet 1955, déposée maintenant au Greffe par le Gouvernement belge, M. Dean écrit à nouveau au secrétaire d'Etat canadien pour les Affaires étrangères, M. Pearson, pour suggérer une démarche vigoureuse auprès du Gouvernement espagnol de la part de différents ambassadeurs, américain, canadien, belge. Il évoque aussi, quoique avec scepticisme, l'éventualité d'obtenir l'accord de l'Espagne à un arbitrage sur la base du traité hispano-canadien ou, éventuellement, du traité hispano-belge. Nous ne connaissons pas le texte de la réponse envoyée par M. Pearson à M. Dean le 12 juillet, mais dans la lettre postérieure du 19 juillet, produite par le Gouvernement belge, on ne fait aucune mention d'actions éventuelles de la part du Gouvernement belge ou américain et l'on se borne à rappeler l'action que le Gouvernement canadien a déjà exercée en vue d'obtenir les bons offices du Gouvernement espagnol. On indique au surplus que

la conviction acquise par le Gouvernement canadien est qu'un règlement satisfaisant du différend concernant la Barcelona Traction doit être recherché dans des conversations privées entre les intéressés, et que le Gouvernement canadien n'entend pas indiquer au Gouvernement espagnol les mesures qu'il devrait prendre.

Quant à la forme dans laquelle se manifestait à ce moment l'intérêt du Canada pour l'avenir de la Barcelona Traction, on se demande vraiment à quel titre le Gouvernement belge pense pouvoir le minimiser en remarquant, comme il le fait à la page 109 des observations (I), que la note canadienne du 21 mars 1955 « ne concernait que l'introduction d'un intermédiaire envoyé par la Sidro auprès des autorités espagnoles et faisait appel aux bons offices de ces dernières en vue d'arriver à un arrangement satisfaisant ». La Belgique, au même moment, ne faisait pas autre chose que demander elle aussi, de son côté, au Gouvernement espagnol, de recevoir M. Dean et d'adopter une attitude susceptible de favoriser des arrangements privés. Elle ne fera rien du tout, d'ailleurs, après la lettre du 21 mars 1955, jusqu'au moment où, en décembre 1956, les groupes intéressés lui auront signalé leur « trouvaille » quant à la possibilité d'exploiter l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies pour reprendre l'affaire et amener l'Espagne devant la Cour internationale de Justice.

Il y a, à ce propos, à la page 561 ci-dessus, une phrase du professeur Sauser-Hall qui est fort révélatrice, celle où il indique que le Canada aurait finalement renoncé, en fait, à poursuivre son intervention, « n'ayant avec l'Espagne aucun lien juridictionnel qui lui permettait de lui imposer une solution arbitrale ou judiciaire du différend ». Ce n'est donc pas le Gouvernement canadien, qui, aux dires mêmes de nos adversaires, à un moment donné, a cessé d'avoir de l'intérêt pour la Barcelona Traction : ce sont les particuliers intéressés qui ont trouvé que la protection canadienne, qui les avait si bien servis pendant tant d'années, n'était plus intéressante, parce que le Canada ne disposait pas d'un traité avec l'Espagne pouvant se prêter aux spéculations qu'ils espéraient échafauder sur le traité hispano-belge de 1927, à la suite de l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies. C'est au moment de cet événement que cessent les pressions des intéressés sur le Gouvernement canadien pour qu'il intervienne encore en leur faveur, car, au contraire, ses titres à la protection diplomatique de la Barcelona Traction sont devenus gênants pour l'opération qu'on envisage d'entreprendre. On a désormais intérêt à ce que le Canada s'efface de la scène pour mieux établir la position de la Belgique. Et, à cet égard, je voudrais rappeler encore un fait à propos duquel nous ne connaissons pas directement la vérité et que nous ne pouvons qu'assumer, toute réserve faite, dans la version qui nous en est fournie par nos honorables contradicteurs (voir p. 561 ci-dessus), à savoir le fait que — ce sont les mots dont ils se servent :

« ... le Canada n'a réagi en aucune façon lorsque la Belgique l'a informé de son intention de porter l'affaire de la Barcelona Traction devant la Cour internationale de Justice, en lui communiquant le texte de sa première requête du 15 septembre 1958 ».

En fait, le Canada semblait avoir fixé, désormais, son attitude à l'égard de l'affaire de la Barcelona Traction à la suite, soit de l'étude et de l'approbation des résultats de la commission internationale d'experts, soit des explications ultérieures abondamment fournies par le Gouvernement espagnol au cours d'années de correspondance diploma-

tique et d'entrevues verbales. Pour sa part, il n'avait vraisemblablement pas l'intention de revenir sur l'attitude adoptée dès 1954, consistant à contenir désormais son action en faveur de la Barcelona Traction dans les limites d'un simple appui à des arrangements privés, et ce, à la condition qu'ils ne soient réalisés au détriment d'aucun de ceux qui avaient des droits à faire valoir.

En même temps, le Canada avait laissé comprendre quels étaient ses sentiments à propos de certaines avances du Gouvernement belge en vue de s'insérer plus officiellement dans l'affaire, au moment où il avait opposé un refus aux pressions faites par ce Gouvernement pour qu'un Belge fût inclus dans la commission internationale d'experts et, plus tard, au moment où il avait décliné la suggestion de s'associer au Gouvernement belge aux fins d'une démarche commune en faveur des négociations de M. Dean.

Maintenant, si ce que l'on nous dit est vrai, à savoir que le Gouvernement canadien n'a même pas jugé opportun de manifester une réaction quelconque lors de la communication par la Belgique de son intention d'introduire, elle, une requête devant la Cour à propos de la Barcelona Traction, je trouve que ce silence plein de dignité montre mieux que toute réponse quelle était la véritable réaction de ce gouvernement, dont l'intervention avait été sollicitée avec tant d'insistance jusqu'alors et qu'à présent on laissait de côté parce qu'on trouvait plus utile de mettre en avant quelqu'un d'autre.

Monsieur le Président, Messieurs, en passant maintenant à l'action exercée par le Gouvernement belge, je me référerai au fait que M. l'agent du Gouvernement belge, dans sa réponse du 3 avril dernier (p. 317, II), a tenu à nier catégoriquement que la Belgique (contrairement à l'impression que le Gouvernement espagnol avait logiquement eue lors des premières démarches) ait jamais eu l'intention d'appuyer une démarche canadienne qui, dit-il, « n'était même pas mentionnée dans la note belge ». M. Devadder a tenu à affirmer que l'intention de son gouvernement était, dès le début, d'accomplir un « acte caractérisé de protection diplomatique ». Puisqu'il le dit, nous ne voulons pas engager une discussion sur ce point, mais nous voudrions faire remarquer à notre honorable contradicteur qu'il enlève par là aux démarches belges la seule justification qu'elles auraient pu avoir.

M. l'agent du Gouvernement belge a tenu à nous dire aussi que ce n'était pas la première fois que la Belgique agissait de la sorte à propos de la Barcelona Traction, et qu'en 1936 déjà, quelque chose de semblable était arrivé. En effet, le document qu'il produit montre que, le 17 septembre 1936, le consul général de Belgique à Barcelone avait écrit au président du conseil de la Généralité de Catalogne pour protester contre la destitution et le remplacement, par les syndicats des travailleurs, du personnel de direction et du personnel technique de la Barcelona Traction; et, pour justifier sa lettre, le consul général alléguait les intérêts que la Sidro avait alors dans la Barcelona Traction.

A cette époque, toutefois, le Gouvernement belge ne pensait justement pas intervenir d'une manière indépendante et sans tenir compte des droits de l'Etat national de la société. Au contraire, il indiquait qu'il se joignait à l'intervention des gouvernements de S.M. britannique auprès du ministre d'Etat à Madrid. Et, chose également digne de mention, le président du conseil de la Généralité de Catalogne répondait justement au consul général de Belgique qu'il était déjà en rapport, au sujet de

l'affaire mentionnée dans la lettre, avec le consul général de Grande-Bretagne. Par quoi l'auteur de la réponse, qui vraisemblablement n'était pas un technicien du droit international, a pourtant bien su faire comprendre à son interlocuteur que le Gouvernement belge n'avait pas de titre autonome à intervenir en la matière. La démarche resta donc sans effets.

Par contre, les interventions de l'ambassadeur britannique à Madrid pour le compte du Canada et celle du consulat général de Grande-Bretagne à Barcelone furent à l'ordre du jour pendant toute cette période et ce fut l'ambassade britannique qui assista l'Ebros pour la remise en possession de ses biens et le déblocage de ses comptes bancaires à la fin de la guerre civile. Mon éminent contradicteur, le professeur Sauser-Hall, est donc mal informé lorsqu'il prétend (ci-dessus, p. 561) qu'il n'y aurait eu, de la part du Canada, avant le litige actuel, que de simples appuis amicaux pour des questions de tarifs ou d'autorisations de devises. Et il se trompe plus encore lorsqu'il voudrait présenter l'action belge de 1936 comme la seule « véritable intervention » diplomatique faite à une occasion où les droits des actionnaires de la Barcelona Traction étaient menacés de façon particulièrement grave.

On hésite quelque peu à en croire ses yeux, d'autre part, lorsque, à la page 318, II, on lit qu'au moment où le Gouvernement belge trouvait « préférable » de « laisser l'initiative au Gouvernement canadien » aux fins de la constitution d'une commission internationale d'experts, le même Gouvernement belge n'aurait « pas songé un instant, en adoptant cette procédure, à reconnaître au Canada un droit préférentiel quelconque à exercer la protection diplomatique dans cette affaire ».

*Extraordinaires assertions!* Tout d'abord, l'initiative de la création de la commission internationale d'experts a été prise par l'Espagne et non pas par d'autres. En deuxième lieu, les gouvernements qui pouvaient prendre une telle initiative étaient soit celui de l'Espagne, soit celui du Canada, et le Gouvernement belge n'avait rien à prendre et n'avait rien à laisser, ni à l'un ni à l'autre. En troisième lieu, en ce qui concerne la protection diplomatique, le Gouvernement canadien n'avait pas un droit *préférentiel* en la matière: il était *le seul* à avoir un droit, et il l'avait indépendamment de toute gracieuse reconnaissance de la part de la Belgique. Et l'on a vu que, précisément à cette occasion, le Gouvernement canadien a bien su se faire comprendre lorsque les pressions belges se sont faites trop insistantes.

Mais, pour ne pas abuser de la patience de la Cour par des considérations trop longues sur ces points, je me bornerai à dire que l'agent du Gouvernement belge, et à sa suite le professeur Sauser-Hall, sont vraiment mal fondés à vouloir accréditer aujourd'hui l'idée que le Gouvernement espagnol aurait eu le tort d'engager le dialogue avec le Gouvernement belge et de rester plus de trois ans sans contester le *jus standi* du Gouvernement belge dans l'affaire de la Barcelona Traction. L'opposition du Gouvernement espagnol a été établie immédiatement, dès qu'il a pu se rendre compte que, contre toute vraisemblance, le Gouvernement belge prétendait vraiment avoir un *jus standi* à lui.

Le Gouvernement espagnol a réagi de la manière la plus nette dès qu'il a constaté que la Belgique avait sérieusement l'intention d'intervenir pour son propre compte; qu'elle avait l'intention d'invoquer les violations du droit international qu'elle prétendait voir dans les « agissements » espagnols, comme s'il s'était agi de violations d'obligations internatio-

nales de l'Espagne envers la Belgique; de prétendre, en conséquence, avoir elle-même des droits à faire valoir sur le plan international à propos du traitement fait en Espagne à une société canadienne. S'il y a eu jamais une attitude ferme, claire et constante, c'est celle du Gouvernement espagnol à cet égard; et personne ne le sait mieux que le Gouvernement belge qui, au moment même où il allait déposer sa requête auprès de la Cour, tenait à rassurer le Gouvernement espagnol qu'il aurait pu faire examiner et trancher par la Cour la question essentielle du défaut de qualité du Gouvernement belge, avant toute discussion sur le fond de l'affaire.

Je ne crois pas avoir à ajouter d'autres commentaires à ce sujet.

Monsieur le Président, Messieurs, après ces quelques considérations en réponse aux allégations de la Partie adverse touchant la protection diplomatique exercée par le Canada en faveur de la Barcelona Traction et l'attitude adoptée par le Gouvernement espagnol face à cette protection et face aux prétentions du Gouvernement belge d'intervenir dans l'affaire, je me propose maintenant de répliquer successivement aux différentes thèses qui ont été avancées du côté belge sur les points fondamentaux en discussion entre les Parties.

Je prendrai donc en considération les arguments développés par nos honorables contradicteurs, touchant en premier lieu la question du sens et de la portée véritables de la demande belge actuelle; en deuxième lieu la possibilité de considérer une certaine personne morale de nationalité belge comme «actionnaire» de la Barcelona Traction; et, en troisième lieu, l'admissibilité en droit international d'une protection diplomatique d'actionnaires à la suite d'un préjudice causé par un Etat à une société étrangère.

En ce qui concerne la première question, je répéterai avant tout qu'elle est très claire et qu'elle consiste à savoir si l'on doit considérer ou non comme admissible la nouvelle version soutenue par la Partie demanderesse: la version qui voudrait maintenant présenter comme objet de sa protection non plus la société commerciale canadienne Barcelona Traction et ses filiales également canadiennes, mais la société belge Sidro et quelques autres ressortissants belges qu'on dit être actionnaires de la Barcelona Traction. Les développements que j'ai eu l'occasion de consacrer à cette question au cours de mon intervention du 23 mars (voir II, p. 194 à 204), avaient pour but de démontrer:

- 1) que la prétention de présenter cette nouvelle version était elle-même inadmissible, compte tenu de la définition de l'affaire donnée par la première instance introduite à son égard et, bien avant cette première instance, par la correspondance diplomatique qui l'a précédée;
- 2) que de toute manière la nouvelle version qu'on voudrait présenter n'est pas véridique, la demande belge ayant conservé, même aujourd'hui, le sens et la portée d'une demande fondée sur la protection de la société Barcelona Traction en tant que telle.

A propos de ces questions, nous avons dû constater, dans les réponses de nos différents contradicteurs, les divergences de vues les plus marquées.

Le point de vue le plus extrême a été celui de M. Lauterpacht au début de sa plaidoirie du 15 avril (voir II, p. 506). Pour lui, la présente action est juridiquement tout à fait distincte de la précédente et aucune référence à la procédure instaurée en 1958 et ayant fait l'objet du désistement en 1961 ne saurait altérer le caractère de l'action dont il s'agit

aujourd'hui. « La présente affaire » donc, selon les dires de M. Lauterpacht, « concerne la protection de ressortissants belges » et prétendre autre chose ce serait combattre des moulins à vent. Il s'agit là d'une position — n'en déplaise à mon savant ami — quelque peu facile. Il ne suffit pas de donner à ses affirmations un ton apodictique pour qu'elles deviennent vraies; et il ne suffit pas non plus de se trouver du côté opposé au pays de Cervantes pour pouvoir affirmer que ses contradicteurs combattent des moulins à vent, surtout quand il s'agit d'une question qui donne des sueurs froides à ses propres confrères.

A l'extrême opposé se situe le professeur Van Ryn qui, de son côté, voit à d'autres effets tout le danger de dire que nous nous trouverions aujourd'hui devant une nouvelle affaire, distincte de la précédente. Il s'empresse donc de préciser tout de suite et de répéter à maintes reprises qu'il s'agit toujours de la même affaire et que la nouvelle requête, non seulement est relative à la même affaire, mais aussi aux mêmes faits que la première. Il croit nécessaire de dire même, sans se soucier de la contradiction avec l'admission en sens contraire qui avait été ouvertement faite à la page 104 des observations (I), que le Gouvernement belge n'a nullement profité du désistement « pour introduire une nouvelle requête plus solidement présentée au point de vue juridique ». Ces différentes allégations figurent notamment aux pages 423 et 424, II.

Le professeur Sauser-Hall, finalement, s'est engagé dans une troisième voie plus complexe: je me réfère aux considérations qui figurent aux pages 546 à 557 ci-dessus. Evidemment conscient de la grave contradiction dans laquelle se débat le Gouvernement belge, il a cru pouvoir la réduire et finalement la résoudre en attribuant simplement son origine à une « terminologie impropre » qui se serait glissée dans certaines notes belges et sans doute aussi dans les conclusions de la première requête. Maintenant, dans sa deuxième requête, le Gouvernement belge aurait pourvu à corriger ces erreurs, à supprimer certaines conclusions, à en amender, compléter, voire réformer complètement certaines autres — M. Van Ryn a dû frémir. Et à présent, tout serait devenu clair comme l'eau de roche: les conclusions actuelles seraient fondées exclusivement sur la protection d'actionnaires belges, et la protection de la société comme telle n'entrerait plus d'aucune manière dans les intentions de la Partie demanderesse. Mais, mieux encore, la clarté, la lumière acquise grâce à ces opérations heureuses se refléterait rétrospectivement sur toute l'histoire du différend; de sorte qu'il n'y aurait et qu'il n'y aurait jamais eu, tout au long de ce dernier, qu'une question relative à la qualité du Gouvernement belge pour protéger des ressortissants belges. Le Dr Pangloss aurait tiré de ce raisonnement les conclusions les plus réconfortantes.

Je ne veux pas abuser de votre temps, Monsieur le Président, Messieurs, en vous imposant une nième lecture des notes diplomatiques. Je me référerai donc au contenu bien connu de ces notes et je relèverai qu'il nous amène à faire, et cela d'une manière *que nous croyons irréfutable*, les constatations suivantes.

1. Le Gouvernement belge — je l'ai affirmé dans mon premier exposé oral et je tiens à le réaffirmer aujourd'hui — invoque dès ses premières notes la prétendue présence d'intérêts belges prépondérants dans la Barcelona Traction, mais il le fait afin de justifier par ce motif ses interventions en faveur de la société prétendument lésée. Jamais il ne pense préciser que ses interventions auraient en vue la protection diplomatique d'actionnaires de la société.

2. Le Gouvernement espagnol réagit nettement en contestant à la Belgique la qualité pour intervenir en l'affaire, dès qu'il doit constater que le Gouvernement belge entend finalement agir sur le plan des prétentions juridiques et non pas seulement au titre d'une manifestation collatérale destinée à marquer sa sollicitude pour l'intérêt que portent ses ressortissants au sort d'une société qui, sur le plan du droit, est protégée par son propre Etat national. Et le Gouvernement espagnol indique de la manière la plus claire au Gouvernement belge que le droit qu'il lui conteste est celui de protéger sur le plan international la société Barcelona Traction; que ce qu'il ne peut pas admettre c'est que la Belgique tire prétexte des soi-disant intérêts belges pour se substituer au Canada pour la protection de cette société, comme si elle était de nationalité belge.

3. A la suite de cette contestation de sa part, le Gouvernement espagnol est placé devant une simple réitération des prétentions belges et devant un projet de compromis en vue du recours à la Cour, dans lequel la Belgique allègue le fait que le capital de la Barcelona Traction appartiendrait en majorité à des ressortissants belges comme motif devant justifier sa demande tendant à faire valoir la prétendue responsabilité internationale de l'Espagne pour le traitement fait à la Barcelona Traction et à ses filiales.

4. Le Gouvernement espagnol répète alors, et d'une manière encore plus claire, que le Gouvernement belge n'a pas le droit de se substituer, pour la protection diplomatique de la Barcelona Traction, au Gouvernement du pays dont relève la société prétendument lésée. Il lui signale — notre honorable contradicteur a lui-même cité certains passages pertinents de la note du 30 septembre 1957, qui figurent à la page 550 ci-dessus — il lui signale que:

« le désir de couvrir la Barcelona Traction avec le statut national de quelques associés belges, à l'effet d'assurer la protection internationale de cette société, constitue [Messieurs, j'attire là-dessus votre attention] le *point crucial* qui prime toute autre appréciation ».

Il appelle l'attention du Gouvernement belge sur le fait que le transfert d'un pays à l'autre de la protection internationale de la Barcelona Traction est impossible, tout comme il est impossible de changer la nationalité de cette société, et comme il est impossible d'aller chercher dans le droit conventionnel liant l'Espagne à la Belgique, pour l'appliquer au cas de la Barcelona Traction, un prétendu lien juridictionnel qu'on ne peut pas trouver dans le droit conventionnel liant l'Espagne au Canada.

5. C'est face à cette prise de position claire, nette, répétée, irrévocable du Gouvernement espagnol, c'est face à l'objection selon laquelle le Gouvernement belge « n'aurait pas encore apporté la preuve de son habilitation à assumer la protection de la Barcelona Traction », que le Gouvernement belge donne finalement sa réponse bien connue. Il « souligne à nouveau », au moment où il annonce l'introduction de sa requête, qu'il a

« dès sa première note du 27 mars 1948, justifié son intervention en faveur d'une société de droit canadien par des indications détaillées quant à l'importance des intérêts belges engagés dans ladite société ».

Monsieur le Président, Messieurs, je me demande comment on peut avoir eu l'idée de nier l'évidence de faits aussi clairs, aussi nets, aussi incontestables, et d'avancer l'histoire de la prétendue imprécision de ter-

minologie à propos d'une note qui répondait d'une manière tellement précise et sans équivoque à des contestations non moins précises et sans équivoque!

Si les intentions d'alors du Gouvernement belge avaient été telles que M. Devadder et le professeur Sauser-Hall voudraient nous le faire croire aujourd'hui, le Gouvernement belge aurait certes pu, il aurait même dû, veiller immédiatement à dissiper l'équivoque. Face à la position si clairement prise par le Gouvernement espagnol, il aurait dû répondre à ce gouvernement qu'il se trompait, que les intentions belges étaient d'intervenir au titre de la protection diplomatique d'actionnaires belges de la Barcelona Traction, et que rien n'était plus loin de ses intentions que l'idée de vouloir protéger cette société en tant que telle. Au contraire, il répond en mettant noir sur blanc qu'il se croit autorisé, en raison de l'importance des intérêts belges dans la société, à protéger la société elle-même. Ayant fait une telle déclaration, et l'ayant faite à titre de réponse finale à une prise de position aussi ferme et aussi claire que celle du ministère des Affaires étrangères d'Espagne, le Gouvernement belge est forclos à venir maintenant chercher à accrédi-ter des versions qui font tout simplement violence aux faits.

De fait, le Gouvernement belge est dans l'impossibilité de nier que son intention était de protéger la société Barcelona Traction, soit lorsqu'il formulait pour la première fois ses réclamations sur un plan juridique dans ses notes au Gouvernement espagnol, soit lorsqu'il soumettait son projet de compromis en vue du recours à la Cour, soit lorsqu'il précisait définitivement sa position à la veille de l'introduction de sa requête unilatérale du 15 septembre 1958, soit lorsqu'il rédigeait les conclusions de cette requête et celles du mémoire qui suivait. Ces conclusions, elles aussi trop connues pour que j'ose les relire devant vous, auraient-elles été explicables si l'intention du Gouvernement belge avait été de prendre fait et cause pour quelqu'un d'autre que la société Barcelona Traction elle-même?

La réalité est que, jusqu'au moment de la réintroduction de l'affaire après le désistement, le Gouvernement belge a manifestement cru pouvoir baser ses réclamations en faveur de la Barcelona Traction sur une application de la soi-disant théorie du contrôle. Ses affirmations réitérées à propos de la présence d'importants intérêts belges dans la société avaient précisément pour but de créer l'impression que la société était sous contrôle belge et d'ouvrir par là une voie au dessein du Gouvernement belge de se substituer au Gouvernement national de la société dans la protection diplomatique et judiciaire de cette dernière.

C'est lorsque la Partie demanderesse a pu voir les objections soulevées à ce propos par le Gouvernement espagnol dans ses exceptions préliminaires de 1960 qu'elle s'est rendu compte que ses positions ne tenaient pas, que le critère du contrôle n'avait reçu aucune consécration en droit international général, et, au surplus, était en contradiction flagrante avec les critères suivis en droit belge en matière de nationalité et de protection diplomatique des sociétés. Le Gouvernement belge conçut alors l'idée d'essayer de sortir des eaux peu sûres de la théorie du contrôle comme critère pour la protection de sociétés et de se diriger vers celles, considérées, à tort d'ailleurs, plus tranquilles, de la protection d'actionnaires. On décida donc de renier le critère du contrôle, et il faut donner acte à la Partie demanderesse que la décision en question fut adoptée ouvertement, quitte toutefois d'ailleurs, à faire appel à nouveau et largement à la doc-

trine ainsi reniée au cas où elle se révélerait de nouveau utile par la suite à d'autres effets. On lira, en effet, aux pages 176-177 des observations (I) la remarque suivante avec laquelle nous nous trouvons essentiellement d'accord :

« Dans l'état actuel du droit international, cette protection de la société est impossible par l'Etat dont la société n'a pas le statut national; le droit international ne reconnaît pas à cet Etat la compétence d'intervenir en faveur de la société comme telle, la théorie du contrôle, dont le rôle dans l'évolution du droit des gens moderne a déjà été exposé dans le mémoire belge et dans les présentes observations, n'étant généralement pas comprise comme impliquant l'attribution de la nationalité de l'Etat contrôlant à la société et n'ayant qu'exceptionnellement été retenue comme base du droit de protection. »

L'occasion pour réaliser le changement de position envisagé, on la trouva dans le désistement. Lors de l'introduction de la nouvelle requête, on opéra dans les conclusions belges les corrections, les « modifications considérables », dont a parlé le professeur Sauser-Hall (voir ci-dessus, p. 551 à 553).

Notre éminent contradicteur a dit que « ces modifications ont eu le don d'exciter la colère du gouvernement défendeur ». Le gouvernement défendeur n'a fait que réagir très calmement et très fermement contre une manœuvre aussi inadmissible, alors que, pour la couvrir, on croyait bon, par-dessus le marché, de l'accuser d'avoir mal compris et déformé, lui, le sens des réclamations belges antérieures. C'est plutôt dans la voix du cher maître et ami qui parlait que nous avons entendu des accents de colère au moment où il aurait dû contester le bien-fondé de notre argumentation à ce sujet. Nous n'avons pu nous empêcher, à ce moment, il nous pardonnera de le lui dire, de penser à l'histoire de ce grand avocat plein d'expérience qui, instruisant son jeune disciple, lui disait : « Si tu sais avoir raison, parle posément ; si tu as des doutes, parle plus fort ; si tu sais avoir tort, élève la voix et frappe du poing. » Et l'occasion à laquelle je me réfère n'est pas la seule où le professeur Sauser-Hall ait élevé la voix au cours de sa savante plaidoirie.

Nous ne nions pas du tout que la Partie demanderesse soit maîtresse de décider en faveur de qui elle veut intervenir. Mais nous maintenons qu'une fois qu'elle a pris une telle décision et une fois qu'elle est allée jusqu'à présenter une requête à la Cour sur la base de cette décision, elle doit s'y tenir. Ce que nous contestons, c'est qu'elle puisse dire intervenir pour quelqu'un au commencement d'une affaire et, pendant que cette affaire continue, dire que, réflexion faite, elle préfère intervenir pour quelqu'un d'autre.

La Partie demanderesse et ses conseils, à une exception près, se sont empressés d'assurer, soit dans les écritures, soit dans les exceptions préliminaires, que l'affaire actuellement pendante devant la Cour est la même que celle qui avait été introduite par la requête de 1958. Nous voulons bien les suivre, car nous ne voudrions même pas suggérer l'idée que le Gouvernement belge ait pu abuser de la procédure — et pas seulement la procédure — au point d'essayer de faire passer pour la simple réintroduction d'une affaire précédente ce qui serait en réalité l'introduction d'une affaire nouvelle et différente. Tout d'abord cela

représenterait une tentative absolument illicite de se soustraire à l'obligation de remplir les conditions établies par le droit international soit général, soit conventionnel, pour qu'une affaire puisse former l'objet d'un recours judiciaire. Mais, à part cela, il est un fait que, dans sa note du 9 octobre 1961, le Gouvernement belge s'est référé à l'affaire relative à la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., objet de sa requête du 15 septembre 1958, et a manifesté son intention « de porter à nouveau l'affaire » devant la Cour internationale de Justice. Et il est un fait qu'en exécution de cette intention le Gouvernement belge a introduit auprès de la Cour une « nouvelle requête: 1962 » relative à l'affaire de la Barcelona Traction. Même s'il le voulait, il lui serait donc strictement interdit de prétendre aujourd'hui qu'il s'agit d'une affaire différente. *Nemo potest venire contra factum proprium*.

Mais si l'affaire qui forme l'objet de deux requêtes successives est la même affaire, des conséquences bien certaines s'imposent. Il est impossible que les sujets pour lesquels l'Etat requérant prend fait et cause dans les deux requêtes soient différents. Le demandeur est certainement autorisé à modifier et à perfectionner, en cours d'instance, certaines de ses conclusions. Il est autorisé à ce faire, soit qu'il veuille comprendre dans les conclusions les *submissions*, les « motifs » sur lesquels la Partie entend se fonder et souhaite voir la Cour fonder sa décision, soit qu'on veuille y comprendre seulement ce qu'il est demandé à la Cour de dire et juger, c'est-à-dire les conclusions proprement dites, selon la distinction finement établie par le président Basdevant dans ses « Quelques mots sur les « conclusions » en procédure internationale », *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, volume I, Milan, 1957, p. 178-179. Mais changer en cours d'instance les personnes pour la protection desquelles le recours a été présenté, ce n'est pas changer ses conclusions: c'est passer d'une affaire à une autre affaire, d'un différend à un autre différend, ce qui n'est certes pas consenti.

Dans le cas d'espèce, on l'a montré de la manière la plus irréfutable, il a toujours été question, soit dans la correspondance diplomatique, soit dans la requête de 1958 et dans toute la première phase de la procédure devant la Cour, d'une affaire concernant un différend relatif à la Barcelona Traction et à la protection de la Barcelona Traction. Ce qu'on a voulu imputer à l'Espagne comme un fait illicite international, c'est le préjudice prétendument causé à cette société; ce qu'on a demandé, c'est qu'on efface ou qu'on indemnise un tel préjudice; ce qu'on a discuté de la manière la plus acharnée et certainement sans équivoque, c'est le titre de la Belgique à prendre fait et cause pour la société en question. On ne peut donc pas admettre qu'il en soit autrement dans la deuxième requête, quelles que soient les « corrections » qu'on a voulu apporter dans les conclusions, et quels que soient les buts qu'on s'est proposé d'atteindre par ces soi-disant « corrections ». Corrections ou pas corrections, l'affaire ne peut qu'être restée celle qu'elle a toujours été: le sujet qu'il s'agit de protéger ne peut être, aujourd'hui comme hier, que la société commerciale Barcelona Traction.

Monsieur le Président, Messieurs, au cours de mon exposé oral précédent, je pense avoir montré d'autre part, que même sans tenir compte de l'identité nécessaire de l'affaire considérée dans les deux requêtes successives, la demande belge actuelle, envisagée en elle-même dans son propre contenu, a le sens et la portée d'une demande avancée au titre de la protection diplomatique de la Barcelona Traction.

On peut fort bien affubler un chat d'une crinière, on n'en fait pas pour autant un lion. Les corrections qu'on a apportées aux conclusions n'ont pas eu et ne pouvaient ainsi pas avoir pour effet de changer l'essence même de la demande. Pour réaliser un changement aussi radical, il aurait fallu bien plus que ces petits camouflages, bien plus que le sacrifice d'une conclusion alternative, il aurait fallu substituer à la vieille demande, une demande entièrement différente, car ce dont peut se plaindre et ce que peut demander un actionnaire est entièrement différent de ce dont peut se plaindre et de ce que peut demander la société, du moins tant que celle-ci n'a pas été liquidée et que les actionnaires ne lui ont pas succédé dans ses droits.

On aura remarqué que notre éminent contradicteur s'est empressé de passer à un autre sujet au moment où il se serait agi de répondre aux arguments que nous avons développés pour montrer le sens et la portée véritables de la demande belge, tels qu'ils ressortent du contenu même des conclusions du Gouvernement belge. Le sol doit lui être apparu bien brûlant.

Or, quels sont les arguments que nous avons produits pour montrer que la demande belge actuelle est une demande qui ne peut être avancée que par un Etat intervenant pour la protection de la Barcelona Traction et ayant, naturellement, titre pour ce faire? J'essaierai de les résumer d'une manière synthétique afin surtout de confirmer leur validité tout en apportant, là où la nécessité s'en manifeste, quelques développements supplémentaires par rapport à ceux qui figurent déjà aux pages 199 à 204, II. Les arguments sont les suivants.

Primo, les *actes administratifs et judiciaires* d'organes de l'Etat espagnol, qui sont à l'origine de la présente affaire, sont des actes accomplis à l'égard de la société Barcelona Traction et de ses filiales. Aucun acte, aucune décision, aucune mesure n'a été prise à l'égard de la Sidro ou d'autres prétendus actionnaires belges de la Barcelona Traction.

Secundo, au cas où les actes en question constitueraient un *déni de justice*, ce que le Gouvernement espagnol conteste de la manière la plus ferme, ce prétendu déni de justice aurait été perpétré contre la Barcelona Traction et ses filiales et contre nul autre. De simples répercussions éventuelles, que d'autres personnes auraient pu ressentir à la suite desdits actes, ne peuvent certes pas être représentées, en elles-mêmes, comme un déni de justice, ni comme une violation quelconque d'une obligation internationale envers l'Etat national des personnes ayant ressenti lesdites répercussions.

Tertio, les *droits* que les actes en question auraient prétendument lésés ne peuvent être que ceux de la société Barcelona Traction et de ses filiales. Il est simplement impossible, et nous l'avons montré en détail, que ces actes aient porté une atteinte directe à l'un quelconque des «droits» propres d'un actionnaire, soit belge, soit autre. Je remarque d'ailleurs que, dans la plaidoirie de mon éminent contradicteur, l'idée, auparavant avancée dans les observations, d'une «atteinte directe» aux «droits» des actionnaires par l'action imputée aux autorités espagnoles a complètement disparu.

Quarto, la *réparation* que la Partie requérante poursuit dans ses conclusions est représentée par le rétablissement ou l'indemnisation de situations ou de droits qui sont indiscutablement des situations ou des droits propres de la société et non pas de certains de ses actionnaires.

Ce point, d'importance essentielle, mérite qu'on y consacre quelques considérations supplémentaires.

*En premier lieu, la restitutio in integrum* de l'entreprise, à réaliser au moyen d'une annulation par voie administrative du jugement de faillite et des actes judiciaires ou autres qui en ont découlé, constitue une prétention que l'on ne peut avancer que pour le compte de la société en tant que telle, et non pas pour le compte d'actionnaires. Un argument comme celui qui figure à la page 555 ci-dessus selon lequel « les actionnaires, en toute première ligne, ont droit à ce que leur *situation d'actionnaires* soit rétablie autant que possible telle qu'elle l'était avant que les actes illicites aient été commis », ne peut, je m'excuse de le dire, être considéré comme un argument sérieux. La « situation d'actionnaire » des actionnaires belges de la Barcelona Traction, à supposer qu'ils existent, n'a certainement pas été affectée par les actes accomplis par le Gouvernement espagnol à l'égard de la société.

*En deuxième lieu, la suppression de la demande alternative* d'indemnisation complète du préjudice subi par la société, qui figurait parmi les conclusions de la première requête, ne représente que la suppression d'un maillon dans l'enchaînement logique des conclusions belges. Car on ne voit pas pourquoi un Etat, qui se croit autorisé à demander rien de moins que l'annulation des actes qui ont frappé une société, ne devrait pas se croire également autorisé à demander, à titre alternatif, l'indemnisation totale du préjudice prétendument causé à la société par les actes en question.

*En troisième lieu, la réduction du 12%* sur cette prétention ne change en rien la nature et la raison d'être de l'indemnisation elle-même, ne transforme pas son caractère de celui d'une réparation du préjudice prétendument subi par la société à celui de la réparation d'un préjudice prétendument subi par les actionnaires en tant que tels. Une chose est une portion grande ou petite d'un préjudice subi par un sujet; autre chose est un préjudice subi par un sujet différent. L'actuelle demande belge d'indemnisation à 88% reste exactement ce que notre savant contradicteur a dit être la même demande à 100%, à savoir une application « contestable » de la théorie du contrôle.

La Partie demanderesse reconnaît aujourd'hui l'inapplicabilité de la théorie du contrôle et manifeste ses préférences pour la soi-disant théorie de la protection des actionnaires. Mais les deux théories, entre lesquelles elle voudrait entretenir une utile confusion, répondent — ne lui en déplaise — à des ordres d'idées entièrement différents. Dans le cadre de la « protection des actionnaires » le sujet pour lequel on prend fait et cause est l'actionnaire, non pas la société; par conséquent, le préjudice qu'on fait valoir et dont on poursuit la réparation est celui qui aurait été infligé à l'actionnaire et non pas celui qu'aurait subi la société.

*En quatrième lieu, le préjudice dont peut se plaindre l'actionnaire* ne peut s'identifier ni en tout ni en partie avec le préjudice subi par la société, car la situation et les droits respectifs de la société et de l'actionnaire sont nettement distincts. Je suis d'accord avec l'affirmation faite par le professeur Sauser-Hall au cours de son exposé fort intéressant de la théorie des personnes morales (voir ci-dessus, p. 562 et suiv.), que l'être collectif n'absorbe jamais complètement les personnes qui le composent. Je pense seulement, me séparant peut-être de lui sur ce point,

que le processus d'absorption est beaucoup plus poussé dans une société de personnes que dans une société anonyme. Ce qui me semble, par contre, être la marque caractéristique de la société anonyme, la raison pour laquelle celle-ci peut être considérée comme le point d'aboutissement d'un processus de développement, c'est la séparation nette entre l'entité collective d'un côté, et l'individu actionnaire de l'autre. L'actionnaire n'engage dans la société ni sa personnalité, ni sa responsabilité, ni ses biens et leur sort, mais seulement une fraction de son capital. Il a un tel soin de limiter sa participation qu'il la couvre par l'anonymat.

On aura l'occasion de revenir par la suite sur ce point. Qu'il me suffise de dire ici que, dans la société anonyme en particulier, la personne morale et l'actionnaire ne se confondent nullement, ni en droit ni en fait, que chacun vit sa propre vie entièrement distincte, que les droits de la société sont nettement différenciés des droits de l'actionnaire, et nettement différenciés aussi, par conséquent, sont les réclamations que la société et l'actionnaire peuvent faire valoir en cas de violation de leurs droits respectifs.

*En cinquième lieu*, il est à noter à ce propos que pas un seul système de droit au monde ne confère à l'actionnaire un droit ou une prétention quelconque sur le patrimoine de la société ou sur une partie, même minime et proportionnelle, de ce patrimoine.

Le juge Wendell Holmes, dans sa décision *Klein v. Board of Tax Supervisors of Jefferson County*, reproduite au volume 75, page 143 du *Supreme Court Reporter*, s'est exprimé, à ce sujet, de la manière suivante :

« The corporation is a person, and its ownership is a non-conductor that makes it impossible to attribute an interest in its property to its members. The stockholders in some circumstances can call on the corporations to account, but that is a very different thing from having an interest in the property by means of which the corporation is enabled to settle the account. »

Tant que la société existe, c'est elle et elle seule qui peut faire valoir ce droit. Ce n'est qu'après la dissolution de la société que l'actionnaire succède à la société qui n'a plus un droit sur cette partie du patrimoine social qui représente sa quote-part du résidu d'actif, s'il y en a. Si partant, un État réclame, sur le plan international, une indemnisation qui représente une partie du patrimoine de la société, même proportionnelle à la participation que ses ressortissants prétendent avoir dans le capital-action, et même épurée de la dette sociale, l'État en question réclame quelque chose sur quoi la société seule a un droit et à propos de quoi la société seule peut avoir subi un préjudice.

Il est donc indéniable que l'État réclamant ne peut agir qu'au titre de la protection diplomatique de la société et à condition d'avoir droit pour ce faire.

*En sixième lieu*, le fait de demander, en qualité d'État national de certains actionnaires et de protecteur de ces derniers, à se faire attribuer, pour la leur distribuer, une partie du patrimoine de la société ne représenterait rien de moins que la prétention de faire réaliser sur le plan international et avec la collaboration de la Cour la dissolution de la société. Or, cette dissolution ne peut avoir lieu que dans le cadre et en application des règles du système juridique interne qui a donné naissance à la société et dont dépend la possibilité de sa continuation comme de

son extinction. La décision relative à la dissolution de la Barcelona Traction est du ressort exclusif des organes préposés par les tribunaux à l'administration de la société.

Si les soi-disant actionnaires belges devaient recevoir, à la suite d'une décision de la Cour, ce qu'ils prétendent être la partie du patrimoine de la société qui devrait finalement leur revenir lors de la dissolution, les droits et les prérogatives de l'Etat canadien et de ses organes, sans compter ceux des tiers, s'en trouveraient violés d'une manière flagrante. On voit à quelles absurdités peut mener l'idée de vouloir faire valoir, par l'Etat national des actionnaires, des réclamations qui peuvent uniquement être avancées au titre de la protection de la société et par l'Etat ayant qualité pour le faire.

Je veux espérer qu'à propos des différentes considérations que je viens d'énoncer, on ne viendra pas me dire que je fais appel à des « constructions plus ou moins techniques et artificielles du droit interne », à des *technical considerations of municipal law to obscure the essential identity of the interest which call for protection*, selon les expressions dans lesquelles semblent se complaire mon éminent contradicteur et son jeune collègue (voir II, p. 530 et suiv. et p. 590).

Les principes qui posent la distinction entre les droits de la société d'une part et ceux des actionnaires de l'autre ne sont pas des « détails techniques » ni des « fictions juridiques »; ce sont les principes essentiels qui régissent la vie commerciale de tous les pays. Sans eux, il n'y aurait pas de possibilité que des sociétés se forment et agissent comme telles dans la vie sociale. Bien sûr, ce sont des principes de droit interne, mais ce n'est que dans le droit interne que les sociétés privées et les sociétés existant en tant que sujets de droit. Je souscris entièrement, pour ma part, à la vieille maxime de la Cour selon laquelle le droit interne est un fait aux yeux du droit international. Mais c'est un fait auquel le droit international est bien tenu de se référer et qu'il doit respecter.

[Audience publique du 7 mai 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs, j'espère vous avoir fourni, par les considérations que vous avez eu la bonté d'écouter, la preuve du bien-fondé de la thèse du Gouvernement espagnol lorsqu'il maintient que, contrairement aux dénégations presque passionnées de la Partie requérante, le sens et la portée de la demande belge, même dans sa version 1962, sont ceux d'une demande fondée sur la protection de la société canadienne Barcelona Traction elle-même et de ses filiales également canadiennes, et non pas de ses prétendus actionnaires belges.

Je n'ajouterai à ce que je viens de dire à ce propos qu'une citation. Ce sera celle d'un passage de la plaidoirie du professeur Rolin du 21 avril, figurant à la page 624 ci-dessus:

« La seule chose que je demande à la Cour de bien vouloir reconnaître [a-t-il dit], c'est que le grief que le Gouvernement belge articule est le même, *exactement le même*, que celui que firent valoir les sociétés auxiliaires devant le juge de Reus et ultérieurement devant la cour d'appel de Barcelone. »

Je rends hommage à cette manifestation d'honnête franchise. Mais quelle confirmation plus sûre devrais-je demander du fondement de la

thèse que je vous ai exposée? Si le Gouvernement belge peut maintenir aujourd'hui que le grief qu'il fait valoir devant la Cour internationale de Justice est celui de l'Ébro, est le même que celui que l'Ébro faisait valoir, comment peut-il d'autre part — le Gouvernement belge — venir prétendre aujourd'hui et répéter avec tant d'insistance qu'il n'entend nullement prendre fait et cause pour des sociétés canadiennes?

Monsieur le Président, Messieurs, le sens et la portée de la réclamation avancée par le Gouvernement belge ont toujours été et restent nécessairement le sens et la portée d'une réclamation avancée au titre de la protection diplomatique et judiciaire de la société Barcelona Traction et de ses filiales. Comme ces sociétés ont la nationalité canadienne et n'ont pas la nationalité belge, il en découle que la réclamation en question est irrecevable pour défaut de qualité du Gouvernement belge.

Monsieur le Président, Messieurs, je quitte maintenant l'examen du premier des points fondamentaux qui sont en discussion entre les Parties et qui concernent le sens et la portée véritables de la demande belge, et je passe à l'examen du second. Je crois pouvoir le libeller comme suit.

Au cas où l'on devrait admettre que, contrairement à ce que le Gouvernement espagnol maintient, la demande belge actuelle devrait s'entendre comme prenant fait et cause, non pas pour la société canadienne Barcelona Traction, mais pour des ressortissants belges « actionnaires » de cette société, pourrait-on considérer comme remplie la condition essentielle que les ressortissants en question aient possédé, aux dates critiques, la qualité juridique d'« actionnaires » de la Barcelona Traction, et pourrait-on considérer comme acquise la preuve que le demandeur devrait fournir à cet égard?

Au cours de ma précédente intervention, j'avais consacré quelques développements à cette question (voir II, p. 223 à 228), mais je n'avais pas cru nécessaire de m'y étendre longtemps, étant donné que le Gouvernement espagnol avait déjà longuement traité ce point dans ses écritures. Toutefois, M. Lauterpacht, qui apprécie la concision, a consacré à ce même point, le 15 avril, des développements presque cinq fois plus longs (voir II, p. 506 à 525), ce qui montre qu'évidemment il y attache une très grande importance. Je me vois donc obligé d'y revenir à nouveau pour lui répondre.

Avant de commencer, je voudrais toutefois prier mon savant ami de vouloir prendre acte une fois pour toutes d'une chose. S'il nous arrive, au cours de nos exposés, de ne pas toucher, ou de toucher très brièvement à l'une ou à l'autre des innombrables allégations de la Partie requérante, cela ne signifie nullement que l'on puisse voir dans ce fait ni un acquiescement à un point de vue développé par nos adversaires, ni l'abandon d'une position que nous considérons, au contraire, déjà suffisamment établie pour n'avoir pas à la renforcer par d'autres arguments. Cela ne légitime surtout pas que l'on prétende faire usage de nos silences ou de la brièveté de nos réponses comme d'un substitut vraiment trop commode pour une preuve que le demandeur aurait dû fournir et qu'il n'a pas fournie.

L'un des points auxquels je n'avais pas cru nécessaire de m'arrêter longtemps, car je considérais plus que suffisants et convaincants les arguments développés dans les écritures du Gouvernement espagnol, était la question des actions au porteur de la Barcelona Traction dont on aurait dû prouver l'appartenance à des ressortissants belges aux

deux dates critiques de la déclaration de faillite et de l'introduction de l'instance. Nous persistons à considérer ce point comme secondaire par rapport à celui des actions nominatives, qui est plus important et se place sur un terrain plus ferme. Mais puisque M. Lauterpacht a voulu m'éperonner en formulant des *submissions*, je me vois forcé de mettre certains points sur les i.

Il y avait en circulation, au 12 février 1948, 718 408 actions au porteur de la Barcelona Traction. De ces actions, la Partie requérante prétend que 349 905 auraient appartenu à la Sidro. Mais l'unique document qu'elle peut produire à l'appui est une lettre adressée à la Sidro par une firme, certes honorable, d'experts-comptables, mais qui ne fait que relater à ce propos des données fournies par la comptabilité de la Sidro elle-même; des données qu'un tribunal interne considérerait comme ayant une valeur probante contre le commerçant lui-même, mais certes pas comme opposables à des tiers.

En même temps, la Partie requérante a affirmé (p. 9 du mémoire, I) que les différentes sources d'informations auxquelles elle se réfère, doivent être considérées comme se complétant et se confirmant l'une l'autre. Or, M. Lauterpacht a beau dire que le certificat de l'Institut belgo-luxembourgeois du change du 19 février 1959 n'a été produit par la Belgique que pour prouver la propriété d'actions au porteur revenant à des actionnaires belges autres que la Sidro. Le fait reste que ce document n'indique qu'un chiffre global de 244 886 actions au porteur comme représentant la totalité de celles dont l'organe officiel pouvait attester qu'elles appartenaient à des ressortissants belges à l'époque; et sur ce chiffre, on nous dit que seulement 54 actions appartenaient à la Sidro. Je sais bien que la Partie requérante, dans ses écritures, fait de véritables acrobaties pour trouver des explications destinées à détruire la portée négative de ce document en ce qui concerne les prétentions de la Sidro.

Mais, abstraction faite du caractère très difficile à comprendre de ces explications, il n'empêche que, même si l'on devait accepter de ne pas tenir compte du certificat en question comme preuve négative par rapport aux allégations belges, on ne pourrait quand même pas, pour autant, transformer ledit certificat en une preuve positive, en cette preuve officielle qui aurait dû confirmer les données fournies par la comptabilité de la Sidro et non pas les contredire. En ce qui concerne la date du 12 février 1948, nous pouvons donc considérer comme acquise la preuve de la propriété belge de 244 886 actions au porteur de la Barcelona Traction, appartenant à des actionnaires autres que la Sidro. Nous ne pouvons par contre que considérer comme insuffisante la preuve fournie en ce qui concerne les actions au porteur dont la propriété à la même date est revendiquée par la Sidro, et ce à la seule exception de 54 d'entre elles.

Voyons maintenant la situation au moment de l'introduction de l'instance. A cette date il y aurait eu en circulation 326 544 actions au porteur de la Barcelona Traction; et le demandeur affirme que la Sidro en aurait possédé 31 228. Cependant, une fois de plus, la prétendue preuve n'est constituée que par une autre lettre des experts-comptables basée, comme toujours, sur les données fournies par la comptabilité de la Sidro elle-même.

Mais c'est à propos des prétendus actionnaires belges autres que la Sidro que la témérité de la Partie demanderesse est à son comble. Ce

qu'elle allègue comme toute preuve d'une prétendue estimation de 200 000 actions qui seraient la propriété de Belges, ce sont des « considérations » faites par elle-même! On lit non sans intérêt les spéculations contenues dans l'annexe 14 au mémoire belge; ces spéculations sont fondées sur des attestations selon lesquelles, dans les pays autres que la Belgique où sont cotées les actions Barcelona Traction, les transactions intéressant les actions au porteur en général seraient rares; et l'on veut tirer de ces attestations la conclusion que la majorité des actions Barcelona Traction au porteur devrait donc se trouver en Belgique, ce qui est entièrement gratuit et ne signifierait d'ailleurs nullement qu'elles seraient la propriété de Belges.

Face à cette situation, M. Lauterpacht ne trouve rien de mieux à faire que de repérer la preuve de la propriété belge de toutes ces actions dans le fait que nous n'aurions pas sérieusement contesté les allégations du demandeur à ce sujet. Ce n'est pas que nous ne les ayons pas sérieusement contestées: à vrai dire nous ne les avons pas prises très au sérieux. Et nous ne voyons pas comment la Partie requérante peut penser qu'elles puissent être prises au sérieux, en tant que preuves sur lesquelles un Etat devrait pouvoir fonder rien moins qu'une réclamation internationale à présenter à la Cour.

Par rapport à la date de l'introduction de son instance, la Partie requérante a, partant, totalement manqué la preuve de la propriété belge des actions au porteur de la Barcelona Traction, dont le Gouvernement belge prétend qu'elles appartiennent à des actionnaires autres que la Sidro.

Comme, d'autre part, en ce qui concerne les actions en question, la preuve qu'elles se trouvent en des mains belges devrait être faite à la fois à la date du 12 février 1948 et à celle du 19 juin 1962, il s'ensuit que la Belgique n'est finalement pas du tout en mesure de fonder des réclamations sur l'existence de prétendus actionnaires belges autres que la Sidro, si ce n'est pour les quelques actions nominatives inscrites au nom d'actionnaires belges dans les registres de la Barcelona Traction.

En ce qui concerne la propriété de la Sidro sur des actions au porteur de la Barcelona Traction, le problème ne se pose au total que pour 31 228 actions dont, une fois de plus, la propriété n'est pas prouvée d'une manière suffisante et qui, de toute manière, ne sauraient entrer en ligne de compte aux fins ici considérées parce qu'elles ont été achetées, pour la plupart, à une date postérieure au 12 février 1948.

Reste par contre le problème des autres actions Barcelona Traction qui, selon le demandeur, auraient été des actions au porteur appartenant à la Sidro en 1948 et qui en 1962 auraient été transformées en nominatives et inscrites au nom de Newman and Co. A l'égard de ces actions, on a vu qu'en raison déjà de l'insuffisance de la preuve fournie, il était interdit de prendre en considération leur prétendue appartenance à la Sidro au 12 février 1948, et ce fait serait suffisant à lui seul pour qu'il n'y ait pas lieu d'en tenir compte.

Mais même si l'on voulait être peu exigeants et si l'on voulait faire crédit aux allégations du demandeur qui nous assure que ces actions seraient celles-là mêmes qui sont allées plus tard augmenter le nombre d'actions inscrites au nom de Newman and Co., il resterait encore à résoudre le problème de la position de Sidro par rapport à ces actions à la date du 14 juin 1962. Mais alors ce problème se confondrait avec celui qui se pose à l'égard des autres actions nominatives inscrites à cette date au

même nom. Et celui-là n'est pas un problème de comptabilité, c'est un problème de droit.

La question juridique qui se pose à propos des actions nominatives de la Barcelona Traction, question que j'ai traitée déjà dans mon précédent exposé oral, est, en premier lieu, celle de savoir qui doit être considéré comme « l'actionnaire » au sens spécifique de ce terme dans un cas particulier: le cas où les actions sont inscrites au nom d'une personne qui, en vertu d'un contrat passé avec une autre, est devenue le *nominee* de cette dernière. Le problème est aussi et surtout de savoir quelles peuvent être les conséquences de l'existence de ce rapport juridique, sur le plan d'une éventuelle protection diplomatique que, bien entendu, nous n'envisageons ici qu'à titre purement hypothétique.

La thèse que je m'étais permis d'exposer à la Cour au sujet de ce premier point est que la personne qui est inscrite sur le registre de la société peut seule être considérée comme « actionnaire » au sens propre du terme. Sur le deuxième point, ma thèse était que le fait d'inscrire des titres sur le registre de la société au nom d'un *nominee* a pour conséquence de ne laisser à celui qui procède de la sorte que la seule *beneficial ownership* et de transférer au *nominee* la *legal ownership*. Il s'ensuit que le titulaire de la *beneficial ownership* séparée de ce fait du *legal title* perd le droit d'invoquer la qualité d'actionnaire et perd, par conséquent, le droit d'être lui-même protégé sur le plan international, en tant qu'actionnaire.

A propos du premier point, mon ami Lauterpacht a bien voulu reconnaître qu'il y avait du vrai dans ce que j'ai dit. Il a toutefois prétendu que je n'avais raconté l'histoire qu'à demi et que j'aurais négligé de signaler la moitié la plus importante. Pour le prouver, il a fait un exposé fort intéressant du système juridique en vigueur dans l'État de New York ou dans la Province de l'Ontario, en décrivant la place respective des *Rules of Law* et des *Rules of Equity*. Non sans générosité, il s'est déclaré prêt à l'indulgence envers ses collègues étrangers qui, en butte à des difficultés, risquent de se perdre dans les méandres des particularités de *Common Law* et de l'*Equity*. Il s'est toutefois montré moins disposé au pardon envers qui, tel celui qui a l'honneur de vous parler, serait coupable de n'avoir pas cherché à fonder son information, en ces matières délicates, sur les indications, selon lui débordantes de clarté et de précision, résultant des consultations données par des avocats-conseils américains ou canadiens.

Je trouve que mon savant ami a tort de m'adresser pareil reproche. Je n'ai certes pas négligé de lire la lettre de M. Mockridge, que le Gouvernement belge a produite à l'annexe 12 aux observations et conclusions, volume II, page 214. Il l'a fait sous la forme d'une traduction française, s'inspirant sans doute ainsi de l'intention généreuse de faciliter aux pauvres juristes étrangers la compréhension du système anglo-saxon. A vrai dire, j'ai été fort satisfait de constater que M. Mockridge, loin de jeter sur la question que j'avais abordée une lumière différente de celle qui se reflétait dans mes remarques, les confirme au contraire pleinement. J'ai lu, en effet, dans cette lettre, que le fait de placer des actions au nom d'un *nominee* n'entraîne aucun changement de la « propriété bénéficiaire », ce qui signifie, logiquement, que ce fait entraîne un changement du point de vue de la *legal ownership*. J'y ai lu également que le *nominee* devient « l'actionnaire enregistré », terme que je suppose être la traduction de *registered holder*.

Toutefois, désireux de parfaire mes connaissances en puisant à des sources plus généralement connues et peut-être plus autorisées, j'ai

aussi consulté des ouvrages tels que, par exemple, les *Principles of Modern Company Law*, publiés par Gower à Londres en 1954. L'auteur y décrit le système juridique britannique qui est aussi en vigueur dans cette ville de Toronto où la Barcelona Traction a son siège et où se trouve le registre de ses actionnaires. J'ai lu, à la page 389, que l'on ne devient « a member or a shareholder » d'une *company* (membre ou actionnaire d'une société) que lorsque l'on a fait enregistrer le transfert des actions en son propre nom, lorsque « the transfer is registered ». « Moreover », ajoute l'éminent auteur britannique, « it is a policy of our Company Law that the company shall not be concerned with the beneficial ownership, but shall be bound or entitled to recognize the person whose name is on the register... »

En faisant cette citation, je n'entends certes pas — et je n'ai jamais entendu — déprécier la position du *beneficial owner* dans ses rapports avec le *legal owner*, ni nier les obligations qui incombent au second envers le premier, ni affirmer que le *legal owner* serait le « propriétaire » des actions, au sens propre et au sens plein du terme. J'ai seulement dit, et je maintiens, que la qualité juridique « d'actionnaire » revient au *legal owner* et non pas au *beneficial owner*. Quant à la propriété, je reconnais volontiers qu'elle se trouve divisée, dans les conceptions propres aux systèmes juridiques envisagés, entre les deux sujets. Mais ce que précisément il importe de voir, ce sont les conséquences de cette division au moment critique, c'est-à-dire au moment où peut se poser un problème de protection diplomatique.

Ne trouvant pas dans la jurisprudence internationale — et ce, à notre avis, pour de très bonnes raisons — des précédents où il soit question d'une qualité à l'exercice de la protection diplomatique soit en faveur d'actionnaires inscrits sur les registres et qui soient des *nominees*, soit en faveur des *beneficial owners* correspondants, M. Lauterpacht a étendu ses recherches à d'autres affaires, tranchées, pour la plupart, par des organes de droit interne. Il prétend que l'on se trouverait, dans ces affaires, en présence de situations pouvant être rapprochées de celle d'une *nominee*. Toutefois, le fait qu'il puisse y avoir, dans certains de ces cas, des *legal owners* et des *beneficial owners* ne permet nullement d'établir des analogies trop faciles entre des situations radicalement différentes. Il est intéressant de vérifier au moins certains des cas envisagés, pour voir de quoi il s'agissait en vérité.

Voyons l'affaire *Binder Haas* à laquelle notre contradicteur attache une importance toute particulière car, nous dit-il, c'est le seul cas où il s'agisse d'actions enregistrées au nom d'un *nominee*. Il traite cette affaire aux pages 515-516, II. La United States International Claims Commission, qui a tranché cette affaire, était une commission américaine instituée pour examiner les réclamations présentées par des ressortissants américains, entre lesquels elle devait répartir une somme globale remise par la Yougoslavie à titre d'indemnité forfaitaire pour la nationalisation de biens appartenant à des ressortissants américains. Remarquons que la commission n'était nullement en présence de cas de protection diplomatique et que, contrairement à ce que pense M. Lauterpacht, elle appliquait la loi interne. Elle n'avait à faire référence au droit international qu'en tant que cette loi elle-même se référait aux clauses du traité américano-yougoslave.

Au surplus, la commission n'était pas en présence d'une réclamation présentée par M. Binder dans la situation qui eût été la sienne si, tout

en étant un *nominee*, il avait été malgré tout l'«actionnaire» inscrit au registre d'actions nominatives; M. Binder ne se trouvait pas non plus dans la situation qui eût été la sienne s'il avait eu, à d'autres titres, le *legal title* sur les actions en question. M. Binder n'apparaissait qu'en qualité d'*ostensible owner* de certaines actions au porteur dont les *real owners*, ainsi qu'il ressortait du document produit comme preuve de la propriété, étaient quatre autres personnes, dont l'une de nationalité étrangère. Partant, la commission dénia expressément à M. Binder la qualité de *judicial trustee* qu'il voulait se voir reconnaître.

La commission considéra donc la réclamation comme présentée au nom des vrais propriétaires et elle rejeta la réclamation qui concernait celui des propriétaires d'actions qui était de nationalité étrangère. L'existence du rapport juridique qui aurait entraîné la division de la propriété et qui aurait attribué le *legal title* à M. Binder ne fut donc pas admise en l'espèce et c'est pourquoi la commission conclut que M. Binder ne pouvait pas présenter le *claim* en son propre nom, *on his own behalf*. (Voir *International Law Reports*, vol. 20, p. 238.) Il est donc évident que, si cette décision peut prouver quelque chose, c'est exactement le contraire de ce que M. Lauterpacht voudrait pouvoir en tirer.

D'autres affaires citées par M. Lauterpacht concernent des situations beaucoup plus éloignées encore de l'hypothèse où il s'agit d'un actionnaire officiellement inscrit au registre des actions nominatives d'une société et lié à d'autres personnes par un contrat interne de *nominee*. Il s'agit généralement de cas intéressant la situation d'exécuteurs testamentaires considérés comme les *trustees* des héritiers. Dans ces cas, le rapport entre le *trustee* et le *beneficial owner* n'a aucun caractère d'anonymat, à l'inverse du cas du *nominee*; en outre, ce rapport n'a pas été établi en vertu d'un acte de volonté auquel le *beneficial owner* aurait été partie. Le *beneficial owner* n'a aucun intérêt à disparaître aux yeux des tiers et à faire apparaître l'exécuteur testamentaire comme le propriétaire, à toutes fins extérieures.

Mais il y a plus. Quel est le problème qui se pose normalement dans ces cas? Celui de vérifier la *continuité* du caractère national de la réclamation afin de pouvoir reconnaître un droit à indemnité. A cet égard, ce qui frappe tout particulièrement, ce n'est pas du tout le caractère strictement «légal» de la situation de l'exécuteur testamentaire, c'est son caractère purement provisoire, la *legal ownership* étant manifestement destinée à rejoindre la *beneficial ownership* dans les mêmes mains lors de la liquidation de la succession. Or, que dit la Foreign Claims Settlement Commission des Etats-Unis à propos de l'*American Security and Trust Company Claim* (p. 322, vol. 26, *International Law Reports*)? Elle dit que:

«to secure continuous American nationality of a claim, it is not sufficient that this claim was «American-owned» at the time it was presented but that — so to speak — the redress to be awarded must also be and remain «American-owned».

L'expression employée par la commission mérite d'être relevée: La commission considère donc le *claim* comme étant *American-owned*, comme étant de nationalité américaine au moment où il est présenté par l'exécuteur testamentaire de nationalité américaine, mais elle ne considère pas que cet élément soit suffisant, car elle estime nécessaire de vérifier aussi si le *claim* sera encore *American-owned* plus tard, quand l'indemnité aura finalement été remise à l'héritier.

Finalement, en examinant d'autres cas parmi ceux qu'a mentionnés M. Lauterpacht, on peut vraiment se demander quel rapport il y a vu avec les questions qui nous occupent. Il en est ainsi par exemple de l'affaire *Henry*, qui figure au volume IX du *Recueil des sentences arbitrales* des Nations Unies, pages 125 et suivantes et à laquelle M. Lauterpacht se réfère à la page 517, II. Dans cette affaire, le rapport qui s'est instauré entre M. Henry d'une part et, d'autre part, les membres de la famille Benitz, n'est pas du tout l'un des ces rapports qui caractérisent les systèmes juridiques anglo-saxons, où se trouve réalisée la division de la propriété en *legal title* et *beneficial ownership*. Le contrat passé entre ces personnes est, au contraire, typiquement de droit romain. C'est un contrat d'antichrèse, en vertu duquel un bien immobilier, qui demeure l'entière propriété du débiteur, est nanti au créancier, lequel a le droit d'en percevoir les fruits. Comme l'a indiqué l'arbitre (à la p. 126 du volume IX du *Recueil des sentences arbitrales* des Nations Unies) *Henry never became the real owner*, Henry n'est jamais devenu le véritable propriétaire des biens immobiliers qui lui avaient été remis. Et si, malgré cela, sa réclamation a été accueillie, ce n'est pas du tout parce qu'il aurait eu, comme le prétend M. Lauterpacht, la qualité de *beneficial owner* ni d'ailleurs de *legal owner*, mais en vertu de ses droits propres découlant du contrat d'antichrèse et en raison des dommages subis par lui du fait de l'atteinte portée à ses droits de jouissance sur les biens.

Monsieur le Président, Messieurs, ayant ainsi pu constater le poids et la portée véritables des *clearest precedents* si patiemment rassemblés par mon savant ami, je pense qu'il est temps de mettre fin à ces randonnées et de revenir à notre véritable sujet.

Il est temps de poser la question dans les termes où elle doit être posée et qui sont les suivants.

Devrait-il être possible d'opposer à un Etat tiers, au moment où cela devient profitable, que le nom de l'actionnaire que l'on a, jusque-là, fait figurer au registre officiel n'est que celui du *nominee* d'une autre personne? Devrait-il être possible, partant, de prétendre que l'Etat national de cette autre personne pourrait présenter une réclamation internationale en sa faveur en lieu et place ou, pourquoi pas, à côté et en plus de la réclamation que pourrait présenter l'Etat national de l'actionnaire enregistré? Pour mieux saisir l'essence du problème, revenons à l'origine de l'opération. Un propriétaire d'actions nominatives décide, à un moment donné, de ne plus figurer comme actionnaire et d'inscrire ses actions sur le registre de la société au nom d'une autre personne. S'ils ont tous deux la même nationalité, la perte de la *legal ownership* qu'entraîne cette opération sera sans conséquence: la protection diplomatique — toujours dans l'hypothèse où l'on pourrait envisager la protection diplomatique d'actionnaires — continuera à pouvoir être exercée par l'Etat qui est à la fois l'Etat national du *beneficial owner* et celui du *legal owner*.

Mais si, pour des raisons que nous n'avons pas à rechercher — et je prie mon ami Lauterpacht de bien vouloir croire que je n'ai absolument rien à objecter, ni ouvertement ni secrètement, à l'institution du *nominee* — si donc celui qui est, à un moment donné, le propriétaire des actions préfère les inscrire pour l'avenir au nom d'un *nominee* d'une autre nationalité, alors la situation se trouve radicalement modifiée. Le rapport entre le *nominee* et le *beneficial owner* reste un rapport strictement interne, de

même que demeurent sur un plan strictement interne les conséquences de la division entre *legal ownership* et *beneficial ownership*.

Pour tous effets extérieurs le *nominee* est l'actionnaire et une présomption absolue veut qu'il soit considéré, même par la société, ainsi que le souligne Gower, comme le seul et exclusif propriétaire des actions. Il s'ensuit que le droit d'intervenir éventuellement sur le plan international reviendra à l'Etat national du *nominee*. Soulignons qu'il n'y a là rien d'étrange ni de préjudiciable à qui que ce soit. Le propriétaire des actions aura vraisemblablement réfléchi aux conséquences qu'entraîne le fait d'avoir envoyé ses actions à l'étranger et d'avoir choisi comme *nominee* un étranger. Il aura probablement voulu cette conséquence; et laissez-moi dire que c'est vraiment ce qui s'est produit dans notre espèce, où le choix a été fait à deux reprises et, sans aucun doute, en pleine connaissance de cause.

L'Etat contre lequel la réclamation est dirigée par l'Etat national du *nominee* pourra-t-il opposer à cette réclamation une objection fondée sur le caractère partiel, le caractère strictement *legal* de la propriété du *nominee* lui-même sur les actions? L'hypothèse paraît plutôt difficilement réalisable, en raison précisément du caractère purement interne du rapport juridique entre *nominee* et *beneficial owner*. A supposer toutefois qu'elle puisse se produire, pourrait-on alors s'opposer à la réclamation formulée en faveur du *nominee* en faisant valoir le défaut d'effectivité de la propriété des actions?

Ouvrant à ce propos une brève parenthèse, je voudrais dire à M. Lauterpacht, qui paraît beaucoup aimer les raisonnements par hypothèse, que je n'ai pas entendu sans un certain amusement sa question, posée à la page 524, II, au sujet d'une hypothétique procédure que pourraient introduire devant la Cour les Etats-Unis, en se fondant sur la nationalité américaine des *partnerships* Gordon et Newman. Je lui répondrai deux choses seulement.

Ayant sans aucun doute lu le texte entier du traité, M. Lauterpacht se sera rendu compte de la difficulté évidente qu'il y aurait à faire admettre la compétence de la Cour dans une telle affaire.

Secundo, cette hypothèse n'est pas seulement théorique, elle est aussi contraire aux faits, car le Gouvernement américain a toujours ouvertement reconnu le droit exclusif du Canada, en tant qu'Etat national de la Barcelona Traction, à exercer la protection diplomatique dans cette affaire. Il n'a pas suivi l'exemple du Gouvernement belge et il a très justement contenu ses interventions dans le cadre d'un appui apporté aux démarches canadiennes, tout en manifestant son intérêt dans des termes qui correspondent bien au nombre d'actions inscrites sur le registre au nom d'un ressortissant américain.

Mais revenons à la question posée avant d'ouvrir cette parenthèse. L'hypothèse envisagée, d'une objection fondée sur le fait que le *nominee* ne possède qu'une *legal ownership*, a un caractère éminemment spéculatif. Admettons-la toutefois: admettons quand même le rapprochement — je dois dire évocateur et intéressant — que M. Lauterpacht a voulu faire avec l'hypothèse de la nationalité dépourvue d'effectivité et avec les principes énoncés dans l'arrêt *Nottebohm*. Cela étant, pourrait-on imaginer qu'une juridiction éventuellement saisie d'une réclamation en faveur d'un actionnaire dont il serait prouvé qu'il n'est que le *legal owner* des actions, fût tenue de rejeter la demande au motif qu'elle serait fondée sur une propriété non effective? Ce serait le pendant de la situation

relative à la nationalité non effective. Cependant, si un pur *legal title*, fondé comme tel uniquement sur le *law*, devait être considéré comme ne constituant pas un titre suffisant, il est incontestable qu'une situation aussi évidemment dépourvue de titre juridique que celle du *beneficial owner*, fondée sur la seule *equity*, pourrait d'autant moins, à elle seule, être considérée comme constituant de plein droit la propriété et, partant, comme étant un titre susceptible de servir de fondement à une action internationale. Et cela de même qu'un Etat ne saurait jamais invoquer un simple lien réel comme constituant un lien de nationalité proprement dit, et comme légitimant ainsi une intervention au titre de la protection diplomatique, aussi longtemps qu'à ce lien réel éventuel ne correspond pas un lien juridique.

La Partie demanderesse a une tendance singulièrement marquée à tomber dans les mêmes errements, qu'il s'agisse de la nationalité effective ou de la propriété effective. Ce que nos adversaires semblent ne pas vouloir admettre, c'est que dans certains cas particuliers le défaut de lien réel peut vicier le lien juridique en le rendant insuffisant, mais que l'existence du lien réel ne peut jamais remplacer celle du lien juridique. De même le défaut de *beneficial ownership* peut, dans certains cas particuliers, vicier le *legal title* en le rendant insuffisant, mais la seule existence de la *beneficial ownership* ne peut constituer la « propriété » complète, c'est-à-dire un titre juridiquement valable. Le rapport entre *beneficial owner* et *nominee* ne peut pas être opposable aux tiers tant que le *beneficial owner* n'a pas obtenu, grâce au transfert à son nom des titres sur le registre de la société, que le *legal title* vienne s'ajouter à sa situation « bénéficiaire ». De même, en droit international, l'Etat national du *beneficial owner* ne peut pas opposer à un Etat tiers, comme fondement d'une réclamation en faveur d'un « actionnaire », une situation qui ne deviendra celle d'actionnaire que le jour où elle aura été complétée par un titre juridique.

Monsieur le Président, Messieurs, me voici au terme de mes développements sur ce point. La conclusion très nette que je tiens à confirmer à cet égard est la suivante: le principal des prétendus « actionnaires belges de la Barcelona Traction » n'a aucun titre à se qualifier juridiquement actionnaire de cette société. Même dans une hypothèse où il pourrait être question de la protection diplomatique d'actionnaires, la Belgique ne saurait être admise à prendre fait et cause pour la Sidro en tant qu'actionnaire de la Barcelona Traction.

Monsieur le Président, Messieurs, je vais maintenant aborder la troisième des questions fondamentales qui sont en discussion entre les Parties: la question relative à la prétendue admissibilité, en droit international, d'une protection diplomatique d'actionnaires à la suite d'un préjudice causé à une société étrangère par l'action d'un Etat.

En réalité, une telle question ne devrait même pas être abordée dans la présente affaire pour le double motif que le sujet qu'il s'agit de protéger en l'espèce est, en fait, la société canadienne Barcelona Traction et non pas un ensemble de ressortissants belges actionnaires de cette société et que, au surplus, le principal de ces ressortissants belges ne possède même pas la qualité juridique d'actionnaire de la Barcelona Traction et ne pourrait donc pas être protégé à ce titre.

C'est donc seulement à titre doublement hypothétique, nous tenons à le répéter, que nous acceptons de traiter une fois de plus cette question pour répliquer à la Partie adverse; cette question que la Partie adverse

a introduite artificiellement dans le débat, après avoir constaté qu'il lui était impossible de faire accepter les thèses qu'elle avait avancées à l'origine, quant à la possibilité pour la Belgique de prendre fait et cause pour la Barcelona Traction elle-même.

Nous avons montré dans les écritures et j'ai indiqué dans ma première plaidoirie que l'examen de la question de la protection des actionnaires comporte, à son tour, deux aspects: le premier concerne les conséquences qui découlent, à propos de cette question particulière, des principes et des règles essentiels du droit international généralement applicables à la matière; le second implique la vérification de l'existence éventuelle d'une règle spéciale relative à la question particulière dont il s'agit, règle qui comporterait une dérogation par rapport auxdits principes et auxdites règles générales.

A ce stade du débat, c'est le premier aspect qui semble avoir pris plus d'importance. En effet, c'est sur les principes généraux du droit international et non pas sur une prétendue règle dérogatoire de formation récente, dont ils ont d'ailleurs complètement manqué la démonstration, que nos honorables contradicteurs semblent vouloir se fonder pour trouver la justification du *ius standi* de la Belgique. C'est ce que nous a affirmé l'éminent professeur Sauser-Hall à la fin de sa plaidoirie du 20 avril (voir ci-dessus, p. 591).

A cet égard, toutefois, je dois faire une brève mise au point: la Partie adverse nous a habitués, particulièrement dans ce domaine, aux changements de position les plus extraordinaires. Il n'est pas exclu qu'en répondant aux questions posées par M. le juge sir Gerald Fitzmaurice et tout particulièrement à l'invitation contenue dans le paragraphe final de ces questions, la Partie adverse ne soit tentée d'exécuter un revirement de plus. Je tiens à dire, Monsieur le Président, qu'en pareille éventualité je pourrais me voir contraint de vous demander l'autorisation de donner très rapidement les précisions qui pourraient s'imposer. J'espère toutefois que cela ne sera pas nécessaire et que les considérations que je vais consacrer à la question dans son ensemble constitueront une réfutation suffisante des thèses de la Partie adverse, quelle que soit la position qu'elle choisira finalement d'adopter.

A propos des principes et des règles fondamentales du droit international qui peuvent entrer en ligne de compte et des conclusions que l'on peut en tirer par rapport à la question considérée ici, les réponses de nos honorables contradicteurs nous ont causé quelque surprise et aussi quelque déception. Nous avons cru comprendre que, dans une certaine mesure, les thèses des Parties s'étaient rapprochées sur certains aspects essentiels du droit international général, comme l'a dit le professeur Sauser-Hall lui-même le 17 avril (voir ci-dessus, p. 558). Nous espérions donc pouvoir procéder désormais à un dialogue ordonné, reposant sur des bases au moins relativement sûres. Nous ne nous attendions pas, par conséquent, à devoir entendre de la part de nos contradicteurs des affirmations aussi singulières que celles selon lesquelles, en ce qui concerne les règles générales du droit international et leur incidence sur notre question, le problème serait de rechercher si, parmi ces règles, il y en aurait une interdisant exceptionnellement à la Belgique cet accès au prétoire qui devrait normalement lui être reconnu en faveur de ses ressortissants. Nous ne nous attendions pas à nous entendre dire maintenant que ce serait à nous de découvrir et de prouver cette règle d'exception, la Belgique, quant à elle, ayant prétendument rempli toutes ses

tâches en ce qui concerne la preuve de sa qualité pour agir, dès lors qu'elle aurait établi la nationalité belge de certains prétendus actionnaires de la Barcelona Traction.

Pourtant, ce sont bien ces thèses qu'invoquent aussi bien M. Lauterpacht et le professeur Sauser-Hall lui-même, le premier, le 15 avril (voir II, p. 524 et suiv.), le deuxième, le 16 avril (voir ci-dessus, p. 556).

Monsieur le Président, Messieurs, je m'en voudrais de prendre votre temps pour indiquer une fois de plus les principes essentiels sur lesquels nous nous fondons et sur l'essence desquels la Partie demanderesse déclare d'ailleurs se trouver, en principe, d'accord. Je me bornerai donc, à ce propos, si vous le permettez, à confirmer une fois de plus ce qui a été dit aux pages 184 à 187 des exceptions préliminaires (I), ainsi qu'au cours des exposés oraux des 23 et 24 mars (voir II, p. 210-213 et p. 214-216). Je me permettrai, par contre, de montrer une fois de plus à nos honorables contradicteurs l'erreur que recèlent certaines de leurs énonciations et qui est à l'origine de la manière par trop extravagante dont ils croient pouvoir poser la question essentielle.

Disons donc tout d'abord une chose élémentaire, mais que nos contradicteurs semblent aussi parfois oublier: lorsqu'il s'agit de prouver qu'un Etat a qualité pour intervenir au titre de la protection diplomatique ou judiciaire d'une personne dans une situation donnée, il ne suffit pas d'établir que cette personne a la nationalité de l'Etat en question. La possibilité d'intervenir au titre de la protection diplomatique — nous l'avons rappelé plusieurs fois et la Partie demanderesse a marqué son accord — n'est reconnue par l'ordre juridique international à l'Etat que comme garantie des obligations internationales incombant envers lui à d'autres Etats, en ce qui concerne le traitement accordé à ses ressortissants, personnes physiques ou personnes morales. Il s'ensuit donc que la qualité pour exercer la protection diplomatique d'une personne donnée n'est établie que lorsque trois conditions sont réunies:

1. la personne en faveur de laquelle un Etat veut intervenir doit avoir la nationalité de cet Etat;
2. l'Etat qui veut intervenir doit être à même d'alléguer, comme motif de son intervention, un comportement adopté par l'Etat étranger envers la personne en question;
3. l'Etat qui veut intervenir doit être à même d'alléguer que le comportement de l'Etat étranger à l'égard de son ressortissant constitue la violation d'une obligation internationale incombant au second Etat envers le premier.

Pour prévenir d'éventuelles tentatives d'objection, disons tout de suite que l'on ne saurait prétendre qu'il y ait là des conditions concernant le fond de l'affaire plutôt que la qualité pour agir. Ce qui pourrait intéresser le fond de l'affaire, ce serait de savoir si le comportement dont on se plaint a, oui ou non, effectivement existé; s'il a ou non les aspects qu'on lui reproche; s'il était ou non justifié en raison d'autres facteurs; s'il a ou non été réellement préjudiciable à la personne à l'égard de laquelle il a été adopté et ce dans quelle mesure.

Mais si moi, Etat, je déclare intervenir en faveur d'une personne et si j'invoque comme motif de mon intervention l'action accomplie par l'Etat auprès duquel j'interviens à l'égard d'une autre personne, c'est

ma qualité pour agir qui est en cause. Il n'est que trop évident que si moi, Etat, j'avance pour justifier mon intervention le nom de mon ressortissant, c'est uniquement parce que je ne peux pas avancer le nom de celui contre lequel l'acte incriminé a été dirigé.

De même, et plus évidemment encore, ce sera une question de fond de déterminer si l'obligation internationale dont moi, Etat, j'invoque la violation, était ou non existante; si la règle dont elle devrait découler était ou non en vigueur lorsque l'action a été accomplie; si la violation de l'obligation a, oui ou non, été concrètement réalisée. Mais, une fois de plus, si je dis intervenir en faveur d'une personne, tout en alléguant comme base de mon intervention une obligation internationale que l'Etat auprès duquel j'interviens ne peut avoir qu'à l'égard de l'Etat national d'une autre personne, c'est de nouveau ma qualité pour agir qui est en cause, et pour la même raison.

*[Audience publique du 8 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs, j'ai abordé hier soir le troisième et dernier point de la question qui est en discussion entre les Parties, celui qui concerne le problème dit de la protection des actionnaires et j'ai rapidement résumé les thèses du Gouvernement espagnol.

Voyons à présent ce que dit la Partie adverse à propos de notre question. Le professeur Sauser-Hall a formulé ce qu'il croit être le point crucial dans ce litige, le matin du 17 avril (voir ci-dessus, p. 559). Il l'a fait par deux fois: la première de façon abstraite, la seconde de façon concrète. Considérons tout d'abord la formule abstraite qui est la suivante:

«... il s'agit de savoir s'il existe ou non, en droit international public général, une règle qui s'oppose à ce que l'Etat national des actionnaires puisse accorder sa protection diplomatique à ces derniers et introduire en leur faveur une instance arbitrale ou judiciaire devant une juridiction internationale lorsqu'ils sont lésés dans leurs biens, droits et intérêts par [et ici viennent les termes à retenir tout particulièrement] suite d'actes illicites selon le droit des gens, commis par un autre Etat, contre la société dont font partie ces sociétaires».

Dans quelles conditions auraient lieu les interventions que le professeur Sauser-Hall préconise en faveur d'actionnaires, à propos desquels la qualité pour agir de leur Etat national devrait apparaître tellement certaine à la lumière des principes du droit international général que, pour la contester, il ne faudrait rien moins que la démonstration de l'existence d'une règle s'y opposant expressément? L'Etat national de ces actionnaires, une fois qu'il aurait prouvé qu'ils sont ses ressortissants, fera-t-il valoir des actes commis contre la personne des actionnaires en question pour lesquels il voudrait prendre fait et cause? Evidemment non. M. Sauser-Hall le dit et le souligne lui-même. Les actes allégués comme raisons de l'intervention sont des actes commis contre une autre personne, contre la société dont ils possèdent les actions.

La deuxième des conditions absolument nécessaire pour que le droit international reconnaisse une qualité pour agir fait, partant, manifestement défaut.

En serait-il autrement pour la troisième? Les actes dont on se plaint et que l'on qualifie de façon vague d'actes « illicites selon le droit des gens » seraient des actes illicites envers qui? Il ne peut y avoir d'acte illicite international sans qu'il y ait un Etat en violation des droits duquel cet acte a été commis. Les actes prétendument illicites qu'alléguerait l'Etat national des actionnaires représenteraient-ils la violation d'une obligation internationale incombant à l'Etat prétendument coupable envers ce même Etat, ou envers un autre Etat? C'est une question que nous avons posée tant de fois à la Partie adverse et que celle-ci a toujours eu grand soin d'esquiver! *Mais il y a tout de même là le point crucial.* Puisqu'il ne peut s'agir que de la violation d'une obligation internationale en matière de traitement de ressortissants étrangers, cette obligation ne peut être qu'une obligation internationale incombant à l'Etat auteur des actes incriminés envers l'Etat dont relève l'étranger contre lequel l'acte a été dirigé. Il est donc évident que non seulement l'une mais deux des conditions essentielles requises pour que l'on puisse avoir qualité pour agir font défaut à l'Etat qui voudrait exercer une protection diplomatique en faveur d'actionnaires dans les conditions préconisées par mon éminent contradicteur.

Considérons maintenant la question sous son aspect concret, tel qu'elle se présente dans notre affaire. La formulation concrète donnée par M. Sauser-Hall est la suivante:

« Existe-t-il un précepte de droit international qui refuse la qualité pour agir, le *jus standi*, à la Belgique, Etat national de la Sidro, société enregistrée en Belgique, y ayant son siège, et dont les intérêts économiques sont belges, société qui est actionnaire principale de la Barcelona Traction, laquelle est une société canadienne, incorporée au Canada, mais dans laquelle des personnes physiques et des personnes juridiques ont également fait des investissements importants? Existe-t-il une règle de droit des gens, dans les circonstances de fait que je viens d'indiquer, aux fins qui puissent s'opposer à ce que la Belgique demande, par la voie judiciaire internationale, à l'Espagne [et ici de nouveau vient le passage à retenir] qu'elle considère comme l'auteur d'un déni de justice, acte internationalement illicite, réparation de la perte complète de ses participations ou investissements belges causée par la faillite en Espagne d'une société qui n'a donc ni la nationalité belge ni la nationalité espagnole? »

Les remarques qu'appelle cette formulation concrète sont exactement les mêmes que celles qu'appelait la formulation abstraite.

L'acte que le Gouvernement belge allègue comme motif de son intervention en faveur de la Sidro, société belge, est-il une déclaration de faillite prononcée en Espagne contre la Sidro? Evidemment non. C'est une décision, on nous le dit en toutes lettres, adoptée à l'égard de la Barcelona Traction, société qui n'est ni belge ni espagnole, mais canadienne.

Et comment se présenterait-elle, cette décision, du point de vue international? Comme un déni de justice, nous répond-on. Le prétendu déni de justice, qui serait constitué par une déclaration de faillite prononcée par un tribunal espagnol à l'égard d'une société canadienne, serait-il la violation d'une obligation internationale incombant à l'Espagne envers la Belgique? L'Espagne serait-elle obligée envers la Belgique

d'assurer un traitement déterminé dans le domaine de l'administration de la justice à des personnes physique ou morales canadiennes? Assurément non. Je me suis déjà abondamment étendu sur ce point dans mon exposé du 23 mars (voir II, p. 202-204): si une obligation internationale dans ce domaine avait été violée, ç'eût été une obligation envers le Canada.

Et, si je tire de là la conséquence incontestable qu'une telle violation aurait pu être la source d'un « droit propre » du Canada à faire valoir la responsabilité qui en découlait, et non pas d'un droit propre d'un autre Etat, comment peut-on venir me dire que cette proposition contient une pétition de principe? C'est pourtant ce que prétend le professeur Sauser-Hall (voir ci-dessus, p. 570).

Toujours à cet égard, j'ai aussi dit que d'éventuelles répercussions économiques négatives subies par les prétendus actionnaires belges comme contrecoup d'une action commise envers la société ne pourraient être représentées ni comme une action dirigée contre ces soi-disant actionnaires ni, à plus forte raison, comme la violation d'une obligation internationale de l'Espagne envers la Belgique. Les obligations imposées à l'Etat en la matière par le droit international général sont très limitées. Elles l'obligent, envers l'Etat national d'un étranger, à ne pas commettre un déni de justice envers cet étranger. Mais elles ne l'obligent certes pas à assurer que le ressortissant de l'Etat étranger ne subira pas de répercussions indirectes en raison d'une action commise à l'égard d'un ressortissant d'un Etat tiers, action qui ne peut avoir un caractère internationalement illicite qu'envers cet Etat tiers. Mon très éminent contradicteur a d'ailleurs, lui aussi, reconnu dans sa plaidoirie du 17 avril (voir ci-dessus, p. 569) qu'un déni de justice ne pourrait

« donner lieu à une protection internationale pour n'importe quelle atteinte qui pourrait en résulter, si lointaine fût-elle, pour un étranger, comme un gros pavé jeté dans une mare provoque des remous et des vagues boueuses qui se propagent jusque sur les rives ».

Mais pourquoi cette constatation devrait-elle perdre sa valeur, lorsque l'eau dans laquelle on a jeté le pavé est une société, et lorsque les rives auxquelles parviennent les vagues sont des actionnaires?

Ainsi il est évident que, contrairement à ce que prétendent nos honorables contradicteurs, il n'est vraiment pas besoin d'aller chercher dans le droit international général une prétendue règle prohibitive spéciale qui viserait négativement la situation des actionnaires. Ce sont les principes généraux du droit international eux-mêmes, ce sont les règles fondamentales établissant les obligations essentielles en matière de condition des étrangers, de responsabilité internationale de l'Etat pour la violation de ces obligations et de qualité pour faire valoir cette responsabilité qui fournissent la réponse. Ce sont ces règles essentielles qui excluent qu'un Etat puisse avoir qualité pour agir au titre de la protection diplomatique d'actionnaires d'une société étrangère qui aurait été victime d'actes accomplis contre elle par un autre Etat en violation d'une obligation internationale qui lui incomberait envers l'Etat national de la société.

Pour pouvoir arriver à une conclusion différente, c'est donc bien l'existence d'une règle spéciale qu'il faudrait pouvoir prouver: une règle qui dérogerait aux principes essentiels du droit international général en la matière. Et c'est bien la partie qui voudrait essayer

d'esquiver les conséquences de l'application des règles fondamentales dominant cette matière qui devrait fournir la preuve de l'existence de cette étrange règle dérogatoire, cette règle qui prévoirait la possibilité d'intervenir sur le plan international, en tant que protecteur d'actionnaires d'une société ayant une autre nationalité, alors que le prétendu fait illicite que l'on peut alléguer n'est représenté que par une action commise contre la société et en violation d'une obligation internationale de l'Etat prétendument coupable envers l'Etat national de la société.

Ici, permettez-moi, Monsieur le Président, Messieurs, d'ajouter une précision qui me semble très nécessaire. Les conséquences qui découlent, dans la matière qui nous occupe, des règles essentielles du droit international au sujet des obligations de l'Etat en matière de traitement des étrangers et de mise en cause de la responsabilité internationale résultant d'une violation de cette obligation, ont une portée absolue. Elles empêchent, à notre avis, que l'on puisse prendre en considération l'idée même d'une éventuelle qualité pour agir d'un Etat, au titre de la protection diplomatique de ressortissants actionnaires d'une société qui aurait été, elle, victime d'un acte accompli par un Etat étranger en violation d'une obligation lui incombant envers l'Etat national de la société. Je tiens à souligner que nous n'admettons et ne concevons pas que l'on puisse reconnaître à cet égard une exception quelconque. La Partie adverse s'efforce, à tout moment, d'insinuer que nous admettrions une exception au principe dont nous affirmons l'existence (voir ci-dessus, p. 560 et 567) et que cette exception ouvrirait une brèche dans les principes, une « brèche énorme » que rien ne pourrait colmater. Et cela pourquoi? Parce que nous reconnaissons que dans certaines conditions auxquelles nos honorables contradicteurs n'ont peut-être pas suffisamment réfléchi, un Etat peut intervenir au titre de la protection diplomatique de sociétés, là où la société elle-même n'est pas étrangère, mais où elle est nationale de l'Etat contre lequel on intervient.

J'aimerais demander à mes honorables contradicteurs comment l'on pourrait qualifier d'exception à la règle selon laquelle l'Etat national de la société peut seul intervenir, au titre de la protection diplomatique, pour faire valoir la responsabilité internationale d'un Etat qui a commis un acte internationalement illicite contre une société étrangère, ce qui se produit dans une situation où il n'y a pas de société étrangère et où, par conséquent, il ne peut pas être question d'un acte internationalement illicite commis envers elle?

Qu'il me suffise ici de réaffirmer nettement qu'il n'y a là, à notre avis, aucune exception, aucune dérogation aux principes, qui puisse permettre à nos adversaires de dire que, puisque l'on en admet une, on peut en admettre deux ou plusieurs. S'ils voulaient se donner la peine de relire les écritures, ils verraient qu'à ce propos je n'ai *vraiment* pas changé de position, contrairement à ce qu'ils prétendent.

Avec cette mise au point, je pense avoir achevé l'examen de la question qui nous occupe touchant les principes généraux et essentiels du droit international qui régissent l'ensemble de la matière. Il est à nos yeux certain:

Premièrement, que les règles générales du droit international qui entrent en ligne de compte n'admettent, en cas d'action commise contre une société *étrangère*, en violation d'une obligation internationale de l'Etat auteur de l'acte, que l'intervention de l'Etat envers lequel cette obligation existe, à savoir l'Etat national de la société.

Deuxièmement, qu'en pareil cas, une intervention de la part d'un Etat différent au titre de la protection diplomatique d'actionnaires de la société étant en contradiction avec les principes fondamentaux qui régissent la matière, cette intervention ne saurait être admise que si elle était imposée par une règle spéciale dérogeant aux principes en question.

Troisièmement, que la preuve de l'existence de cette prétendue règle spéciale, d'ailleurs invraisemblable, incomberait incontestablement à la Partie qui prétend avoir qualité pour agir en contradiction avec les principes les plus évidents du droit international en la matière.

N'ayant évidemment pu dissimuler à leurs propres yeux le fait qu'en dépit de leurs propres assertions, aussi pleines d'assurance que dépourvues de fondement et non démontrées, il leur était impossible de trouver pour leurs thèses relatives à la protection des actionnaires un appui sérieux dans les principes fondamentaux du droit des gens dont il faut tenir compte en la matière, nos honorables contradicteurs se sont alors tournés vers le droit interne. Pour écarter l'obstacle représenté par les règles du droit international, ils ont tenté de s'en prendre surtout à une notion du droit interne sur laquelle le droit international doit nécessairement se fonder, afin d'y appuyer ses propres notions en matière de condition des étrangers et de protection diplomatique des personnes morales : la notion même de personnalité morale.

Avant d'abandonner ce chapitre, je serai donc obligé de consacrer quelques considérations encore à deux points : la personnalité morale elle-même et le soi-disant percement du voile de la personnalité morale.

Monsieur le Président, Messieurs, en entendant M. Lauterpacht, le 16 avril dernier (voir II, p. 530), présenter comme une contribution constructive de l'équité la proposition que la Cour ne devrait pas permettre « que des considérations techniques de droit interne viennent obscurcir la nature essentielle des intérêts qui doivent être protégés », j'ai été intrigué par le caractère quelque peu mystérieux de cette allégation. Ma réaction s'est muée en surprise en entendant le professeur Sauser-Hall, le 17 avril (voir ci-dessus, p. 564 et 570), dire que « la personnalité juridique des sociétés commerciales reste un mécanisme de droit privé » et « qu'une société n'est que la forme technique, l'instrument juridique du droit interne qui couvre un groupement d'individus ». Mais ma réaction avoisinait un sentiment beaucoup plus fort quand j'ai lu, dans les conclusions mêmes du Gouvernement belge, que l'on ne pourrait faire obstacle à ses thèses sur la qualité pour protéger des actionnaires, en invoquant « des objections reposant sur des constructions purement techniques de droit interne telles que la personnalité juridique distincte attribuée à des sociétés commerciales ». Je me demande comment le gouvernement d'un pays aux traditions juridiques illustres, d'un pays qui a conclu avec d'autres Etats un réseau imposant de traités en ayant soin d'assurer une situation particulière à des entités collectives dont le caractère de ressortissants belges est justement fondé sur leur personnalité juridique distincte, d'un pays, au surplus, qui voudrait se présenter en l'espèce comme le protecteur d'une de ces entités collectives, je me demande vraiment comment ce gouvernement a pu avoir l'idée non pas d'avancer dans la chaleur d'un exposé oral, mais d'inscrire formellement dans ses conclusions dans l'affaire, l'idée que la *personnalité juridique distincte de l'entité collective* ne serait qu'une

construction purement technique, une construction dont le droit international ne devrait pratiquement tenir aucun compte.

Monsieur le Président, Messieurs, je ne compte certainement pas faire ici la théorie de la personnalité morale, ni entrer en polémique avec certaines conceptions prétendument scientifiques, bien peu suivies d'ailleurs, qui se plaindraient à détruire l'une des contributions essentielles que le droit ait apportées dans l'histoire au développement de la vie sociale sous tous ses aspects et de la vie économique et commerciale en particulier.

Je me bornerai à dire que la personnalité juridique distincte attribuée à la société en tant que telle est loin d'être de pure forme, d'être un simple artifice technique: elle est fonction de l'existence réelle d'une entité collective, possédant des caractères qui la distinguent nettement, en tant que telle, des individus qui participent à sa création et à son existence, soit avec leur personne, soit avec une partie de leurs moyens. Il y a un intérêt collectif, une volonté collective, un organisme doté de ses propres règles, de son propre but, de son propre patrimoine; un organisme qui exerce une activité qui lui est propre, activité qui, non seulement ne se confond pas avec celle des sociétaires, mais peut même s'y opposer.

Il y a ce qui est défini dans la charte d'*incorporation* de la Barcelona Traction, un *body corporate and political*: un centre autonome d'intérêts qui, précisément à cause de ce caractère d'autonomie matérielle, se voit attribuer, sur le plan du droit, une capacité autonome d'être titulaire de droits et d'obligations. Il n'y a vraiment pas là une construction purement technique qu'on puisse mettre de côté dès qu'on le trouve utile.

Il est, au surplus, absolument inexact et équivoque de parler, génériquement, de « personnalité juridique distincte attribuée à des sociétés commerciales ». Le professeur Sauser-Hall lui-même, dans son intéressant exposé théorique auquel j'ai déjà eu l'occasion de me référer, a esquissé une distinction entre ce qu'il considère comme les gradations successives d'un même et unique phénomène de fusion progressive des intérêts, depuis les sociétés simples, en passant par les sociétés en nom collectif, pour aboutir aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes.

En réalité, je me permets de le dire avec tout le respect pour la science si connue du maître qui est mon contradicteur, je ne pense pas — et j'y ai déjà fait allusion — que la distinction entre les diverses formes de sociétés commerciales soit caractérisée comme il le dit (voir ci-dessus, p. 563) par une « gradation » différente « du processus de synthèse des personnes juridiques ou plutôt des individus groupés en personnes juridiques, en un sujet unique ». La distinction essentielle, à mon avis, est celle qui sépare, d'un côté, les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, de l'autre, les *partnerships* et les *corporations*, à mi-chemin entre lesquelles se situent les sociétés en commandite, les *limited partnerships*. Dans une société de personnes, les associés participent à la société avec leur personnalité tout entière; ils sont responsables d'une manière illimitée: tous, s'il s'agit d'une société en nom collectif, d'une *partnership*; certains seulement s'il s'agit d'une commandite. C'est dans ce dernier cas que, parfois, la participation de ceux des sociétaires qui ont une responsabilité limitée peut être représentée par des actions: c'est le cas des commandites par actions et des *limited partnerships*.

Dans toutes ces hypothèses, toutefois, un élément commun est toujours présent, en tout ou en partie: c'est la participation en tant que personnes, soit de tous les sociétaires, soit de certains d'entre eux: les gérants d'une commandite, les *general partners*. Ces sociétaires font partie intégrante de la société qui doit porter leur nom; ils ne peuvent *pas agir en concurrence* avec la société; ils répondent par tous leurs biens des obligations de la société qui n'est jamais un centre patrimonial autonome par rapport à eux.

Tout autre est la situation dans la société de capitaux, dans une *corporation*. Ici, la société est vraiment distincte, elle est une entité distincte, elle a une personnalité distincte de celle des sociétaires qui n'y participent pas avec leur personne, mais seulement avec une partie de leur capital. Ici il y a donc un centre patrimonial autonome. C'est en raison de cela que la société est anonyme, qu'elle ne s'identifie pas avec le nom des sociétaires: ces derniers peuvent changer continuellement et même totalement, et la substitution d'un sociétaire à un autre n'a aucune incidence sur la vie de la société. Ils peuvent être sociétaires d'autres sociétés, agir directement ou indirectement en concurrence avec la première; ils ne sont nullement responsables des obligations de la société qui a sa propre responsabilité patrimoniale, ils n'ont aucun droit sur le patrimoine de la société.

Or, Monsieur le Président, Messieurs, c'est à ce dernier type de société qu'appartient la Barcelona Traction, société anonyme enregistrée selon les lois du Canada, ayant son siège au Canada, administrée par un conseil d'administration où des Canadiens ont une majorité relative, et chef de file, en tant que société de financement, d'un groupe de sociétés également canadiennes. Ses actionnaires sont nombreux, et souvent inconnus, au point que la Partie demanderesse se livre aux spéculations que l'on a vues pour essayer de présumer la nationalité de certains d'entre eux. Ils appartiennent à des nationalités très différentes; ils changent avec chaque transaction en bourse et ce, dans une large mesure.

M. Frère, dans son mémorandum reproduit aux annexes aux observations belges, volume I, page 69, a déclaré qu'en 1960 la Sidro fut amenée à vendre sa participation dans la *Mexican Light*. La même Sidro aurait pu, avec une égale facilité, être amenée à vendre sa prétendue participation bénéficiaire dans la Barcelona Traction. Dans ce cas, nous aurions probablement vu apparaître un nième État comme protecteur possible de la société.

Un phénomène de cette nature n'a vraiment rien de commun, si ce n'est le nom « technique » de « société commerciale », avec des *partnerships*, ou même avec des sociétés parfois formellement qualifiées d'anonymes, qui ne sont en réalité que des sociétés comprenant une seule, deux ou trois personnes. La Barcelona Traction est une vraie *corporation* ou *public company* ou *body corporate and political*, bien distincte de la personnalité des actionnaires sur le plan de la réalité économique et sociale avant de l'être sur le plan du droit, lequel ne fait que traduire dans ses formules et dans ses prescriptions la réalité elle-même.

Avant de conclure sur ce point, laissez-moi dire encore que ce qui importe avant tout c'est d'être cohérent avec soi-même. On peut s'en prendre au phénomène de la personnalité morale, on peut ne vouloir voir dans la personnalité juridique distincte des sociétés commerciales qu'un artifice technique du droit interne dont on se refuse de tenir

compte sur le plan du droit international. Mais alors il faut se décider à abandonner nettement le principe de la protection de la personne morale en tant que telle. Pourtant, M. Lauterpacht et le professeur Sauser-Hall tiennent par contre à le reconnaître et à le réaffirmer expressément. Il faut alors renoncer à parler de préjudice causé à une société; il faut accepter toutes les conséquences du fait que l'on veut considérer l'action apparemment commise contre la société, contre cette « fiction » comme comprenant en réalité un faisceau d'actions distinctes commises contre les sociétaires ou les actionnaires; et il ne faut considérer comme tels, évidemment, que des personnes physiques. Il faut alors renoncer aussi à l'idée de protéger des entités fictives telles que la Sidro et la Sofina et aller rechercher, qui sait jusqu'où, les réalités humaines qui se cachent derrière l'écran de ces « technicités ».

Il faut alors que seuls les Etats nationaux des différents actionnaires ou groupes d'actionnaires, et non pas l'Etat national de la société, puissent intervenir pour faire valoir la responsabilité internationale de l'Etat coupable de l'action incriminée. Cela comportera probablement des difficultés considérables: pour n'en donner qu'un exemple, il suffit de rappeler que la matière de la condition des étrangers est très largement réglementée par des traités et que, normalement, ces traités prévoient l'obligation réciproque d'assurer un traitement déterminé aux personnes morales ayant la nationalité des Etats contractants. Mais on ne voit pas comment l'Etat tiers intervenant en faveur d'actionnaires pourrait invoquer le bénéfice d'un traité auquel il n'est pas partie. En fin de compte, il faudrait changer le texte de tous les traités de ce genre.

En tout état de cause, ce que l'on ne peut pas faire, c'est considérer à la fois la personnalité morale comme une réalité et comme une fiction technique; c'est vouloir se servir à la fois, lorsque cela paraît plus utile, soit de l'imputation unitaire de la personnalité à la société afin de bénéficier de la protection de l'Etat national de cette dernière, soit de la négation de cette imputation unitaire afin d'utiliser la protection de l'Etat ou des Etats nationaux des actionnaires. Et tout cela avec les conséquences que l'on peut imaginer pour le déroulement ordonné des relations internationales.

Passons maintenant un moment à cette idée du *perçement du voile de la personnalité morale* dont nos honorables contradicteurs font un usage qui aurait certes rempli de stupéfaction cet excellent *Chief Justice Marshall* qui eut le premier l'idée, en 1809, de parler de *disregard of legal entity*.

L'idée du *perçement du voile de la personnalité morale* part de la conception selon laquelle la possibilité de créer des personnes morales constitue en quelque sorte un privilège pour les individus qui donnent vie à l'entité collective et qui, grâce à elle, peuvent poursuivre des finalités et des résultats qu'individuellement ils ne pourraient même pas envisager. La possibilité *to pierce and look behind the veil of personality*, de percer le voile de la personnalité et de regarder au-delà et, par conséquent, *to disregard the legal entity*, de ne pas tenir compte de l'entité juridique constitue donc une sauvegarde pour les tiers (créanciers et surtout Etat) et fait contrepois au privilège. Le tiers intéressé doit, en certaines circonstances, pouvoir pénétrer derrière cet écran pour voir — surtout dans le cas de sociétés anonymes — la réalité qui veut se dissimuler. Selon la formule très connue du juge Sanborn dans l'affaire

*United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* de 1905, 142 Federal 255,

« When the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons »,

(« Lorsqu'il est fait usage de la notion de personne morale pour faire échec à l'intérêt général, justifier l'illicite, protéger la fraude ou défendre le crime, le droit considérera la société comme une association d'individus »),

ce qui veut dire considérer ces personnes comme responsables d'une manière illimitée.

Plus tard, la même idée a été appliquée en temps de guerre, toujours afin de permettre à d'autres, et notamment à l'État impliqué dans un conflit armé, de s'assurer que derrière le voile d'une personne morale nationale ou neutre ne se cache pas une réalité ennemie. L'essence même de l'idée est donc celle d'une sauvegarde des tiers contre les avantages indus que se procureraient sans cela les sociétaires en restant commodément à l'abri derrière le rideau de l'entité collective.

En matière de protection diplomatique, la même notion a aussi eu son application, mais toujours en respectant sa signification et son but essentiel qui, répétons-le, est de protéger les tiers contre un usage abusif des avantages que comporte le phénomène corporatif. C'est dans cet esprit sans doute qu'on a fait application de la notion de nationalité effective à une personne morale dans le cas bien connu de *l'Im Alone*. Et c'est encore dans ce même esprit que, dans les nombreux traités d'indemnisation dont la Partie demanderesse, faute d'un meilleur appui, semble encore faire grand cas, le pays qui se soumet au principe de l'indemnisation prétend regarder au-delà de l'écran de la personnalité morale pour se prémunir contre le danger que le pays réclamant prétende recevoir une indemnisation devant finalement revenir à des personnes qui ne sont pas des ressortissants de l'État auquel l'indemnisation est accordée.

Qu'est-ce que la Partie demanderesse voudrait faire d'une telle notion? Quelque chose d'éminemment contraire à son essence: un principe qui voudrait non pas limiter l'avantage que les sociétaires trouvent à se couvrir volontairement du manteau de la personne morale mais qui, au contraire, élargirait encore la portée de cet avantage; un principe qui permettrait aux sociétaires eux-mêmes de se dévêtir de ce manteau au moment où il ne leur conviendrait plus d'en être couverts. Il ne s'agirait plus de percer le voile de l'extérieur, mais de le déchirer de l'intérieur. La signification, le but qu'on voudrait assigner au principe seraient exactement le contraire de ceux pour lesquels il a été formulé et pour lesquels il peut être utilisé lorsqu'on prétend le présenter, comme l'a fait le professeur Sauser-Hall le 20 avril (voir ci-dessus, p. 591), en affirmant comme un postulat, aussi absolu d'ailleurs qu'indémontrable, que l'État

« a le droit, en vertu du droit des gens, précisément de lever le voile de la société étrangère pour mettre en évidence les intérêts de ses propres ressortissants et établir ainsi sa qualité pour agir, son droit de les protéger, son *jus standi* ».

Les mots mêmes de « mettre en évidence » n'ont plus de sens dans ce contexte car il n'y a absolument rien à mettre en évidence, rien à découvrir, les personnes intéressées s'étant empressées de se découvrir et de se mettre en évidence d'elles-mêmes.

Les principes généraux du droit international relatifs à la matière envisagée ne laissant percer aucune lueur d'espoir pour les thèses du Gouvernement belge, nos honorables contradicteurs renonceront-ils finalement à l'idée absurde, reflétée d'ailleurs dans leurs conclusions finales, de vouloir précisément fonder sur ces principes la preuve du prétendu droit de prendre fait et cause pour des actionnaires en cas de préjudice subi par une société du fait d'un Etat étranger? Abandonneront-ils la prétention, par trop candide, d'exiger de nous la preuve de l'existence d'une règle qui limiterait exceptionnellement ce droit? En reviendront-ils à la recherche, aujourd'hui abandonnée et même reniée avec vigueur, d'une règle positive qui admettrait dans certains cas une dérogation à la conclusion négative qui, contrairement à leurs allégations, se dégage d'une manière si claire des principes fondamentaux? Réussiront-ils surtout à prouver l'existence de cette règle spéciale d'une teneur tellement invraisemblable à cause de la contradiction qu'elle comporte avec la *ratio* même des principes qui régissent la matière?

Parcille entreprise ne semble vraiment pas facilement réalisable après que nos honorables contradicteurs, partis avec tant d'assurance dans leurs écritures en quête d'une preuve qu'il existe rien de moins qu'une règle coutumière, fondée sur un ensemble imposant de précédents impressionnants et toujours plus nombreux, ont dû revenir de leur expédition les mains vides.

Un retour en arrière paraît fort improbable après la déclaration, qui équivaut à un aveu fait par le professeur Sauser-Hall le 20 avril vers la fin de sa plaidoirie (voir ci-dessus, p. 596) lorsqu'il a constaté qu'un fait restait certain:

« la Cour ne se trouve en présence d'aucun précédent caractéristique, spécialement d'aucun précédent résultant de sa propre jurisprudence ou de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale qui s'appliquerait adéquatement à l'espèce qui est actuellement pendante devant vous »!

De tous ces braves soldats que le général aurait voulu pouvoir jeter dans la bataille, aucun n'avait-il donc répondu à l'appel?

Dès le moment où, ayant résolu d'essayer de fonder sa position non plus sur la protection de la société comme telle mais sur celle de ses prétendus actionnaires, la Partie demanderesse s'est mise à la recherche de précédents dans ce domaine; son espoir était d'en trouver un, un seul, pouvant être présenté comme un cas où l'on aurait admis une protection indépendante d'actionnaires à la suite d'un préjudice causé par un Etat à une société étrangère. Elle avait espéré d'abord en trouver un dans l'affaire de l'*Orinoco*, mais cela avait été plutôt une mésaventure. Dans un dernier effort, elle a espéré pouvoir présenter comme étant un précédent à cet effet, comme étant *le* précédent, l'affaire de la *Delagoa Bay*.

Monsieur le Président, Messieurs, je tiens à vous assurer que ce sera la seule affaire que je mentionnerai au cours de cette réplique. Pour toutes les autres, je me bornerai à renvoyer aux développements déjà trop étendus que nous avons eu l'occasion de consacrer à l'analyse

de la jurisprudence arbitrale et à la pratique des Etats, aux phases précédentes de cette procédure. Et cela d'autant que mon honorable contradicteur, malgré toutes ses patientes recherches, n'a pu contester le bien-fondé d'aucune des constatations que j'ai pu faire précédemment à propos de chaque affaire.

Mais, pour l'affaire de la *Delagoa Bay*, quelques considérations me sont imposées par la nouvelle tentative du professeur Sauser-Hall, qui voudrait attribuer à ce précédent une portée tout particulièrement favorable pour les thèses belges.

Vous savez bien, Messieurs, que cette affaire a été longue et que certains auteurs ont considéré sa première phase comme la plus intéressante, la deuxième s'étant déroulée sur la base d'un compromis. Ce compromis fixait en effet, de manière à n'y plus revenir, le principe de l'indemnité à verser aux réclamants. Dans cette première phase, comme je l'avais mis en lumière, les deux gouvernements faisaient valoir respectivement deux griefs entièrement différents: celui des Etats-Unis, la lésion des droits des héritiers du ressortissant américain MacMurdo, à la suite de la révocation d'un contrat de concession relatif à la construction d'un chemin de fer, contrat conclu par MacMurdo avec le Gouvernement portugais et qui comportait l'obligation de constituer une société portugaise dans laquelle, toutefois, il avait gardé une responsabilité personnelle; celui de la Grande-Bretagne, l'expropriation du chemin de fer construit par la société britannique *Delagoa Bay*, qui avait été constituée pour financer la société portugaise créée par MacMurdo et qui prétendait être elle-même propriétaire du chemin de fer. Aucun des deux gouvernements ne parlait alors d'actionnaires. Il est, au surplus, évident — et nous devons le souligner à nouveau — qu'aucun des deux gouvernements, même celui de la Grande-Bretagne qui, en réalité, prenait fait et cause pour une société britannique possédant la totalité des actions de la société portugaise, ne faisait valoir les droits d'actionnaire d'une société n'ayant pas la nationalité de l'Etat contre lequel la réclamation était dirigée.

Vint ensuite le compromis et le protocole arbitral du 13 juin 1891, dont la conclusion fut retardée à cause de difficultés intervenues entre les deux gouvernements réclamants, à propos de la répartition de l'indemnité qu'il appartiendrait au tribunal de fixer. Une fois le principe de l'indemnisation établi par l'accord intervenu entre les parties intéressées, la question à débattre devant les arbitres n'était finalement que celle de savoir si le Gouvernement britannique aurait touché seul la totalité de l'indemnité revenant à la société anglaise *Delagoa Bay*, afin d'en remettre ensuite une partie aux ayants droit ou si, au contraire, le Gouvernement américain aurait pu recevoir directement, comme il prétendait le faire, le montant destiné à être remis à l'ayant droit américain de la société anglaise, M<sup>me</sup> MacMurdo. C'est de cela, et surtout de certains arguments contenus dans la réplique américaine, que l'on devrait donc pouvoir tirer une conclusion favorable à la thèse belge: ce précédent viendrait appuyer la reconnaissance du principe tant recherché consacrant la possibilité de protéger des actionnaires d'une société appartenant à un Etat tiers et non pas à l'Etat auteur de la mesure préjudiciable.

Toutefois, les arbitres appelés à statuer conformément au compromis étaient des juristes et la Partie adverse a eu raison de nous le rappeler dans ses observations. Ainsi donc, à présent, le professeur Sauser-Hall m'ayant reproché de ne pas vouloir lever le voile qui couvre cette vieille dame, je répondrai à son désir et je lèverai le voile. Si le spectacle n'est

pas de nature à satisfaire mon honorable contradicteur, la faute n'en sera pas à moi. Lisons donc le texte même de la sentence arbitrale dans son point X: *Attribution et répartition de l'indemnité*:

« Il a déjà été relevé que la seule personne qui, en droit strict, aurait qualité pour se porter demanderesse vis-à-vis du Gouvernement portugais est la Compagnie concessionnaire du chemin de fer; car c'est elle seule qui était en relations contractuelles avec l'Etat défendeur, et c'est elle qui a été dépossédée par la rescision. »

Attention donc: les éminents arbitres tiennent à nous préciser avant toute chose — et pourtant nous sommes dans une hypothèse de lésion causée à une société par son propre Etat national — que c'est uniquement en vertu du compromis et par dérogation au droit strict qu'ils acceptent de prendre en considération la qualité pour agir de quelqu'un d'autre que la société portugaise elle-même.

Et les arguments qu'ils invoquent sont aussi fort intéressants: « C'est elle [la société portugaise] qui a été dépossédée par la rescision. » Remplaçons le mot « rescision » par le mot « faillite ». Une analogie frappante ne vient-elle pas à l'esprit?

Mais poursuivons notre lecture:

« Le gouvernement défendeur ayant, cependant, déclaré lui-même ne fonder aucune exception sur le fait que la personne réellement légitimée à l'action n'est pas partie au procès le Tribunal arbitral doit prendre acte de ce que les parties ont convenu d'un commun accord, de lui substituer la Delagoa Bay Company. »

« Substituer »: c'est aussi un mot qui est revenu maintes fois dans notre procès. Continuons encore:

« Au reste, celle-ci [la Delagoa Bay Company] avait, de fait, assumé la tâche incombant à la Compagnie portugaise, demeurée concessionnaire en la forme, et était devenue propriétaire de la presque totalité de ses actions, propriété grevée, il est vrai, d'un droit de gage en faveur de ses créanciers obligataires. Aussi bien, le montant alloué par le présent jugement ne peut-il être attribué à la Compagnie anglaise qu'à la condition que celle-ci l'affecte au paiement de ses créanciers obligataires gagistes, et autres s'il y a lieu, selon leur rang. Ces créanciers n'étant pas représentés directement dans ce procès et n'ayant par conséquent pas eu l'occasion de formuler leurs moyens et conclusions, le Tribunal n'est pas en mesure d'opérer lui-même cette répartition, mais doit abandonner ce soin à qui de droit, en se bornant à ordonner, en principe, qu'il soit dressé un état de distribution. »

« Doit abandonner ce soin à qui de droit »: par association d'idées, n'est-on pas tenté de penser au *receiver* de la Barcelona Traction nommé par le tribunal de l'Ontario?

La sentence continue:

« C'est dans cet état de distribution que la partie américaine, comme tout autre créancier, devra faire valoir ses droits. Il est impossible de lui reconnaître un droit direct contre le Portugal, en concurrence avec la Compagnie anglaise et au même titre que celle-ci. »

Ne trouvez-vous pas, Messieurs, que cela devient fort intéressant?

« L'héritière de feu MacMurdo est intervenue dans ce procès à titre de propriétaire d'actions et d'obligations de la Compagnie anglaise, acquises en échange d'actions de la Compagnie portugaise et, de plus, en qualité de titulaire du « droit de contrôle » qu'elle estime également être en mesure d'exercer dans la Compagnie anglaise. Or, aucun de ces titres ne saurait lui conférer une action directe contre le Portugal; elle ne possède, de ces différents chefs, que des prétentions à faire valoir contre la Compagnie anglaise. »

Je ne crois pas avoir besoin d'ajouter des commentaires. L'éloquence des arbitres est bien supérieure à ce que pourrait être la mienne. Et leur décision s'achemine maintenant vers sa conclusion :

« Ce sont là des questions de ménage intérieur qu'il est matériellement impossible de trancher dans un procès lié entre la Compagnie anglaise, d'une part, comme ayant droit de la Compagnie concessionnaire, et le Gouvernement du Portugal, d'autre part. »

On ne saurait imaginer donc une contestation plus nette du *jus standi* de la partie américaine : malgré le compromis lui-même, l'on ne reconnaît comme partie au procès que la partie britannique et le Gouvernement portugais!

« On chercherait vainement un motif plausible qui permit juridiquement de faire une situation spéciale à M<sup>me</sup> MacMurdo, en sa qualité d'actionnaire la plus forte de la Compagnie anglaise et de porteuse d'obligations de celle-ci, et de la traiter, en cette qualité, sur un autre pied que n'importe quel autre actionnaire ou obligataire de la Compagnie anglaise. Tout ce qu'il est au pouvoir du Tribunal de faire à cet égard pour tenir compte de la situation spéciale concédée à M<sup>me</sup> MacMurdo par le compromis arbitral, c'est d'ordonner que la somme qui lui reviendra suivant l'état de distribution à dresser sera versée directement au Gouvernement des Etats-Unis... »

Je me demande, Messieurs, si, après cette lecture, mon très éminent contradicteur sera encore tellement désireux de lever des voiles. Je me demande surtout si, après cette lecture, la Partie adverse pensera encore pouvoir dire que nous sommes incapables « d'invoquer un seul cas » où un tribunal arbitral se serait prononcé *contre le droit des actionnaires à être pris en considération* sur le plan international dans l'hypothèse où la société aurait une nationalité autre que celle de l'Etat auteur du dommage.

[Audience publique du 8 mai 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs, en ce qui concerne les résultats essentiels de l'analyse des précédents, je n'ai vraiment pas besoin de m'étendre encore. Je peux confirmer à propos de la jurisprudence arbitrale les conclusions que j'ai établies à la fin de mon intervention du 24 mars (voir II, p. 238-240); et à propos de la pratique des Etats, ce que j'ai dit le matin du 25 mars (voir II, p. 240-246). Je ne ferai donc qu'énoncer ici, en guise de synthèse, les propositions suivantes :

1. En cas de préjudice causé par un Etat à une société étrangère en violation d'une obligation internationale, le droit international général

n'admet *aucune dérogation* par rapport au principe qui découle de tout le système des règles du droit international régissant la matière. La qualité pour intervenir au titre de la protection diplomatique n'appartient qu'à l'Etat envers lequel l'obligation internationale a pu être enfreinte: à savoir l'Etat national de la société.

2. On rencontre dans la pratique quelques cas dans lesquels on a admis qu'un Etat prenne fait et cause pour des ressortissants sociétaires dans une société ayant un statut national différent, mais cela *exclusivement* dans des hypothèses où, par rapport à l'Etat auteur du préjudice, la société n'était pas elle-même étrangère, mais nationale. Il est évident que dans ces hypothèses il ne peut être question que le préjudice infligé à la société en tant que telle ait représenté la violation d'une obligation internationale; l'Etat n'est pas internationalement obligé envers lui-même à assurer un traitement quelconque à ses propres ressortissants.

3. La possibilité reconnue à un Etat dans les hypothèses ainsi décrites, d'intervenir au titre de la protection diplomatique de ressortissants actionnaires d'une société relevant de l'Etat auteur de la mesure préjudiciable, ne constituait évidemment pas une exception par rapport au principe énoncé en premier lieu, où l'action commise à l'égard de la société est supposée constituer la violation d'une obligation internationale envers l'Etat national de la société.

4. La raison pour laquelle, toujours dans les hypothèses envisagées, une intervention au titre de la protection diplomatique de sociétaires a pu être envisagée, réside exclusivement dans le fait que, ou bien la possibilité de la protection était admise par un accord particulier, ou bien c'était toujours la situation propre des sociétaires eux-mêmes qui était en question dans le cas concret. Cela pour l'une quelconque des raisons suivantes:

- a) la lésion avait été infligée directement à la personne du sociétaire;
- b) la lésion avait été causée dans l'hypothèse d'une *partnership* dont la personnalité distincte de celle des associés est contestée par plusieurs ordres juridiques et, là où elle est admise, peut vraiment apparaître comme une *technicality*, la personne du sociétaire et celle de la société s'identifiant à toute fin pratique;
- c) la société avait été dissoute, et par conséquent les sociétaires avaient succédé à la société dans certains de ses droits et de ses prétentions.

Aux propositions ainsi énoncées, je n'aurai qu'à ajouter de brefs commentaires qui tiennent en peu de phrases.

En premier lieu, compte tenu des constatations faites dans les propositions que je viens d'énoncer, il est évident qu'il serait absurde d'invoquer une prétendue analogie pour faire accepter la possibilité de la protection d'actionnaires par leur Etat national dans une quelconque hypothèse où le préjudice causé à la société constituerait en lui-même la violation d'une obligation internationale envers un autre Etat, la société étant une société étrangère par rapport à l'Etat auteur de la mesure reprochée. Tout rapport logique fait défaut entre, d'une part, le cas d'un préjudice causé à une société nationale sans, partant, que ce préjudice puisse représenter la violation d'une obligation internationale envers l'Etat national de la société et, d'autre part, le cas d'un préjudice causé à une société étrangère, lorsque ce préjudice lèse un droit subjectif

attribué par le droit international à l'Etat dont la société relève et lorsque par conséquent c'est cet Etat et cet Etat *seul* qui a titre à faire valoir la responsabilité qui découle de la lésion ainsi causée.

Même abstraction faite de cette impossibilité logique, il est à ajouter que le seul fait de vouloir rapprocher le cas d'espèce d'une de ces hypothèses exceptionnelles où l'Etat national d'une personne physique ou morale refuse d'en assumer la protection diplomatique, ou s'abstient en fait de le faire à cause du caractère *non effectif de la nationalité de la personne en question*, est sans qualification possible étant donné l'attitude plusieurs fois décrite du Gouvernement canadien au cours de l'affaire.

En deuxième lieu, nous ne voyons pas l'utilité des efforts qu'ont faits nos honorables contradicteurs pour présenter la société Barcelona Traction comme une société dissoute, défunte ou réduite à l'état d'une coquille vide, selon l'expression imagée que l'on retrouve dans les conclusions du Gouvernement belge. Et cela alors que l'on sait fort bien que la jurisprudence a clairement indiqué, à propos de notre problème, que la faillite ne comporte nullement la dissolution de la société; alors que l'on sait que la prémisses indispensable pour que l'on puisse parvenir à la dissolution d'une société est que soit ouverte, selon les formes légales, la procédure de liquidation. Il n'a jamais été question de l'ouverture d'une procédure de ce genre par l'organe officiel canadien qui a en main l'administration de la société. Qu'il me soit permis d'ajouter qu'il est pour le moins étrange de parler de la Barcelona Traction dans les termes que mon ami Lauterpacht a employés le 16 avril (voir II, p. 534-535), alors que la cote en bourse des actions de la société est actuellement, dans les principales bourses du monde, plus élevée qu'avant la faillite et qu'il en est ainsi depuis bien avant qu'on ait pu seulement envisager l'idée du présent procès.

Abstraction faite de ces données de fait, je ne vois pas non plus l'utilité des efforts de nos honorables contradicteurs à ce sujet, étant donné que de toute manière, le fait qu'une société ait été dissoute n'a été considéré comme une raison pouvant justifier une protection diplomatique d'actionnaires que dans le cadre de ce qui est, nous le répéterons encore à titre de conclusion sur ce point, la seule hypothèse où cette protection peut être envisagée: celle d'un préjudice causé par un Etat à une société nationale.

Monsieur le Président, Messieurs, la conclusion des considérations que nous avons exposées en réfutation de la longue argumentation développée par les conseils du Gouvernement belge au sujet de la prétendue protection des actionnaires, est ferme et irréfutable: si un Etat cause à une société ayant la nationalité d'un autre Etat une lésion en violation d'une obligation internationale qui le lie à cet autre Etat, c'est ce dernier et lui seul qui peut intervenir au titre de la protection diplomatique pour faire valoir la responsabilité internationale que l'Etat auteur de la lésion a encourue. Il a encouru cette responsabilité par le fait, et par le seul fait, qu'il a enfreint une obligation internationale envers l'Etat national de la société.

Les principes fondamentaux du droit international dans toute la matière n'admettent pas d'autre réponse à cette question: la troisième et dernière, je me permets de le rappeler, de celles qui sont en discussion entre les Parties au présent différend. D'autre part, l'analyse objective des précédents montre qu'il n'y a, ni dans la jurisprudence ni dans la

pratique des Etats, la plus petite ébauche, même le plus petit indice de formation d'une règle différente, qui dérogerait aux principes fondamentaux : d'une règle dont à la simple réflexion, on percevait d'ailleurs le caractère proprement absurde, car elle reviendrait à autoriser un Etat sous le couvert de la soi-disant protection des ressortissants actionnaires d'une société étrangère, à faire valoir auprès d'un autre Etat une responsabilité pour violation d'une obligation internationale de cet Etat envers un Etat tiers.

Quand la partie qui invoque un droit manque la preuve de l'existence des règles juridiques en vigueur sur lesquelles elle pourrait établir sa prétention, il est fréquent que la partie en question en vienne à critiquer des règles du droit existant. Il est fréquent qu'elle essaie de présenter son cas comme un *unicum* auquel ces règles s'appliqueraient mal, et qu'elle essaie d'esquiver les conséquences d'une telle application par des appels plus ou moins variés à l'équité, à la justice, à des considérations de *lege ferenda*, etc. C'est exactement ce qui se passe dans notre affaire, où les appels de la Partie demanderesse à une soi-disant équité se font de plus en plus pressants et la description des caractères exceptionnels du cas d'espèce devient de plus en plus pathétique et imagée, à mesure qu'avance la procédure, ce qui reflète évidemment les doutes de plus en plus marqués sur la solidité de la position juridique défendue.

Le total défaut de pertinence de ce genre d'arguments par rapport aux questions que vous avez à trancher est si évident que je me permettrai, afin de ne pas abuser de votre temps et de votre patience, de ne pas répondre en détail aux références doctrinales si souvent dépourvues de pertinence et aux citations de prétendus précédents dont la Partie adverse nous a comblés. Cela même si elle a oublié parfois, par exemple dans le cas si intéressant de l'arbitrage relatif aux *Cayuga Indians*, d'indiquer à côté de longs passages qu'elle a reproduits, ces quelques passages ultérieurs qui auraient montré très clairement que le tribunal fondait sa décision exclusivement sur le pouvoir, expressément conféré par le traité d'arbitrage, de décider en équité et non pas du tout sur un prétendu « pouvoir inhérent à la mission de tout juge de trancher en droit ». Puisque ici nous sommes devant la Cour et non pas devant une juridiction autorisée *expressis verbis* à appliquer les *principles of equity* à côté de ceux du droit international, je me permettrai de ne faire qu'une seule citation, à propos de l'étrange invitation que M. Lauterpacht a adressée à la Cour pour qu'elle envisage (voir II, p. 533) le problème qui lui est soumis « comme l'a fait le tribunal arbitral américano-britannique » dans l'affaire des *Cayuga Indians*. Je citerai le passage qui clôt le volume I des *Principes généraux du droit international public*, publié par Charles Rousseau en 1944. Se référant aux observations du juge Kellogg à l'ordonnance de la Cour permanente dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, M. Rousseau commente, à la page 950 :

« En définitive, si c'est aux Parties, c'est-à-dire à la volonté des Etats, qu'il appartient de fixer les règles applicables dans leurs rapports réciproques, cette volonté ne peut déployer ses effets qu'aux conditions fixées par le statut de l'organe interétatique éventuellement compétent. Et cette observation permet de mesurer à sa juste valeur l'apport nécessairement limité que l'équité est appelée à fournir en droit des gens. »

Mais puisque la Partie adverse nous a amenés à quitter le domaine de la recherche du droit en vigueur pour considérer la conformité de ce droit aux besoins de la société internationale et aux exigences de la vie moderne, je voudrais dire encore un mot, avant de conclure sur ce point aussi, en défense de ce droit et en particulier des règles qu'il contient pour la protection des investissements privés étrangers.

Les investissements que des étrangers font dans un pays donné, en choisissant d'opérer dans le cadre d'une société elle aussi étrangère par rapport au pays d'investissement, jouiront tout naturellement de la protection représentée à la fois par l'existence des obligations internationales de ce dernier pays envers l'Etat choisi comme Etat national de la société et par la possibilité, pour cet Etat, d'intervenir en cas de violation de ces obligations. Le choix de l'Etat national est délibéré: personne n'oblige normalement les créateurs d'une société, et moins que quiconque les créateurs d'une grande société financière internationale, à choisir un endroit plutôt qu'un autre pour enregistrer la société, y établir son siège et y installer ses organes directeurs. Ils ne devront se plaindre qu'à eux-mêmes s'ils ont choisi, pour des raisons que nous n'avons pas à rechercher, de donner à leur société une nationalité peu effective, qui n'entraînerait pas, le cas échéant, un exercice efficace de la protection diplomatique, hypothèse d'ailleurs plus théorique que réelle, et en tout cas proprement absurde si l'on se réfère au cas d'espèce. De même, personne n'oblige les investisseurs à placer leurs fonds dans une société dotée d'une nationalité en laquelle ils n'ont pas confiance.

Tout le problème qu'on agite ne se pose, une fois de plus, même d'un point de vue de *lege ferenda*, que lorsqu'il s'agit d'investissements faits par des étrangers dans des sociétés qui ont la nationalité du pays d'investissement et qui sont souvent obligées par la législation locale à prendre cette nationalité. C'est à ce cas que se réfère justement la préoccupation exprimée par le professeur Reuter dans son *Droit international public*, Paris, 1958, au passage de la page 164, qui avait été cité avec une approbation si marquée par la Partie demanderesse à la page 115 des observations (I):

« Deux traits notamment doivent rester présents à l'esprit: le caractère vraiment international, en fait, de beaucoup de sociétés, qui réunissent des capitaux appartenant à des pays différents, l'obligation imposée par de nombreux pays aux capitaux étrangers de prendre la forme juridique de la loi locale, bien que les capitaux soient tous étrangers. »

C'est justement là où une telle obligation existe que peuvent s'expliquer certaines préoccupations des milieux intéressés, compte tenu de la conjoncture mondiale actuelle et de la nécessité d'une participation accrue des ressources financières des pays les mieux pourvus au développement des pays qui n'ont pas encore atteint un niveau économique suffisant. C'est par rapport à une telle hypothèse que peut se justifier le souci de pourvoir des garanties propres au droit international certains placements étrangers que la législation locale voudrait justement voir dénués de telles garanties.

Mais lorsque, par contre, la société est étrangère par rapport à l'Etat où elle exerce, directement ou indirectement, son activité, et dont elle peut, partant, craindre d'éventuels préjudices, la société jouit de tous les privilèges et se trouve munie de toutes les sauvegardes que le droit

international prévoit dans ses règles relatives à la condition des personnes physiques et morales étrangères et à leur garantie contre des atteintes indues. Il n'y a aucune raison valable de déroger à ces règles, aucune excuse, en particulier, à vouloir faire échec à celle qui confère et réserve à l'Etat national d'une personne morale le droit d'exiger des Etats étrangers qu'un certain traitement soit fait à cette personne et d'intervenir pour la protéger au cas où le traitement prévu ne serait pas assuré.

Cette règle est commandée à la fois par la logique de tout le système que prévoit en la matière l'ordre juridique international et par l'essence même du phénomène que les hommes ont créé en prévoyant la possibilité de poursuivre en commun certaines finalités par le truchement d'entités collectives. Une personne morale opérant à l'étranger doit pouvoir jouir entièrement des avantages que le droit international attache à sa propre nationalité. Mais elle ne peut prétendre cumuler à la fois les avantages qui lui viennent de la nationalité qui lui est propre et ceux qui pourraient provenir de la nationalité de ses membres. Elle ne peut prétendre se créer une situation internationale privilégiée qui lui permettrait de jouer sur la protection de deux ou même de plusieurs Etats, en choisissant selon l'opportunité du moment celle qui paraît plus profitable.

Pour conclure, Monsieur le Président, Messieurs, permettez-moi de vous lire trois passages d'un article très récent, paru dans le *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, volume VIII, 1961, page 237 et suivantes :

« Lorsque l'on cherche la réponse il faut se souvenir de ce qu'est une société. Sans nous lancer dans une discussion théorique sur la fiction ou la réalité, qu'il nous suffise de dire qu'en devenant membres d'une société, les actionnaires ont dans une certaine mesure limité leurs droits individuels en ce sens qu'ils ont accepté qu'en règle générale leurs droits doivent être exercés en leur nom par les administrateurs de la société. Les actionnaires se sont liés eux-mêmes en devenant membres d'une entité collective... Or cette analyse est utile aussi dans le domaine du droit international. Lorsqu'ils se groupent pour créer une société organisée conformément aux lois de l'Etat A, les actionnaires se sont tournés vers cet Etat pour qu'il leur accorde la protection internationale dont ils ont besoin. Ils se sont groupés afin d'agir comme une unité dans leurs rapports avec les tiers, ce qui devrait s'appliquer aussi aux rapports diplomatiques avec des pays tiers. Dans le cas contraire, la situation serait la suivante, s'agissant d'une grande société internationale qui perçoit des fonds sur différents marchés de capitaux, une demi-douzaine de pays auraient le droit d'intervenir en son nom. Pareille solution n'est pas juridiquement impossible et l'on peut dire que dans le domaine également de la protection diplomatique, l'unité d'action est souhaitable. Cette unité d'action n'est possible que si, en règle générale, le droit d'intervenir est réservé au pays où la société est incorporée. La réserve qui découle des mots « en règle générale » signifie que dans des circonstances exceptionnelles, la règle est écartée et un autre pays a droit d'agir. L'une de ces exceptions est le cas où il faut protéger contre le pays où la société est incorporée. Y a-t-il d'autres exceptions? Il faut

envisager le cas où le pays où la société est incorporée serait considéré comme n'ayant pas qualité pour agir *locus standi* en raison du caractère fictif de la nationalité de la société... Un autre cas envisagé est celui où le pays où la société est enregistrée refuse d'accorder sa protection diplomatique parce qu'il estime qu'aucun intérêt national n'est en jeu. Pareille attitude est facilement concevable lorsqu'il n'existe aucun lien véritable entre la société et le pays où celle-ci est incorporée. En pareil cas, il se peut fort bien que l'intervention au nom des actionnaires ne soit pas recevable. La situation difficile des actionnaires n'est que la conséquence de la règle selon laquelle la protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire et ne constitue pas un droit. C'est le risque que l'on prend quand on inscrit une société dans un pays avec lequel elle n'a pas de lien véritable. Si ce risque devait jouer le rôle de frein pour empêcher la prolifération de « Renos » à l'usage des sociétés, il n'y a pas là de quoi éprouver de regrets. »

L'article, comme je l'ai dit, contient aussi d'autres passages dont je me permets de recommander la lecture. J'ai oublié d'indiquer le nom de l'auteur. C'est un savant juriste belge, le professeur van Hecke de l'Université de Louvain.

Le titre est *Nationality of Companies Analysed*.

Monsieur le Président, Messieurs, la dernière tâche qui m'incombe avant de terminer ma réplique est de traiter la question de la demande subsidiaire de la Partie adverse tendant à la jonction au fond de la troisième et de la quatrième exception préliminaire. A ce propos, je tiens à remercier mon confrère le professeur Antonio Malintoppi d'avoir voulu que je traite moi-même cette question de manière conjointe pour la troisième et la quatrième exception; je le remercie en même temps des utiles éléments de réponse qu'il a bien voulu me fournir.

Le débat autour de cette question s'est déroulé au cours des premières plaidoiries d'une manière particulièrement agréable, en tant notamment qu'il a permis de constater que sur différents points les vues des Parties étaient assez rapprochées, et ce sur le plan des conceptions théoriques d'abord, et ensuite aussi de leur application au cas d'espèce. Il existe toutefois une divergence d'opinion sur certains points essentiels et ce sera surtout sur ces points que portera ma réplique.

Mon éminent contradicteur s'est trouvé d'accord avec moi pour reconnaître, sur la base des opinions doctrinales et jurisprudentielles les plus autorisées, que la notion d'exception préliminaire est plus vaste en droit international que ne l'est la notion correspondante dans le cadre de la plupart des ordres juridiques internes, qu'elle comprend aussi bien des questions de pure procédure que des questions de fait, questions qui ne doivent toutefois en aucune façon être considérées comme ayant à faire avec le fond de l'affaire puisqu'elles restent séparées et distinctes de la question de fond soulevée par la réclamation (voir respectivement II, p. 264, et 655 ci-dessus). Le professeur Rolin et moi nous nous sommes trouvés aussi substantiellement d'accord sur le fait que les divers types d'exceptions préliminaires s'inspirent tous du même souci: éviter à l'Etat défendeur d'avoir à répondre sur le fond lorsqu'il soulève une exception; nous nous sommes trouvés d'accord également sur l'importance, pour une meilleure compréhension du système prévu à l'article 62, paragraphe 5, du Statut de la Cour, d'un

examen approfondi des travaux préparatoires qui ont amené finalement à l'adoption de cette disposition.

Toutefois, au sujet des principales étapes de ces travaux préparatoires et au sujet de l'interprétation de ce processus évolutif, une première divergence de vues est apparue. Le point de contraste se situe autour des deux réformes du Règlement qui ont eu lieu respectivement en 1926 et en 1936.

Selon le professeur Rolin, l'article 38 du Règlement de 1926, qui avait traduit en une formule positive le principe de l'examen séparé de la question soulevée à titre d'exception préliminaire — principe déjà appliqué dans la pratique lors de l'affaire *Mavrommatis* — avait représenté une réforme très nette mais peut-être trop rigide. Elle n'aurait laissé en effet que l'alternative, soit d'admettre l'exception, soit de la repousser, avec la conséquence d'exposer parfois la Cour à la nécessité de trancher provisoirement sous l'angle de l'exception des questions qu'elle retrouverait éventuellement dans l'examen du fond. Sur la base de cette procédure rigide, la Cour aurait adopté l'attitude qui caractérisait la décision dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (compétence)*, attitude qui se résumait en deux points: d'un côté, examen de l'exception préliminaire séparé de celui du fond, mais avec la possibilité d'effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire; de l'autre côté, réserve d'une totale liberté d'appréciation des arguments apportés de part et d'autre lors des débats sur le fond.

L'inconvénient représenté par le risque d'avoir à répondre différemment et en sens inverse sur une même question lors de la décision sur l'exception préliminaire et lors de la décision sur le fond aurait donc — dit le professeur Rolin — amené la Cour, en 1936, à apporter une correction qui représentait une sorte de pas en arrière dicté par la prudence: le nouveau texte de la disposition, devenue entre-temps l'article 62, aurait prévu la possibilité de renvoyer la décision sur l'exception préliminaire au moment de la décision sur le fond.

Une telle description de l'histoire législative de l'article 62 actuel permet aussi au professeur Rolin de dénier toute importance, en tant que précédent, à l'arrêt de 1925 sur la *Haute-Silésie polonaise* qui serait fondé sur un texte réglementaire aujourd'hui remplacé par un autre.

L'argumentation de mon éminent contradicteur me paraît toutefois fondée sur une idée erronée: l'idée que les dispositions du Règlement de 1926 auraient eu un caractère rigide qu'en réalité elles n'avaient pas, et qu'elles ont entendu exclure la possibilité de la jonction au fond, alors que le contraire résulte de l'examen des travaux préparatoires.

Les procès-verbaux des séances consacrées en 1926 à la revision du Règlement permettent, en effet, de constater que, loin d'être exclue, la possibilité de jonction au fond a été évoquée plusieurs fois dans les débats. Elle est ouvertement considérée comme admise, dans les discussions, par les juges Anzilotti, lord Finlay, Nyholm, Weiss, Altamira et par le président Huber (voir *C.P.J.I. série D add. au n° 2*, p. 83 à 92). L'article 38 du Règlement de 1926 fut donc adopté sans aucune intention d'exclure la possibilité de joindre les exceptions préliminaires au fond, mais au contraire en considérant cette possibilité comme implicitement admise. L'ordonnance de 1933 relative à l'affaire de l'*Administration du prince von Pless*, qui a ordonné la jonction au fond d'une exception préliminaire, ne représente donc pas une dérogation à l'article 38

inaugurée « par la voie prétorienne », mais simplement l'exercice d'une faculté qui était implicitement admise dans cet article.

Le Règlement de 1936 ne fit alors que rendre explicite, à l'article 62, la faculté en question. Rien dans les discussions qui ont amené à l'élaboration du Règlement de 1936 ne montre d'ailleurs l'intention d'introduire, dans la procédure relative aux exceptions préliminaires, une possibilité nouvelle. Cela enlève toute valeur à l'idée du prétendu retour en arrière, de la prétendue limitation du principe de l'examen séparé des exceptions préliminaires que le nouvel article 62 aurait représenté, selon la théorie du professeur Rolin. L'esprit du Règlement de la Cour, après 1926, n'a pas changé en fait sur le point en question.

Quant à l'usage pratique fait par la Cour de la possibilité de joindre au fond une exception préliminaire, après l'ordonnance dans la question du *Prince von Pless*, où l'on se rappellera que l'exception jointe au fond était une exception soulevée *proprio motu* par la Cour, une jonction au fond n'a été décidée par la Cour permanente de Justice internationale que dans trois cas. La Partie adverse avait cru auparavant voir aussi un cas de jonction au fond dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*; mais, ainsi que mon honorable contradicteur l'a lui-même reconnu dans sa plaidoirie (voir ci-dessus, p. 659), il n'y a eu en réalité dans cette affaire aucune jonction au fond parce que le point litigieux, d'un intérêt secondaire, constituait effectivement une partie du fond, et la Cour s'est bornée à permettre aux parties d'en reprendre le développement à titre de moyen. Et, à propos des autres trois cas, j'ai déjà indiqué, dans mon exposé oral précédent à propos de l'ordonnance dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, que la raison de la décision adoptée par la Cour se trouvait dans le désaccord entre les parties quant au caractère préliminaire du point en discussion, qui constituait un motif de fond plutôt qu'une exception préliminaire. J'ai aussi indiqué que, dans l'ordonnance dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy*, la jonction au fond n'avait été due qu'à la conduite du défendeur qui avait devancé la décision de la Cour, en répondant au fond au moment où il soulevait l'exception.

Si, maintenant, l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, il est frappant de remarquer qu'en dix-huit ans d'activité la nouvelle Cour n'a ordonné la jonction au fond que dans deux seuls cas. Le premier de ces cas est l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, où il n'y a même pas eu de procédure orale sur les exceptions préliminaires, étant donné l'accord des parties sur l'opportunité de renvoyer l'examen desdites exceptions à la discussion du fond de l'affaire. De sorte que le seul cas où, à proprement parler, la jonction au fond a été réellement décidée par la Cour est celui de l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, où la Cour a estimé ne pouvoir juger sans un examen des questions de fait concernant une pratique qui s'étendait sur plus de deux siècles.

Par contre, la Cour a statué dix fois sur des questions préliminaires sans les joindre au fond, et cela même lorsque la jonction au fond a été demandée expressément et avec insistance par l'Etat demandeur.

Finalement, j'indiquerai que mon éminent contradicteur nous a rappelé ce qui s'est passé lors de la discussion du fond de l'affaire *Nottebohm*. La Cour se souviendra que trois fins de non-recevoir avaient été soulevées par le Guatemala après le rejet de l'exception préliminaire d'incompétence. En tant que conseil de ce Gouvernement, le professeur

Rolin a soutenu d'abord à cette occasion ce qui, d'après l'article 62 du Règlement, paraît évident, à savoir que ces fins de non-recevoir pouvaient être opposées sans soulever formellement des exceptions préliminaires. Mais le professeur Rolin avait soutenu aussi que lesdites fins de non-recevoir, parmi lesquelles figurait le défaut de *jus standi*, se présentaient en l'espèce de telle sorte que leur jonction au fond aurait été « probable, sinon certaine » (affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil 1955, vol. II, p. 163). C'est pour cette raison que le Guatemala n'avait soulevé de telles fins de non-recevoir que lors de la procédure au fond. Mais, malgré ces déclarations du savant conseil du Guatemala, la Cour n'a pas retenu son raisonnement, car la Cour a très nettement précisé, justement par rapport à la question de *jus standi*: «... que ce moyen d'irrecevabilité a une importance *primordiale* et qu'il convient, en conséquence, de l'examiner *tout d'abord* » (C.I.J. Recueil 1955, p. 12).

Bien que la Cour eût pu faire autrement parce qu'elle se trouvait déjà au stade de la procédure sur le fond, elle traita donc la question du *jus standi* comme s'il s'était agi d'une exception préliminaire, à savoir d'une matière tout à fait indépendante par rapport au fond, qui ne fut même pas abordé.

La jurisprudence de la Cour — comme aussi celle des tribunaux arbitraux — confirme donc très nettement et très clairement les conclusions auxquelles j'étais parvenu à ce sujet lors de ma précédente plaidoirie, et sur certaines desquelles mon éminent contradicteur semble d'ailleurs être d'accord lui aussi. Je crois pouvoir les résumer dans les quelques propositions suivantes :

1. Le critère fondamental qu'il faut tenir présent à l'esprit à propos de la question qui nous occupe est celui d'une nette distinction entre juridiction interne et juridiction internationale et, partant, de la nécessité de s'abstenir, en toute circonstance, d'appliquer à la seconde des solutions qui ne peuvent valoir que pour la première. La source du pouvoir du juge international de connaître du fond d'une affaire, comme M. Anzilotti l'a si clairement rappelé à ce propos, est exclusivement le consentement des parties et non pas la volonté du législateur.

2. En conséquence de ce critère, il faut éviter, autant que possible, qu'un Etat soit obligé de subir un procès au fond avant qu'il ait été statué au préalable sur l'exception soulevée. En décidant de joindre l'examen de l'exception préliminaire au fond de l'affaire, on peut risquer de contraindre le défendeur à discuter tout le fond d'une réclamation pour en arriver, finalement, à reconnaître que la réclamation était irrecevable et que le défendeur n'était pas tenu d'assumer une telle charge.

3. Aucune distinction n'est à faire entre différentes catégories d'exceptions préliminaires, d'incompétence, d'irrecevabilité et autres exceptions, en ce qui concerne leur examen et, en particulier, la décision quant au problème d'une éventuelle jonction au fond. Le droit international n'a pas repris dans la matière certaines distinctions et classifications du droit interne et s'inspire de critères beaucoup plus souples.

4. La jonction au fond d'une question soulevée par le défendeur à titre d'exception préliminaire ne saurait être décidée qu'exceptionnellement; la règle étant que, chaque fois que cela est possible, l'examen des questions préliminaires se fait au préalable dans le cadre de la procédure appropriée. Abstraction faite des cas où le consentement du défen-

deur est acquis explicitement ou implicitement, la jonction au fond ne se justifie que dans des cas où apparaît une impossibilité réelle et manifeste de statuer sur l'exception indépendamment de l'examen et de la connaissance du fond de l'affaire.

Passant maintenant à considérer les aspects que prend la question dans la présente affaire, je vais me référer d'abord à l'exception relative au défaut de qualité du Gouvernement belge.

À cet égard, je suis heureux de constater qu'à ce stade de la procédure les deux Parties sont désormais d'accord pour indiquer à la Cour qu'un certain nombre de questions sont mûres pour être tranchées et que, partant, aucune demande en vue d'une jonction au fond ne subsiste à l'égard de ces questions.

M. Rolin, dans sa plaidoirie finale du 23 avril (voir ci-dessus, p. 661 et suiv.) s'est courtoisement référé à l'énoncé que j'avais fait moi-même de certains points sur lesquels porte le désaccord dans le différend actuel. Et il a indiqué certaines des questions comprises dans ces points comme étant mûres pour être tranchées par la Cour sans jonction au fond.

Il s'ensuit donc qu'une pleine concordance de vues existe entre les Parties pour indiquer que, à leur avis, il n'y a nullement lieu de joindre au fond les questions soulevées par les thèses espagnoles quant au sens et à la portée véritables de la demande belge actuelle, soit du point de vue de son origine, soit du point de vue de son contenu et par conséquent, quant au défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge au titre de la protection diplomatique de la société canadienne Barcelona Traction.

De même, les deux gouvernements sont d'accord pour considérer mûre pour être tranchée la question posée par la thèse espagnole au sujet du défaut de qualité du Gouvernement belge pour exercer la protection diplomatique de la société Sidro, en tant qu'actionnaire de la Barcelona Traction, cette société n'étant pas inscrite au registre des actionnaires de la Barcelona Traction.

Les deux gouvernements sont encore d'accord pour considérer comme mûre pour être tranchée la question de l'admissibilité en droit international d'une protection diplomatique d'actionnaires ressortissants d'un Etat tiers en cas de préjudice prétendument infligé à une société par un Etat étranger. Ici, toutefois, l'accord se limite à une règle énoncée de façon générale et abstraite. Pour ce qui est des conséquences qui doivent découler de l'application de cette règle, en ce qui concerne le défaut de qualité du Gouvernement belge pour agir en l'espèce, le Gouvernement belge prétend que son *jus standi* ne saurait être apprécié qu'en fonction de certaines circonstances faisant partie du fond et nécessitant un éclaircissement complémentaire.

Le Gouvernement espagnol s'élève contre cette prétention avec la plus grande fermeté. Il considère en premier lieu comme simplement inconcevable que la Cour puisse prendre sa décision à propos de la troisième exception autrement qu'en appliquant à la question concrète une règle générale de droit international définie par la Cour elle-même dans sa teneur et dans sa portée exactes. La définition de la règle précède logiquement et nécessairement la prise en considération des aspects concrets de l'espèce à laquelle elle doit être appliquée; et il est simplement inconcevable de demander à la Cour d'établir avant de définir la règle à appliquer certains aspects matériels de l'espèce

qui peuvent s'avérer tout à fait sans pertinence lorsque le contenu de la règle aura été déterminé.

Vérifier si les actionnaires de la Barcelona Traction auraient subi des dommages et lesquels, à la suite du préjudice prétendument causé à la société, serait une initiative dépourvue de sens, dès lors que la détermination de la qualité pour agir en faveur d'actionnaires, en cas de préjudice causé à une société par un Etat étranger, est une question entièrement indépendante de l'existence ou de l'inexistence de dommages s'étant répercutés sur les actionnaires. Il n'y a pas non plus de sens à vouloir rechercher si la société Barcelona Traction est ou non dissoute, avant d'avoir établi si la règle de droit international régissant la matière confère une importance quelconque à une telle circonstance pour permettre la protection d'actionnaires en dehors de la seule hypothèse où elle a été prise en considération dans la pratique, à savoir celle d'une société ayant subi un préjudice de la part de son propre Etat national.

Le seul fait que notre éminent contradicteur ait eu recours à des indications aussi peu valables à l'égard des prétendues circonstances qui demanderaient à être vérifiées dans un examen au fond de l'affaire, prouve combien nous avons raison d'attirer l'attention de la Cour sur l'aspect inadmissible de cette tentative par trop apparente du Gouvernement belge de retarder encore la décision à propos d'une question que le Gouvernement espagnol considère depuis le début comme étant le point crucial de l'affaire. Il pense avoir finalement quelque titre à recevoir cette réponse satisfaisante que, pendant des années, il a en vain attendue du Gouvernement belge à propos de cette question.

Le Gouvernement espagnol a pleine confiance dans le bien-fondé de ses thèses sur les points que le Gouvernement belge considère comme mûrs pour être décidés et à propos desquels, partant, aucune question de jonction au fond ne peut même se poser. Mais le Gouvernement espagnol maintient très fermement que tous les aspects de l'exception concernant le défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge, et non pas seulement certains d'entre eux, peuvent être tranchés aujourd'hui, et qu'un examen du fond de l'affaire n'est pas susceptible d'apporter le moindre élément supplémentaire utile pour que cette question puisse être tranchée en pleine connaissance de cause.

En ce qui concerne la question du défaut d'utilisation des recours internes, le professeur Malintoppi a déjà eu l'occasion de préciser qu'un tel défaut peut parfaitement être constaté sans qu'il soit nullement nécessaire d'examiner le bien-fondé des décisions des juges espagnols et que le Gouvernement belge prétend entachées de vice.

La quatrième exception préliminaire comporte surtout deux aspects. Il s'agit d'abord de savoir si oui ou non le jugement déclaratif de la faillite a été dûment attaqué en temps utile par le failli lui-même. Pour apprécier cette question, la Cour n'a qu'à se pencher sur les articles des lois espagnoles. Elle pourra certes tenir compte de l'interprétation de la loi donnée par les juges espagnols, mais elle n'a nullement besoin de retenir à cet effet les décisions judiciaires qui se rattacheront de façon spécifique aux procès entamés à propos de la faillite de la Barcelona Traction. Il s'ensuit à la fois que la Cour n'aura pas même à effleurer le fond du litige et que, par conséquent, un débat éventuel sur le fond du litige ne saurait apporter des éléments nouveaux sur ce point.

Il s'agit, en second lieu, d'apprécier si, dès lors qu'il est constaté que le failli n'a pas dûment attaqué l'acte déclaratif de sa faillite, une telle

omission suffit par elle-même à démontrer que la règle du non-épuisement des recours internes n'a pas été respectée en l'espèce. Vu les précisions que le porte-parole du Gouvernement belge a données à la Cour sur la portée véritable du grief international, il est certain que l'ensemble des actes et omissions que l'on prétend attribuer au Gouvernement espagnol se rattache de la façon la plus directe à un même fait générateur, constitué par le jugement déclaratif de la faillite. Il est également certain que le non-épuisement des recours internes à cet égard a permis au jugement déclaratif de la faillite d'acquérir force de chose jugée. Si le jugement déclaratif de la faillite n'avait pas acquis force de chose jugée, la suite des événements aurait évidemment changé. De quelle façon et dans quelle mesure? C'est une question qui se traduit par un véritable procès d'intention et qui se traduirait par un procès d'intention même s'il advenait que la Cour nous demande de discuter le fond de l'affaire.

Il s'agit donc plutôt de voir quelle est la portée d'une telle omission déterminante de la part du particulier dans le cadre de l'application de la règle internationale de l'épuisement préalable des recours internes. Mais un tel problème est, lui aussi, éloigné de toute question relevant du fond de la présente affaire, puisque ce n'est que sur le sens et la portée de la règle internationale elle-même que la décision pourra se fonder. L'attention de la Cour a été déjà attirée à plusieurs reprises sur la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. Une telle référence n'est pas fortuite, vu qu'en raison de sa tâche même la commission est presque toujours appelée à se prononcer sur l'application de la règle de l'épuisement préalable des recours internes, telle qu'elle est conçue par le droit international général. Et la commission a été toujours à son aise pour trancher cette question préliminaire en tant que telle, même lorsque son appréciation engendrait l'examen des lois internes souvent complexes et de procédures multiples. La commission, en s'inspirant des nombreux précédents jurisprudentiels, a fermement établi le caractère d'interprétation stricte qui est propre à la règle internationale en question. Dans ces conditions, on comprend pourquoi il suffit d'établir l'existence d'une omission déterminante pour décider en même temps que la règle du non-épuisement des recours internes n'a pas été observée.

Monsieur le Président, Messieurs, je vous ai ainsi indiqué, en réponse à notre honorable contradicteur, les raisons essentielles pour lesquelles le Gouvernement espagnol vous demande instamment de vouloir rejeter la demande subsidiaire présentée par le Gouvernement belge en vue de la jonction au fond des deux exceptions concernant le défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge et le défaut d'utilisation des voies de recours interne.

En vous indiquant cette conclusion, Monsieur le Président, Messieurs, je suis en état de vous donner aussi la nouvelle que vous avez certainement attendue avec impatience, à savoir que mon deuxième exposé est terminé.

Je vous remercie une fois de plus de l'attention patiente et bienveillante que vous avez bien voulu m'accorder pendant ces deux journées.

---

## DÉCLARATION DE M. CASTRO-RIAL

AGENT DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

*[Audience publique du 8 mai 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je me réfère tout d'abord à la question posée par M. le juge Jessup sur la valeur juridique dans le cas présent des divers actes de personnes privées. Le Gouvernement espagnol a fait état dans la procédure écrite et la procédure orale des différents actes de personnes privées comme ce fut d'ailleurs le cas également du Gouvernement belge. Les actes privés qui ont été mentionnés par le Gouvernement espagnol émanaient soit de personnes privées, soit de personnes ayant des fonctions officielles mais n'agissant pas dans le cadre de ces fonctions.

Le Gouvernement espagnol a toujours considéré que ces actes ont un caractère strictement privé et personnel et n'ont pas été en mesure d'engager la responsabilité du Gouvernement espagnol. Cette manière de voir est confirmée par l'attitude que le Gouvernement espagnol a prise dans la correspondance diplomatique, tout particulièrement dans sa note verbale adressée le 5 mars 1962 au Gouvernement belge, ainsi que dans ses exceptions préliminaires de 1963, paragraphe 63.

Le même principe semble avoir été partagé par le Gouvernement belge, au paragraphe 292 de son mémoire de 1962.

Je tiens maintenant, Monsieur le Président, à faire la déclaration suivante: la Partie adverse a déposé certains documents au cours de notre réplique. Le Gouvernement espagnol, dans le souci de faciliter en tous points la tâche de la Cour, ne s'oppose pas en principe à la production de ces documents. Cependant la Cour appréciera que lesdits documents ne sauraient être opposés aux arguments formulés par ceux des conseils du Gouvernement espagnol qui ont répliqué avant d'avoir pu prendre connaissance du contenu des documents en question.

Finalement, je mets à la disposition de la Cour les documents concernant la structure de la Barcelona Traction et la composition de son conseil d'administration.

Monsieur le Président, je suis à votre disposition pour lire à la Cour, ou déposer au Greffe les conclusions finales de mon gouvernement<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir ci-après p. 1032.

## DUPLIQUE DE M. DEVADDER

AGENT DU GOUVERNEMENT BELGE

*[Audience publique du 11 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs les juges, je crois répondre au vœu de la Cour et à l'esprit de son Règlement en vous assurant du souci de mon Gouvernement de placer les plaidoiries qui seront prononcées en duplique par ses conseils, sous le signe de la concision et de la synthèse.

Pour ma part, je ne demanderai à la Cour que quelques minutes pour lui présenter d'abord une remarque d'ordre général et commenter ensuite quelques-unes des déclarations faites en réplique par mon estimé collègue l'agent du Gouvernement espagnol.

Je me suis efforcé, dans l'exposé que j'ai eu l'honneur de faire le 3 avril, de montrer à la Cour que le présent procès est l'aboutissement de quelque 16 années d'efforts, aussi variés que constants du Gouvernement belge pour protéger les droits et intérêts de ses ressortissants lésés par le traitement infligé à la Barcelona Traction en Espagne.

Dans cette imperturbable détermination, que de multiples difficultés n'ont pu infléchir, le bon sens peut trouver une preuve tangible que mon gouvernement est conscient d'agir pour la défense d'intérêts nationaux, légitimes et importants. D'ailleurs, les chiffres que la Cour a devant elle parlent par eux-mêmes; sur 1 800 000 actions de la Barcelona Traction, 200 000 sont en main du public belge et 1 350 000 en main de la société belge Sidro, à laquelle sont intéressés à leur tour, directement ou par l'intermédiaire de la Sofina, des dizaines de milliers de porteurs belges.

Le préjudice de l'épargne belge se chiffre par milliards de francs.

Voilà la réalité économique indéniable qui est l'objet de l'inlassable combat mené par mon Gouvernement au sujet de cette affaire.

Passant à la réplique de mon distingué collègue, je relèverai d'abord qu'il nous reproche (voir ci-dessus, p. 673) d'avoir, dans les explications que nous avons données en plaidoirie au sujet du grief de déni de justice, visé en fait toute la magistrature ainsi que la haute administration espagnoles et ce, en dépit de l'affirmation très nette que j'avais faite dans mon premier exposé quant à la portée limitée des allégations que nous entendions formuler devant la Cour.

C'est là une critique dont je tiens à montrer, une fois de plus à la Cour, l'absence de fondement. L'affaire de la Barcelona Traction, telle qu'elle a été portée devant vous par mon gouvernement n'est pas un procès dirigé contre l'ensemble de la magistrature et de l'administration espagnoles; ce n'est même pas le procès des quelques organes, collectifs ou individuels, qui sont effectivement intervenus dans cette affaire. La Cour, si elle admet comme nous l'espérons, la recevabilité de la demande belge, n'aura pas à apprécier le comportement de fonctionnaires ou de magistrats, mais à vérifier si les actes ou omissions qui sont intervenus dans les circonstances exposées dans le mémoire constituent des violations du

droit des gens et entraînent la responsabilité de l'Etat espagnol à l'égard de la Belgique.

En outre, j'ai tenu à souligner dans ma première intervention le caractère exceptionnel de l'affaire de la Barcelona Traction. Lorsqu'elle examinera le fond du litige, la Cour n'aura aucune peine à s'en convaincre.

Les conseils du Gouvernement belge ont d'ailleurs été amenés, soit par les besoins de la réponse aux exposés introductifs de l'agent du Gouvernement espagnol et du professeur Reuter, soit par la présentation des faits relatifs à certaines exceptions préliminaires, à se référer en passant au concours très particulier de facteurs et de forces qui sont entrés en action dans cette affaire.

A cet égard, mon distingué contradicteur a cru pouvoir reprocher aux conseils du Gouvernement belge d'avoir profité de l'occasion que leur fournissaient les exceptions préliminaires pour aborder des problèmes de fond en multipliant dans toutes les directions de violentes attaques personnelles. Ce sont les termes qu'il emploie à la page 674 ci-dessus.

J'estime pour ma part que ce reproche n'est pas fondé. Les conseils de mon Gouvernement n'ont pas dépassé la mesure que leur dictait la limitation du présent débat aux questions soulevées par les exceptions préliminaires ou par les exposés présentés à cette occasion par les conseils du gouvernement défendeur. Ils n'ont pas non plus, lorsqu'ils ont été amenés à mettre en cause des personnes dont le rôle avait été déterminant, dans les faits qu'ils devaient exposer à la Cour, manqué à la modération que leur imposait le respect dû à votre haute juridiction.

Il convient que je fasse une brève déclaration concernant le premier des documents déposés par le Gouvernement belge le 5 mai 1964. M. l'agent du Gouvernement espagnol a déclaré, à la fin de l'audience du 8 mai, que ce dernier ne s'oppose pas à la production de ces pièces.

La Cour aura constaté qu'un bref passage de ladite lettre adressée le 1<sup>er</sup> juillet 1955 par M. Dean à M. Pearson, à l'époque secrétaire d'Etat pour les Affaires étrangères du Canada, n'a pas été reproduit et a été remplacé par la mention « Le passage supprimé fait allusion à des circonstances d'ordre familial. »

Je dépose au Greffe, pour être mise à la disposition de la Cour, copie du texte intégral du document, c'est-à-dire copie du texte comprenant les quelques lignes dont la publication se heurterait à des objections que sans doute la Cour comprendra.

Ce dépôt a lieu en accord avec mon estimé collègue l'agent du Gouvernement espagnol, qui a reçu communication de ladite pièce.

Je voudrais encore dire un mot des deux observations que mon distingué collègue a présentées au sujet de deux points évoqués dans la correspondance diplomatique et dont il avait été question au cours des débats.

La première est relative à ce que je vous ai dit (voir II, p. 324-325) au sujet de la mission entreprise en Espagne en 1954-1955 par l'avocat américain Arthur Dean, comme représentant de la Sidro.

M. Dean aurait été, suivant l'agent du Gouvernement espagnol, présenté au ministre des Affaires étrangères d'Espagne par l'ambassadeur du Canada à Madrid, et mon honorable contradicteur en voit la preuve dans la lettre de l'ambassadeur du Canada au ministre des Affaires étrangères d'Espagne du 21 mars 1955 (vol. III des annexes aux exceptions préliminaires 1960, p. 244).

La Cour pourra voir que cette lettre ne dit rien d'une telle présentation. La réalité est que l'ambassadeur du Canada, au cours d'une visite à laquelle M. Dean n'était pas présent, rappela officieusement au ministre l'intérêt que son gouvernement portait à l'affaire de la Barcelona Traction et exprima l'espoir que le Gouvernement espagnol profiterait de la venue de M. Dean pour prêter ses bons offices à une négociation entre les parties privées intéressées.

De leur côté, les ambassadeurs de Belgique et des Etats-Unis à Madrid avaient, au même moment, reçu instruction de leurs gouvernements respectifs de prêter tout leur appui à M. Dean.

Toujours d'après mon estimé collègue, le Gouvernement espagnol n'aurait pas reçu M. Dean au titre d'avocat de la Sidro. C'est là une autre erreur que l'agent du Gouvernement espagnol eût pu facilement éviter en se référant aux documents figurant dans les archives du ministère des Affaires étrangères d'Espagne. Il y aurait trouvé une note du 12 juillet 1954 envoyée par M. Dean au ministre des Affaires étrangères avant son premier entretien avec ce dernier, note qui commençait par les mots :

« Mr. Arthur Dean, in the name and on behalf of Sidro, a Belgian company holding a majority in the share capital of the Canadian Company Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, and on behalf of Sidro's shareholders, has requested an audience for the purpose of greeting him in the name of his principals and submitting to him the following. »

La qualité en laquelle M. Dean agissait et fut reçu par les autorités espagnoles a été du reste clairement indiquée dans tous les documents que l'éminent avocat remit aux autorités espagnoles, et notamment dans la note qui fut remise au chef du protocole à l'issue de l'audience au cours de laquelle M. Dean eut l'honneur d'être reçu, en compagnie de l'administrateur délégué de la Sidro, par le chef de l'Etat espagnol, le 21 juillet 1954, ainsi que dans celle remise au ministre des Affaires étrangères le 4 avril 1955.

La Cour se souviendra des raisons pour lesquelles mon gouvernement n'a pas jugé nécessaire de produire les pièces relatives à la mission de M. Dean (voir II, p. 326), tout en se déclarant d'avance d'accord pour que le Gouvernement espagnol les produise s'il le jugeait opportun.

Il se fait toutefois que la lettre adressée par M. Dean au ministre des Affaires étrangères d'Espagne le 22 juin 1955, à laquelle je me suis référé dans ma première intervention, se trouve aujourd'hui devant la Cour parce qu'elle constitue une annexe à l'un des documents que nous avons été amenés à produire le 5 mai comme suite à la question de M. le juge Jessup relative à l'attitude du Gouvernement canadien. La Cour pourra noter que cette lettre fait allusion à la note précitée de M. Dean du 12 juillet 1954, ainsi qu'à la qualité d'administrateur délégué de Sidro reconnue à M. Wilmers, qui avait été reçu par le ministre en même temps que M. Dean, le 14 juillet 1954. D'autre part, la phrase figurant au deuxième paragraphe de la page 4 de ce même document « the equity interests will welcome any other method of conducting negotiations » confirme encore la qualité en laquelle l'auteur écrivait au ministre. Comme on le sait, le terme *equity interests* est l'expression courante du langage financier anglais pour désigner les actionnaires. *Equity* est ici synonyme de *share capital*.

La deuxième observation présentée par mon éminent collègue a trait à la composition et aux rapports de la commission d'experts, à la déclaration conjointe des gouvernements et à l'incidence que celle-ci a eue sur le déroulement ultérieur de la procédure en Espagne. Elle n'est pas de nature à modifier la position ferme que, comme je l'ai rappelé dans ma précédente intervention à laquelle je me permets de renvoyer, mon gouvernement a adoptée depuis près de treize ans sur ces questions qui relèvent d'ailleurs du fond du litige.

Il n'est pas exact que le Gouvernement belge ait accepté, fût-ce tacitement, la constitution ou la composition de la commission d'experts réunis par le Gouvernement espagnol, les rapports des experts, ou les conclusions qui en ont été tirées dans la déclaration des Gouvernements canadien, britannique et espagnol du 11 juin 1951. Il s'agit là de faits auxquels la Belgique est demeurée étrangère, qu'elle n'avait ni à accepter ni à refuser et contre lesquels elle a protesté énergiquement auprès du Gouvernement espagnol dès décembre 1951. Le Gouvernement belge est donc parfaitement recevable à retenir dans la présente affaire comme griefs à l'égard du Gouvernement espagnol la désignation par celui-ci en 1950 d'un expert ne présentant pas les conditions voulues d'impartialité, la participation du Gouvernement espagnol à la déclaration du 11 juin 1951, et l'utilisation induue qui fut faite en Espagne de cette déclaration pour hâter les mesures judiciaires de liquidation des biens de la Barcelona Traction: ce sont là en effet des actes qui, de l'avis du Gouvernement belge, ont contribué à la réalisation du préjudice subi par ses ressortissants.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, pour conclure, je voudrais me référer à la déclaration par laquelle l'agent du Gouvernement espagnol a terminé sa réplique (voir ci-dessus, p. 678). Mon estimé collègue a entendu justifier l'attitude du Gouvernement espagnol qui invoque des exceptions préliminaires, par les considérations suivantes:

« Si le Gouvernement espagnol ... avait accepté de venir devant la Cour réfuter les accusations injurieuses et dépourvues de fondement qu'on lui avait adressées, il aurait pris une lourde responsabilité dans le domaine des relations interétatiques. Il aurait permis que se crée, sur le plan international, un précédent terriblement dangereux et que se produise ainsi une violation manifeste du droit et de la justice. »

De son côté, le Gouvernement belge se plaît à exprimer l'espoir que la Cour décidera de connaître du fond de l'affaire et sera ainsi en mesure d'empêcher, par sa décision souveraine, que le traitement subi par la Barcelona Traction ne « ... crée, sur le plan international, un précédent terriblement dangereux et que se produise ainsi une violation manifeste du droit et de la justice ».

## DUPLIQUE DE M. SERENI

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

*[Audience publique du 11 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs les juges, je répondrai brièvement aux arguments en droit concernant l'exception préliminaire n° 1, énoncés par M. le professeur Waldock dans sa réplique. Ma tâche ne sera pas lourde car notre éminent contradicteur n'a presque rien dit de nouveau en réponse aux thèses et aux arguments développés dans ma première plaidoirie.

Les thèses en droit que nous avons énoncées le 9 avril, page 427, II, sont bien simples.

Première thèse: une déclaration de désistement rédigée dans les termes de l'article 69 du Règlement de la Cour est une renonciation à la procédure qui ne touche pas la réclamation (*does not affect the substantive right*); celle-ci reste intacte.

Deuxième thèse: pour prouver que le réclamant a en outre définitivement renoncé à sa réclamation, il faut autre chose que cette simple déclaration; il faut qu'il y ait aussi soit une manifestation de volonté explicite, soit un accord entre les parties, soit un ensemble de circonstances démontrant que telle a bien été la volonté du déclarant.

Troisième thèse: la charge de cette preuve incombe évidemment, selon un principe général de droit, à celui qui se prévaut de la prétendue renonciation à la réclamation; car une renonciation ne se présume pas.

Quatrième thèse: la déclaration par laquelle le Gouvernement belge s'est désisté de l'instance est un acte unilatéral, qui doit être interprété sur la base des termes employés et des intentions de son auteur — le Gouvernement belge — sans tenir compte de ce que le Gouvernement espagnol a pu croire ou prétend avoir cru.

Cinquième thèse: le Gouvernement espagnol n'a pas démontré qu'il résulte, soit des termes employés dans la déclaration belge, soit des circonstances, que le Gouvernement belge a entendu faire une telle renonciation. Bien au contraire, et surabondamment, les circonstances qui ont précédé et accompagné l'abandon de la première procédure démontrent péremptoirement le contraire.

Notre éminent contradicteur, pour sa part, a soutenu en substance (voir II, p. 100) que la partie qui se désiste aux termes des articles 68 et 69 du Règlement, n'est pas fondée à introduire une nouvelle procédure devant la Cour, à moins qu'il ne résulte soit des termes, soit des circonstances du désistement qu'elle a indiqué à l'autre partie, au moment du désistement, son intention de conserver le droit de le faire, et la preuve qu'il en est ainsi incomberait à celui qui se désiste.

Il est de toute évidence — et nous l'avons déjà signalé le 10 avril, page 453, II — que le Gouvernement espagnol essaie, en substance, par ce système, d'ajouter au Règlement une disposition qui n'y figure pas, ni à l'article 68, ni à l'article 69, ni dans aucune autre disposition.

Le Gouvernement espagnol le reconnaît: en effet, il invite la Cour (voir ci-dessus, p. 751) à « construire son propre système », à compléter le Règlement par une disposition jurisprudentielle, à proclamer par voie d'arrêt l'existence d'une véritable *présomption* en vertu de laquelle le désistement d'instance, acte purement procédural, impliquerait pour la partie qui se désiste l'abandon de la réclamation, à moins qu'il ne ressorte soit des termes du désistement, soit des circonstances dans lesquelles il a eu lieu, qu'à l'époque l'Etat demandeur avait indiqué à l'autre qu'il se réservait le droit de le faire.

Cette présomption, nous l'avons montré, irait à l'encontre d'un principe général d'interprétation, universellement admis en tout système de droit et spécialement en droit international, selon lequel les renonciations ne se présument pas et, dans le doute, les tribunaux considèrent que la renonciation n'a pas eu lieu.

Il faudrait donc une raison bien forte et bien décisive pour convaincre votre Cour d'entrer dans la voie proposée par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol, et d'introduire, par un arrêt de principe, une dérogation générale à cette règle d'interprétation, en cas de désistement d'instance.

Cette raison, notre adversaire ne la cherche pas dans le Règlement lui-même, convaincu sans doute, et à juste titre, qu'il lui serait impossible de l'y découvrir; il ne la cherche pas non plus dans la pratique des Etats, qu'il rejette, ni dans la doctrine, qu'il ignore.

Pour tenter de justifier l'adoption du système de son invention, notre contradicteur, dans sa première plaidoirie (voir II, p. 96 et suiv.) avait invoqué quatre raisons pour lesquelles, à son avis, un désistement d'instance se prêterait à une interprétation particulière, lorsqu'il a lieu dans une procédure internationale. Nous avons démontré dans notre plaidoirie du 9 avril (voir II, p. 431 et suiv.), que ces raisons étaient sans consistance.

Dans sa réplique, notre adversaire, sans rencontrer notre réfutation, concentre ses efforts sur l'argument selon lequel en matière internationale la juridiction dépend du consentement des parties.

Et il déclare (p. 753 ci-dessus) qu'il a été encouragé à le faire par le prétendu accord que nous aurions marqué sur les effets du désistement d'instance, dans le cas où un tribunal international a été saisi par un compromis indépendant, c'est-à-dire un compromis qui ne se fonde pas sur un traité antérieur de règlement judiciaire. Dans sa réplique du 4 mai (voir ci-dessus, p. 753) notre éminent contradicteur voudrait nous faire dire que dans le cas d'une procédure introduite devant la Cour sur la base d'un compromis indépendant, le désistement unilatéral met fin à la réclamation, et il en tire la conclusion que le même principe devrait s'appliquer lorsque l'instance a été introduite sur la base d'un compromis ou d'une requête unilatérale qui se fondait sur le traité hispano-belge de 1927.

L'argument de notre adversaire consiste donc à dire qu'il ne voit pas de raison de distinguer entre des procédures introduites en vertu d'un compromis indépendant et celles qui le seraient en vertu d'un traité de règlement judiciaire. Notre adversaire essaie ainsi de créer une équivoque. Cette équivoque réside dans le sens tout à fait arbitraire qu'il donne au terme « compromis », qui n'est pas le sens normal dans lequel le terme est employé en droit international et dans notre plaidoirie.

En effet, on entend normalement par « compromis » — et c'est dans ce sens que nous avons employé ce terme dans notre plaidoirie — on entend par « compromis » l'acte par lequel deux parties saisissent *conjointement* un tribunal international: le compromis est lui-même l'acte introductif d'instance. Notre contradicteur prétend au contraire qu'en vertu d'un compromis une partie peut saisir la Cour par requête unilatérale; ce faisant, il emploie le terme « compromis » dans un sens qui *n'est pas son sens normal, et il identifie le compromis avec un traité* de règlement judiciaire conclu en vue d'un différend particulier, qui donne faculté à l'une des deux parties, si elle le désire, de saisir le tribunal par acte unilatéral.

C'est seulement sur la base de sa terminologie arbitraire que notre contradicteur peut envisager l'hypothèse (voir ci-dessus, p. 753-754) d'un désistement fait en vertu de l'article 69 du Règlement dans une procédure introduite sur la base d'un compromis, alors que cet article s'applique expressément seulement aux procédures introduites par voie de requête.

Dans le cas envisagé par notre contradicteur, le compromis étant en réalité un traité de règlement judiciaire, n'est pas l'acte introductif de l'instance: celle-ci est introduite par la requête unilatérale; et alors, évidemment, si le tribunal saisi est le vôtre, on pourrait avoir selon le Règlement de la Cour un désistement unilatéral et l'introduction ultérieure d'une nouvelle instance en vertu de l'article 69.

Une fois levée cette équivoque, la prétendue analogie, créée par l'adversaire par l'emploi d'une terminologie arbitraire, disparaît. Si la Cour a la patience de relire ma plaidoirie du 10 avril (aux pages 450 et suiv., II), elle constatera que, sans prendre position sur les effets d'un désistement dans une procédure engagée par compromis indépendant — au sens normal du terme, bien entendu — j'ai dit que dans ce cas-là on pourrait être même d'accord que le désistement mettrait fin à la juridiction de la Cour. C'est une question que l'on ne peut pas résoudre d'une manière générale et sans tenir compte des termes du compromis.

Mais dans notre cas, comme je l'ai déjà fait observer, nous nous trouvons en présence de deux Etats — l'Espagne et la Belgique — qui ont donné leur consentement à la juridiction de la Cour par un traité d'arbitrage par lequel ils se soumettent pour *tous les litiges* à sa juridiction et ils se trouvent soumis, sans dérogation aucune, aux termes de son règlement qui prévoit et organise la faculté de se désister de l'instance. On ne voit pas pour quelle raison, sous l'empire de ce traité, l'Etat demandeur, après s'être désisté de l'instance, serait désormais privé du droit de porter à nouveau, en cas de nécessité, le même litige devant la juridiction convenue.

La considération essentielle est que le litige *subsiste*.

Le simple désistement de l'instance n'a pas mis fin au litige: sur ce point, nous sommes, je pense, d'accord.

Etant donné que l'Espagne s'est engagée par le traité de 1927 à soumettre *tout* litige avec la Belgique, quel qu'il soit, à la juridiction de la Cour, son engagement persiste, précisément parce qu'il a un caractère général et permanent.

Le système qui résulte du traité de 1927 et du Règlement de la Cour en matière de désistement est donc le suivant: si l'instance avait été introduite sur la base d'un compromis entre la Belgique et l'Espagne, compromis fondé sur le traité, le désistement aurait dû être bilatéral,

car le Règlement de la Cour (art. 69) admet le désistement unilatéral seulement dans le cas où la Cour a été saisie originairement par requête. La Belgique a pu se désister unilatéralement parce que la Cour avait été saisie par requête. Mais même si la Cour avait été saisie par la Belgique et l'Espagne par un compromis fondé sur le traité de 1927, la Belgique, à la suite d'un désistement bilatéral, aurait pu introduire une nouvelle instance; en cas de refus de l'Espagne de le faire par un nouveau compromis, l'introduction aurait pu avoir lieu par voie de requête, conformément à l'article 17, alinéa 4, du traité hispano-belge de 1927.

Le Gouvernement espagnol ne semble pas d'ailleurs avoir une bien grande confiance dans sa première thèse juridique que nous venons de réfuter encore une fois.

On le comprend d'autant mieux que son seul effet pratique serait de faire retomber le fardeau de la preuve sur le Gouvernement belge; selon le système d'interprétation proposé par le Gouvernement espagnol, en effet, le Gouvernement belge devrait établir que les termes du désistement ou les circonstances dans lesquelles il avait lieu, avaient indiqué à l'Espagne, au moment où le désistement se réalisait, que le Gouvernement belge n'abandonnait que l'instance, et non pas son droit de saisir la Cour d'une action internationale relative à l'affaire de la Barcelona Traction.

Cette preuve, nous estimons qu'elle ne nous incombe pas *en droit*.

Mais sur le plan des faits elle ne nous gêne nullement et, à titre surabondant, mon éminent collègue le professeur Van Ryn l'a fournie d'une manière complète par le rappel — avec pièces à l'appui — des circonstances qui ont précédé et accompagné le désistement.

Le Gouvernement espagnol en est parfaitement conscient, et c'est sans doute pour cette raison qu'il porte son effort sur une position de repli que son honorable conseil décrit comme suit (voir ci-dessus, p. 750):

« De toute façon [il entend dire: en ordre subsidiaire], un Etat qui se désiste alors qu'il est dans la situation du défendeur à des exceptions préliminaires, ne peut réintroduire l'instance, à moins qu'il ait indiqué à l'autre partie qu'il se réserve le droit de le faire et que l'autre partie y ait donné son consentement. »

Cette thèse, qui elle non plus ne trouve aucun appui dans le Règlement de la Cour ni dans la pratique des Etats, nous paraît complètement inadmissible pour deux raisons.

La première, c'est qu'elle repose, à notre avis, sur une conception tout à fait inexacte du rôle des exceptions préliminaires.

Sans doute ces exceptions suspendent-elles la procédure sur le fond en vertu de l'article 62, paragraphe 3, du Règlement. Sans doute aussi l'Etat défendeur doit-il justifier le bien-fondé des exceptions qu'il invoque, et c'est dans ce sens que l'on doit entendre l'adage: *Reus in excipiendo fit actor*.

Mais il serait tout à fait absurde d'en tirer la conclusion que les rôles dans le procès se trouveraient renversés — comme en cas de demande reconventionnelle — et que le défendeur se trouverait désormais dans la position d'un demandeur.

Le Gouvernement espagnol croit habile de recourir à ce subterfuge pour tenir le raisonnement suivant: la Belgique, étant défenderesse au point de vue des exceptions préliminaires, doit être considérée,

lorsqu'elle se désiste, comme renonçant à se défendre contre elles, c'est-à-dire y renonçant. Ce n'est là qu'un jeu de mots.

Si les exceptions préliminaires donnent lieu à une procédure spéciale destinée à permettre à la Cour de statuer sur leur mérite ou éventuellement de les joindre au fond, il tombe sous le sens que cette procédure n'a que le caractère d'une procédure incidente, accessoire, par rapport au litige véritable, qui porte évidemment sur le fond.

Lorsque l'Etat demandeur déclare renoncer à poursuivre la procédure — dans les termes de l'article 69 — cette déclaration concerne nécessairement la procédure engagée par lui sur le fond. Et l'abandon de celle-ci rend sans objet la procédure accessoire relative aux exceptions préliminaires, mais aucune conséquence ne peut être tirée de la déclaration de désistement quant à l'attitude du demandeur à l'égard des exceptions préliminaires.

La deuxième raison qui doit entraîner le rejet de la thèse espagnole c'est que, même lorsqu'une exception préliminaire est soulevée par l'Etat défendeur, l'Etat demandeur peut avoir, pour se désister, des raisons très diverses — qui n'auront peut-être aucun rapport avec le bien ou le mal-fondé de l'exception: des considérations d'opportunité par exemple.

En réalité, le Gouvernement espagnol essaie, une fois de plus, d'instituer une présomption purement arbitraire selon laquelle le désistement d'instance, intervenant quand une exception préliminaire a été soulevée, ferait présumer l'intention de renoncer au droit d'action. Ce serait, encore une fois, une présomption de renonciation, et nous avons déjà démontré (voir II, p. 444 et suiv.) qu'elle est démentie par la pratique des Etats.

Nous pensons, en résumé, que la Cour rejettera ce système d'interprétation que rien ne saurait justifier. Mais en le rejetant, la Cour constatera en même temps que le service juridique du ministère des Affaires étrangères espagnol a commis une erreur de droit certaine lorsqu'il a cru pouvoir affirmer dans sa note du 20 mars 1961 au ministre que « le désistement belge reconnaîtrait implicitement le bien-fondé des exceptions préliminaires espagnol ». Cette affirmation n'est d'ailleurs appuyée d'aucune justification et toutefois c'est la seule sur laquelle le service juridique base toute son argumentation.

J'en viens maintenant à la quatrième de mes thèses en droit, c'est-à-dire au caractère unilatéral du désistement d'instance belge.

Dans sa réplique, notre adversaire répète, sans en donner la démonstration (voir ci-dessus, p. 756), que dans un désistement unilatéral fait en vertu de l'article 69 du Règlement, il y a, dit-il, « un certain élément consensuel, bilatéral ». Or, nous avons démontré que cette thèse est fautive et l'adversaire ne nous paraît pas avoir sérieusement réfuté notre démonstration. Il s'est borné à des observations de détail sur lesquelles il nous paraît superflu de revenir en termes de réplique.

Notre adversaire feint d'être surpris par notre référence du 10 avril (voir II, p. 437) aux maximes énoncées par la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* Ces maximes ne sont pas, comme il le prétend, de simples *dicta*. Elles énoncent les principes fondamentaux qui président, selon la Cour, à l'interprétation des actes unilatéraux. Ils sont les suivants: un texte qui a été rédigé unilatéralement doit être interprété sur la base des mots employés et de l'intention de celui dont il émane; il ne doit pas être interprété sur la base de ce que peut avoir cru la partie à

laquelle il est adressé. Comme le désistement fait sur la base de l'article 69 du Règlement est un acte unilatéral, ces principes s'appliquent aussi à son interprétation. Le désistement d'instance du Gouvernement belge doit donc être interprété sur la base des mots employés et de l'intention du Gouvernement belge. Son contenu ne peut pas être modifié sur la base de ce que le Gouvernement espagnol a pu croire ou prétend avoir cru. Nos arguments d'ailleurs sont surabondants car le Gouvernement espagnol, comme l'a démontré mon collègue le professeur Van Ryn, ne pouvait pas ignorer, et en effet était au courant du fait que le Gouvernement belge n'avait aucune intention de renoncer à la réclamation.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, il ne me reste qu'à répondre à la deuxième question qui a été posée par M. le juge sir Gerald Fitzmaurice. Mon éminent collègue, le professeur Van Ryn, répondra à la première de ses questions et à la première des questions posées par M. le juge Jessup.

Avant tout, je tiens à déclarer encore une fois que, de l'avis du Gouvernement belge, une réserve expresse, dans l'acte belge de désistement, au sujet du droit d'introduire une nouvelle instance aurait été superflue (*I think it would have been surplusage*). Par conséquent, la question se pose dans les mêmes termes, soit qu'il y ait eu ou non une réserve expresse.

Cela dit, la réponse du Gouvernement belge est la suivante.

Le traité de 1927 prévoit une série de procédures successives pouvant arriver jusqu'à la saisine de la Cour par voie de requête unilatérale. Les procédures prévues par le traité sont ouvertes lorsqu'il existe un différend entre les parties. Le désistement a mis fin à l'instance devant la Cour, mais il y a litige entre les parties. Comme la nouvelle instance constitue un nouveau recours au traité, l'Etat demandeur, même dans le cas où il s'est expressément réservé le droit d'introduire une nouvelle instance, doit refaire les démarches prévues par le traité, qu'il ne peut pas présumer être futiles ou inutiles.

Ma duplique est terminée. Je remercie la Cour de sa patience.

---

**DUPLIQUE DE M. VAN RYN**  
**CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE**

*[Audience publique du 11 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs les juges, à ce stade des débats, une réplique ne peut avoir d'utilité pour la Cour, me semble-t-il, que si elle met en évidence les points essentiels qui émergent en quelque sorte après les longues explications développées de part et d'autre précédemment.

C'est ce que je vais principalement m'efforcer de faire.

Lors de mon premier exposé, j'avais cru pouvoir exprimer la surprise que nous avons éprouvée en constatant que dans sa plaidoirie l'honorable conseil du Gouvernement espagnol n'avait pas fait la moindre allusion aux circonstances qui se trouvaient à l'origine du désistement du Gouvernement belge, circonstances dont la connaissance était cependant à notre avis nécessaire pour comprendre la décision et les intentions de ce gouvernement.

Aujourd'hui cette lacune est comblée puisque mon adversaire, dans sa réplique, s'est étendu sur ces circonstances plus longuement même que ne l'avait fait le gouvernement demandeur.

Nous ne nous attendions certes pas à lui voir même consacrer tant de temps à l'examen de tous les échanges de vues préalables, de tous les projets successivement ébauchés et abandonnés au cours des pourparlers engagés par M. Frère avec le comte de Motrico.

Je n'ai pas l'intention, quant à moi, de suivre l'honorable conseil du Gouvernement espagnol dans la voie quelque peu fastidieuse où il s'est engagé.

Le Gouvernement belge ne croit pas, en effet, qu'il lui faille réfuter point par point tout ce qui a été dit au nom du Gouvernement espagnol en termes de réplique. Si nous entreprenions de le faire, il nous faudrait reprendre presque une par une chacune des pages que comporte la réplique espagnole sur le plan des faits. Car l'exposé de l'honorable conseil du Gouvernement espagnol a pour point de départ, presque constamment, une défiguration difficilement admissible de ce que le Gouvernement belge a plaidé.

Toutefois, je puis rassurer la Cour, la défense de la cause du Gouvernement belge ne requiert pas qu'il soit procédé au redressement détaillé de cette déformation, qui prend parfois un caractère un peu systématique semble-t-il.

Aussi pourrai-je épargner à la Cour les développements qu'exigerait pareil redressement. Je me bornerai cependant à prier respectueusement la Cour de bien vouloir, au cours de son délibéré, se reporter aux positions et aux argumentations du Gouvernement belge, telles qu'elles sont développées dans les plaidoiries des conseils de ce gouvernement et non pas telles qu'elles sont relevées dans la réplique de l'honorable

conseil du Gouvernement espagnol qui n'en donne trop souvent qu'une image infidèle.

Avant d'aborder mon exposé proprement dit, je désire encore, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ajouter une dernière observation liminaire que je crois malheureusement indispensable.

M. l'agent du Gouvernement espagnol et, après lui, l'honorable conseil de ce gouvernement, ont cru devoir manifester leur réprobation parce que dans ma plaidoirie je me serais livré, envers un homme qui n'est plus de ce monde, à des accusations qu'ils ont jugées déplacées et inutiles. Je me permettrai de poser à ce propos une question fort simple: nous n'avons pas perdu le souvenir d'un réquisitoire violent, injuste, que le Gouvernement espagnol a chargé l'un de ses conseils de diriger, à titre de simple diversion et sans aucune nécessité, pendant plusieurs audiences, contre de nombreuses personnes, elles aussi décédées. Et alors la question la voici: Après cela, est-ce que vraiment les représentants et les conseils de ce gouvernement sont qualifiés pour prétendre donner ainsi à leurs adversaires des leçons de modération ou de correction? Je suis certes aussi sensible, que mes honorables contradicteurs aux exigences de la courtoisie. Ils voudront bien, je l'espère, reconnaître cependant avec moi que nous sommes ici avant tout pour servir la vérité et pour aider la Cour à connaître la vérité. Assurément convient-il, dans l'accomplissement de notre tâche, de ne pas jeter indûment le discrédit sur l'une ou l'autre personne. Mais quand il s'agit d'expliquer à la Cour les intentions et la conduite d'un homme dont l'ombre domine tout ce procès, d'un homme qui a joué un rôle capital dans les pourparlers qui conduisirent au désistement du Gouvernement belge, d'un homme dont il faut interpréter les déclarations et les écrits, il nous a paru impossible de laisser votre Cour dans l'ignorance complète de la personnalité et du caractère de celui qui fut l'inspirateur de toute l'affaire de la Barcelona Traction, de l'homme qui a été l'unique bénéficiaire de la spoliation des actionnaires belges. Il eût été impossible de n'en dire que du bien ou de n'en point parler. Il aurait fallu sans cela renoncer à plaider. Aucune règle de bienséance ne pourrait donc ici prévaloir. Tout ce qui eût été certainement dit si Juan March était encore en vie devait donc être dit, au service de la vérité, même après sa mort.

La question soulevée par la première exception préliminaire du Gouvernement espagnol se pose, vous le savez, Monsieur le Président, Messieurs, en des termes relativement simples.

Pour établir le bien-fondé de cette exception, le Gouvernement espagnol devrait démontrer que le désistement d'instance du Gouvernement belge s'accompagnait de circonstances révélant sans aucun doute possible l'intention du Gouvernement belge de renoncer désormais à ses griefs contre l'Espagne, de renoncer en particulier à protéger désormais par la voie d'une action judiciaire devant la Cour ses ressortissants gravement lésés à l'occasion de l'affaire de la Barcelona Traction.

Le Gouvernement espagnol soutient, il est vrai, que ce serait au contraire le Gouvernement belge qui devrait démontrer qu'il avait manifesté l'intention de se réserver ce droit, qui devrait démontrer que le Gouvernement espagnol avait connaissance de cette intention du Gouvernement belge, sinon même — et c'est là la thèse la plus extrême du Gouvernement espagnol — le Gouvernement belge devrait démontrer que le Gouvernement espagnol avait marqué son accord sur cette réserve.

Mon savant collègue, le professeur Sereni vient, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de réfuter d'une manière qui nous paraît tout à fait décisive les arguments juridiques invoqués par le Gouvernement espagnol en termes de réplique à l'appui de son système.

Sur le plan des faits — et à notre point de vue, à titre surabondant — nous n'avons aucune peine à établir que les deux gouvernements ont parfaitement compris et admis l'un à l'égard de l'autre que le désistement d'instance fait par le Gouvernement belge ne devait avoir aucune autre conséquence au-delà de celle qui s'attache normalement à cet acte de pure procédure, à savoir l'abandon de la procédure engagée et rien de plus.

Dès lors, ce désistement ne peut évidemment faire obstacle à l'introduction d'une nouvelle requête à propos de l'affaire de la Barcelona Traction, contrairement à ce que soutient le Gouvernement espagnol.

La Cour ayant à présent, grâce aux plaidoiries faites de part et d'autre, une connaissance complète des circonstances de fait et de l'interprétation qui leur est donnée d'un côté comme de l'autre, je m'efforcerai de présenter, si la Cour le veut bien, d'une manière synthétique en quelque sorte les différents éléments de fait d'où se déduit à nos yeux cette parfaite concordance entre les intentions manifestées par les deux gouvernements, et ce au moment où fut notifiée à votre Cour la déclaration de désistement du 23 mars 1961.

J'examinerai de cette manière en premier lieu la situation du Gouvernement belge et ensuite celle du Gouvernement espagnol.

Les intentions et l'attitude du Gouvernement belge ont été décrites, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, vous vous en souviendrez, avec la plus grande précision par M. l'agent du Gouvernement belge dans son exposé introductif à l'audience du 3 avril dernier (voir II, p. 328 et 329).

Je me permettrai simplement de rappeler à la Cour que, sollicité par les représentants de la Sidro de se désister de l'instance alors pendante devant la Cour afin de réaliser ainsi la condition préalable aux négociations exigées par Juan March, le Gouvernement belge s'y était d'abord refusé et avait proposé diverses formules alternatives qui, toutes, lui auraient permis de poursuivre éventuellement la procédure déjà engagée devant la Cour, au cas où les négociations privées échoueraient. Parmi ces formules, les unes prévoyaient une simple suspension de la procédure, les autres un désistement en quelque sorte conditionnel qui n'aurait acquis un caractère irrévocable qu'après la conclusion éventuelle d'un accord entre les groupes privés.

Mais la Cour s'en souvient également, c'est le refus persistant de la Partie espagnole d'accepter l'une ou l'autre de ces formules. C'est ce refus qui a finalement amené le Gouvernement belge, pour ne pas empêcher une négociation qui s'annonçait sous des auspices favorables, à considérer à nouveau l'éventualité d'un désistement d'instance sans condition, désistement auquel il a finalement consenti au vu des assurances écrites données par le comte de Motrico à M. Frère, au vu également des rapports que M. Frère fit, à de multiples reprises, au Gouvernement belge sur les entretiens préparatoires qu'il avait eus lui-même avec le comte de Motrico.

Je suis spécialement autorisé, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à confirmer, une fois de plus, que jamais le Gouvernement belge n'aurait consenti finalement à adresser à votre Cour une déclaration de désistement, s'il lui avait été indiqué ou s'il avait pu croire que la condition préalable de Juan March comportait la renonciation par la Belgique

à son droit d'assurer, notamment par la voie d'une action internationale portée devant votre Cour, la protection des ressortissants belges lésés dans l'affaire de la Barcelona Traction en cas d'échec des négociations qui étaient projetées à ce moment, c'est-à-dire, précisément dans l'éventualité où sa protection redeviendrait indispensable.

Une telle prétention aurait été à la fois exorbitante et absurde, puisqu'elle aurait été émise sans aucune contrepartie certaine et appréciable.

Elle n'aurait — je ne puis assez y insister — pas eu la moindre chance d'être acceptée par le Gouvernement belge, et celui-ci n'a d'ailleurs jamais eu aucune raison de croire qu'elle avait été formulée par Juan March.

D'autre part, il n'y a pas un mot, dans les déclarations du Gouvernement belge, ni dans les lettres ou les écrits qui expriment les intentions de ce gouvernement, pas un mot de nature à faire croire que ce gouvernement n'aurait jamais entendu abandonner son droit de protéger ses ressortissants par une action internationale, avant que ses ressortissants aient été dûment indemnisés.

Bien au contraire, tant le Gouvernement belge que M. Frère — lorsqu'il a fait connaître les intentions de son gouvernement au comte de Motrico —, tous deux ont constamment précisé que ce que le gouvernement envisageait c'était de se désister de l'instance. Ils n'ont jamais dit, ils n'ont jamais laissé entendre qu'il s'agissait de quelque chose de plus. En revanche — et contrairement à ce qu'a plaidé notre adversaire sur ce point — ni le Gouvernement belge ni M. Frère n'avaient aucune raison ni aucune obligation de préciser que ces termes clairs — désistement de l'instance — signifiaient, et ici je fais une citation « quelque chose de moins qu'un *definitive withdrawal from the Court* », comme l'a dit l'honorable conseil du Gouvernement espagnol à l'audience du 29 avril (voir ci-dessus, p. 733). Il n'y avait aucune raison ni aucune obligation de dire quoi que ce soit de semblable pour le motif très simple que Juan March en formulant son exigence préalable ne s'était nullement exprimé dans les termes employés ainsi par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol.

Le litige international entre la Belgique et l'Espagne ne pouvait prendre fin que si les ressortissants belges lésés parvenaient à un accord avec le groupe Juan March. Et comme conséquence de cet accord, cette observation de simple bon sens avait été faite dès l'origine en termes très clairs par M. Frère avant le désistement, dans cette lettre du 20 mars 1961 adressée par lui au comte de Motrico, lettre que j'ai déjà analysée au cours de ma plaidoirie. Cette lettre débutait par le passage suivant qui est tout à fait caractéristique :

« Depuis l'échange de lettres qui a eu lieu entre nous les 23 et 24 février dernier [écrit M. Frère], j'ai repris contact avec le Gouvernement belge pour préparer la négociation que nous avons envisagée en vue de mettre fin au différend entre Fecsa et Sidro et, par voie de conséquence [dit M. Frère], entre l'Espagne et la Belgique au sujet de la Barcelona Traction. »

Ainsi le désistement d'instance du Gouvernement belge ne devait être et n'a été rien d'autre qu'un acte préparatoire de l'accord éventuel entre les groupes privés. Jamais le moindre doute n'a pu exister au sujet des intentions du Gouvernement belge sur ce point.

Je devrais à présent, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, examiner comment, de son côté, le Gouvernement espagnol a interprété

l'attitude du Gouvernement belge, mais cet examen et la discussion qu'il entraînerait risqueraient de me prendre encore un certain temps et je crois qu'il ne serait pas souhaitable de l'interrompre. C'est la raison pour laquelle je demande respectueusement à Monsieur le Président d'arrêter provisoirement ici mon exposé.

*[Audience publique du 11 mai 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs les membres de la Cour, ainsi que je m'étais permis de l'annoncer à la Cour à la fin de l'audience de ce matin, je me propose d'examiner à présent comment, de son côté, le Gouvernement espagnol a interprété l'attitude du Gouvernement belge.

L'honorable conseil du Gouvernement espagnol, si nous l'avons bien compris, plaide à peu près ce qui suit.

Il importe peu que le Gouvernement belge ait eu, ou non, la volonté de ne faire qu'un désistement d'instance, car il n'a fourni au Gouvernement espagnol aucune indication propre à informer celui-ci qu'il se réservait d'introduire éventuellement une nouvelle requête; le Gouvernement espagnol était au contraire persuadé, en droit et en fait, que le désistement du Gouvernement belge signifiait que ce gouvernement renonçait à se défendre contre les exceptions préliminaires opposées à sa première requête par le Gouvernement espagnol et, en conséquence, que le Gouvernement belge abandonnait ses prétentions une fois pour toutes.

Je crois, Monsieur le Président, Messieurs les membres de la Cour, que c'est le Gouvernement espagnol lui-même qui va nous fournir la preuve que cette thèse ne correspond aucunement à ce que le Gouvernement espagnol pensait, à ce qu'il croyait réellement à l'époque où le désistement avait lieu.

Cette preuve, nous la trouvons dans la note espagnole du 9 octobre 1961, qui figure parmi les annexes à notre mémoire, volume IV, n° 269. Au moment où cette note a été envoyée — le 9 octobre 1961 — cinq mois se sont écoulés depuis le désistement; les négociations entre les groupes privés viennent d'échouer et le Gouvernement belge a alors adressé lui-même au Gouvernement espagnol une note verbale pour informer le Gouvernement espagnol de cet échec. Cette note du Gouvernement belge figure également parmi les annexes de notre mémoire au volume IV (c'est le document n° 268, p. 1047). Dans cette note, le Gouvernement belge rappelle les circonstances qui ont donné lieu au désistement d'instance (qualifié en ces termes par la note) et il annonce que l'échec des négociations — je cite textuellement, la note: «amène le Gouvernement belge à assurer à nouveau de façon active la protection diplomatique des intérêts belges en cause».

Et la note poursuivait — je continue à citer textuellement:

«Avant toutefois de porter à nouveau l'affaire devant la Cour internationale de Justice, le Gouvernement belge charge son ambassade de demander au Gouvernement espagnol si les circonstances qui ont entouré les négociations entre les principaux intéressés ne sont pas de nature à l'amener à modifier sa position antérieure au sujet des réparations demandées en faveur des ressortissants belges.»

Et après un rappel de ces circonstances — rappel assez développé — la note se terminait par les mots suivants :

« Tels sont les faits sur lesquels l'attention du Gouvernement espagnol est attirée. Si, malgré eux, il estimait devoir maintenir intégralement l'attitude négative qu'il a opposée jusqu'ici aux demandes belges, le Gouvernement belge serait nécessairement amené, comme il a été indiqué plus haut, à soumettre le litige à la procédure de règlement judiciaire prévue au traité du 19 juillet 1927 conclu entre la Belgique et l'Espagne. »

Si ce que plaide aujourd'hui le Gouvernement espagnol était exact, quelle devait être sa réaction en recevant cette note ? Elle est évidente : en tout premier lieu, le Gouvernement espagnol devait opposer l'obstacle de la prétendue renonciation définitive au droit de saisir la Cour d'une action internationale contre l'Espagne. Ce devait être, en quelque sorte, une réplique spontanée, un réflexe immédiat.

Or, dans la note en réponse du Gouvernement espagnol, datée elle aussi du 9 octobre, *il n'est pas un seul instant question de cela*. L'unique passage, dans cette note espagnole, qui se rapporte à la nouvelle procédure annoncée par le Gouvernement belge, est conçu comme suit — je cite textuellement :

« la décision de revenir sur le désistement de l'action intentée devant le Tribunal international de Justice ne modifie donc en rien la situation de base et ne constitue que la manifestation d'une nouvelle velléité en ce qui concerne la prétention de protéger une société canadienne et les intérêts privés qu'elle groupe. »

Il n'est pas question dans cette note d'une forclusion quelconque. Il n'y sera fait allusion, à cette forclusion, pour la première fois, que beaucoup plus tard — cinq mois plus tard — dans une nouvelle note espagnole du 5 mars 1962, qui répondra, après trois mois de méditation et de consultations, à une nouvelle note belge adressée au Gouvernement espagnol dans l'intervalle, le 5 décembre 1961.

Cette absence de réaction immédiate est véritablement incompréhensible si, comme il le plaide aujourd'hui, le Gouvernement espagnol avait la conviction que la déclaration de désistement du Gouvernement belge impliquait une renonciation définitive, à tout jamais, au droit de saisir encore votre Cour d'un différend international relatif à l'affaire de la Barcelona Traction.

Qu'a répondu à cela l'honorable conseil du Gouvernement espagnol ? Sa réponse est reproduite aux pages 744 et 745 ci-dessus — et je cite textuellement la traduction française :

« l'explication de ce fait se trouve dans cette quasi-obsession du Gouvernement espagnol que j'ai décrite, quant aux tentatives de la Belgique d'obtenir un *locus standi* dans l'affaire de la Barcelona Traction et d'entraîner le Gouvernement espagnol dans le différend entre des groupes d'intérêts privés. »

Et plus loin, l'honorable conseil du Gouvernement espagnol dit encore :

« A tort ou à raison, le Gouvernement espagnol a jugé que s'il voulait s'en tenir à sa position fondamentale sur l'absence de *locus standi* belge, il était tenu tout d'abord, en fait, de refuser d'accepter la démarche belge. »

Nous ne pensons pas que ces explications quelque peu embarrassées puissent satisfaire votre Cour.

L'idée tout d'abord qu'une obsession aurait en quelque sorte subitement aveuglé le ministre espagnol des Affaires étrangères et ses conseillers juridiques ne paraît vraiment pas sérieuse.

D'autre part, sur le plan des réalités objectives, et quoi qu'en dise aujourd'hui l'honorable conseil du Gouvernement espagnol, ce gouvernement, si sa thèse actuelle était exacte, aurait immédiatement opposé la forclusion. Cette réponse péremptoire suffisait à clore la discussion. Et ainsi, à la fois la logique, le bon sens et l'intérêt évident du Gouvernement espagnol imposaient une telle réponse.

La contestation du *locus standi* de la Belgique ne pouvait plus avoir, dans cette optique, qu'une importance théorique (le procès était fini!) et en tout cas, une importance purement subsidiaire.

Mais c'est notre adversaire lui-même, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qui, dans sa première plaidoirie, nous avait montré qu'il en est bien ainsi, puisqu'il avait souligné tout au début de sa plaidoirie — et peut-être la Cour s'en souviendra-t-elle — que la première exception opposée par le Gouvernement espagnol à la présente requête, était en quelque sorte, suivant ses propres termes, une exception « pré-préliminaire » (c'est l'expression qu'il a employée à l'audience du 16 mars; voir II, p. 78). Eh bien! c'est cette exception « pré-préliminaire » que le Gouvernement espagnol aurait normalement dû penser à invoquer en premier lieu. La réponse catégorique, décisive, devait être: vous êtes forclos, vous avez renoncé, cette affaire est finie, il ne peut plus en être question. Le Gouvernement espagnol n'a pas eu ce mouvement spontané, et alors, quelle en est l'explication? Il n'y a, à notre sens, qu'une explication possible et raisonnable à cette étrange apathie: c'est que le Gouvernement espagnol savait parfaitement, et le Gouvernement belge le lui rappelait d'ailleurs dans sa note, tout d'abord que le Gouvernement belge, loin de renoncer à ses griefs contre l'Espagne, n'avait rien abandonné, si ce n'est l'instance engagée dont il s'était expressément désisté; et ensuite que ce désistement d'instance ne faisait nullement obstacle à l'introduction d'une instance nouvelle à raison des mêmes faits. Cela n'a d'ailleurs rien d'étonnant. En effet, les éléments d'appréciation dont le Gouvernement espagnol avait déjà disposé *au moment même du désistement* n'avaient pas pu lui faire croire autre chose. Je me permets de rappeler à la Cour en quoi consistaient ces éléments d'appréciation.

En premier lieu, les renseignements qui lui avaient été fournis par le comte de Motrico.

Ensuite, les explications données au ministre espagnol des Affaires étrangères par l'ambassadeur de Belgique lors de sa visite du 22 mars.

Et enfin le texte même de la déclaration de désistement du 23 mars.

Aucune de ces trois sources de renseignements n'avait apporté au Gouvernement espagnol la moindre raison de croire *ni* que le Gouvernement belge aurait renoncé à se défendre contre les exceptions préliminaires, *ni* qu'il aurait décidé de renoncer définitivement à *son droit* de porter devant votre Cour une action internationale contre l'Espagne en raison de l'affaire de la Barcelona Traction, *ni*, en conséquence, que le désistement auquel le Gouvernement belge allait procéder le priverait du droit d'introduire en cas de besoin une nouvelle requête.

Il ne peut y avoir à cet égard aucun doute en ce qui concerne les explications données par l'ambassadeur de Belgique. Il n'y a pas de doute non plus en ce qui concerne la déclaration de désistement elle-même qui était claire, et il ne peut surtout pas y avoir de doute en ce qui concerne les informations données au ministre espagnol par le comte de Motrico. Il s'agit là d'un point essentiel sur lequel je crois devoir m'étendre quelque peu.

Dans ma première plaidoirie, j'avais cru devoir, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, parler longuement du comte de Motrico, parce que c'est par lui précisément que le Gouvernement espagnol a été principalement informé non seulement du désistement lui-même, mais aussi et surtout des circonstances qui en étaient l'origine.

A cet égard, la réplique de l'honorable conseil du Gouvernement espagnol a considérablement simplifié les choses, et je m'en réjouis. La position actuelle du Gouvernement espagnol est fort différente de celle qu'il avait adoptée dans les exceptions préliminaires et encore dans la première plaidoirie de son conseil.

Dans les exceptions préliminaires (I), à la page 102, le Gouvernement espagnol soutenait que le comte de Motrico s'était contenté, en tout et pour tout, d'une communication téléphonique à son ministre, le 17 mars 1961, pour lui donner simplement « un bref aperçu du contenu probable de la proposition belge », aperçu qui avait été confirmé dans la lettre écrite par l'ambassadeur à son ministre le lendemain et qui figure aux exceptions préliminaires, n° 73.

En d'autres termes, suivant cette thèse, l'ambassadeur, au cours de cet entretien téléphonique unique, n'aurait donné à son ministre aucune explication, ni sur l'origine, ni sur les circonstances, ni sur le but du désistement envisagé.

La position adoptée par le Gouvernement espagnol en plaidoirie était plus surprenante encore, plus radicale en quelque sorte: l'honorable conseil du Gouvernement espagnol en effet n'avait pas soufflé mot, ni de la communication téléphonique du 17 mars ni de la lettre de l'ambassadeur au ministre du 18 mars. Dans sa première plaidoirie, il avait raisonné comme si le Gouvernement espagnol n'avait reçu aucun renseignement au sujet du désistement du Gouvernement belge *avant le 22 mars* (jour de la visite de l'ambassadeur de Belgique). Et cela lui permettait de reprocher au Gouvernement belge de n'avoir, à ce moment — le 22 mars — rien dit au Gouvernement espagnol et pas davantage le jour même du désistement, le 23 mars, rien dit pour démentir le Gouvernement espagnol, lequel, suivant la plaidoirie de mon adversaire, était à ce moment convaincu, pour les raisons de droit développées dans la note de son service juridique, que le Gouvernement belge avait décidé d'abandonner sa défense contre les exceptions préliminaires.

C'est ce qui fut plaidé par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol à l'audience du 17 mars (voir II, p. 106).

Mais après nous avoir entendus, il semble que l'honorable conseil du Gouvernement espagnol ait dû se rendre à l'évidence et abandonner ce système intenable, car il ne l'a pas maintenu dans sa réplique. Il suffit de consulter à cet égard la page 736 ci-dessus pour s'en rendre compte.

Notre adversaire a dû concéder, dans sa réplique, que le comte de Motrico, lorsqu'il s'est entretenu avec son ministre le 17 mars, n'a pas pu raisonnablement se borner à lui donner connaissance — comme le

disaient les exceptions préliminaires — du « contenu probable de la proposition » qu'allait faire quelques jours plus tard l'ambassadeur de Belgique.

Notre adversaire a dû reconnaître qu'au cours de cet entretien, l'ambassadeur a été inévitablement et tout naturellement amené à donner au ministre des indications sur ce que notre adversaire a appelé dans sa réplique « les faits essentiels », qu'il a prétendu, on ne sait trop pourquoi, limiter à cinq, pas un de plus.

Notre adversaire ne peut donc plus maintenant aujourd'hui que le Gouvernement espagnol n'avait reçu *aucune* information sur les intentions du Gouvernement belge avant le 22 mars, ainsi qu'il l'avait cependant plaidé.

Le Gouvernement espagnol reconnaît par sa bouche que le comte de Motrico, au cours de sa conversation avec le ministre le 17 mars, a donné au ministre dès ce moment des explications et que, par conséquent, comme je l'avais plaidé de mon côté, le ministre espagnol, lorsqu'il a reçu cinq jours plus tard la visite de l'ambassadeur de Belgique, était déjà parfaitement informé.

Cela étant, Monsieur le Président, Messieurs les membres de la Cour, nos points de vue se sont certainement rapprochés. Mais ce qui nous sépare encore, c'est le contenu des informations et des explications données au ministre par le comte de Motrico.

Rien ne permet d'affirmer à notre avis que ces explications se seraient bornées aux cinq points délimités d'une façon tout à fait arbitraire dans sa réplique par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol.

Pour notre part, nous croyons raisonnable de supposer, au contraire, que les explications de l'ambassadeur ont été, comme il se devait, suffisamment complètes pour que le ministre soit bien informé de la situation réelle.

Et nous faisons crédit au comte de Motrico en présumant qu'il a dit à son ministre, à cette occasion, la vérité telle qu'il la connaissait lui-même.

La vérité, au sujet des intentions du Gouvernement belge, nul n'était mieux placé que le comte de Motrico pour la connaître, puisque la Cour le sait, il en avait été tenu informé, depuis deux mois, par l'intermédiaire de M. Frère, lequel, sans être évidemment le porte-parole officiel du Gouvernement belge, avait cependant été autorisé par celui-ci à donner au comte de Motrico des renseignements sur les intentions du Gouvernement belge.

De son côté, le ministre espagnol a considéré comme suffisants et satisfaisants les renseignements que lui avait rapportés le comte de Motrico, puisqu'il n'a pas jugé utile de demander d'autres informations à l'ambassadeur de Belgique, ni le 17 mars ni les jours suivants. Et je crois pouvoir opportunément, à cet endroit de mon exposé, faire connaître notre réponse à la première question posée aux Parties par M. le juge Jessup.

Tout d'abord, le Gouvernement belge reconnaît que ses intentions pour ce qui concerne le désistement ont été fidèlement communiquées au comte de Motrico par M. Frère au moyen des déclarations suivantes, qui sont donc opposables au Gouvernement belge: la lettre du 23 février 1961 de M. Frère au comte de Motrico (appendice n° 6 de l'annexe 6 aux observations belges); projet d'aide-mémoire du 2 mars 1961 (appendice n° 7 de l'annexe 6 aux observations belges); et enfin, la lettre du

20 mars 1961 de M. Frère au comte de Motrico (appendice n° II de l'annexe 6 aux observations belges).

Deuxièmement, ces intentions ayant été communiquées par l'ambassadeur au Gouvernement espagnol, elles sont opposables à ce gouvernement qui, d'ailleurs, s'est contenté des informations qui lui étaient ainsi rapportées par son propre ambassadeur.

Troisièmement, nous n'avons aucune raison de croire que le comte de Motrico n'aurait pas dit la vérité ou aurait commis une erreur en faisant part au ministre espagnol des intentions du Gouvernement belge. Mais si d'aventure il en était autrement, encore le Gouvernement espagnol ne pourrait-il d'aucune façon s'en prévaloir à l'encontre du Gouvernement belge, puisque l'on doit présumer que l'ambassadeur d'Espagne jouissait de la confiance de son gouvernement comme il en jouit encore à présent.

L'absence de toute observation du comte de Motrico à M. Frère, après son entretien avec le ministre espagnol, confirme à notre avis qu'à ce moment, les vues des deux gouvernements, au sujet du désistement envisagé, étaient parfaitement concordantes.

Le ministre espagnol des Affaires étrangères a dû normalement savoir et comprendre, dès le 17 mars, sinon même déjà à la suite d'entretiens antérieurs, que pour notre part nous continuons à croire très vraisemblable tout d'abord qu'aucun accord n'était encore conclu entre les groupes privés, de sorte que l'« affaire » de la Barcelona Traction, au sens large de l'expression, n'était nullement une affaire réglée, une affaire terminée; ensuite, le ministre espagnol a dû savoir par les explications du comte de Motrico que le Gouvernement belge avait proposé successivement diverses formules permettant de reprendre éventuellement la procédure en cours en cas d'échec des négociations. Troisièmement, ces explications avaient dû lui révéler que si le Gouvernement belge avait finalement consenti à un désistement d'instance pur et simple, ce n'était pas parce que l'affaire était terminée ou abandonnée, mais uniquement pour permettre l'ouverture de négociations en vue d'un accord éventuel, compte tenu des chances sérieuses de succès de ces négociations suivant la conviction affirmée à plusieurs reprises par le comte de Motrico lui-même.

Le ministre, ainsi éclairé par l'ambassadeur d'Espagne sur ces faits qui sont tous essentiels, avait dû savoir du même coup et d'une manière non moins certaine que ce n'était pas le Gouvernement belge qui avait pris l'initiative de se désister de l'instance, l'initiative en ce qui concerne l'éventualité d'un désistement venait de Juan March. Il devait savoir aussi que le Gouvernement belge n'avait nullement entendu reconnaître en fait le bien-fondé de l'une ou de l'autre des trois exceptions préliminaires espagnoles. Il devait savoir enfin que le Gouvernement belge n'avait nullement manifesté l'intention, en cas d'échec des négociations envisagées, d'abandonner dans l'avenir la protection diplomatique de ses ressortissants, notamment par la voie d'une action judiciaire internationale.

En résumé, grâce aux explications que l'on reconnaît aujourd'hui enfin avoir été effectivement données au ministre par le comte de Motrico, le ministre espagnol était, au plus tard le 17 mars, bien au courant du climat dans lequel allait se réaliser le désistement de l'instance et il était parfaitement au fait lorsque l'ambassadeur de Belgique lui rendit visite à ce sujet le 22 mars. Il savait pertinemment que seule la procédure

alors en cours serait abandonnée, il savait pourquoi, il savait qu'il n'y avait rien de plus.

Et lorsqu'il a pris connaissance de la déclaration de désistement, tout naturellement cette lecture n'a suscité chez lui ni surprise ni hésitation: il s'agissait bien du retrait, sans condition, de la procédure alors en cours. Pas plus que le comte de Motrico, le Gouvernement espagnol n'a vu la moindre discordance entre la condition qu'il savait avoir été posée par March et la déclaration de désistement.

L'attitude adoptée par le Gouvernement espagnol à l'égard du Gouvernement belge, à l'époque du désistement, a été pleinement conforme à l'état d'esprit qui devait être l'état d'esprit du Gouvernement espagnol tel que je viens de le décrire. A aucun moment et sous aucune forme, le Gouvernement espagnol n'a donné à penser au Gouvernement belge qu'il aurait prêté à ce gouvernement l'intention de consentir quelque abandon que ce soit ou quelque renonciation que ce soit, en dehors de la décision de ne pas poursuivre l'instance alors en cours.

Rappelons à ce propos que le point de vue du Gouvernement espagnol, avant le désistement, n'a été communiqué au Gouvernement belge que sous l'unique forme d'une brève note remise par le ministre espagnol à l'ambassadeur de Belgique le 22 mars 1961 (cette note figure en annexe à notre mémoire, volume IV, document n° 276, p. 1070). Or, dans cette note qui, je le répète, est le seul document adressé au Gouvernement belge et où il soit question du point de vue du Gouvernement espagnol, il n'est pas fait mention d'aucune façon d'une renonciation par la Belgique à ses griefs contre l'Espagne, ni de la reconnaissance directe ou indirecte du bien-fondé des exceptions préliminaires.

La note du service juridique du ministère espagnol des Affaires étrangères et les autres pièces ou papiers invoqués par notre adversaire sont des documents purement internes, dont le Gouvernement belge n'a jamais eu connaissance et n'a jamais pu avoir connaissance avant l'instruction de la présente affaire. Ce sont donc des documents qui ne peuvent, évidemment, lui être opposés. La note du service juridique est d'ailleurs viciée par une erreur de droit comme l'a démontré ce matin mon savant collègue, le professeur Sereni. D'autre part et sous les réserves que je viens de faire en ce qui concerne l'opposabilité au Gouvernement belge de ces documents purement internes, je crois utile d'attirer respectueusement l'attention de la Cour sur le caractère inexact de la traduction française de la note du service juridique qui figure aux annexes des exceptions préliminaires. Nous avons cru devoir déposer au Greffe de la Cour le texte de la traduction qui nous paraît correcte de ce document. Et depuis lors, depuis ce dépôt, nous avons relevé une erreur importante également dans la traduction française du télégramme du ministre au comte de Motrico, traduction imprimée dans les annexes aux exceptions préliminaires, page 647.

A supposer donc que la Cour estime nécessaire d'examiner ces documents qui ne sont pas, nous paraît-il, opposables au Gouvernement belge, encore serait-il indispensable que la Cour veuille bien se reporter aux textes originaux en langue espagnole.

Lorsque le ministre des Affaires étrangères d'Espagne, quelques jours plus tard — le 5 avril — va faire déclarer à la Cour que l'Espagne ne s'oppose pas au désistement, ce ne peut donc pas être dans l'intention de rendre définitif un acquiescement aux exceptions préliminaires dont le ministre savait qu'il n'avait jamais été exprimé par le Gouvernement

belge. Le but de cette déclaration était infiniment plus simple, plus limité, comme je l'ai déjà souligné dans ma plaidoirie: Juan March ayant refusé de négocier aussi longtemps que le désistement d'instance du Gouvernement belge n'aurait pas acquis un caractère « définitif », le Gouvernement espagnol, qui savait cela et qui souhaitait, il l'a dit, le succès des négociations, a donc fait le geste nécessaire pour que, sur ce point aussi, la condition préalable posée par March se trouvât réalisée et, comme la Cour le sait, l'ambassadeur de Belgique, au cours de sa visite au ministre le 4 avril, avait attiré l'attention du ministre sur le fait qu'il était désormais préférable que les négociations ne soient pas tenues plus longtemps en suspens et que l'Espagne prit attitude immédiatement, afin de ne plus retarder l'ouverture de ces négociations.

A cet endroit de mon exposé, je suis en mesure de présenter à la Cour le point de vue du Gouvernement belge au sujet de la première question posée par M. le juge sir Gerald Fitzmaurice.

La réponse donnée à cette question par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol ne nous paraît guère acceptable.

Tout d'abord, en ce qui concerne les raisons pour lesquelles le Gouvernement espagnol aurait éventuellement refusé le désistement. Les explications que je viens de donner moi-même montrent clairement, nous paraît-il, que le Gouvernement espagnol qui souhaitait — il l'a dit à maintes reprises — l'ouverture des négociations, aurait rendu précisément ces négociations impossibles en s'opposant au désistement, puisqu'alors, par son propre fait, il empêchait la réalisation de la condition préalable posée par Juan March, condition qu'il connaissait parfaitement.

Une opposition de sa part n'aurait donc pas été compatible avec sa propre ligne de conduite qui était de favoriser les négociations en vue d'arriver, si possible, à un règlement de ce conflit, entre les intérêts privés.

Quant au préjudice qu'a pu, ou qu'aurait pu entraîner l'acceptation du désistement, s'il s'agissait d'un désistement d'instance seulement, nous croyons pouvoir interpréter la question qui a été posée, comme concernant essentiellement le préjudice éventuellement porté par l'acceptation du désistement à la position juridique de l'Espagne dans le litige.

Or à ce point de vue, il n'est pas un instant douteux que le Gouvernement espagnol conservait la possibilité de faire valoir en cas de nouvelle instance les exceptions préliminaires qu'il avait opposées dans la première instance. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait.

Le Gouvernement espagnol se plaint du fait que le Gouvernement belge ait, de son côté, eu ainsi l'occasion de « reconsidérer », dit-il, la présentation de sa demande en tenant compte du libellé des premières exceptions préliminaires. Mais il est non moins certain que le Gouvernement espagnol a disposé d'un avantage du même ordre pour la rédaction et pour la présentation des exceptions.

Mes honorés collègues chargés d'exposer la thèse du Gouvernement belge sur ces différentes exceptions auront l'occasion de donner à cet égard à la Cour toutes explications utiles.

Quant à la charge administrative résultant d'une seconde instance devant la Cour, les deux gouvernements se trouvent, là aussi, dans la même situation: le Gouvernement belge en se désistant, le Gouvernement espagnol en déclarant qu'il ne s'opposait pas au désistement, rendaient

ainsi possibles des négociations que les deux gouvernements souhaitaient. Le succès éventuel de ces négociations leur aurait épargné à tous deux les frais relativement importants de la poursuite de l'instance. Mais, en contrepartie, leur échec rendait une nouvelle instance inévitable entre les deux Etats, avec les charges administratives qui devaient nécessairement en résulter pour l'un comme pour l'autre.

Arrivé à ce point de mon exposé, je crois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que nous pouvons considérer comme acquises les deux constatations suivantes.

Premièrement, le Gouvernement belge a consenti à se désister de l'instance engagée par sa requête, parce qu'il lui avait été déclaré que telle était la condition préalable posée par Juan March pour se prêter à l'ouverture de négociations qui se présentaient sous des auspices favorables.

Deuxième constatation, le Gouvernement espagnol a *su* que telle était l'unique raison de la décision prise par le Gouvernement belge, lorsque le Gouvernement espagnol a été informé le 17 mars, par le comte de Motrico, du résultat final des pourparlers privés.

Et dès lors, il semble qu'une seule question se pose encore: est-ce que, soit le comte de Motrico, soit le Gouvernement espagnol ont cru, ou ont pu raisonnablement croire que la condition préalable posée par Juan March avait une portée *plus étendue* que le simple désistement d'instance auquel le Gouvernement belge avait consenti à procéder?

Le comte de Motrico, le Gouvernement espagnol ont-ils pu supposer, partant de là, que le Gouvernement belge avait consenti, non seulement à se désister de la procédure, mais à abandonner définitivement ses griefs contre l'Espagne?

L'attitude adoptée par l'ambassadeur lui-même d'octobre 1960 jusqu'en avril 1961, l'attitude du Gouvernement espagnol surtout, au moment du désistement et plus tard, commandent une réponse entièrement négative à ces questions. Si, pourtant, je dois encore m'y attarder, c'est parce que le Gouvernement espagnol n'hésite pas à soutenir, encore aujourd'hui, que la condition préalable, stipulée par Juan March, c'était l'abandon pur et simple, une fois pour toutes, du droit d'agir devant la Cour pour la protection de ses ressortissants, en se fondant sur des griefs que la Belgique avait à faire valoir contre l'Espagne.

C'est cette prétention qu'il me faudra maintenant examiner.

La thèse du Gouvernement espagnol consiste donc à soutenir, au point de départ, qu'en réalité Juan March avait stipulé quelque chose de *considérable*: il avait tout simplement stipulé *comme condition* préalable avant l'ouverture des négociations la capitulation du Gouvernement belge. Et c'était cela qui se dissimulait en quelque sorte derrière les mots: « le retrait définitif de la requête du Gouvernement belge ».

Partant de cette interprétation de l'exigence de Juan March, le Gouvernement espagnol poursuit en disant qu'en acceptant de se prêter à cette exigence, le Gouvernement belge a nécessairement renoncé à toute nouvelle procédure, même après l'échec des négociations, ou, tout au moins — dit-on — il a créé l'apparence que telle était son intention.

Cette thèse, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, apparaît d'emblée comme contraire au plus élémentaire bon sens si l'on se souvient que, de son côté, Juan March, dans sa petite note de base, ne prenait qu'un engagement des plus vagues: entamer une négociation de bonne

foi pour essayer de trouver une solution qui fixe une indemnisation aux actionnaires.

D'autre part, nous avons vu que la thèse actuelle du Gouvernement espagnol est complètement démentie par l'attitude de ce gouvernement lui-même: il n'a certainement pas interprété en ce sens la condition préalable posée par Juan March, puisqu'il n'a même pas songé à se prévaloir de cet abandon des droits du Gouvernement belge lorsqu'il a été informé de la décision de ce gouvernement d'introduire une nouvelle requête.

Cela étant, il est véritablement étonnant, incompréhensible, que l'honorable conseil du Gouvernement espagnol puisse encore s'écrier comme il l'a fait à plusieurs reprises que les cinq mots employés par Juan March étaient clairs comme le cristal (*crystal clear*), et en conséquence que la thèse actuelle du Gouvernement espagnol est une thèse *évidente*. C'est ce qu'il a dit en diverses circonstances au cours de sa réplique, et je me réfère à deux passages des pages 704 et 706 ci-dessus.

A vrai dire, pour démontrer cette évidence il n'a pas fallu à mon adversaire moins de plusieurs pages de développement qui occupent longuement le compte rendu de l'audience du 28 avril. Nous sommes en complet désaccord avec lui sur l'interprétation amplifiante, en quelque sorte, que le Gouvernement espagnol se plaît à donner aujourd'hui aux mots très simples employés dans cette note.

Nous sommes également en complet désaccord avec l'honorable conseil du Gouvernement espagnol au sujet de son analyse de ces mots sur le plan linguistique. Ce qui nous paraît, quant à nous, clair comme le cristal, c'est l'intention de Juan March, tout au moins l'intention exprimée, car il y avait aussi des arrière-pensées, sur lesquelles je me suis expliqué et que M. Frère n'a connues que plus tard, lorsqu'il a constaté, à sa première rencontre avec Juan March après le désistement — le 8 avril — que les négociations promises n'étaient qu'une sinistre farce.

Mais reportons-nous au mois d'octobre 1960. Quand le comte de Motrico demande à Juan March s'il envisagerait de négocier un règlement transactionnel de l'affaire de la Barcelona Traction, Juan March répond: «Je veux d'abord que l'on fasse *un geste*; la requête soumise à la Cour internationale de Justice doit être d'abord retirée purement et simplement. Cela fait, ajoute-t-il, je serai disposé à «entamer une négociation de bonne foi pour essayer de trouver une solution qui fixe une indemnisation aux actionnaires.»

Il présentait son exigence préalable comme indispensable d'un point de vue moral. Il ne peut moralement accepter une négociation quelconque tant que sont pendantes devant la Cour internationale de La Haye les accusations graves et qu'il juge mal fondées contre sa personne, accusations que contenait la requête (*la demanda*) du Gouvernement belge.

En d'autres termes, il faut retirer cette requête jugée par lui diffamatoire; il faut la retirer purement et simplement et non pas d'une manière conditionnelle.

En d'autres mots, il ne faut pas présenter le retrait de la requête comme la contrepartie d'un accord éventuel.

L'objet de la note sur ce premier point c'est donc uniquement le *retrait de la requête* qu'il juge offensante pour lui: telle est l'exigence préalable qui doit être satisfaite, purement et simplement, sans condition:

le retrait de la requête doit être accompli, définitif, avant que ne s'ouvrent les négociations.

L'honorable conseil du Gouvernement espagnol a précisé lui-même que Juan March n'a pas pris conseil quand il a rédigé cette note et qu'il doit être considéré comme un « profane »; eh bien! alors, nous pouvons penser que ce profane n'a pas envisagé autre chose que ce qu'il a dit, et dans les termes où il l'a dit.

Il a indiqué un préalable à la négociation.

Il a promis de s'engager de bonne foi dans une négociation.

Mais il n'a rien dit pour le cas où la négociation n'aboutirait pas, hypothèse que d'ailleurs ses affirmations réitérées de bonne foi et de bonne volonté avaient précisément pour but de rendre *apparemment* improbable.

Or, c'est évidemment en cas d'échec des négociations — et dans ce cas seulement — que l'éventualité d'une nouvelle requête du Gouvernement belge devait être envisagée.

Mais *rien* n'a été stipulé par Juan March en vue de cette hypothèse-là.

Si les négociations échouent, le Gouvernement belge aura perdu sans contrepartie le bénéfice de trois années de procédure. Que l'on ne vienne pas nous dire, comme on l'a fait, que ce n'est rien, puisque le Gouvernement espagnol lui-même, à l'audience du 4 mai, répondant à l'une des questions posées par l'un des membres de la Cour, s'est plaint de la lourde charge administrative que représente l'obligation d'instruire cette affaire devant votre Cour pour la deuxième fois.

D'autre part, dans cette même hypothèse d'échec des négociations, les ressortissants belges lésés, qui attendent en vain depuis douze ans déjà, devront demeurer dans l'attente encore quelques années de plus.

Mais il est impossible — sans forcer les mots et leur sens manifeste — de découvrir dans la note de Juan March cette prétention extravagante d'imposer comme préalable à une tentative de négociations l'abandon par le Gouvernement belge de son droit de présenter une nouvelle requête en cas d'échec de ces négociations.

Il est clair comme le cristal que cette hypothèse de l'échec n'est pas envisagée dans la note de Juan March.

Il est donc à priori exclu que l'on puisse découvrir dans cette note ce que le Gouvernement espagnol cherche en vain à en faire sortir aujourd'hui: ce que Juan March a exigé, c'est le *retrait* d'un acte et *non pas une renonciation* à des droits. Les termes employés par lui suffisent à le démontrer.

Pour soutenir sa prétention, le Gouvernement espagnol en est réduit à prétendre que ce que March entendait ce n'était pas le retrait de la requête déposée par le Gouvernement belge, mais « the total withdrawal from the Court of the Belgian accusations ». Nous ne pouvons voir là que l'expression par le Gouvernement espagnol de ce qu'il *voudrait* trouver dans la note de Juan March, mais de ce qu'on cherche en vain à y découvrir. A en croire l'honorable conseil du Gouvernement espagnol, ce sont les mots magiques « d'un point de vue moral » qui devraient produire ce miracle: au lieu du retrait définitif de la requête, il faudrait lire « retrait complet des accusations belges » (encore le mot *total*, que je traduis par « complet », est-il un adjectif ambigu qui aurait encore dû faire l'objet d'une exégèse supplémentaire qui ne nous a pas été donnée).

Est-ce que ces explications, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ne relèvent pas de l'art de la prestidigitation plutôt que de l'interprétation raisonnable?

Mais nous ne pouvons pas davantage nous déclarer d'accord avec les commentaires d'ordre linguistique reproduits aux pages 705 à 707 ci-dessus de l'audience du 28 avril.

Le mot *demanda* employé par Juan March a, en espagnol, un sens beaucoup plus matériel et concret que le mot « demande » en français. Et nous maintenons que ce mot désigne habituellement et normalement en Espagne l'acte introductif d'une instance judiciaire. Même pour les profanes du droit, le mot *demanda* a un sens concret: c'est le document officiel qui est remis au tribunal pour le saisir d'une action.

Nous en trouvons la preuve dans cette disposition légale que je m'étais déjà permis de citer dans ma plaidoirie, l'article 524 du Code de procédure civile espagnol, qui a précisément pour objet d'organiser l'introduction des procédures judiciaires. Que Juan March ait employé ce mot dans son sens ordinaire, nous en trouvons la confirmation dans l'emploi du mot *retirada*. Ce mot confirme qu'il s'agit bien du « retrait » d'un document concret, et non pas d'une « renonciation » à un droit, ni de l'abandon d'un droit. Le mot *retirada*, comme le mot *retirar*, a lui-même un sens concret, matériel en quelque sorte, qu'il oppose aux verbes qui expriment au contraire une intention abstraite comme « renoncer » ou « rétracter ».

Notre adversaire a néanmoins cru pouvoir soutenir que, dans l'article 524 du code espagnol, le mot *demanda* serait employé tour à tour dans deux acceptions correspondant l'une au mot français « requête » et l'autre au mot français « demande » ou au terme anglo-saxon *claim*. Et il voudrait en déduire que Juan March a très bien pu l'employer dans ce dernier sens. Ici je ne peux tout de même pas m'abstenir d'une remarque: cette affirmation de notre estimé contradicteur contredit l'autre affirmation suivant laquelle les termes employés étaient *crystal clear*, puisque l'un des termes, d'après lui, était susceptible de deux sens. Mais je crois que ce n'est pas exact; il ne pouvait pas y avoir de doute. Et si notre estimé contradicteur a pu émettre un avis différent à propos de l'article 524 du Code de procédure civile espagnol, ce ne peut être qu'à la suite d'une erreur de traduction manifeste, car l'honorable conseil du Gouvernement espagnol a raisonné sur la base d'une traduction française qui ne correspond pas au texte espagnol de cet article. La Cour voudra bien trouver la traduction française correcte de cette disposition légale aux observations du Gouvernement belge (I), page 25, en note 1. Le mot *demanda* dans l'article 524 désigne *uniquement et exclusivement* l'acte de procédure par lequel s'introduit (non pas l'action, comme l'a dit notre adversaire) mais le « procès ordinaire ». L'article précise que la *demanda* doit contenir l'indication de l'objet de la prétention du demandeur, et c'est ici que notre estimé contradicteur doit retrouver un argument en disant: cette fois, on emploie le mot dans le sens de *claim* ou « demande ». C'est là son erreur; le mot *demanda* n'est pas employé deux fois dans cet article; il n'est employé qu'une fois pour désigner l'acte de procédure et la seconde fois, lorsqu'il s'agit d'indiquer que cet acte doit mentionner ce que le demandeur entend obtenir, c'est-à-dire l'objet de la prétention; les mots espagnols employés sont *lo que se pide* et non pas la *demanda*. Par conséquent, toute cette argumentation linguistique repose sur une pure et simple erreur de traduction.

Il est d'ailleurs caractéristique que le comte de Motrico et le Gouvernement espagnol lui-même ont, à de multiples reprises et sans hésiter, traduit le mot *demanda* par le mot français « requête ». C'est notamment ce que nous voyons dans la traduction de la lettre de l'ambassadeur au ministre du 18 mars 1961, telle qu'elle a été imprimée dans les annexes aux exceptions préliminaires.

Quant au mot *definitiva* dont notre estimé contradicteur a tant parlé, nous avons, je l'avoue, été un peu surpris de voir l'honorable conseil du Gouvernement espagnol chercher la traduction d'un mot espagnol dans un dictionnaire français: le *Larousse du XX<sup>e</sup> siècle*. Il nous paraît plus judicieux — si nous devons porter notre différend, comme il paraît nous y inviter, sur le plan de la linguistique — de consulter un dictionnaire espagnol. Le mot *definitivo*, d'après le *Dictionnaire de l'Académie espagnole* (édition de 1925), se dit — je traduis la phrase espagnole — « de ce qui décide, résout ou conclut ».

C'est dans ce sens que Juan March l'a employé: ce qu'il voulait, c'était un retrait de la requête qui serait de nature à résoudre ou à conclure la procédure en cours. Ce qu'il voulait, c'était un retrait non subordonné à une condition — en particulier non subordonné à la condition de la conclusion d'un accord — car, sans cela, son exigence aurait cessé d'être un vrai « geste préalable », comme il l'entendait.

D'ailleurs, la définition du mot français correspondant, telle que notre adversaire l'a puisée dans le *Larousse* — « ce sur quoi on ne peut revenir » — est parfaitement compatible avec cette interprétation: March ne voulait pas que le Gouvernement belge pût se réserver de revenir sur son désistement et de reprendre, au point où elle en était, la procédure engagée.

En bref, Messieurs — je m'excuse de ces commentaires auxquels la réplique de mon estimé contradicteur m'a vraiment contraint —, si l'on prend en considération les mots employés, mais sans les remplacer par d'autres, et sans en ajouter qui ne s'y trouvent pas, si on rapproche ces termes des circonstances dans lesquelles la note a été rédigée et du but de cette note, la seule interprétation raisonnable est que March, ne voulant pas négocier, pour des raisons d'ordre moral, tant que sont pendantes devant la Cour des accusations portées contre lui, posait comme condition préalable aux négociations le retrait pur et simple de la *requête* déposée par le Gouvernement belge, requête dans laquelle ces accusations se trouvaient formulées: rien de plus.

Sur le plan juridique, cette exigence préalable, si elle était acceptée, devait tout normalement se traduire par un « désistement d'instance » au sens le plus exact de l'expression.

C'est ainsi, vous le savez Messieurs, que les deux gouvernements l'ont compris à ce moment, sans qu'ils aient d'ailleurs dû se donner l'un à l'autre des explications particulières sur ce point: la déclaration de désistement du Gouvernement belge était claire, elle ne faisait et ne pouvait faire aucune allusion à un « règlement » de l'affaire; le Gouvernement espagnol n'a pas pu s'y tromper et ne s'y est d'ailleurs pas trompé, ainsi que son attitude ultérieure le démontre clairement.

[Audience publique du 12 mai 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs les membres de la Cour, à la fin de de l'audience d'hier après-midi, j'ai rencontré la thèse étonnante développée longuement aux répliques par l'honorable conseil du Gouvernement

espagnol, thèse fondée tout entière sur un commentaire de la note de base de Juan March. La Cour aura compris, sans nul doute, que la réfutation de cette thèse était en réalité presque superflue après les certitudes qui se dégagent, nous semble-t-il, des déclarations faites par les deux gouvernements et des attitudes adoptées par les deux gouvernements eux-mêmes, tant à l'époque du désistement qu'après l'échec des négociations. C'est donc uniquement dans le souci d'être complet que j'ai cru devoir m'expliquer ensuite au sujet de cette thèse soutenue par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol.

Pour la réfuter j'ai dû naturellement suivre mon adversaire sur le terrain très spécial où il avait choisi de placer la discussion, celui de l'exégèse d'un texte.

Pour en terminer avec cette réfutation, il me reste à dire quelques mots de l'affirmation la plus surprenante que nous avons relevée dans la réplique de notre adversaire. Cette affirmation c'est celle suivant laquelle le comte de Motrico lui-même aurait interprété la condition préalable posée par Juan March dans ce sens extraordinairement extensif que le Gouvernement espagnol voudrait y donner aujourd'hui. Affirmation surprenante, car enfin, s'il en était ainsi, comment l'ambassadeur aurait-il pu se déclarer d'accord — comme il l'a fait expressément et par écrit, la Cour s'en souviendra — sur les lettres que M. Frère lui adressa au sujet de ses propres intentions et de celles du Gouvernement belge, intentions qui se limitaient très clairement à un éventuel désistement de l'instance?

D'autre part, si vraiment le comte de Motrico avait pensé que toute nouvelle requête adressée à la Cour par le Gouvernement belge serait exclue, comment aurait-il pu lui-même, le 17 avril 1961, quelques jours après l'ouverture des négociations privées et alors qu'elles étaient déjà dans l'impasse, comment aurait-il pu lui-même rappeler à ce moment à Juan March que l'intransigeance de ce dernier finirait par contraindre le groupe représenté par M. Frère à demander au Gouvernement belge d'introduire une nouvelle requête?

Cet avertissement donné par l'ambassadeur, le 17 avril, est rappelé par M. Frère dans sa lettre du 26 février 1964 (c'est le nouveau document déposé par le Gouvernement belge) et dans sa réplique; notre adversaire n'en a pas sérieusement contesté la réalité. Bien au contraire, il a reconnu que quelque chose de semblable avait pu être dit « dans un moment d'exaspération ».

Peu importe! L'essentiel c'est que le comte de Motrico n'aurait jamais pu tenir ce langage même dans un moment d'exaspération, s'il avait eu la conviction que le Gouvernement espagnol lui prête tout gratuitement aujourd'hui, pour les besoins de sa cause.

C'est d'ailleurs, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans un document bien singulier lui aussi que le Gouvernement espagnol prétend trouver la preuve de cette surprenante prétention, prétention aussi contraire à la vraisemblance.

Il s'agit d'un document demeuré inconnu du Gouvernement belge lui-même jusqu'après le dépôt des exceptions préliminaires du Gouvernement espagnol. Cette pièce, c'est celle que l'on peut appeler le « document Zuloaga » (reproduit en annexe aux observations belges, vol. I, annexe n° 7, p. 186, en photocopie).

Il s'agit d'une feuille dactylographiée, non datée, non signée, portant des mentions manuscrites, écrites de la main de plusieurs personnes et qui serait, paraît-il, le résumé fait à l'intention de Juan March, d'un

projet d'aide-mémoire resté sans suite d'ailleurs, daté du 9 mars, et qui avait été transmis par M. Frère à l'ambassadeur, avec l'accord du Gouvernement belge. Ce prétendu résumé aurait été rédigé par l'ambassadeur et remis par lui à ce M. Zuloaga, lequel, par un cumul d'occupations singulièrement éloquent, se trouve être simultanément attaché au service de l'ambassade d'Espagne à Paris et le représentant personnel de Juan March dans la même ville.

Ce document, extrait des archives de Juan March, appelle, de la part du Gouvernement belge, les réserves les plus expresses et ce gouvernement considère qu'un tel document ne peut pas lui être valablement opposé.

Mais en prenant même les explications espagnoles pour vraies — ce qui serait déjà une bien large concession et ce que nous n'entendons admettre qu'à titre de pure hypothèse — encore chercherait-on vainement dans cet écrit la preuve que le Gouvernement espagnol prétend y trouver.

Il tombe sous le sens que lorsque l'auteur du document, qui est rédigé en des termes peu précis et peu rigoureux, indique qu'à ce stade des pourparlers le Gouvernement belge se propose de présenter — je cite — « le retrait définitif devant la Cour de La Haye avec un caractère irrévocable », il entend marquer par là, comme la suite du document l'indique d'ailleurs, que c'est du Gouvernement espagnol seul qu'il dépendra désormais de donner un caractère définitif au désistement en cas de succès des négociations. Et lorsque dans le même document il est indiqué ensuite que le Gouvernement espagnol, suivant le projet alors envisagé, aura toujours « en main », comme dit le document, la décision de communiquer à la Cour son accord au sujet du retrait total du litige du côté espagnol, c'est ainsi qu'on s'exprime dans ce document, l'auteur faisait simplement allusion à la déclaration de non-opposition du Gouvernement espagnol, telle que l'auteur lui-même vient de la caractériser, déclaration qui pourrait, effectivement, donner à tout moment au désistement un caractère définitif.

Ainsi examiné d'un peu près, l'argument de texte que notre adversaire a complaisamment et longuement développé dans sa réplique se révèle d'une minceur telle qu'il ne peut sérieusement être mis en balance avec les éléments de conviction décisifs, ceux-là que fournit, par ailleurs, l'attitude de l'ambassadeur lui-même, et surtout l'attitude des deux gouvernements tant avant qu'après la remise de ce projet d'aide-mémoire.

Dans la dernière partie de mon exposé, je voudrais m'arrêter quelques instants pour être complet aux critiques qui ont été dirigées, parfois sur un ton quelque peu acerbe d'ailleurs, par l'honorable conseil du Gouvernement espagnol contre ce que j'avais cru pouvoir appeler le récit historique du désistement, tel que je l'avais exposé au cours de ma plaidoirie.

Pour établir ce récit, la Cour s'en souviendra, peut-être, je m'étais fondé essentiellement, chaque fois que c'était possible, sur des documents dont l'exactitude avait été reconnue à l'époque.

J'ai constaté avec satisfaction que mon adversaire lui-même a confirmé mon propre récit, au moins sur deux points essentiels.

Premier point, j'avais dit que Juan March n'avait probablement vu dans la démarche faite auprès de lui par M. Frère à l'intervention du comte de Motrico qu'un signe de faiblesse, qu'il fallait tâcher d'exploiter, d'exploiter en profitant de l'occasion pour obtenir que prenne fin la

procédure en cours à La Haye, grâce à l'appât que constituerait la promesse d'une négociation.

L'honorable conseil du Gouvernement espagnol nous a confirmé, sous une forme brutale même, que Juan March n'avait effectivement vu dans la démarche de M. Frère qu'un signe de faiblesse. Je fais allusion à l'évocation de cette image de M. Frère courant vers Juan March la casquette à la main.

Nous regrettons profondément, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette manière véritablement blessante de caricaturer l'initiative d'un homme qui, fidèle à l'idéal de modération et de justice auquel il s'était consacré pendant toute sa carrière au service d'institutions d'intérêt public, cherchait à mettre fin à ce litige d'un caractère exceptionnel, sorti du domaine des intérêts privés, et qui se doublait d'un procès international, lequel paraissait devoir se prolonger encore plusieurs années.

Mais je retiens de cette image brutale la confirmation qu'effectivement, c'est bien comme je l'avais dit que Juan March avait interprété la démarche de M. Frère.

Deuxième point sur lequel j'ai été heureux de trouver dans l'exposé de mon estimé contradicteur une confirmation, à vrai dire tacite cette fois. Il s'agit de la manœuvre imaginée par Juan March au moyen de sa « note de base ». Je m'étais efforcé de montrer à la Cour que cette manœuvre s'était clairement manifestée quand s'étaient ouvertes les négociations privées: M. Frère ayant eu immédiatement l'impression qu'il avait été joué, puisque March, une fois le désistement accompli, n'offrait qu'une somme ridiculement basse et refusait toute discussion ou toute concession.

Or, sur ce dernier point essentiel, l'honorable conseil du Gouvernement espagnol n'a soulevé aucune contestation sérieuse et quand on sait la minutie qu'à juste titre il a apportée dans son exposé, cette absence de contestation sérieuse n'en prend que plus de relief.

A s'en tenir aux explications que l'honorable conseil du Gouvernement espagnol a données, si Juan March n'a pas voulu envisager l'estimation de l'indemnité d'après la valeur des biens de la Barcelona Traction, ce n'est pas parce que cette méthode ne lui semblait pas raisonnable, comme elle doit le paraître, semble-t-il, aux yeux de tout homme de bon sens, mais parce que cette méthode aurait exposé Juan March au risque que ce mode de calcul fût interprété comme une reconnaissance, par lui, de la spoliation de la société.

Cette étonnante explication est véritablement absurde, puisque, dès l'instant où Juan March acceptait en principe, comme il l'a fait à ce moment, d'indemniser tous les actionnaires de la Barcelona Traction, il reconnaissait nécessairement le tort qu'il leur avait causé, quel que fût le mode adopté pour le calcul de l'indemnité.

Il me reste à présent à examiner l'explication personnelle que l'honorable conseil du Gouvernement espagnol a cru pouvoir, de son côté, donner des motifs qui ont amené M. Frère, en octobre 1960, à prendre contact avec le comte de Motrico.

L'honorable conseil du Gouvernement espagnol a commencé par déclarer « invraisemblables » les raisons que M. Frère lui-même a exposées dans son mémorandum pour expliquer la démarche qu'il a faite. Notre adversaire a ensuite soutenu que si M. Frère avait fait cette démarche, c'était pour l'unique raison qu'il était en quelque sorte « terrorisé » par

les exceptions préliminaires opposées par le Gouvernement espagnol à la requête du Gouvernement belge.

M. Frère aurait été complètement démoralisé par ces formidables moyens de défense, jugés par lui absolument insurmontables; il aurait considéré la cause comme perdue et c'est en quelque sorte plein d'anxiété qu'il aurait alors couru chez le comte de Motrico pour le supplier de faire des ouvertures à Juan March.

Le défaitisme de M. Frère aurait gagné ensuite, par une sorte de contagion, le Gouvernement belge, et c'est ainsi que le Gouvernement belge — convaincu à son tour, à en croire notre adversaire, que le procès était perdu d'avance — se serait décidé à abandonner définitivement et sans retour ses griefs contre le Gouvernement espagnol, à renoncer à cette lutte qu'il poursuivait sans se lasser depuis douze ans; et tout cela en échange de cette vague promesse de Juan March d'essayer d'engager des négociations pour tâcher de trouver une solution qui procurerait une indemnité aux actionnaires.

Tout cela, Messieurs, vous le comprenez immédiatement après ce que j'ai eu l'honneur de vous exposer hier, tout cela n'est à toute évidence qu'un pur roman, et je m'en voudrais de gaspiller le temps de la Cour en m'y attardant. Mais je voudrais cependant souligner la façon singulière dont l'honorable conseil du Gouvernement espagnol essaie de justifier cette nouvelle présentation des faits.

Il fonde principalement sa version, non pas sur des pièces, mais sur cette idée qu'un honnête homme n'engage pas de négociations avec un bandit.

Ici, je voudrais me permettre d'ouvrir une parenthèse car il faut toujours rendre à chacun ce qui lui revient. Or, ce n'est pas moi qui ai appliqué à Juan March le mot « bandit », comme l'a fait de son côté trente ou quarante fois l'honorable conseil du Gouvernement espagnol. Ce mot ne figure *pas* dans le texte auquel s'est référé mon adversaire à l'audience du 28 avril (voir ci-dessus, p. 703). Il est aisé de le vérifier en se reportant à l'audience du 8 avril, pages 393 et 394, II. J'ai employé le mot « bandit », la Cour s'en souviendra peut-être, dans un tout autre passage, au cours d'une autre audience d'ailleurs, et seulement pour souligner que c'était le Gouvernement espagnol lui-même qui prêtait tout gratuitement à Juan March des intentions dignes d'un bandit.

Voilà, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, un échantillon — et c'est le seul que je me permettrai de mettre en évidence — de ces déformations inadmissibles contre lesquelles j'ai cru devoir protester au début de mon exposé.

Si désormais dans ces débats le mot *bandit* demeure associé au nom de March, c'est uniquement à sir Humphrey Waldoock qu'il le devra. Sur quoi, je ferme cette parenthèse.

Un honnête homme, dit notre adversaire, n'engage pas de négociations avec un bandit. Mais je vous le demande, Messieurs, a-t-on la possibilité de *choisir* son adversaire? C'est bien parce qu'il connaissait March de réputation que M. Frère n'a traité avec lui que moyennant la caution morale, en quelque sorte, du comte de Motrico, ambassadeur d'Espagne à Paris.

Du fait que M. Frère a engagé des pourparlers avec un adversaire qu'il n'avait évidemment pas choisi, qu'il n'avait évidemment pas *pu* choisir, et qui passait pour un homme redoutable et retors, on ne peut évidemment pas raisonnablement conclure que M. Frère était prêt à tous les abandons!

L'honorable conseil du Gouvernement espagnol, pour déclarer invraisemblables les explications de M. Frère, insiste aussi sur le fait que le moment était mal choisi pour tenter des approches auprès de Juan March.

C'est là une pure question d'appréciation, au sujet de laquelle je m'en voudrais vraiment de rouvrir une discussion tout à fait superflue à ce stade des débats. Il est possible que l'opinion du Gouvernement espagnol ne corresponde pas à l'opinion de M. Frère au sujet du moment le plus favorable pour tenter une négociation. Mais ce n'est certes pas là une raison valable pour déclarer invraisemblables les motifs au contraire très compréhensibles et très normaux par lesquels, dans son memorandum, M. Frère explique sa décision.

Parmi ces motifs, il en est un qui a tout particulièrement excité la verve caustique de notre estimé contradicteur. Et je crois utile de m'y arrêter quelque peu, car les critiques qu'il a d'ailleurs longuement développées à ce propos vont me donner, de mon côté, l'occasion de formuler quelques observations d'ordre général qui nous paraissent importantes, et par lesquelles je me propose de terminer mon exposé.

Dans son memorandum, M. Frère explique qu'en octobre 1960 le « climat » semblait plus favorable en Espagne; et il en donne, la Cour s'en souviendra, comme preuve le règlement qui venait d'avoir lieu d'un ancien litige entre la société Chade et le Gouvernement espagnol, règlement négocié avec ce gouvernement dans un esprit de compréhension réciproque. Et le succès de ces négociations était d'autant plus frappant, disait M. Frère, que l'accord finalement réalisé ne l'avait été qu'en dépit d'une opposition persistante de Juan March.

M. Frère concluait alors par ces mots que mon estimé contradicteur a cités lui-même: « Il soufflait ainsi un vent de conciliation qu'il n'était pas dans ma nature ni dans l'intérêt de ma société d'ignorer. »

Et aussitôt l'honorable conseil du Gouvernement espagnol de relever ce qu'il croit être une inconséquence dans l'explication de M. Frère — et je cite textuellement ses paroles:

« En tout état de cause [a-t-il dit], si l'on accepte l'explication de M. Frère selon laquelle il considérait le règlement du litige de la Chade comme le symptôme d'un nouveau vent de conciliation, ses démarches auprès de M. March n'en deviennent que plus difficiles à concilier avec la conduite d'un homme aussi « intelligent » et aussi « pondéré » que nous l'a dépeint M<sup>e</sup> Van Ryn. Ce qui avait frappé M. Frère [poursuit notre adversaire] dans ce règlement du litige de la Chade, c'était l'esprit de compréhension dont avait fait preuve le *Gouvernement espagnol* et le fait que l'accord avait été réalisé en dépit de l'opposition persistante de M. March. »

Et notre adversaire de souligner que ce n'est cependant pas auprès du Gouvernement espagnol que M. Frère a tenté une approche, mais auprès de March lui-même, qui venait de montrer encore son obstination.

Eh bien! Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, n'en déplaise à notre adversaire, le succès d'une négociation avec le Gouvernement espagnol, malgré l'opposition de Juan March, était un fait dont l'importance capitale sautait aux yeux, et qui pouvait légitimement donner à penser qu'une tentative de négociation avec March lui-même valait la peine d'être faite.

Ce fait nouveau permettait de croire que Juan March n'avait plus auprès du Gouvernement espagnol le même crédit, la même influence, qu'auparavant. Tel était le point important. Car Juan March était une puissance en Espagne et les dirigeants de la Sidro, en particulier, avaient eu l'occasion de s'en apercevoir une fois de plus au cours de l'été de 1955.

A cette époque, l'avocat Dean se proposait de reprendre contact avec Juan March et son groupe pour tenter un règlement de l'affaire sur le plan privé. Il a déjà été plusieurs fois question au cours des débats de cette tentative. Si j'y reviens encore aujourd'hui, c'est parce que précisément c'est elle qui a été l'occasion d'une espèce d'épreuve de force entre le Gouvernement espagnol et Juan March — et dans cette épreuve, ce n'est pas le Gouvernement espagnol qui l'a emporté, j'en donnerai la preuve dans quelques instants. Mais la Cour comprend immédiatement combien, par contraste, M. Frère avait dû être frappé en constatant qu'en 1960, à l'occasion du règlement relatif à l'affaire de la Chade, le Gouvernement espagnol avait au contraire cette fois passé outre à l'opposition de Juan March.

M. Frère pouvait espérer, en présence de ce fait nouveau, que Juan March lui-même, sans doute conscient de ce qui paraissait être une diminution de son influence, se prêterait moins difficilement à une négociation et serait plus accommodant. Voilà ce que l'honorable conseil du Gouvernement espagnol, semble-t-il, n'avait pas compris.

Mais je voudrais demander l'autorisation à la Cour de revenir quelques instants à cette épreuve de force de 1955 que j'ai évoquée, car je crois vraiment qu'il vaut la peine qu'on s'y arrête.

Dans la réalité des choses et en dépit des déclarations officielles répétées du Gouvernement espagnol, ce gouvernement s'est très souvent, dans la coulisse, mêlé aux négociations avec Juan March en y prenant une part active.

Nous en trouvons la preuve dans un document, que j'avais déjà mentionné dans ma plaidoirie, sans l'analyser: c'est un télégramme, auquel je voudrais revenir brièvement, de l'avocat Dean à l'administrateur délégué de la Sofina, daté du 10 juin 1955, et que la Cour trouvera en appendice n° 14 à la lettre de M. Frère du 26 février 1964, nouveau document belge, p. 30 à 33.

Ce télégramme est le deuxième des trois documents que l'honorable conseil du Gouvernement espagnol a mentionnés et commentés dans sa réplique à l'audience du 28 avril (voir ci-dessus, p. 697 et suiv.). Et, chose remarquable, notre adversaire a très longuement commenté, comme je l'avais fait moi-même d'ailleurs, le premier de ces trois documents. Mais il est ensuite passé directement au troisième, à la page 700 ci-dessus, en sautant, si je puis dire, à pieds joints par-dessus le deuxième.

Et c'est ce dernier que je me propose de commenter rapidement devant vous, Messieurs. La Cour comprendra aisément pourquoi notre adversaire le trouvait redoutable et en a en quelque sorte éludé le commentaire.

Dans ce télégramme, M. Dean rapporte les nouvelles que vient de lui donner une fois de plus le comte de Motrico, avec lequel, une fois de plus, il a déjeuné.

De son côté l'ambassadeur vient précisément de parler le matin même par téléphone à son chef — c'est-à-dire le ministre des Affaires étrangères d'Espagne, qui était à l'époque M. Artajo.

Les paroles de ce dernier ministre, telles qu'elles sont relatées par l'ambassadeur, et ensuite par M. Dean, sont du plus grand intérêt.

Le ministre a déclaré à l'ambassadeur que certaines conversations étaient à ce moment en cours à Madrid. Et il n'y a pas le moindre doute qu'il s'agit de conversations entre le Gouvernement espagnol et Juan March au sujet de l'affaire de la Barcelona Traction. La Cour s'en convaincra par la lecture d'une des dernières pièces que le Gouvernement belge a été amené à déposer il y a quelques jours; je fais allusion à la lettre adressée le 1<sup>er</sup> juillet 1955 par M. Dean au sujet de l'affaire de la Barcelona Traction à M. Lester Pearson, sous-secrétaire d'Etat des Affaires étrangères du Canada. Lettre dans laquelle nous lisons: « He [c'est-à-dire le comte de Motrico] said certain negotiations were going on between the Spanish Government and March which might be important. » Et le ministre avait ajouté que ces conversations entre lui et March pourraient en arriver à un point tel qu'il serait souhaitable que M. Dean fût en Espagne, au début de juillet — moment où l'ambassadeur lui-même serait à Madrid et pourrait, avait-il dit, prêter ses bons offices pour des conférences avec March. Conférences à trois: le ministre espagnol, l'ambassadeur de Motrico et M. Dean. Voilà se compromettre!

L'ambassadeur a ensuite, toujours d'après le télégramme, questionné M. Dean sur les idées des dirigeants du groupe privé belge au sujet d'un règlement amiable, vraisemblablement pour que l'ambassadeur puisse ensuite transmettre ses informations à son ministre. M. Dean relate les indications qu'il a données pour répondre à la demande de l'ambassadeur. Il a précisé, dit-il, que le groupe belge n'était pas disposé à partager la direction de l'entreprise avec March, mais qu'il voulait développer l'entreprise, la Barcelona Traction, à ce moment défunte mais qu'on envisageait de remettre en vie, si c'était possible, qu'il voulait développer l'entreprise dans le meilleur intérêt du pays. Il a ajouté encore que le groupe considérait March comme un simple spéculateur et non comme un industriel véritable. Il a assuré l'ambassadeur que le groupe belge serait disposé à s'associer éventuellement avec les principaux industriels et avec des banques d'Espagne.

L'ambassadeur, de son côté, a fait connaître à M. Dean les désirs du ministre en ce qui concerne un règlement éventuel: le ministre souhaitait qu'on lui fit une proposition qui ne comporterait ni la levée de la faillite, ni une déclaration selon laquelle les tribunaux s'étaient trompés, ni une action *officielle* par le Gouvernement. En d'autres termes, ce qu'il voulait c'était une proposition de règlement qui « sauverait la face ».

L'ambassadeur avait conclu en disant que la meilleure attitude était d'attendre le résultat des conversations en cours à Madrid entre March et le ministre des Affaires étrangères et de se trouver là-bas avec lui, avec l'ambassadeur, au mois de juillet. Il précisait qu'à son avis des progrès constructifs pourraient alors être faits.

Vous voyez que, Messieurs, *dans la réalité des choses*, le Gouvernement espagnol considérait la Barcelona Traction comme une *affaire d'Etat*. Les conversations du ministre avec Juan March ne pouvaient évidemment avoir d'autre objet que d'obtenir éventuellement de Juan March qu'il fit certaines concessions, qu'il se prêtât à un accommodement avec le groupe belge.

Or, ce fut un échec *total*.

Juan March s'est montré complètement insensible à toutes les considérations d'intérêt général que le ministre n'a pas manqué d'invoquer auprès de lui, ainsi que c'était son rôle, et son devoir, à lui, ministre.

Telle était la puissance de cet homme, capable d'infléchir la volonté des autorités publiques.

N'est-il pas naturel que M. Frère, constatant, en 1960, qu'un accord avec le Gouvernement espagnol avait pu à ce moment-là se conclure en dépit de l'opposition de Juan March, en ait déduit que quelque chose avait sans doute changé en Espagne depuis 1955 et que cet homme redoutable n'avait peut-être plus la même puissance qu'auparavant? Que dès lors, cet homme lui-même se montrerait peut-être cette fois plus compréhensif?

C'était malheureusement une erreur, l'expérience l'a démontré.

Mais le raisonnement fait par M. Frère n'en était pas moins, en octobre 1960, tout à fait plausible.

Je crois avoir ainsi montré, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que la surprise manifestée par notre adversaire était bien peu justifiée, mais je suis heureux qu'en m'obligeant à donner sur ce point des explications quelque peu détaillées, il m'ait fourni l'occasion de jeter sur les relations de Juan March avec les autorités espagnoles une lumière qui nous paraît suggestive.

J'ai ainsi terminé, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la dernière partie de ma réplique consacrée à la critique des considérations développées par mon adversaire au sujet de l'historique du désistement.

L'essentiel, pour nous, réside dans les intentions manifestées par les deux gouvernements, telles que ces deux gouvernements les ont exprimées ou confirmées par leur attitude. Ces intentions ne font aucun doute: le gouvernement belge s'est purement et simplement désisté de la procédure, le gouvernement espagnol n'en a jamais douté lui-même. Ce désistement ne saurait dès lors, ni en droit, ni en fait, empêcher l'introduction par le Gouvernement belge d'une nouvelle requête et c'est dès lors avec la plus entière confiance que nous demandons à la Cour de rejeter la première exception préliminaire opposée par le Gouvernement espagnol.

Il me reste, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à formuler l'espoir de ne pas avoir abusé de votre patience et à vous remercier de l'attention que vous avez bien voulu m'accorder une fois de plus.

---

## DUPLIQUE DE M<sup>me</sup> BASTID

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

*[Audience publique du 12 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs les juges, la savante réplique de mon éminent contradicteur a présenté à l'appui de l'exception préliminaire n° 2 une argumentation ingénieuse et subtile. J'ai été sensible aux propos que le professeur Guggenheim a tenus à mon endroit. Me permettra-t-il de lui signaler qu'il n'a pas eu le privilège d'avoir répliqué à une « première » — pour utiliser le langage des alpinistes — puisqu'il y a treize ans, M<sup>me</sup> Flora Diaz Parrado, en qualité d'agent du Gouvernement de Cuba, a présenté devant la Cour un exposé relatif à la Convention de La Havane de 1928.

Je voudrais commencer par une observation générale. La Cour n'aura pas manqué d'observer que la Partie adverse n'a pas cherché à apporter sa contribution à la solution d'une question juridique qui se pose pour la première fois devant la Cour en fournissant des éléments empruntés à la pratique internationale et relatifs à la portée de l'article 37 du Statut. On aurait pu attendre notamment de mon savant contradicteur qu'il nous renseigne sur la pratique suivie, puisque la Suisse est devenue partie au Statut de la Cour postérieurement à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale. Sans nul doute les jurisconsultes éminents qui conseillent ce gouvernement ont dû considérer la portée de l'article 37 du Statut.

Le professeur Guggenheim n'a pas jugé utile de compléter ce qui a été dit sur ce point au nom du Gouvernement belge (voir II, p. 488). Il n'est pas revenu, non plus, sur les accords passés par la Finlande avant son admission aux Nations Unies et dont l'importance a été signalée (je renvoie à la p. 487, II).

Pour ce qui est de la recommandation du 31 octobre 1951 faite par la septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (voir II, p. 488), il suffit de lire le texte qui est reproduit dans les *Actes de la Conférence* (p. 401) pour constater que l'interprétation qu'en donne mon savant contradicteur (voir ci-dessus, p. 779) n'est pas acceptable. Le protocole en question, qui a été signé le 27 mars 1931, reconnaît la compétence de la Cour permanente pour interpréter les conventions de droit international privé.

Or, la conférence de 1951 recommande aux parties à ces conventions de signer le protocole, ce protocole qui vise la Cour permanente de Justice internationale, et de « reconnaître, le cas échéant, la compétence de la Cour conformément aux dispositions de son Statut », mais elle constate par ailleurs que les États signataires du protocole, mais non parties au Statut de la Cour internationale de Justice, peuvent « reconnaître la compétence de la Cour, conformément aux dispositions de son Statut [et, entre parenthèses, sont cités] (art. 35 et 37) ».

La mention expresse de l'article 37, comme les transformations successives de la rédaction de cette recommandation (*Actes de la Conférence*, p. 306, 311 et 401), montrent bien que les participants à cette conférence ont la conviction que par l'effet de l'article 37 la compétence de la Cour internationale de Justice peut être établie s'agissant d'un traité en vigueur qui renvoie à la Cour permanente de Justice internationale. Il est clair qu'une interprétation de ce texte qui est voté en 1951 et qui limiterait les effets aux Membres originaires des Nations Unies n'a pas pu être envisagée.

Quant à la reproduction dans la sentence du *Lac Lanoux*, qui date du 14 novembre 1957, d'un texte qui, suivant la thèse actuelle du Gouvernement espagnol, serait pour une large part caduc, je n'ai pas trouvé dans la réponse de M. Guggenheim, qui pouvait d'ailleurs sur ce point interroger certains conseils du Gouvernement espagnol, je n'y ai pas trouvé d'explication bien satisfaisante et je pense que le tribunal arbitral a tout naturellement songé que l'article 2 du traité franco-espagnol faisait encore intégralement droit dans les rapports entre les deux pays, ce qui est conforme à la thèse belge sur l'article 37.

Mon éminent adversaire est revenu, une fois encore, sur les protocoles de transfert établis par les Nations Unies (voir ci-dessus, p. 778) mais les considérations qu'il a présentées n'apportent rien en faveur de sa thèse. Il convient de rappeler qu'au moment où ces protocoles ont été rédigés, plusieurs Etats parties aux traités qui renvoyaient à la Cour permanente de Justice internationale n'étaient pas parties au Statut de la Cour. Donc, à leur égard, pour remettre les choses en état, un accord spécial était nécessaire pour prévoir la juridiction de la Cour. En outre, pour tous les Etats parties aux traités, il fallait prévoir le transfert de compétences concernant les organes des Nations Unies. On comprend que ces protocoles n'aient pas été inutilement compliqués par des distinctions; que l'on ait prévu — je dirai en bloc — le transfert de compétences à la Cour internationale de Justice sans distinguer entre les Etats parties aux traités, qui étaient parties originaires au Statut de la Cour internationale de Justice et pour lesquels, suivant la thèse belge comme suivant la thèse espagnole, une disposition formelle, nouvelle de transfert n'était pas nécessaire; sans distinguer entre ces Etats-là, les Etats parties non originaires au Statut pour lesquels suivant la thèse espagnole il fallait une disposition de transfert, alors que suivant la thèse belge cette disposition n'est pas nécessaire; et enfin, les Etats qui n'étaient pas parties au Statut et pour lesquels la Belgique, comme l'Espagne, admet qu'une clause spéciale était requise.

On comprend que la distinction n'ait pas été faite. Ni dans les débats sur ces protocoles ni lorsque la Commission du droit international y a fait allusion au cours des travaux de sa quinzième session (rapport A/5509, p. 34, par. 28), il n'a été indiqué qu'il était nécessaire de prévoir, par un accord spécial, le transfert à la Cour internationale de Justice des compétences reconnues à la Cour permanente pour des Etats non membres originaires du Statut, ce qui est au fond la seule question sur laquelle porte, à l'heure actuelle, la discussion.

Ainsi, Monsieur le Président, le Gouvernement espagnol n'a apporté aucun précédent tiré de la pratique des Etats ou des organisations internationales concernant l'article 37. Les critiques qu'il a présentées aux précédents qu'a fournis le Gouvernement belge n'ont aucune perti-

nence et son silence sur plusieurs de ces exemples est hautement révélateur.

La Partie adverse, peu soucieuse de la pratique concernant l'article 37, s'est par contre attachée à créer une certaine atmosphère autour de cette exception. Son but est visiblement de mettre en garde contre les risques que présenterait la reconnaissance dans la présente affaire de la juridiction de la Cour en insistant sur les mérites de la thèse espagnole qui restreint la portée de l'article 37 et qui restreint en conséquence la juridiction obligatoire de la Cour.

Je voudrais m'expliquer tout d'abord sur ce point avant d'aborder le fond du problème et l'argumentation proprement dite de la Partie adverse.

Monsieur le Président, mon éminent contradicteur a été attentif à colorer son exposé de considérations qui tendent à donner l'impression que le rejet de la demande du Gouvernement belge, une décision en faveur de l'incompétence de la Cour, correspondrait à une bonne justice. Pour lui, écarter l'application de l'article 37 dans l'espèce, ce serait admettre une solution raisonnable, une solution équitable, une solution tout à la fois conforme à l'intention des Etats en présence.

Ce serait, tout d'abord, une solution raisonnable. Avec un certain dédain, la Partie adverse a évoqué — je cite: «les idées générales et généreuses», ainsi que «les principes relatifs à la juridiction obligatoire et à la technique des traités de règlement pacifique» qui auraient été développés au nom du Gouvernement belge (voir ci-dessus, p. 761). Elle a, par ailleurs, exposé que si la Cour écartait l'application de l'article 37 du Statut dans le cas de traités en vigueur auxquels sont parties des Etats devenus parties au Statut de la Cour internationale de Justice postérieurement à la dissolution de la Cour permanente, si la thèse donc du Gouvernement espagnol triomphait, la conséquence serait sans doute la nécessité d'adapter certains traités contenant des clauses juridictionnelles visant la juridiction de la Cour permanente. Mais, pour le professeur Guggenheim, cette adaptation serait une pure formalité, elle se ferait sans difficulté pour les Etats ayant «foi dans la juridiction obligatoire». Par contre, a-t-il ajouté, si ce désir d'adaptation fait défaut, la clause juridictionnelle est en tout cas — et je cite: «sans valeur politique et morale». Si la Cour se prononce en faveur de sa juridiction dans cette affaire, on verra, a dit le professeur Guggenheim, les Etats saisir la prochaine occasion de dénoncer une obligation qualifiée de trop onéreuse, et du même coup, dénonçant le traité lui-même, ils atteindront des engagements qui se trouvent dans ce traité qui concerne l'arbitrage et la conciliation (voir ci-dessus, p. 774). La solution préconisée par le Gouvernement espagnol serait donc une solution raisonnable et ainsi, pour ménager les progrès de l'arbitrage et de la conciliation, la Cour devrait, suivant mon éminent contradicteur, se déclarer incompétente dans la présente instance.

Il n'est pas douteux que lorsqu'un Etat est déterminé à ne pas se soumettre à la juridiction internationale et à la juridiction obligatoire de la Cour, il en résulte des difficultés pratiques, quels que soient ses engagements. Mais aucune règle d'interprétation n'autorise à présumer l'intention d'un Etat de ne pas se conformer à un engagement pour arriver en droit à la conclusion que cet engagement ne le lie pas. Je me bornerai à rappeler la phrase si précise du compte rendu de la séance du 14 juin 1945 du Comité IV/I de la Conférence de San Francisco lorsque

ce comité a décidé de la rédaction définitive de l'article 37, phrase qui concerne évidemment les parties au Statut de la Cour: «La négociation d'un nouveau traité pour le renvoi d'une question à la Cour sera donc inutile.» (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, tome XIII, p. 462.)

C'est précisément ce que les rédacteurs de l'article 37 ont voulu éviter que réclame aujourd'hui la Partie adverse. Il faut d'ailleurs ajouter que, pour se borner aux traités d'arbitrage, de règlement judiciaire et de conciliation, ceux-ci sont normalement conclus pour une durée limitée; c'est notamment le cas du traité hispano-belge. Ainsi, le cas échéant, chaque Etat est en situation, quelle que soit la solution donnée par la Cour, de se dégager des obligations du traité et de provoquer des négociations sur les procédures de règlement pacifique par lesquelles il accepte de continuer à être lié.

Au demeurant, le Gouvernement belge a montré que le renvoi à la Cour permanente est, dans le traité hispano-belge comme d'ailleurs dans la plupart des traités de ce type, une pièce essentielle d'un ensemble organisé, et la disparition de l'obligation touchant le recours à la Cour de Justice affecterait l'équilibre fondamental. On ne peut vraiment pas croire que, si la Cour devait reconnaître que la clause de juridiction obligatoire ne lie plus les parties, celles-ci continueraient à accepter que, suivant l'article 18 du traité hispano-belge, les différends politiques soient soumis à l'obligation de règlement par une décision obligatoire d'un tribunal ayant les pouvoirs d'amiable compositeur.

Donc, la Cour ne compromettra pas par une décision en faveur de la thèse belge le sort de la conciliation et de l'arbitrage. Par contre, par une décision qui réduirait aux Membres originaires des Nations Unies ou à un groupe équivalent la portée de l'article 37, par une telle décision serait remise en question une interprétation de ce texte qui n'a pas été contesté en fait jusqu'aux exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol en mai 1960, une interprétation de l'article 37 qui n'a été mise en cause ni par la Cour ni même par les Parties lors de l'affaire de l'*Incident aérien*. Bien plus, c'est cette interprétation de l'article 37 qui paraissait aller de soi qui a été une des bases de l'opinion dissidente présentée dans l'affaire de l'*Incident aérien* par sir Hersch Lauterpacht, M. Wellington Koo et sir Percy Spender (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 163, 178, 180, 181, etc.).

Ainsi si la thèse du Gouvernement espagnol était adoptée, ce n'est pas une solution raisonnable qui serait admise, mais une situation jusqu'alors non contestée serait remise en question, ce qui, inévitablement, provoquerait trouble et confusion.

Cependant mon éminent adversaire paraît trouver à cette thèse un autre mérite: il serait logique et même équitable d'écarter l'application de l'article 37 aux membres non originaires du Statut de la Cour puisque l'article 36, paragraphe 5, ne leur est pas applicable suivant l'arrêt du 26 mai 1959.

Nous reviendrons bientôt sur l'analogie juridique que la Partie espagnole tire de ces deux dispositions du Statut, mais la Cour aura remarqué l'ingéniosité de mon savant contradicteur en imaginant ici la situation qui se produirait si l'Espagne citait la Bulgarie devant la Cour, sur la base du traité d'arbitrage, de règlement judiciaire et de conciliation de 1931. Comment admettre, dit-il, s'agissant de la Bulgarie, la compétence obligatoire fondée sur l'article 37 du Statut et sur la clause de juridiction

du traité hispano-bulgare de 1931, dès lors que la compétence obligatoire a été écartée sur la base de l'article 36, paragraphe 5. Ne serait-ce pas choquant, injuste, contradictoire? (voir ci-dessus, p. 825).

Monsieur le Président, il me paraît impossible de suivre la Partie adverse sur ce terrain. La question en discussion concerne les rapports entre la Belgique et l'Espagne. C'est en fonction des termes du traité hispano-belge, mais aussi en fonction des conditions dans lesquelles il a été appliqué et interprété par les Parties que le Gouvernement belge invoque l'article 17, paragraphe 4, et l'article 37 du Statut de la Cour pour fonder la compétence de la Cour dans cette affaire. L'attitude hypothétique d'un gouvernement tiers au sujet d'un autre traité pour un différend imaginaire n'a vraiment aucune pertinence dans la présente affaire.

Sous un troisième aspect, mon savant contradicteur a mené son attaque contre la thèse du Gouvernement belge. Evoquant l'attitude de celui-ci lors de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, il a posé la question de l'« assentiment réel » donné par les deux Etats à l'article 37. Il l'a fait dans les termes suivants — et je cite encore (voir ci-dessus, p. 773):

« Un tel assentiment ne trouve pas non plus une confirmation dans l'attitude de la Belgique à l'époque de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour en 1955. En effet, il est de notoriété publique que la Belgique n'a pas voté en faveur de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, aussi bien dans le cadre de la recommandation préalable du Conseil de sécurité que lors du vote définitif de l'Assemblée générale. Comment peut-on, dès lors, présumer la fiction que la Belgique ait désiré « ranimer » les droits et obligations de la clause juridictionnelle du traité hispano-belge... »

Ainsi, suivant le Gouvernement espagnol, un Etat qui, comme la Belgique, s'est abstenu lors de l'admission d'un nouveau Membre aux Nations Unies ne pourrait pas se prévaloir dans les rapports avec ce nouveau Membre d'une disposition du Statut de la Cour qui fait partie intégrante de la Charte.

C'est là une thèse vraiment nouvelle; elle transformerait, si elle était admise, en rapports bilatéraux qui ne seraient institués qu'au cas de vote affirmatif, les dispositions de la Charte et du Statut de la Cour. Le vote, on le sait, au moment d'une admission, est déterminé par des motifs politiques et non pas par la volonté d'accepter ou de ne pas accepter telle ou telle règle conventionnelle dans les rapports avec le nouveau Membre. Je ne crois pas nécessaire de discuter plus longuement cette thèse. La Belgique, comme Membre originaire des Nations Unies, est tenue à des obligations résultant de la Charte et du Statut et peut se prévaloir des droits qui en résultent. C'est, d'autre part, la décision de l'Assemblée générale qui a investi l'Espagne de la condition juridique de Membre de l'Organisation. Par un instrument déposé auprès du Secrétaire général, le 26 septembre 1955, elle a accepté les obligations de la Charte et celles du Statut de la Cour. Sous prétexte de tenir compte de l'intention des Parties en présence, la Partie adverse méconnaît cette situation juridique si évidente que je dois m'excuser de la rappeler, mais je ne pouvais passer sous silence, Monsieur le Président, cet effort ultime du Gouvernement espagnol pour tenter d'entourer sa thèse d'une atmosphère favorable.

Je voudrais maintenant, Monsieur le Président, aborder le problème sur le plan proprement juridique, en insistant tout à la fois sur les bases essentielles de la demande du Gouvernement belge et sur l'absence de pertinence des arguments de la réplique et des conclusions espagnoles. Je commencerai en montrant pourquoi l'Espagne n'est pas en droit d'opposer l'exception préliminaire n° 2.

[Audience publique du 12 mai 1964, après-midi]

Monsieur le Président, j'ai quelque scrupule à revenir sur la question de savoir si l'Espagne est en droit d'opposer l'exception préliminaire n° 2. Des développements très longs ont été déjà consacrés à cette question dans les observations du Gouvernement belge et dans ma première intervention devant la Cour.

Cependant, mon savant contradicteur s'est attaché à rechercher si — je cite :

« effectivement le Gouvernement espagnol aurait reconnu, dans le cadre de la correspondance diplomatique, que le différend qui oppose la Belgique à l'Espagne *devait* être soumis à la Cour internationale de Justice dans le cadre juridictionnel de l'article 17 du traité hispano-belge » (voir ci-dessus, p. 776).

Pour la Partie adverse, les notes diplomatiques citées par le Gouvernement belge ne comportent aucun acquiescement de soumettre ce différend. Le Gouvernement espagnol se serait borné à dire, dans la note du 30 septembre 1957, que « la soumission du différend à une juridiction internationale ne peut pas être prise en considération avant que le *ius standi* de la Belgique soit établi » (voir ci-dessus, p. 777).

Monsieur le Président, le Gouvernement belge n'a jamais prétendu que la Partie adverse ait consenti à soumettre à la Cour le présent litige ; il reconnaît que la Partie adverse a toujours fait des objections à la recevabilité, objections tirées du *ius standi*, du défaut de négociations diplomatiques, etc. Mais, par contre, le Gouvernement belge constate que le Gouvernement espagnol n'a jamais contesté, jusqu'aux exceptions préliminaires de 1960, c'est-à-dire postérieurement à la saisine de la Cour par la Belgique, que le traité de 1927 fasse droit dans ses rapports avec la Belgique ; il n'a jamais opposé la caducité des dispositions relatives à la juridiction obligatoire, qui étaient expressément invoquées par la Belgique ; il a de lui-même admis qu'il existait depuis l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies « une juridiction obligatoire pour les deux pays » (note du 30 septembre 1957, annexes au mémoire belge, tome IV, p. 1040).

Lorsque la Belgique a pris l'initiative, le 16 mai 1957, de signaler à quelle date le traité pouvait venir à expiration s'il était dénoncé par une action unilatérale d'une des parties, le Gouvernement espagnol, pleinement éclairé sur l'intention de la Belgique de porter l'affaire jusqu'à la Cour internationale de Justice (note du 16 mai 1957, annexes au mémoire belge, tome IV, p. 1026), n'a pas réagi : il n'a pas dénoncé le traité, il n'a pas déclaré que pour lui les clauses que la Belgique invoquait étaient d'ores et déjà caduques, il s'est comporté comme un Etat qui discute les conditions d'application d'un traité dans un cas concret, sans prétendre, en aucune manière, contester l'existence même et la validité actuelle de telle ou telle disposition du traité et tout particulièrement celles sur les-

quelles se fondait, de toute évidence, l'Etat demandeur. Permettez-moi, Monsieur le Président, de rappeler les étapes essentielles, à cet égard, de la négociation.

Dès la note belge du 6 décembre 1951 (annexes, tome IV, p. 1000) le Gouvernement belge demande l'arbitrage sur la base du traité de 1927. Le Gouvernement espagnol répond le 22 décembre en alléguant diverses raisons pour affirmer qu'il n'y a pas entre les deux Etats différend — et je cite: « provoquant le litige international susceptible d'être résolu conformément à la procédure réglementée par le traité précité ». Mais le Gouvernement espagnol ne conteste pas que le traité soit en vigueur; il se contente de discuter les conditions d'application de l'article 22 relatif aux obligations des parties pendant le déroulement de la procédure. Le 31 décembre, la Belgique, dans une nouvelle note, maintient qu'elle a formé l'acte introductif de la procédure d'arbitrage. Le 3 janvier 1952, le Gouvernement espagnol confirme lui aussi sa position, affirme que la Belgique recourt hors de propos à la procédure d'arbitrage prévue par le traité et, le premier, il va expressément faire allusion à la procédure judiciaire « prévue par le traité (art. 2) ».

La préoccupation de l'Espagne est alors de rappeler à quelles conditions le traité serait, selon elle, applicable. Rien dans son attitude ne peut faire soupçonner qu'elle le considère comme partiellement caduc. Cependant, le refus du Gouvernement espagnol de se prêter à l'arbitrage va laisser le Gouvernement belge sans moyen d'action immédiat.

Lorsque l'Espagne devient Membre des Nations Unies, le Gouvernement belge estime que « la situation n'est plus la même » et il va le dire clairement en évoquant l'époque où il se trouvait « dans l'impossibilité de soumettre unilatéralement le désaccord à une juridiction internationale ayant compétence obligatoire à l'égard des deux parties ». Ce sont là les termes mêmes de la note belge du 31 décembre 1956 qui demande à l'Etat espagnol de reconnaître sa responsabilité.

Le 16 mai 1957 le Gouvernement belge « se voit amené à demander au Gouvernement espagnol de consentir au règlement judiciaire du litige » et il annonce son intention de lui soumettre un projet de compromis. La note se réfère aux procédures prévues au traité de 1927, sans doute, et, le point a été relevé par mon éminent contradicteur, ne vise-t-elle pas en termes exprès la Cour internationale de Justice, mais la périphrase employée, « l'organe judiciaire suprême de la communauté internationale » ne peut vraiment donner lieu à équivoque.

La réponse espagnole du 10 juin 1957 (p. 1027 du tome IV des annexes au mémoire belge) ne soulève aucune objection concernant le traité; elle est tout entière consacrée à contester le droit de protection diplomatique dont la Belgique entend se prévaloir.

Lorsque le Gouvernement espagnol parle du « désir de soumettre le différend supposé à une instance internationale... » il est clair qu'il conteste l'existence du différend mais non pas la portée du traité, et le terme d'« instance internationale » que le professeur Guggenheim trouve obscur est parfaitement clair si l'on rapproche cette note de la note belge à laquelle la note espagnole répond.

Donc, le Gouvernement belge n'a pas prétendu que l'Espagne ait « acquiescé à soumettre » le différend à la Cour, comme le dit le professeur Guggenheim (voir ci-dessus, p. 776). Le Gouvernement belge constate seulement que le Gouvernement espagnol n'a pas contesté que les dis-

positions du traité de 1927, renvoyant à la juridiction obligatoire, fassent droit entre les deux pays.

La note belge du 8 juillet 1957 met alors en œuvre la procédure du traité de 1927; elle propose un compromis pour saisir la Cour et elle annonce le recours éventuel à la voie de la requête, en citant les termes de l'article 17 du traité, et en précisant qu'il s'agit de « la Cour permanente de Justice internationale (aujourd'hui Cour internationale de Justice) ».

Monsieur le Président, la Cour ne manquera pas de prendre connaissance du texte de la réponse espagnole du 30 septembre 1957 (annexes, tome IV, p. 1035). Une lecture attentive de ce document aurait dû conduire le Gouvernement espagnol à éviter cette deuxième exception préliminaire.

Il en résulte en effet, premièrement, que le Gouvernement espagnol ne conteste à aucun moment que le traité de 1927 fasse droit dans les rapports hispano-belges. Il déclare seulement que, pour lui, le traité n'est « pas susceptible d'être invoqué pour la solution d'un litige qui n'a pu surgir pour les raisons signalées » (conclusion n° 6 à la note) et c'est évidemment ce motif qui rend inacceptable pour le Gouvernement belge la proposition de compromis (conclusion n° 7 de la même note).

Deuxièmement, il résulte de cette note du 30 septembre 1957 que l'existence de la juridiction obligatoire entre les deux pays est rattachée par le Gouvernement espagnol à l'entrée de l'Espagne à l'Organisation des Nations Unies. Ce qui implique nécessairement que c'est l'article 37 du Statut de la Cour qui en est la base juridique.

L'attitude du Gouvernement espagnol dans ses rapports avec le Gouvernement belge correspond donc exactement à l'opinion des rédacteurs du recueil *Tratados consulares de España*, opinion émise pour les traités qu'ils publiaient et qui concerne les clauses renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale. Ces auteurs n'ont visiblement pas hésité à tirer les conséquences de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, et s'ils l'ont fait, en tant que fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères, collaborant à un ouvrage publié officiellement par ce ministère, c'est évidemment parce que c'était l'opinion communément admise par les fonctionnaires de l'Etat espagnol qui s'occupaient de ces questions. On ne comprendrait pas que soit cité par eux comme étant en vigueur le protocole du 27 mars 1931 qui concerne exclusivement le recours à la Cour permanente de Justice internationale, si la thèse actuellement exposée au nom du Gouvernement espagnol avait été acceptée.

Cette publication montre que le contenu des notes espagnoles qui viennent d'être rappelées correspond à l'opinion générale touchant les conséquences de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, en ce qui touche les traités en vigueur souscrits par elle et renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale.

En conclusion, Monsieur le Président, le Gouvernement belge ne prétend pas que le Gouvernement espagnol ait accepté que le présent différend, tel qu'il se présentait au cours des négociations diplomatiques, soit soumis à la Cour internationale de Justice, mais le Gouvernement belge soutient que la Partie adverse n'a jamais contesté, au cours des négociations diplomatiques, que le traité de 1927 soit obligatoire pour la Belgique et pour l'Espagne dans toutes ses dispositions. Le Gouvernement belge soutient également que le Gouvernement espagnol a explicitement admis que depuis l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies il existait entre les deux gouvernements une juridiction compétente qui ne peut être dès

lors que la Cour internationale de Justice, ce qui implique nécessairement que l'Espagne a admis au cours de ses négociations que l'article 37 faisait droit à son égard.

Cette position, prise au cours des négociations diplomatiques avec la Belgique, ne peut être abandonnée devant la Cour par le Gouvernement espagnol, et c'est pourquoi le Gouvernement belge considère que l'exception préliminaire n° 2 est irrecevable.

Monsieur le Président, je vais consacrer la troisième partie de cet exposé à l'examen de l'argument espagnol suivant lequel la Cour doit assurer, dans ce domaine, la continuité de sa jurisprudence. La Cour constatera que le Gouvernement espagnol a, dans ses dernières conclusions, largement cité les deux arrêts du 26 mai 1959 et du 26 mai 1961 qui concernent l'article 36, paragraphe 5, du Statut. De plus, dans les conclusions finales n° 9, le Gouvernement espagnol déclare que la nature de l'engagement et le but principal poursuivi par l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour internationale de Justice est le même que la nature de l'engagement et le but poursuivi par l'article 37, c'est-à-dire celui de créer un accord entre parties au Statut de la Cour en vue de transférer la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale à la Cour internationale de Justice dans certaines limites.

Puis suit un attendu n° 10 qui est tout à fait étonnant :

« ATTENDU que par conséquent l'application et l'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale est préjudiciel pour l'application et l'interprétation de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice. »

Je m'empresse de dire que le texte anglais est beaucoup moins étrange. Cependant, j'ai quelque raison de penser que le texte français est l'original et je dois dire que le qualificatif — je laisse de côté bien entendu les fautes de frappe qui se sont glissées dans ce paragraphe — le qualificatif « préjudiciel » appliqué à l'application et à l'interprétation d'un texte pour l'application et l'interprétation d'un autre texte est au moins inhabituel et l'on ne voit pas très bien quelle signification la Partie adverse prétend en tirer. J'ai consulté le dictionnaire *Littre* au mot « préjudiciel ». J'ai vu :

« Terme de jurisprudence. *Question préjudicielle* : question qui doit être jugée avant la contestation principale. *Action préjudicielle* : celle qui doit être jugée en premier lieu. *Moyens préjudiciels* : moyens par lesquels on soutient la question préjudicielle. »

Mais, à vrai dire, ces explications tirées du *Littre* n'éclairent pas la portée de cette conclusion et je suis incapable de dire ce qu'elle signifie. Je ne vois pas ce qu'elle apporte dans les rapports entre ces deux textes. Je me bornerai donc à examiner ce qui a été dit dans la réplique.

Dans la réplique, mon savant contradicteur a fait valoir (voir ci-dessus, p. 780) la nécessité de ne pas modifier une jurisprudence établie concernant l'interprétation des articles 36, paragraphe 5, et 37, jurisprudence qui se serait affirmée dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* et dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1962, p. 334).

Le Gouvernement belge relève tout d'abord que l'arrêt rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain* concerne sans doute l'article 37, mais la Cour n'a pas eu à se prononcer sur le cas d'un Etat devenu partie au Statut après la dissolution de la Cour permanente de Justice internatio-

nale. Dans cette affaire, le mandat qui contenait la clause de juridiction obligatoire, comme d'ailleurs la clause elle-même, concernait expressément la *Société des Nations* et ceci explique que, dans l'arrêt, la Cour ait mis en lumière le fait que les Parties en litige étaient devenues Membres des Nations Unies alors que la Société des Nations et la Cour permanente *existaient encore* (C.I.J. Recueil 1962, p. 335 et 338), le point a déjà été examiné dans les observations du Gouvernement belge, paragraphe 100.

Ainsi, en ce qui touche l'article 37, il n'est pas demandé à la Cour, par le Gouvernement belge, de procéder à un revirement de jurisprudence, la question en litige dans la présente affaire n'a jamais été jugée.

Pour ce qui touche les deux autres arrêts, l'arrêt de l'*Incident aérien* et l'arrêt du *Temple de Préah Vihéar*, exceptions préliminaires, le Gouvernement belge a longuement exposé que l'article 36, paragraphe 5, et l'article 37 du Statut règlent deux situations différentes, bien que ces deux situations soient issues l'une et l'autre de la décision prise en 1945 de créer une nouvelle Cour de Justice. Je renvoie notamment aux paragraphes 63 et suivants des observations du Gouvernement belge (I). Je chercherai cependant, Monsieur le Président, en rappelant que les arrêts en question ne disent rien sur l'article 37, à présenter quelques observations au nom du Gouvernement belge à cet égard.

Monsieur le Président, le Gouvernement belge considère que l'interprétation donnée par la Cour de l'article 36, paragraphe 5, de son Statut, ne peut être étendue à la situation visée par l'article 37 du même statut. Et je ferai à cet égard les observations suivantes :

1. Le Gouvernement belge reconnaît que la rédaction donnée en 1945 à l'article 37, comme l'introduction dans le Statut de la Cour de l'article 36, paragraphe 5, correspondent à la préoccupation de transférer à la Cour internationale de Justice des engagements de juridiction obligatoire concernant la Cour permanente de Justice internationale.

2. Je constate que les conditions de ce transfert ont été réglées par deux dispositions distinctes et que l'élaboration de ces deux dispositions a été menée séparément. Lors de la conférence de San Francisco, le sous-comité D du Comité IV/I qui a discuté le principe de la juridiction obligatoire de la Cour a élaboré le texte de l'article 36, paragraphe 5 (*Documents de la Conférence des Nations Unies*, tome XIII, p. 562), tandis que l'article 37 a été confié au sous-comité A chargé de « la question du maintien de la Cour internationale de Justice et des problèmes qui s'y rapportent » (*ibid.*, p. 532).

Ce dernier comité, dans son rapport, donc le comité chargé de l'article 37, a déclaré — je cite :

« un autre point concerne le sort des signatures données à la clause facultative qui, naturellement, se rapporte à l'ancienne Cour. Le Comité a discuté la question mais comme celle-ci est en rapport avec celle de la juridiction obligatoire (art. 36) il n'a pas été jugé nécessaire d'en traiter ici. »

Le rapport du Comité IV/I (qui se trouve à la p. 419) traite successivement des deux textes dans les termes suivants :

« a) il est stipulé à l'article 37 du projet de Statut que seront considérées, entre Membres de l'Organisation, comme s'appliquant à la Cour nouvelle les *dispositions des traités ou conventions en vigueur* qui prévoient le renvoi de différends à l'ancienne Cour ;

- b) il est stipulé à l'alinéa 4 [qui deviendra 5] de l'article 36 du même projet de Statut que les déclarations, encore en vigueur, faites sous l'empire de l'article 36 de l'ancien Statut seront considérées, entre parties au nouveau Statut, comme s'appliquant conformément à leurs termes à la compétence obligatoire de la nouvelle Cour ».

Il est clair que dans un cas il s'agit d'assurer l'efficacité pratique d'une disposition d'un instrument, d'un traité pleinement valide et que dans l'autre il s'agit de faire survivre un engagement de juridiction obligatoire fondé sur un instrument — le Statut de la Cour permanente — qui est appelé à disparaître.

3. S'agissant de l'article 36, paragraphe 5, la déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire est un *acte unilatéral*. C'est ce qu'a déclaré la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Et c'est en s'attachant à cette déclaration « acte unilatéral » que dans cette affaire, notamment, la Cour l'a interprétée (*C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 23-25). C'est aussi en se fondant sur les termes de la déclaration bulgare et sur la situation propre de la seule Bulgarie par rapport aux Nations Unies que, dans l'affaire de l'*Incident aérien*, la Cour a apprécié l'obligation incombant à la Bulgarie.

Lorsque, par contre, l'article 37 est en cause, la survie du traité et même le sort de la clause de juridiction obligatoire dépendent de l'application du droit des traités dans les rapports entre les parties au traité qui ont arrêté *de concert* les termes de cet instrument qui les lie dans leurs rapports mutuels.

4. La Partie adverse a fait allusion au fait que dans le cadre de certains traités multilatéraux les Etats ne savent pas à l'avance à l'égard de qui et dans quelles limites ils s'engagent et qu'ainsi la situation juridique n'est pas différente de celle qui résulte des déclarations prévues à l'article 36 (voir ci-dessus, p. 761). Cette ingénieuse observation néglige le fait que l'adhésion à un traité multilatéral fait participer l'Etat à un système conventionnel qui comporte un ensemble de règles définies dans le traité tandis qu'il n'y a pas de rédaction d'ensemble des engagements résultant de l'article 36, paragraphe 2. Sans doute leur coïncidence permet de les invoquer pour saisir la Cour, mais pour en définir la portée elles sont toujours énoncées et considérées séparément. C'est ainsi qu'elles sont reproduites dans les annuaires de la Cour par exemple.

L'acte général d'arbitrage, pour reprendre l'exemple cité par le professeur Guggenheim, se présente comme un document ayant une unité. Mais les déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour se présentent comme une série d'actes unilatéraux parallèles et qui peuvent naturellement quand ils coïncident faire naître la juridiction obligatoire.

5. Le professeur Guggenheim, tout en insistant sur l'objectif analogue des déclarations et des clauses conventionnelles de juridiction obligatoire, reconnaît cependant que la « procédure de mise en œuvre » pour l'obligation de soumission à la Cour diffère dans l'un et l'autre cas, mais, ajoute-t-il, ce serait « peu de chose ».

Si l'on veut prendre une comparaison dans le droit interne, une vente et une donation aboutissent également à un transfert de propriété, mais cela ne veut pas dire que le régime juridique soit identique ou même analogue.

6. Sur la question essentielle des Etats qui peuvent se prévaloir respectivement de l'article 36, paragraphe 5, et de l'article 37, la Partie adverse qui paraît prête à suivre les arrêts que j'ai cités tout à l'heure abandonne en fait le système de ces arrêts. Dans la conclusion 9 elle fait allusion à ce que l'article 36, paragraphe 5, et l'article 37 auraient pour but de créer un accord entre *parties* au Statut de la Cour en vue de transférer la juridiction obligatoire. Dans les conclusions nos 11 et 12, elle se réfère à des passages de l'arrêt Israël c. Bulgarie visant « les signataires du Statut » (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 141). Ou encore, citant l'affaire du Temple de Préah Vihéar, exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 1961*, page 25, il est fait mention des Etats — et je cite — « qui étaient parties au Statut depuis l'origine ». Mais ayant fait ces citations, la Partie adverse, dans les mêmes conclusions, exclut les Etats — et je cite — « qui sont devenus parties au Statut de la Cour après la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale » (conclusion n° 6). Et c'est en ce sens que mon savant contradicteur a exposé sa thèse sur l'effet *ratione temporis* de l'article 37 (voir ci-dessus, p. 769). Il emploie d'ailleurs aussi quelquefois une autre formule — et je cite — : « Etats qui ont accédé aux Nations Unies et à la Cour internationale de Justice après la date critique du 19 avril 1946 » pour exclure ces Etats de la participation de l'application de l'article 37.

Ces diverses formules désignent *en fait* les mêmes Etats, mais *juridiquement* elles n'ont pas une portée équivalente et ne correspondent pas à la même conception de la situation en droit. Il faut d'ailleurs observer que même la dernière formule du professeur Guggenheim, qui est sans doute la plus précise, soulève au moins deux objections (je rappelle cette formule: « exclure les Etats qui ont accédé aux Nations Unies et à la Cour internationale de Justice après la date critique du 19 avril 1946 »). Dans son système qui tend à rapprocher l'article 37 de l'article 36, paragraphe 5, il abandonne ainsi l'idée qui se trouve dans l'arrêt de l'*Incident aérien* que l'article 36, paragraphe 5, ne concernerait que les Etats représentés à la Conférence de San Francisco, que ce serait un accord *inter se*. La formule la plus précise du professeur Guggenheim abandonne cette idée, idée exprimée dans l'arrêt de l'*Incident aérien* (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 136-141).

Donc, M. Guggenheim se sépare ici de la jurisprudence qu'il prétend suivre. Mais il faut au surplus noter que les choses sont plus compliquées qu'il ne paraît le supposer. En effet, on peut se demander comment il appliquerait son système dans l'hypothèse où l'Assemblée générale aurait fait droit à la demande d'admission d'un Etat avant le 19 avril 1946, donc avant la date critique, alors que cet Etat n'aurait présenté son instrument d'adhésion qu'après le 19 avril. A cette époque, le règlement intérieur provisoire de l'Assemblée générale disposait que c'était à cette dernière date que l'on devenait Membre de l'Organisation.

Je n'insisterai pas. Ceci montre bien à la fois les contradictions qui apparaissent dans le désir de suivre la jurisprudence antérieure s'agissant de l'article 37 et les difficultés pratiques d'appliquer les formules qui paraissent les plus rigoureuses.

Je voudrais, Monsieur le Président, faire sur ce point une septième et dernière observation.

7. Il faut constater que la dissolution de la Cour permanente affecte une déclaration fondée sur l'article 36, paragraphe 2, pour un double

motif: l'organe auquel la déclaration permettait d'avoir recours disparaît, d'autre part le support juridique que cette acceptation trouvait dans une disposition du Statut de la Cour disparaît également après la disparition de ce Statut.

Tandis que lorsqu'un traité en vigueur renvoie à la Cour permanente, la disparition de celle-ci laisse subsister le support juridique de l'engagement de juridiction obligatoire et le seul problème qui se pose est celui des effets de la disparition de l'organe auquel était relatif cet engagement.

En conclusion, Monsieur le Président, le rapprochement que la Partie adverse veut établir entre l'article 36, paragraphe 5, et l'article 37 quant aux Etats auxquels ces dispositions s'appliqueraient n'est nullement fondé.

L'assimilation ne peut se fonder ni sur la nature juridique des situations régies par ces textes, ni sur les termes des arrêts qui visent exclusivement l'article 36.

Pour reprendre la formule, dont je vous ai avoué que je ne l'avais pas très bien comprise, je dirai que la thèse du « préjudiciel » n'est certainement pas fondée.

Je voudrais maintenant, Monsieur le Président, dans une quatrième et dernière partie, touchant cette exception préliminaire n° 2, examiner les motifs donnés par le Gouvernement espagnol pour écarter l'application de l'article 37, c'est-à-dire essentiellement la théorie de la caducité de la clause de juridiction obligatoire contenue dans le traité de 1927.

[Audience publique du 13 mai 1964, matin]

Monsieur le Président, j'en suis arrivée à la dernière partie de mon argumentation en réponse au professeur Guggenheim, et je constate que pour exclure l'application de l'article 37 dans la présente affaire, le Gouvernement espagnol, s'inspirant toujours du modèle de l'arrêt dans l'affaire de l'*Incident aérien*, invoque deux arguments.

Premièrement, l'article 37 n'est pas applicable aux clauses juridictionnelles contenues dans les traités en vigueur entre Etats qui sont devenus parties au Statut de la Cour internationale de Justice après la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale.

Deuxième argument: la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge est devenue caduque en conséquence de l'impossibilité d'exécution due à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale à dater du 9 avril 1946.

Le premier argument est présenté quelquefois isolément, quelquefois en conséquence de la deuxième thèse du deuxième argument du Gouvernement espagnol (voir ci-dessus, p. 769).

La conclusion n° 6 du Gouvernement espagnol paraît formuler ce premier argument comme une règle distincte: « ATTENDU que l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice n'est pas applicable aux clauses juridictionnelles contenues dans les traités et conventions en vigueur entre Etats qui sont devenus parties au Statut de la Cour après la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale ». Sous cette forme, l'argument est totalement inadmissible. Sans doute la Partie adverse a-t-elle cru tirer argument de ce qui est dit dans l'arrêt dans l'affaire de l'*Incident aérien* qui limite le transfert prévu à l'article 36, paragraphe 5, aux « signataires du Statut »; mais la Partie

adverse, s'agissant du domaine propre de l'article 37, n'a pas été en mesure d'apporter des arguments comparables à ceux qui se trouvent dans l'arrêt du 26 mai 1959, s'agissant de l'article 36, paragraphe 5 (C.I.J. *Recueil* 1959, p. 136 à 141). On doit noter, par exemple, que, lorsque les documents de la Conférence de San Francisco envisagent le transfert de compétence pour les traités, il est question des — je cite : « nombreux traités » (rapport du sous-comité IV/I/A, *Documents de la conférence*, tome XIII, p. 531), une telle formule n'évoque pas l'idée d'une limitation de la portée de ce texte à certains Etats. Il faut relever, par ailleurs, que l'emploi dans le texte français de l'article 37 de l'article défini « les » devant « parties au présent Statut » indique que ce ne sont pas certaines parties, mais toutes les parties au Statut qui se trouvent dans une situation définie dans le texte qui peuvent s'en prévaloir.

Mais, en réalité, Monsieur le Président, la conclusion n° 6 du Gouvernement espagnol n'a de sens qu'en liaison avec le deuxième argument fondamental de la Partie adverse, l'argument tiré de la caducité de la clause de juridiction obligatoire intervenue le 19 avril 1946. Cette caducité aurait pour conséquence que le traité hispano-belge de 1927 ne peut plus être considéré comme un traité en vigueur prévoyant le renvoi à la Cour permanente de Justice internationale; donc, les conditions prévues à l'article 37 ne seraient plus remplies, l'article 37 ne serait plus applicable. Ainsi la caducité des clauses de juridiction renvoyant à la Cour permanente concernerait tous les Etats qui ne sont pas parties au Statut au 18 avril 1946. Et, en conséquence, l'article 37 n'aurait pas d'effet à leur égard. Ainsi, l'Espagne, lors de son admission aux Nations Unies en 1955, n'est plus liée par aucune clause de juridiction renvoyant à la Cour permanente depuis le 18 avril 1946. A son égard, l'article 37 ne peut produire aucun effet. Ainsi, en fait, l'article 37 ne produirait effet qu'à l'égard des membres originaires ou, plus précisément, ne produirait effet qu'à l'égard des Etats devenus parties avant le 19 avril 1946. Donc, même pour le premier argument énoncé isolément dans la conclusion n° 6, le point essentiel dans la thèse du Gouvernement espagnol, c'est la caducité de l'article 17, paragraphe 4, du traité de 1927. C'est le point que je vais maintenant examiner.

Dans sa réplique, Monsieur le Président, notre savant contradicteur a tenté d'établir par référence au droit des traités la caducité définitive de l'article 17, paragraphe 4. Suivant la Partie adverse, la caducité se fonde sur un événement extérieur, la suppression de la Cour permanente qui rend l'exécution de la clause impossible (voir ci-dessus, p. 765) et la Partie adverse invoque le commentaire de la Commission du droit international, sur le droit des traités, qui cite comme exemple de disparition de l'objet d'un traité les dispositions qui se rapportent à l'institution des capitulations. Analogie un peu surprenante sans doute, cependant partant de ces observations assez sommaires, le professeur Guggenheim est allé tout de suite aux extrêmes: il juge l'impossibilité d'exécution permanente; il admet qu'il puisse y avoir divisibilité du traité, le reste de ses dispositions, hors l'article 17, paragraphe 4, restant en vigueur.

Une fois de plus, le Gouvernement belge conteste cette prétention malgré l'effort de la Partie adverse pour préciser la cause de caducité. Le Gouvernement belge considère en effet que lorsque les capitulations, mentionnées par la Commission du droit international, ont été abrogées,

personne n'a imaginé un système de remplacement qui en reprenne les principes. Par contre, s'agissant de la Cour permanente de Justice internationale, on ne peut manquer de citer le rapport du professeur Bailey, au moment où était décidée la dissolution de la Cour permanente, rapport au nom de la 1<sup>re</sup> commission devant la 21<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale — je cite: « La première Commission tient cependant à souligner ... la continuité étroite qui existera entre la Cour permanente et la Cour internationale de Justice » et il ajoutait — je cite: « Peut-être les hommes conscients du fait qu'ils sont, somme toute, mortels, penseront en entendant le mot « dissolution » que la Cour permanente est morte. C'est le contraire qui est vrai. » (21<sup>e</sup> session de l'Assemblée de la Société des Nations, S.d.N., *J.O.*, suppl. spéc. n<sup>o</sup> 194, p. 55.)

Quant à la résolution votée par l'Assemblée de la Société des Nations, elle disposait — je cite —:

« Considérant que l'article 92 de la Charte des Nations Unies prévoit la création d'une Cour internationale de Justice ... qui sera accessible aux Etats non membres de cette organisation dans les conditions qu'elle déterminera. »

Il ne peut être sérieusement contesté, Monsieur le Président, qu'à cette date du 18 avril 1946, ceux qui décidaient de la dissolution de la Cour permanente étaient bien persuadés de l'idée formulée par le président Guerrero à cette même occasion — et je cite: « L'institution n'a fait que changer de nom. »

Dans ces conditions, peut-on parler d'une disparition de l'obligation résultant du traité hispano-belge telle que la clause, mentionnant la Cour permanente de Justice internationale, pourrait être caduque, c'est-à-dire définitivement éteinte? S'agit-il en réalité de l'objet de l'obligation ou plutôt de l'institution permettant d'atteindre l'objet de l'obligation? Constatons en effet que la Partie adverse reconnaît expressément, dans sa cinquième conclusion, que le traité de 1927 contient toujours — et je cite « l'obligation générale de recours à la juridiction obligatoire » à la charge de l'Espagne.

Constatons aussi que le Statut de la Cour internationale de Justice, comme d'ailleurs le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, contient dans l'article 35, paragraphe 2, une disposition prévoyant l'accès à la Cour d'Etats non parties au Statut — je cite:

« Les conditions auxquelles elle [la Cour] est ouverte aux autres Etats sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de Sécurité, et dans tous les cas sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité. »

Je voudrais, Monsieur le Président, considérer brièvement la portée de ce texte. On peut noter à ce sujet que le rapporteur du Comité de juristes de Washington de 1945 a indiqué que le Conseil devrait prendre en considération les traités existants et ne pourrait empêcher l'accès à la Cour quand un Etat est partie à un traité *prévoyant la juridiction obligatoire*. (*Documents de la Conférence des Nations Unies*, tome XIV, p. 144.)

En fait, la résolution du Conseil de sécurité qui est intervenue pour appliquer l'article 35, paragraphe 2, la résolution du 15 octobre 1946 a défini des conditions identiques pour *tous* les Etats; comme le Gouvernement belge l'a rappelé dans ses observations et conclusions (par. 95),

la volonté d'accorder les plus grandes facilités d'accès à la Cour aux Etats non parties au Statut s'est expressément manifestée (Conseil de sécurité, 76<sup>e</sup> séance). Le Gouvernement espagnol n'a pas contesté ce point.

Ainsi, après la dissolution de la Cour permanente, le Gouvernement espagnol aurait pu faire la déclaration ainsi prévue soit pour une affaire donnée, soit en vue de l'application générale du traité, et il était ainsi en situation de conduire à la mise en œuvre de l'engagement de la Belgique résultant du traité.

Dans ces conditions et, eu égard aux circonstances particulières de la disparition de l'organe prévu dans l'engagement de juridiction obligatoire, il ne paraît pas possible d'admettre que la disparition de la Cour permanente ait frappé d'une *caducité définitive* l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge. Ce texte est sans doute inapplicable dans ses termes mêmes, ce texte est donc frappé d'une certaine paralysie, mais il ne peut être considéré comme caduc et il en est ainsi à la fois à raison des conditions dans lesquelles disparaît l'institution visée par l'article 17, paragraphe 4, qui devait permettre la mise en pratique de l'obligation générale de recours à la juridiction, il en est ainsi également pour une autre considération, à cause de l'indivisibilité du traité en question; je reviendrai, Monsieur le Président, sur cette indivisibilité.

Monsieur le Président, je pense qu'il n'est pas utile d'examiner dans le cadre de la présente affaire ce qu'auraient été exactement les conditions d'application de l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge si l'Espagne avait fait la déclaration prévue à l'article 35, paragraphe 2, du Statut. Je vais donc maintenant examiner le problème de la divisibilité du traité.

Le Gouvernement belge a déjà insisté sur l'idée que le traité de 1927 aurait dû être considéré comme divisible pour que son maintien en vigueur puisse s'accommoder de la caducité d'une clause. Et dans mon précédent exposé, j'ai montré que la clause de l'article 17, paragraphe 4, étant une condition essentielle dans le système de ce traité, la divisibilité devait être exclue.

Mon savant contradicteur a, dans la réplique, tenté une nouvelle argumentation. Il a posé en principe que l'article 17 était caduc et «entraîne ainsi une division du texte du traité hispano-belge...» (voir ci-dessus, p. 763). Il a été ainsi amené à renverser le problème et à se demander si la prétendue impossibilité définitive d'exécuter la clause juridictionnelle entraînait ou non la caducité des autres dispositions du traité. Constatant qu'en fait le Gouvernement belge s'était prévalu de la clause d'arbitrage, la Partie adverse est arrivée à la conclusion que «la séparabilité ... pouvait se faire sans aucune difficulté» (voir ci-dessus, p. 766).

En présence de cette ingénieuse présentation, et sans revenir sur les observations précédemment présentées, nous nous bornerons à rappeler le commentaire du projet sur le droit des traités qui a été préparé par l'Université Harvard à propos de l'article 20. Il y est dit:

«Généralement les traités bilatéraux sont homogènes et n'ont qu'un objet unique, bien qu'il y ait des exceptions. En conséquence, leurs dispositions sont vraisemblablement interdépendantes ou si étroitement liées que la fin d'une disposition entraîne avec elle

la fin des autres. » (*American Journal of International Law*, 1935, supplément, p. 1138.)

Nous avons montré les liens intimes existant entre les articles du traité de 1927. Le fait que les deux Parties reconnaissent que le traité est en vigueur leur interdit de soutenir la caducité d'une disposition, même si pendant un certain temps la non-exécution de cette disposition ne devait pas entraîner de responsabilité juridique pour les Etats. S'il n'est pas contestable que jusqu'à l'admission de l'Espagne aux Nations Unies le recours à la Cour internationale de Justice était subordonné à des conditions spéciales, notamment à la déclaration prévue par l'article 35, alinéa 2, du Statut de la Cour, lorsque l'Espagne a été admise aux Nations Unies, l'article 37 du Statut a donné compétence à la Cour internationale de Justice dans les termes du traité de 1927 qui avait été maintenu en vigueur par le jeu de la tacite reconduction.

Le Gouvernement belge ne prétend pas, comme semble le dire le professeur Guggenheim, que l'article 37 ait produit effet à l'égard de l'Espagne avant son entrée aux Nations Unies. L'existence de cette disposition, l'existence de l'article 37 n'a pas, jusqu'à l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies, affecté directement le sort de l'article 17, paragraphe 4.

Ce n'est pas, si l'on veut, l'article 37 qui a maintenu l'article 17, paragraphe 4. Le fait qu'il y ait eu pour cette dernière disposition suspension de ses effets, sans qu'il y ait caducité, a été le résultat de l'ensemble des circonstances qui ont accompagné la disparition de la Cour permanente de Justice internationale et la reconstitution simultanée ou la création simultanée de la Cour internationale de Justice fondée sur les mêmes principes. Cette suspension des effets sans qu'il y ait caducité a été également la conséquence de la nature propre du traité lui-même. De plus, les parties au traité ont accepté le jeu de la tacite reconduction. Par conséquent, lorsqu'en 1955 l'article 37 du Statut a fait droit à l'égard de l'Espagne, cet article a pu alors produire ses effets par rapport au traité de 1927 et entraîner la compétence de la Cour internationale de Justice.

Je n'entreprendrai pas, Monsieur le Président, de discuter en détail les critiques formulées par mon éminent contradicteur contre la notion même de suspension des effets d'une clause d'un traité et contre l'application qu'il y a lieu de faire de cette notion à la présente affaire.

Il y a consacré avec beaucoup de méthode des développements assez longs (voir ci-dessus, p. 764), sur lesquels je me bornerai à faire les observations suivantes.

Premièrement, le Gouvernement belge considère que l'article 37 fait droit à l'égard de toutes les parties au Statut, mais que l'article 37 n'entraîne la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice que dans la mesure où un traité en vigueur prévoit la compétence obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale.

Deuxième observation: la Partie adverse reconnaît que le traité de 1927 contient « un engagement *général* de recours à la juridiction obligatoire indépendamment des clauses spéciales renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale ».

Le Gouvernement belge estime que cet engagement *général* doit être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le sort de la clause spéciale de juridiction après la disparition de la Cour permanente.

C'est en vertu d'un nouveau traité, le Statut de la Cour internationale de Justice, auquel a consenti l'Espagne que la juridiction de la Cour internationale de Justice est devenue obligatoire à cet égard. Jusqu'alors, une simple faculté était ouverte au Gouvernement espagnol de recourir à la Cour en utilisant l'article 35, alinéa 2, du Statut. Mais le Gouvernement espagnol était ainsi en droit d'agir et de prétendre à son profit, sous certaines conditions, à l'application du traité.

Troisième observation : la tacite reconduction n'a pas eu, comme paraît le croire mon éminent contradicteur, pour effet de faire revivre une clause caduque, mais de maintenir l'ensemble du traité dans les rapports entre les parties, dans l'état où se trouvait ce traité. Ainsi, par le jeu de la clause de tacite reconduction, la disposition de l'article 17, paragraphe 4, a subsisté, inapplicable sans doute jusqu'en 1955 dans ses propres termes, mais non pas dépourvue de tout effet. Et il en a été ainsi jusqu'à ce qu'en 1955 l'article 37 puisse être invoqué dans les rapports entre les deux parties.

Quatrième observation : l'opinion dissidente collective, dans l'affaire de l'*Incident aérien* (C.I.J. Recueil 1959, p. 188 et suiv.), pour définir les limites raisonnables de l'application *ratione temporis*, a examiné exclusivement le cas de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour et l'article 37 n'y est pas mentionné. Par ailleurs, les auteurs de cette opinion avaient directement en vue la déclaration de la Bulgarie faite sans limitation de durée. Dans le cas présent, le traité est conclu pour une durée relativement brève : dix ans ; ce n'est que parce que les parties, et notamment l'Espagne, n'ont pas jugé devoir le dénoncer lorsqu'elles en avaient la faculté, notamment dix-huit mois après la disparition de la Cour permanente de Justice internationale, que l'article 37 a, lors de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies en 1955, produit effet à son égard.

Il n'y a donc pas lieu de discuter les hypothèses théoriques qui ont été présentées par notre savant contradicteur.

En conclusion, Monsieur le Président, suivant le Gouvernement belge, l'article 37 qui ne distingue pas entre les parties au Statut, s'applique dans les rapports hispano-belges car le traité de 1927, traité en vigueur, renvoie à la Cour permanente de Justice internationale. La Cour internationale de Justice est donc compétente pour les cas prévus dans ce traité. Le sort de la clause de l'article 17, paragraphe 4, s'explique de 1946 à 1955, tout à la fois par les conditions de création de la nouvelle Cour et par la nature même du traité. Le Gouvernement belge, Monsieur le Président, conclut donc au rejet de l'exception préliminaire principale n° 2.

Monsieur le Président, je répondrai maintenant aux questions posées par sir Gerald Fitzmaurice.

Sir Gerald Fitzmaurice a demandé aux Parties de donner leur opinion sur ce qui en eût été de la réalisation des buts apparents de l'article 37 du Statut si, au moment de la dissolution de la Cour permanente, la Charte et le Statut avaient uniquement reçu le nombre minimum de ratifications requis pour leur entrée en vigueur, et si un grand nombre de ratifications n'avait été donné qu'ultérieurement.

De l'avis du Gouvernement belge, les effets de l'article 37 s'appliquent chaque fois qu'un Etat partie au Statut peut se prévaloir d'un traité en vigueur renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale. Si un grand nombre de ratifications avait été donné postérieurement à

la dissolution de la Cour permanente, l'article 37 aurait produit effet à l'égard de chaque signataire à la date du dépôt de la ratification, conformément à l'article 110, paragraphe 4, de la Charte. Les buts apparents de l'article 37 auraient été atteints en fonction de la volonté des Etats de se lier définitivement par la Charte et le Statut.

La réponse donnée par mon éminent adversaire ne prend pas en considération qu'au nombre des motifs de dissolution de la Cour permanente a été invoquée la disparition des organes de la Société des Nations susceptibles d'élire les juges. Si on avait cherché, ainsi que l'envisage la Partie adverse, à retarder la décision de dissolution de la Cour permanente pour permettre le jeu de l'article 37, il n'est pas douteux que cette considération aurait soulevé certaines difficultés particulières.

J'en arrive maintenant à la deuxième question posée par sir Gerald Fitzmaurice, qui est la suivante: Chacune des Parties considère-t-elle que les mots «en vigueur» (*in force*) dans le membre de phrase de l'article 37 du Statut «un traité ou une convention *en vigueur*» puissent ou doivent être entendus dans un autre sens que les mots *in force* dans le membre de phrase «déclarations still *in force*» du texte anglais de l'article 36, paragraphe 5? Dans le cas contraire, comment faut-il interpréter ces mots, compte tenu de ce que le membre de phrase correspondant du texte français de l'article 36, paragraphe 5, est «déclarations faites pour une durée qui n'est pas encore expirée»?

Le Gouvernement belge estime que les mots «en vigueur» (*in force*) dans l'article 37 comme dans l'article 36, paragraphe 5, concernent l'instrument même qui est en question: le traité, dans le cas de l'article 37, la déclaration, dans le cas de l'article 36, paragraphe 5.

S'agissant de l'article 37, ces mots renvoient à l'ensemble du droit des traités qui permet de déterminer si le traité en cause est ou n'est pas «en vigueur». Ceci comprend notamment, mais non exclusivement, les clauses contenues dans le traité et relatives à sa validité *ratione temporis*.

S'agissant de l'article 36, paragraphe 5, l'emploi du terme *in force* peut être considéré comme exprimant une idée analogue, mais comme il s'agit d'une déclaration unilatérale fondée sur le Statut de la Cour, les règles applicables pour déterminer si la déclaration est ou non *in force* peuvent ne pas être les mêmes que dans l'hypothèse d'un traité.

Cependant, le fait que dans le texte français de l'article 36, paragraphe 5, se trouve l'expression «les déclarations faites pour une durée qui n'est pas encore expirée», traduisant la formule anglaise *still in force*; le fait également qu'une autre allusion à la *durée* se trouve dans cette disposition pourraient amener à la conclusion que l'article 36, paragraphe 5, n'a entendu viser que la durée prévue à la déclaration pour déterminer si, conformément aux termes de cet article, la Cour internationale de Justice reçoit compétence.

Sans doute, le fait de la durée qui n'est pas expirée a une importance considérable pour apprécier si, pour un traité donné, l'article 37 est ou non applicable. Mais le Gouvernement belge admet que d'autres éléments pourraient entrer en ligne de compte pour déterminer si, au sens de l'article 37, un traité est en vigueur à la date où est formée la requête à la Cour. Il ne peut admettre toutefois que l'on doive en même temps exiger que soit «en vigueur» la clause juridictionnelle, en donnant à ce terme un sens tel que l'article 37 aurait dû être applicable à l'Etat en cause *avant* la dissolution de la Cour permanente

J'examinerai maintenant, Monsieur le Président, la deuxième exception préliminaire subsidiaire.

Monsieur le Président, je me bornerai à de très brèves explications.

Dans l'argumentation à l'appui de l'exception préliminaire subsidiaire n° 2, la Partie adverse a, en fait, dans la réplique, abandonné l'idée qu'elle avait soutenue antérieurement d'un accord entre les parties qui fixerait le domaine d'application *ratione temporis* de la clause de juridiction obligatoire appelée par hypothèse à déployer ses effets après l'admission de l'Espagne; elle paraissait également avoir abandonné dans la réplique l'idée de la dualité du domaine d'application *ratione temporis* que le Gouvernement belge avait critiquée (voir II, p. 501 et 502).

Mais, cette dernière conception a été reprise dans les conclusions, notamment dans la deuxième conclusion sur cette exception subsidiaire.

La thèse actuelle du Gouvernement espagnol consiste à dire que le traité de 1927 lui-même exclut en principe la rétroactivité, et qu'il n'y a pas lieu de présumer la rétroactivité des clauses juridictionnelles lorsque le traité se prononce sur l'étendue et les limites de la rétroactivité comme c'est effectivement le cas. Il va jusqu'à dire que l'affirmation de la rétroactivité serait contraire à la pratique conventionnelle de la Belgique et de l'Espagne. Après quoi, se penchant sur la date du différend hispano-belge, la Partie adverse estime que le déni de justice a été consommé à une date antérieure à l'époque critique à laquelle la clause juridictionnelle révisée aurait pu déployer ses effets du fait de l'article 37; c'est-à-dire à partir de l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies.

Monsieur le Président, ce nouvel effort pour construire une limitation *ratione temporis* des effets de l'article 37 et, par voie de conséquence, de la clause contenue dans le traité de 1927, est totalement vain. L'article 37 du Statut a pour effet d'assurer l'application complète d'un traité en vigueur et non pas de provoquer l'apparition d'une clause juridictionnelle nouvelle dont le point de départ serait la date de l'admission de l'Etat en cause aux Nations Unies. Les dispositions *ratione temporis* du traité ne sont pas affectées de ce fait et, notamment, il n'y a pas de détermination des effets du traité en partant de cette date d'admission.

Il faut constater par ailleurs que le traité de 1927 prévoit une gamme de procédés, de règlements pacifiques, pour aboutir, en cas d'échec de ces divers procédés, à la requête unilatérale devant la Cour. Quand le Gouvernement belge a, pour la première fois, invoqué le traité de 1927, il était certainement en droit de le faire *ratione temporis* et l'Espagne ne l'a pas contesté. Il demandait alors l'arbitrage. Il n'est pas possible de considérer qu'ultérieurement la survenance d'une restriction *ratione temporis* ne lui aurait plus permis de continuer à se prévaloir des dispositions de ce même traité. Du moment qu'au départ la Belgique pouvait *ratione temporis* se prévaloir du traité de 1927, si dans le développement du litige une voie prévue par le traité et qui était jusqu'alors impossible, la voie de la requête unilatérale devant la Cour, s'ouvre à la Belgique du fait de l'application de l'article 37 du Statut, à l'Espagne comme à la Belgique, cette situation ne peut pas avoir pour effet de poser à nouveau la question du domaine de validité *ratione temporis* du traité de 1927.

La demande d'arbitrage formulée par la Belgique le 6 décembre 1951 était certainement conforme aux dispositions *ratione temporis* du traité

de 1927. La requête à la Cour n'a été qu'une phase nouvelle de la procédure prévue par un seul traité s'agissant d'un même différend.

Il faut d'ailleurs rappeler les dispositions de l'article 24, paragraphe 3, de ce traité de 1927 :

« Si lors de l'expiration du présent traité une procédure de conciliation de règlement judiciaire ou d'arbitrage se trouve pendante, elle suivra son cours jusqu'à son achèvement, conformément aux stipulations du présent traité. »

Voilà encore une de ces dispositions qui marquent la volonté des parties d'assurer l'application la plus complète de ce traité *ratione temporis*.

Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de discuter la date à laquelle le différend a pu naître.

Je ne veux pas non plus discuter, Monsieur le Président, la manière dont la Partie adverse, partant de cette hypothèse qu'il y a des règles *ratione temporis* datant de l'entrée en vigueur du Statut de la Cour par rapport à l'Espagne, je ne veux pas discuter la manière dont la Partie adverse construit son système de détermination de compétence *ratione temporis*. On le trouve à la page 786 ci-dessus.

C'est une combinaison très complexe de principes généraux d'une part, des termes du protocole final du traité hispano-belge, un appel enfin à une prétendue pratique conventionnelle de la Belgique et de l'Espagne. Sans reprendre les indications qui se trouvent dans le tout récent rapport de sir Humphrey Waldock du 3 mars 1964 relatif aux effets des traités et qui traite de l'effet rétroactif des clauses de juridiction dans un traité de juridiction (Commission du droit international, *Troisième rapport sur les effets des traités*, p. 18), je désire cependant relever que l'affirmation de la Partie adverse qu'il y aurait eu accord en 1927 pour exclure toute formule *ratione temporis* qui aurait permis de porter rétroactivement un différend devant un organe institué par ce traité, n'est accompagnée d'aucune preuve. La Partie adverse affirme que les deux parties n'ont pas voulu que des différends déjà nés puissent être couverts par ce traité. Tout ce que l'on voit, dans le fameux protocole, c'est qu'une clause rétroactive n'est pas nécessaire, qu'il n'y a pas de différend entre les deux pays. Mais on ne sait pas ce que cette clause sur la rétroactivité aurait pu contenir.

En tout cas, ce qu'il faut noter, c'est que le traité hispano-belge ne contient pas la restriction obligeant les juges à se limiter à l'examen des faits postérieurs au traité, dans l'hypothèse où il y a lieu de considérer un différend fondé sur un traité en vigueur. Cette restriction se trouve dans le texte d'un autre traité cité par la Partie adverse, le traité belgo-danois (voir ci-dessus, p. 788). Cette restriction n'existe pas dans le traité entre la Belgique et l'Espagne; donc on pourrait en conclure que les Etats ont eu le souci de donner à ce traité une portée *ratione temporis* plus étendue.

En somme, le Gouvernement espagnol se borne à de pures affirmations touchant les travaux préparatoires. Pour sa part, le Gouvernement belge estime que le texte du traité conclu en 1927 est parfaitement clair s'agissant de la compétence *ratione temporis* et concerne incontestablement le présent différend puisque c'est ce traité dont l'article 37 du Statut de la Cour permet l'application. Or, comme je viens de le dire, ce traité marque une claire volonté de viser tous les différends.

En conclusion, Monsieur le Président, le Gouvernement belge demande à la Cour de rejeter l'exception préliminaire subsidiaire n<sup>o</sup> 2.

En terminant, je tiens à remercier la Cour, Monsieur le Président, de sa bienveillante attention.

---

## REJOINDER OF MR. LAUTERPACHT

COUNSEL FOR THE GOVERNMENT OF BELGIUM

[Public hearing of 13 May 1964, morning]

Mr. President and Members of the Court, it falls to me to present the main part of the rejoinder of the Belgian Government to Professor Ago's reply in connection with the third Preliminary Objection. Professor Sauser-Hall will, however, reply to the questions which have been put by Sir Gerald Fitzmaurice, and Professor Rolin will deal, as before, with the question of the joinder of the third Preliminary Objection to the merits.

Professor Ago's reply took the form of an introduction and a discussion of three substantive questions.

The first question was, as he put it, one of "the meaning and scope of the present action"; the second question was one of the Belgian identity of the shareholders in Barcelona Traction, including the effect of the registration in the names of nominees of Sidro's shares in Barcelona Traction; and the third question was that of the admissibility in international law of the diplomatic protection of shareholders. There are a number of points in connection with each of these questions which call for some rejoinder, and I shall, in general, though not always, deal with them in the order in which Professor Ago raised them.

Mr. President, I shall therefore turn first to Professor Ago's introductory statement. This was several pages in length. It was, he said, made in reply to the allegations made by the Government of Belgium regarding firstly the diplomatic protection given by Canada to Barcelona Traction and the attitude adopted thereto by the Spanish Government, and secondly the claims of the Belgian Government to intervene in the case.

I venture to doubt whether at this stage of the case too much significance can be gained by prolonging a debate which is not related by Spain to any specific legal submissions. At the same time I can well understand that after so much discussion of the Canadian intervention the Court may find it helpful to have some indication of the point to which it can all be said to lead, and to which, in the submission of the Government of Belgium, it does in due course lead.

The question here is really this: what is the effect on Belgium's *jus standi* of the various diplomatic steps taken by the Canadian Government in the period from 1948 to 1952, and again in 1954 and 1955? The Spanish Government appears to have taken the position that the attitude of Canada has ruled out any possibility of recognizing any right of intervention on the part of Belgium for the protection of the Belgian shareholders.

Now, as to this idea, the Government of Belgium has taken the position that, as a matter of international law, Belgium enjoys an independent legal right to protect the Belgian shareholders in Barcelona

Traction. Accordingly, the attitude of the Canadian Government in its relations with the Spanish Government could not possibly have any negative effect upon this right of Belgium. As regards Belgium, relations between Canada and Spain are, on this basis, *res inter alios acta*. I use the words "on this basis" advisedly. The basis is that Belgium undoubtedly enjoys the independent legal right which she claims. But to the extent that there can be any doubt on this question, and that is the doubt which Spain has so assiduously sought to foster in this case; to the extent that there can be any doubt, then it is permissible, proper—indeed, necessary, to look more closely at Canada's relations with Spain. The object of such an examination is to determine whether Canada's attitude, express or tacit, can in any way have strengthened Belgium's claim to act. It is my submission that the answer to this question is emphatically "yes".

As the Court will appreciate, the remarks which I am now making are directed both to meeting Professor Ago's introductory observations and, to the extent that I am able to do so, to answering Judge Jessup's second question.

The Court has before it, in order to supplement the evidence already filed, a number of new documents produced by the Belgian Government. These may help the Court to ascertain the true nature of the Canadian intervention as well as the reason why such intervention stopped in April 1952, subject only to a brief revival in the period 1954-1955.

I do not think that it is necessary for me to attempt a fresh analysis of the notes exchanged between the Canadian and Spanish Governments. I can only hope that all the relevant evidence is now before the Court. Accordingly, I shall restrict myself to some comments on what the Government of Belgium considers as the main aspects of the Canadian intervention in this matter.

First, it is of course a recognized fact that Canada intervened *vis-à-vis* the Spanish Government in relation to the Barcelona Traction affair from March 1948 to April 1952. But what was the essential basis of this intervention? The intervention was based on the fact that both Barcelona Traction and Ebro were, to use the words of the first Canadian Note of 27 March 1948, "incorporated in Canada" and were "Canadian nationals": the Note will be found in the Preliminary Objections of 1960, Annexes, Vol. III, p. 195. But the same Note went on to point out that a third Canadian company was "vitaly affected" by the proceedings going on in Spain—the National Trust Company, Trustee for the holders of the sterling bonds of Barcelona Traction—a company which, in a manner perhaps not without significance, the Note described as a "purely Canadian company".

In this connection I should refer to Professor Ago's observation on p. 820 *supra* relating to—

"the insistence with which that Government (the Canadian Government) emphasized that its protection concerned not only the Canadian companies affected by the bankruptcy, but also the interests grouped therein".

In fact, I could not find any such expression as "the interests grouped therein" in the Canadian Notes. It is possible that my learned friend's error here is due to the fact that he attributed to Canada the references to the interests of the shareholders and the bondholders which the

United Kingdom once or twice included in its interventions which it made jointly with the Government of Canada. As the Court has no doubt noticed, confusion of this kind can easily arise because the Canadian and the British Notes are reproduced together in the same Annex of the Spanish Objections, and some of the notes were presented by the United Kingdom on behalf of the Canadian Government.

Secondly, it may be observed that another important aspect of the Canadian intervention is that from July 1949 onwards, Canada repeatedly invoked and laid emphasis upon the Treaty of Commerce and Navigation between the United Kingdom and Spain of 31 October 1922 and the Agreement regarding the Treatment of Companies of 27 June 1924, both of which had been adhered to by Canada in 1928. In that connection the Canadian Government pointed to measures like the seizure of Ebro's assets in disregard of the separate corporate personalities of Ebro and Barcelona Traction, to the issuance in Spain of the new shares of the Canadian subsidiaries, and to the purported alteration of the status of the Canadian companies when Spain sought to transform them into Spanish companies. The important point here is that Canada could not accept the treatment thus meted out in Spain to companies incorporated in Canada in violation of the provisions of a treaty. Canada had in that respect a special right as against Spain, and it is on that basis that Canada proposed arbitration to the Spanish Government in the Canadian Note of 22 December 1951—perhaps the Court will permit me to read the short extract from that Note:

“The Government of Canada would be grateful if the Government of Spain would inform the Government of Canada if in its opinion the provisions of the Treaty of 1922 providing for the exercise of their rights by the corporations of one country in the territories of the other have been contravened by the action taken in relation to these Canadian Companies. In the event that the Government of Spain is unable to agree that the events referred to do contravene the provisions of the Treaty the Government of Canada would be grateful if the Government of Spain would propose some method whereby this difference of interpretation might be resolved and would agree to take the matter to arbitration, if necessary.”

The Spanish Government ignored the proposal when it replied by its Note of 3 January 1952, which is printed in the Spanish Objections of 1960, Volume III, at pages 241-243. Instead that Spanish Note concluded with the following words:

“Hence this Department is of opinion that the 1922 Treaty has not been infringed and that there exists no obstacle preventing Canadian companies in Spain from freely exercising their rights in accordance with the terms of the Treaty. If the Canadian Government holds a contrary opinion, it should certainly not be confined to a mere affirmation, as in the Note to which we are now replying, but should be supported by adequate proof so that this Department may be able to judge of its true value.”

It is true that Spain did not raise the question of the Canadian *jus standi*, but the Canadian Government met with exactly the same kind of answer as Belgium received on the very same day: it had first to prove

its case to the satisfaction of the Spanish Government before the latter would even consider submitting the question to arbitration.

The Spanish Note of 3 January 1952 is the last one which has been produced by the Spanish Government. What happened afterwards?

The document produced by the Belgian Government in order to reply to Judge Jessup's second question provides at least part of the answer. On 12 February 1952, the Prince de Ligne, the Belgian Ambassador in Madrid, reported after an interview with the Spanish Foreign Minister that the last Canadian Note of 22 December 1951 had caused a strong reaction from the Spanish Government. Apparently a protest was made in Ottawa through the Spanish Consul there. In the course of the interview between the Spanish Consul and the Canadian Minister of External Affairs, the latter seemed to have tried to play down the incident by saying that Canadian interests in the Company were so small that the case interested Canada but little. The final comment on this episode made by the Spanish Minister of Foreign Affairs to the Belgian Ambassador and as reported by the Belgian Ambassador in the same Note is worth quoting: "Les intérêts belges ont été livrés à eux-mêmes. La Belgique en est en somme la victime."

The Belgian interests have been left out in the cold and after all Belgium is really the victim. And this statement by the Spanish Foreign Minister may be compared with the fact that only a month before Spain had denied to the Belgian Government any *ius standi* to bring the case to arbitration, among other reasons, because the existence of Belgian interests had not been sufficiently established.

Nevertheless, the Canadian Government did make a further, and for the moment final, effort. It delivered a Note to the Spanish Government on 21 April 1952—a copy of this note was discovered by the Belgian Government when looking up its files to prepare the answer to Judge Jessup's second question.

As the Court will note from that Note, its tone is one of disappointment and discouragement. Far from being convinced, as Professor Ago suggested, by the Spanish argument about rectitude of the decision taken by the Spanish courts regarding the bankruptcy of Barcelona Traction the Canadian Government, on the contrary, adhered to its original position.

Why then did the Canadian Note limit itself, in its conclusion, to expressing a wish for an amicable solution? The reasons for such an attitude can only be inferred, but they can be readily inferred.

The Canadian Government knew that it had no chance of persuading the Spanish Government to do something positive in this matter. It had no means, for example, of compelling the Government of Spain to accept arbitration. The Canadian interests involved were insufficient to justify, for example, measures of retortion which would in any event have been harmful to other Canadian interests. Moreover, in the meantime, Canadian interests had been very much reduced by the fact that the bonds for which the National Trust Company was trustee had been paid off as a result of the sale of the assets in Spain. So, in effect quite understandably, the Canadian Government gave the matter up for the time being. And to that Note of the Canadian Government it appears that the Spanish Government made no reply, or at any rate the Belgian Government has not been able to find a copy of any such reply in its files.

Yet Canada did not drop entirely out of the picture. Two years later, in 1954, the Canadian Government was requested by Mr. Arthur Dean, who was the American lawyer acting for the Sidro interests, to lend its support to Mr. Dean's mission in Spain. A mission which, as the Agent for the Government of Belgium has already told the Court, was undertaken in the name and on behalf of Sidro. The Canadian Ambassador in Madrid paid a visit to the Minister of Foreign Affairs of Spain for the purpose of informally acquainting him with the Canadian Government's interest in the future of Barcelona Traction. The Ambassador expressed the hope that the Spanish Government would lend its good offices on the occasion of Mr. Dean's visit to facilitate the reaching of a settlement between the interested parties. And the interested parties, it may be noted, were not Barcelona Traction and M. March, but Sidro and M. March. A year later, in 1955, the Canadian Ambassador on the occasion of Mr. Dean's return to Madrid wrote a letter to the Spanish Minister of Foreign Affairs to tell him that the Canadian Government was still deeply interested in the affairs of Barcelona Traction, again asked the Spanish Government to lend its good offices to Mr. Dean and expressed the hope that a settlement would respect the rights of the receiver and of the National Trust Company. Again, this is easy to understand: no provision had been made in the conditions of sale of the assets of Barcelona Traction in Spain to cover the administrative expenses of National Trust and the receiver. These were large sums and both of these organizations remained creditors of Barcelona Traction.

This, notwithstanding, when a few months later, on 1 July 1955, Mr. Dean wrote again to the Canadian Minister of Foreign Affairs, Mr. Pearson, to ask him to cause a vigorous enquiry to be made in Madrid together with the American and Belgian Governments, he received the answer contained in Mr. Pearson's letter of 19 July 1955, to the following effect: "the Canadian Government has not been prepared actually to intervene in this matter or to make representations to the Spanish Government as to the measures which ought to be taken towards a settlement", which quotation may be found in the New Document filed by the Belgian Government.

And since that letter more than nine years have passed. The Belgian Government has no evidence of any subsequent Canadian representation to Spain on the matter.

In view of the fact that the representatives of Spain really made no express reply to Judge Jessup's second question it is probably correct to assume that they have no record of any such Canadian representation and indeed that no such reply has taken place.

In consequence, the Court is in fact confronted by the following situation: despite the not merely preferential but the exclusive claim to protect Barcelona Traction and the *interest group therein* which Canada is said by Spain to possess, Canada, despite that, in full cognizance of the Belgian interest and the Belgian activity in this affair has expressed no concern, no reaction, no opposition whatsoever at the subsequent Belgian conduct. No concern of the diplomatic correspondence, no concern of the institution of proceedings in 1958, no concern at the discontinuance of those proceedings, no concern at the institution of these present proceedings. If this attitude of Canada can be treated as a reflection of State practice in this field and in my submission clearly can be so treated and ought to be so treated, surely it provides the clearest evidence of the

acknowledgment by Canada of direct interest of the Belgian shareholders and of Belgium's independent right to act for their protection. And I shall in due course, Mr. President, have something to say about whether this attitude of Canada can have an even more precise significance in relation to the question of so called double claims.

[Public hearing of 13 May 1964, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, before the adjournment I concluded my consideration of the introductory part of Professor Ago's reply.

I now turn to the first substantive question examined by Professor Ago.

Some pages of Professor Ago's reply are devoted to a consideration by him, as he puts it, of the "meaning and real scope of the present Belgian claim". The question of law, he said, "consists in ascertaining whether the new version upheld by the Applicant Party can or cannot be considered as admissible". That statement is on page 827 *supra*. Professor Ago's argument is then divided into two sections. In the first section, which runs for six pages from pages 827-832 *supra* Professor Ago contends that the claim put forward in the new version of the case is inadmissible, having regard to the definition of the case given by the first proceedings, and, long before those proceedings, by the diplomatic correspondence which preceded them. In the second section—from pages 832-836 *supra*—Professor Ago contends that in any case the new version which Belgium had sought to present was not a true one, since the Belgian claim retained even until today the meaning and scope of a claim based upon the protection of Barcelona Traction as a company.

The Court will, I hope, excuse me for taking up time with this analysis of Professor Ago's text. My purpose, however, is a simple one. I want to determine which parts of what Professor Ago has said are relevant to any effective issue of law now before the Court.

So far as the first section of Professor Ago's argument is concerned, it is in fact possible to identify such relevance, for ultimately he makes his position quite clear. At page 831 *supra* he says that what Spain disputes is that *Belgium should be able to intervene on behalf of one person at the beginning of a case and then, on further reflection, say that it prefers to intervene on behalf of someone else.* In other words, he advances an argument of preclusion or estoppel.

However, as regards the second section, I fail to see its relevance. So far as I can make out, there is no point in arguing, as Professor Ago does in this particular context, that the present Belgian claim has the sense and significance of a claim put forward on the basis of the diplomatic protection of Barcelona Traction. It surely cannot be Professor Ago's intention to contend that the Belgian Government is actually protecting persons other than those who are indicated in the Application, that is, the Belgian shareholders. Accordingly, I am bound to take his argument to mean that as long as the company is not dissolved the protection exercised in favour of the shareholders amounts to a protection of the company. As I understand the case, the proper place for a consideration of this argument is in connection with the third of Professor Ago's

three main parts—where he contends that no action may be brought on behalf of shareholders because no international wrong is done to them. Accordingly, I propose to limit my present remarks on Professor Ago's first main point to the submission in his first sub-section; and to return to his second sub-section towards the close of my speech.

Now the burden of my learned friend's submission in this first sub-section is that from beginning to end, that is from 12 February 1948 to the present day, all that has occurred in relation to Barcelona Traction and in connection with Barcelona Traction constitutes a single "case" and that that unity has the legal consequence of excluding any development or modification by Belgium of its legal position. The proposition seems a bit far-fetched, as much in its interpretation of the facts as in its doctrine of law. But as descriptive adjectives do not win cases—and I say so, Mr. President, with all respect to Professor Ago's rich vocabulary—I ought perhaps to examine the argument more closely.

As I understand it, his proposition involves three assertions:

First, that the Court is here faced by a situation that can properly be called one case;

Second, that Belgium has in the course of that case changed its position; and

Third, that that change is inadmissible.

In my submission, each of these assertions is wrong; and Professor Ago only has a point if he can establish that *all* of them are right.

First of all, can the whole situation subsequent to 12 February 1948 be described as "one case" (*une affaire*)? The answer depends on what is meant by the word "case" or "affaire". It is clear that this word can be used in at least two senses. In one sense—the wider one—it refers to the whole factual situation leading up to and including judicial proceedings. In another sense—the narrower one—it refers to particular judicial proceedings instituted by application and terminated by judgment or other appropriate order.

Now, Professor Ago is putting forward an argument which, to put it mildly, is one of some technicality; and I would assume therefore, that the word "case" would possess its technical meaning, in the narrow sense. In that event, the Court is *not* faced here by a single case, but by two cases. But if for some reason the wider interpretation of the word is adopted, then I am quite ready to admit that the Court is here confronted with a single case.

There is, I should say in passing, no capital to be made by Professor Ago—which he sought to do at pages 827-828 *supra*—out of any alleged inconsistency between Counsel for Belgium in this connection.

When, in my first speech, I indicated that the present case was entirely different from the earlier one commenced by the 1958 Application, I did not in fact use the word "case" at all. I spoke of an action. In other words, I was referring to "case" in its narrow sense. Used in that way, what I said was, I believe, undoubtedly right. To the extent that Professor Van Ryn acknowledged that the present case was the same as the old case, he was using the term in its wider sense. No one has any interest in pretending that the facts which gave rise to the 1958 proceedings differ from those which gave rise to the 1962 proceedings. The acts constituting the injury are the same, and the persons suffering from the injury are ultimately the same. The only difference is that the 1962 Application has been

framed in terms narrower than those in which the 1958 Application was filed.

Secondly, Professor Ago must show that Belgium has changed its position. How does he seek to do this? He asserts that Belgium originally held itself out as protecting Barcelona Traction, a Canadian company, and later it held itself out as protecting the shareholders. Now, what is the truth of the matter? It is that Belgium all along made it plain to Spain that the protection of the Belgian shareholders in Barcelona Traction was the exclusive object of the Belgian intervention. I may refer the Court here to the review of the correspondence in the speech of my learned colleague, Professor Sauser-Hall, which may be found at pages 547-550 *supra*. About this there could not be any doubt to anyone. It was not the duty of the Belgian Government to teach the Spanish Government international law. If the Spanish Government chose to put on blinkers and to see the only possibility of international protection as being one for the company rather than for the shareholders, then that does not fix the Belgian Government with a position expressed in those terms.

Thirdly, even if it were possible to establish that Belgium changed its position in any meaningful way, would that establish the third element in Professor Ago's argument—that such a change was inadmissible?

Let us for this purpose consider the situation in relation to each of the two alternative meanings of the word "case". First, let us take it in its wider meaning. What authority is there for the proposition that in a discussion that may continue for several years States may not develop, amplify or even change their arguments? It is not enough for Professor Ago to utter the maxim *Nemo protest venire contra factum proprium*. His case, if anything, is one of estoppel, and in such a case it is necessary to show a representation followed by some action by the other party, in reliance upon or pursuant to the representation—action leading to the detriment of that party. But what exactly is the representation which is alleged to have been made and to have been changed? What is the reliance placed upon it by Spain? What is the detriment which Spain has suffered? None of these questions have been answered by Professor Ago. They have not been even raised by him—and understandably, for what satisfactory answer could he have given? However, even if the Anglo-Saxon concept of estoppel is stripped of its technicalities—if the requirements which I have just spelled out can be so described—and even if it is replaced by the much looser idea of good faith, I am at a loss to see where there has been any absence of good faith, or how the development of the Belgian position over the years can be said to fall short of the requirements of this concept in such a manner as to render the Belgian conduct inadmissible.

Indeed, the absurdity of the argument for Spain on this point is demonstrated if one pauses to consider the position upon the following assumptions: that the 1958 proceedings had been brought simply in respect of the claim of Barcelona Traction; that those proceedings had continued; that the Preliminary Objections had been concluded and that the Court had upheld the Spanish contention that Belgium could not protect a Canadian company, basing its judgment on the ground that a company as such can be protected only by the State of incorporation. On those assumptions, would Belgium then have been entitled to bring a new action for the purpose of protecting the Belgian shareholders as such? The

answer, I submit, is undoubtedly "yes". In most municipal systems of law the penalty for choosing the wrong form of action is that one loses one's costs, not that one is estopped from correcting one's position. And there is no reason to think that the position in international law is different.

It remains for me to say a word about the position if the word "case" in Professor Ago's proposition is construed narrowly. As to this, the position is that if the narrow construction is adopted, his argument cannot proceed at all. There is no suggestion that Belgium changed its position in relation to the 1958 or the 1962 proceedings during the currency of either of those proceedings.

Mr. President, I submit accordingly that this analysis disposes of the first section of Professor Ago's first main point and with the second section of his first main point I shall, as I indicated earlier, deal at a much later stage.

Mr. President, I pass now to deal with the second of the main parts of Professor Ago's speech, the one in which he denies to Sidro the quality of an owner of shares in Barcelona Traction. Again, he does this under two heads. In the first place, he challenges the evidence relating to the ownership by Sidro of bearer shares in Barcelona Traction; and in the second place, he challenges the proposition that so far as Sidro's registered shares in Barcelona Traction are concerned, the fact that they are registered in the names of American nominees does not affect their Belgian character. I will deal with each item in turn.

First, a word about the bearer shares. As to them, my learned friend's first objections related to the position at the date of the bankruptcy. He contended, in the first place, that the only document produced to support the Belgian claim that Sidro owned at that date 349,905 bearer shares is a letter from a firm of chartered accountants which is based only on particulars furnished by Sidro's own accountants. According to Professor Ago, Sidro is a trader and, in Belgian law, the accounts of a trader can be regarded as having prohibitive value only against, but not in favour of, the trader. Quite apart from anything else, that is a somewhat technical objection to raise in an international tribunal. For one thing, the rule is not a universal one. It is, for example, not part of the English law of evidence. For another, surely in an international tribunal, it could go only to the weight and not to the admissibility of the evidence.

However, weak though I submit that Professor Ago's legal point may be, the basis in fact of his statement is even weaker. The fact is that the letter from Deloitte, Plender, Griffith and Co. (which is Annex 4 of the Memorial) establishing Sidro's ownership of such shares was not based exclusively on Sidro's accounts. It is based also on written statements by third parties with whom the shares were then deposited, to the effect that they held such shares for Sidro.

Further confirmation of Sidro's holding of Barcelona Traction shares (both registered and bearer) can be found in the official statement filed by Sidro on 12 March 1946 with the Belgian Foreign Exchange Institute, in compliance with Belgian post-war regulations, a statement which appears as Annex 16 to the Belgian Observations. And the date 12 March 1946, it may be noted, is a date long before the events giving rise to the present proceedings and therefore that statement of fact cannot be said in any way to be directed towards establishing the point now before the

Court. I have not expressed that very happily: it establishes the point now before the Court. It cannot be said to have established it specially for the purposes of the present proceedings. It is not a self-serving piece of evidence.

This statement refers to 351,926 bearer shares of Barcelona Traction. Sidro sold, before 12 February 1948, 2,021 of those shares and thus remained with 349,905 and this can be found referred to in the Belgian Observations at I, page 204, paragraph 198. That is the figure which is eventually given in the Belgian Memorial.

Further proof of Sidro's ownership of those shares may also be found in Annex 13 to the Belgian Observations. That is a letter from the Department of the Canadian Secretary of State (Custodian's Office) dated 29 April 1947, giving notice of the unblocking of 1,364,614 shares in Barcelona Traction which were blocked during the war as property of Sidro. If from that figure one deducts the number of registered shares, that is to say, 1,012,688, one is left with the figure of 351,926 bearer shares.

The second objection raised by Professor Ago is that the certificate from Deloitte, Plender and Griffiths, to which I have referred, is in contradiction with the letter of the Belgian Foreign Exchange Institute of 19 February 1959, which is Annex 7 to the Belgian Memorial. This letter gives only a total figure of 244,886 bearer shares as representing all the shares which the Institute could certify as belonging to Belgian nationals.

This point is, in fact, one with which the Government of Belgium dealt twice in its pleadings—first in the Memorial at I, page 11, paragraph 8, and secondly in the Observations, at I, page 204, paragraph 197. I really do not think that I need do more than ask the Court to look back at those passages in the Belgian pleadings. It will there find an answer to Professor Ago's contention and will observe that the 244,886 shares mentioned by the Institute comprised only 54 bearer shares belonging to Sidro. A full explanation is also given in the pleadings as to why the certificate of the Institute does not refer to the remaining bearer shares in Barcelona Traction owned by Sidro.

As regards the position at the date of the commencement of these proceedings, the evidence of Sidro's ownership of 31,288 shares of Barcelona Traction meets with the same criticism on the part of Professor Ago, namely that the Deloitte certificate is based only on Sidro's accounts. This also is incorrect and for the same reasons as I have already stated. This the Court can verify by examining Annex 12 of the Belgian Memorial.

As far as the shares held by Belgian nationals other than Sidro are concerned Professor Ago told the Court that here "the audacity of the Applicant Party goes farthest". What seems to have caused this strong reaction on my learned friend's part is probably the fact that the figure of 200,000 bearer shares is, as I explained in my first speech, an estimate. As the Court will appreciate, it is extremely difficult to provide strict proof of the ownership of bearer shares widely held by the public, especially when no dividends are paid. However, the Belgian post-war regulations provided a unique opportunity to accumulate virtually irrefutable evidence of the ownership of shares by Belgian nationals other than Sidro in 1948; and this evidence has been placed before the Court. Starting from the 1948 figure, the Belgian Government

explained in its Memorial (at I, p. 14, para. 17, and in Annex 14) the reasons why a figure of 200,000 may be regarded as a conservative estimate of the number of shares in the hands of the Belgian public at the time of the Belgian Application. In my submission, the basis for this estimate was a reasonable one and the fact that it was not challenged by Spain, either in the Preliminary Objections or in Professor Ago's first speech, makes the present attack look very much like a last-minute attempt to clutch at straws.

I do not think that I need say more about the matter—though I do feel obliged to take some issue with Professor Ago on one small point of practice which arose in this connection. My learned friend suggested that, at least so far as he was concerned, I was in error in treating his silence on the extent of the Belgians' shareholding as an indication of his assent to the Belgian case on this point. I am not really prepared to accept that approach to the function of Counsel. If, as in this case, a point was raised by the Government of Spain in the Preliminary Objections and was then exhaustively answered by the Government of Belgium in its Observations, the Belgian Government and, indeed, the Court, are entitled to expect the Government of Spain to adopt some attitude to these explanations. The issue cannot simply be left up in the air. If the Government of Spain chooses not to react to the Belgian explanations, this must be either because the explanations are acceptable or because the Government of Spain does not attach sufficient significance to the point to keep it in issue. But Counsel for Spain cannot, in my submission, simply enter a general caveat in relation to all matters on which he keeps his silence. The Court is entitled to attach significance as much to the omissions of Counsel as to their statements. The question of how much significance to attach is, of course, a matter for the Court, but Counsel cannot, as I said earlier, simply by saying nothing preclude the Court from assessing the position.

This being so, I would further submit that the manner in which Professor Ago has approached this question of the ownership of bearer shares, even in his latest speech, is not such as to require me to modify the conclusions which I tendered to the Court in this connection in my first speech.

Mr. President and Members of the Court, I turn now to the second section of the second part of Professor Ago's speech: the question of nominee shareholdings. The issue here is a simple one. *It rests, of course, on the assumption, which Professor Ago does not admit, that a State is entitled to protect its nationals who are shareholders in a foreign company. On this basis, is that right of protection extinguished because the shareholder's shares are registered in the names of nominees of a different nationality? Or, to put the question in other terms, does the fact that the beneficial owner's interest is registered in the name of some other person of different nationality deprive the beneficial owner's interest of the quality sufficient to entitle it to protection by his national State?*

In my previous argument, I sought to analyse the municipal law relationships between the nominee and the true owner. I showed that for every purpose, save one; connected with the ownership of shares, the true owner, not the nominee, was regarded as owner. The exception, to which Professor Ago quite rightly refers, though he accords it a significance which it does not bear in municipal law, the exception is

that so far as the company is concerned in its formal relationship with the owner of shares, it has regard only to the registered and not to the beneficial owner of the shares.

My basic proposition to the Court, when I last spoke on this subject, was that ownership in common-law systems is a bundle of rights which can be divided between a legal and an equitable owner. In the case of nominee relationships, I explained that the main and essential part of these rights was vested in the beneficial owner. I also said that the rights of the beneficial owner, or owner in equity, were as much protected by the legal system of the State as would be any legal right, despite the fact that they were called equitable.

Now, how has Professor Ago met these explanations? He has not, it may be noted, denied them. Instead, he has resorted to an argument which is largely verbal in character. In effect it is this: the starting point is that in so far as international law is concerned with the protection of shareholders, the only individuals who may be protected are those who are considered as shareholders by the company, that is, the nominees. Therefore, Professor Ago concludes, only the nominee may be protected. Neither of the two steps in this argument is, in my submission, correct.

First, it is not right to assume, in the way that my learned friend does, that international law is concerned only with the "shareholder". International law has never used that word as a term of art. It has used it as a description of the person who owns, enjoys I should say, who owns or enjoys through shares an interest in a company. The interest is of an identifiable character, and the national State of the real owner—beneficial owner—is entitled to regard it as something calling for protection.

It is quite false to say, as my learned friend does on page 845 *supra* that:

"a situation so obviously lacking in legal title as that of the beneficial owner, rooted in equity alone, could still less be considered by itself as constituting ownership *ipso jure* and as consequently being a title capable of serving as a basis for an international action".

If the municipal legal system recognizes that the beneficial owner enjoys the substantial rights of ownership, there is no reason why the national State of the beneficial owner should not protect those rights—indeed, there is every reason why it should. Would Professor Ago argue that because the national law of a State makes no express provision that companies incorporated in its territory should be its nationals, therefore such companies can never in international law be treated as nationals? If that were Professor Ago's argument—and it is essentially the same as the one which he has just presented to the Court—there would be no such things as companies with British or Belgian or American nationality because, in the laws of those particular States, there is no specific provision that says a company established in, say, the United Kingdom, shall be a British national. The fact is that there does not have to be a complete identity between municipal law concepts and international law concepts which bear the same name. What does matter is that there should be some foundation in municipal law for the assertion of ownership on which the international right of protection rests. And this, in the case of beneficial ownership of shares, there undoubtedly is.

Again, Professor Ago is wrong in the second element of his contention when, in effect, he argues that so far as the company is concerned only the nominee is shareholder. The words he uses may be correct, but the sense in which he uses them is not. We are not here interested in the formal relationship between the company and the shareholder. This is quite irrelevant. Our object is to identify the real interest in the shares. It is quite wrong to say, as my learned friend does at page 845 *supra*, that:

“the relationship between the beneficial owner and the nominee cannot be set up against a third party for so long as the beneficial owner has not, by means of a transfer in the company’s register of the securities into his own name, had the legal title added to his position as beneficiary”.

The relationship between the nominee and the beneficiary is a matter of constant concern to third parties, without there being any question of a modification of the entry in the register. The whole point of the nominee system is that the beneficial owner is, for every practical purpose, the owner of the shares.

The same fundamental error taints the statement which Professor Ago makes at page 852 *supra* when he says:

“For all external purposes the nominee is the shareholder and there is an absolute presumption requiring him to be considered, even by the company, as Gower underlines, as the sole and exclusive owner of the shares.”

There is not a shred of support for the proposition that “for all external purposes the nominee is the shareholder”. Quite the reverse is true, as my statement of the legal position of a beneficial shareholder at II, pages 511-518 shows. Whence comes the “absolute presumption” of which Professor Ago speaks, requiring the shareholder to be considered “even by the company” as the sole and exclusive owner of the shares? “Even by the company” suggests that there are others who are absolutely bound to regard the nominee as the shareholder. But there are not. I mention the point, Mr. President, only to emphasize the extent to which my learned friend’s use of language can suggest wrong conclusions.

Mr. President and Members of the Court, I am sorry to have to go on so at such length about nominees. However, the point is clearly one of importance, and in dealing with it Professor Ago has used a series of phrases which though superficially consistent and in some measure correct, effectively distort the whole position. I hope what I have so far said may help set the matter right.

But I cannot leave the question without saying something also about the relevant cases. Professor Ago suggested that the analogy which I drew between nominees and other cases of division between legal and beneficial owners was over facile. With respect to my learned friend, I do not think that this charge will stick. The relationship between nominee and beneficiary is in law a trust relationship. The nominee is the trustee; the beneficiary is the *cestui que* trust.

There is, therefore, no question of my using an over-facile analogy, when I refer the Court to other cases raising this same legal problem.

such as cases of executors and legatees. The situation is not one of analogy, it is one of identity. The only difference between the various situations lies in the facts which give rise to them. That is the general justification for my reference to the eight cases which I used in this connection.

But what about the propriety of my use of the three particular authorities upon which Professor Ago has made some comment. With the leave of the Court, I would propose to refer to each of them in turn.

My learned friend first referred to the *Binder-Haas* Claim decided by the United States International Claims Commission and reported in the *International Law Reports*, Volume 20, at page 238. The Court will be able to observe from the record of my speech at II, page 515, that I stated that I had been able to find only one case which dealt directly with the question of the status of shares registered in the name of a nominee and that this was the *Binder-Haas* case. For that reason I referred to it first among the authorities which I cited to the Court. To state, as Professor Ago now does, that I attached quite special importance to the case is, however, to exaggerate what I said—but small matter. I imagine that Professor Ago's statement was made with a view to increasing the significance of the two blows which he was about to deal. His first blow was to indicate that the case did not involve registered shares and therefore did not bear out my proposition that it illustrated the position of nominees. If Professor Ago had confined himself to the first impact of this blow, his point would have been well made. It is true that I made an error, and I must apologize to the Court. I am satisfied on re-reading the case that the shares which had been transferred to *Binder to hold* as ostensible owner were bearer shares, not registered shares. But this does not deprive the decision of anything more than a fraction of its value. It is still a good authority for the proposition that the national character of shares must be determined by the nationality not of their titular or formal owner but by the nationality of their beneficial owner.

Professor Ago's second blow lay in his suggestion: "if the decision can prove anything, it is exactly the contrary of what Mr. Lauterpacht would like to deduce from it" (see p. 842 *supra*). I must confess that I am completely at a loss to see how the case can possibly lead Professor Ago to this conclusion, though I suspect that some of the language there used may be responsible for a misunderstanding. The Statute on which the claim was based allowed claims to be made both by natural and juridical persons. In the case of a juridical person, the requirement that the claimant should be a United States national was deemed to be satisfied if 20 per cent. or more of the securities in the juridical person were owned by United States nationals. Now the four beneficial owners of the claim appreciate that if *Binder* were regarded simply as being a trustee for each of them separately, the claim would succeed only in respect of the interest of the three claimants who were United States nationals. This in fact is what was eventually decided by the Commission. So to avoid the situation—they were unsuccessful, but to avoid it—the claimants advanced a theory that in the special circumstances of the case *Binder* should be regarded as a juridical person in whom more than 20 per cent. of the securities were vested in United States nationals. On that basis they hoped that his claim might succeed on behalf of all of them. It was this somewhat far-fetched aspect of the

claim which was rejected by the Commission. This was what was meant when the Commission rejected the argument that Binder was a juridical trustee. The Commission did not deny to him the quality of a trustee; the Commission decided only that he was not a juridical person. In short, the phrase juridical trustee in the case must be read as meaning a trustee who is a juridical person and not the natural person who is juridically a trustee. The *Binder-Haas* Claim thus stands, in my submission, as a helpful authority.

My learned friend then commented upon the *American Security and Trust Company* Claim reported at page 322 of Volume 26 of the *International Law Reports*. He referred to this case when suggesting that tribunals were only interested in the nationality of the beneficial owner for the purpose of determining whether the rule of continuity of nationality of claims had been satisfied. He read a passage from what he said was the decision of the Commission and which, it is true, did refer to the question of continuity. But here he appeared to misread the case. First of all, the passage which he cites as representing the view of the Commission is itself a quotation by the Commission from an earlier award of another body, the United States-German Mixed Claims Commission. The passage is quoted by the Foreign Claims Settlement Commission not in connection with continuity of nationality, but to show that "if the beneficiary of the award is not an American national but a foreigner, the claim would not, in my opinion, be within the jurisdiction of the Commission". The words which I have quoted are in italics, and in the report of the decision of the United States Foreign Claims Settlement Commission it is there indicated that the emphasis was supplied by the Foreign Claims Settlement Commission. In short, that body was not concerned at all with the question of continuity of nationality of claims, but only with the basic principles in connection with which I cited the decision.

Next, Professor Ago referred to the *Heny* case, reported in the *U.N.R.I.A.A.*, Volume 9, page 125. This was a case which I had referred to because of the statement by Umpire Barge that the beneficial owner actually "owned" the claim. Professor Ago asked what connection there could be between cases such as this and the questions now before the Court, and I would refer to page 843 *supra*. He said that the relationship between the *Heny* and the *Benitz* family "is not at all one of those relationships that are characteristic of Anglo-Saxon legal systems under which property is divided as between legal title and beneficial ownership". Professor Ago then went on: "The contract concluded between these persons is on the contrary typically a Roman Law contract. It is an antichresis contract under which the real estate, which remains in the full ownership of the debtor, is given as security to the creditor who has the right to reap the fruits thereof. As the umpire said *Heny* never became the real owner of the real estate which had been pledged to him" (*U.N.R.I.A.A.*, Vol. IX, p. 126).

Having already made one mistake in connection with the *Binder-Haas* Claim, I was naturally anxious lest I might have made another. So I checked Professor Ago's reference to page 126. All was as he said it was. There was the quoted sentence in its proper place and on the next page is the statement that the contract is in substance that known to the civil law as antichresis. But the point which Professor Ago overlooked is that the place in which the sentence appears is not the

award of the umpire but is the opinion of one of the national commissioners, Mr. Bainbridge. The award of the umpire, Mr. Barge, follows some pages later, and in particular, at page 134, the umpire stated that the contract lacks the characteristic stipulations of an antichresis and cannot properly be connected to that species of contracts to which in substance it seems to bear most resemblance. And the umpire then went on to make the point about Mr. Heny's "ownership" of the claim which was the reason why I originally cited the award.

Need I say more, Mr. President? I cited eight cases in connection with the status of nominees. Of these Professor Ago chose to attack three with a view, as he put it, to noting "the true weight and significance" of the cases which I had cited as the clearest precedents. True, he showed that my reading of the *Binder-Haas* case as one relating to registered instead of bearer shares was partially wrong. Though that did not deprive my quotations of all significance. Apart from that, however, Professor Ago's attack failed and indeed in each of these three cases his own reading of a material detail has been shown to be in error. The important point here is that the principle for which my eight cases were basically quoted, namely that international law is concerned with beneficial, not legal, interests has come through Professor Ago's attack unscathed.

While dealing with the cases, Mr. President, I should also refer to the manner in which Professor Ago makes use of the *Nottebohm* case in this connection. The Court will recall that I referred to that decision as authority for the proposition that international law would be concerned with protecting the substantial interest possessed by the beneficial owner and not the nominal interest possessed by the nominee. I still think that that submission is right. But Professor Ago tries to use the case in his favour in an unexpected and, in my view, rather odd way. He suggests that it is implicit in the *Nottebohm* case that no right of protection can exist where despite the existence of a factual link between the individual and the State there is no corresponding legal link. I do not in fact accept this suggestion, but for the purposes of the present argument I am prepared to treat it as valid.

Professor Ago then goes on to say that the beneficial owner may have a real factual interest in the shares but has no legal interest in them, and therefore by parity of reasoning cannot be protected. Now, Mr. President, this is simply a play upon words. Professor Ago is pretending that the use of the words "legal owner" or "legal link" in the two contexts have the same meaning, whereas, in fact, they have not. When in relation to the *Nottebohm* principle one speaks of a legal connection, one means that the individual must be recognized as a national under the law of the protecting State. On the other hand, when one distinguishes between the equitable interests of the beneficial owner and the legal interest of the nominal owner, one is not distinguishing between an interest in fact and an interest in law. Both interests are interests protected by law, the equitable interest being the one with which the law is primarily concerned and the legal interest the one with which the law is secondarily concerned.

The legal rights of the beneficial owner are not less rights recognized by law than are the legal rights as a British national of the person who in the ordinary way holds a British passport.

There remain two further observations on the question of nominees

which are particularly connected with the facts of this case and to which, with your leave, Mr. President, I may make rapid reference.

The first is that it is somewhat surprising to find that the Spanish Government should seek to rest a legal point on the question of nominees, when all along the interests of M. March and the Spanish Government itself have recognized that Sidro is the party which has been effectively injured. M. March spoke of the indemnification of the shareholders at the time of the sale to Fesca, the latter addressed themselves to Sidro not to the nominees. The Head of the Spanish State received Mr. Dean as the representative of Sidro, not of Newman and Co., and even the Spanish lawyers who advised the March group recognized the effective association between Sidro and Barcelona Traction. I may refer to the work entitled *La Quiebra de Barcelona Traction* by Antonio Polo and Manuel Balbé, published at Barcelona in 1951. It is described as a dictamen. Since it was not written for the Barcelona Traction interests, it must presumably have been written for and on behalf of the other party and on their instructions. It is interesting to note that there, at page 91, the authors referred to the Belgian law on bankruptcy, saying that it was certainly not unknown to the directors of Barcelona Traction since this company was only an *afiliar* of another company having Belgian nationality.

The second point involves me in asking the Court to peruse again, at its convenience, the diplomatic correspondence exchanged between Spain and the United States on the subject of Barcelona Traction. This is printed in Volume III of the Annexes to the Spanish Preliminary Objections of 1960, pages 245-252. Does this correspondence, I would venture to ask, suggest that the United States in any way regarded itself as entitled to put forward, in respect of the block of Barcelona Traction shares which Newman and Co. held for Sidro, a claim for the substantive loss suffered by the shareholders? The answer is clearly no. The Court will no doubt recall paragraph 2 in Mr. Dean's draft telegram to Mr. Wilmers, dated 15 February 1955, and which appears on page 2 of Appendix 13 in the Belgian New Document 1964, and I quote it:

"Have received request from our Department [which means the United States Department of State] suggesting they have never considered operating company in question American and have treated this matter not as a protection case but on more general grounds of principle regarding treatment and encouragement of international investment and would appreciate extent to which U.S. capital now participating in company."

For anyone to go on and suggest that an owner of shares who permits them to be registered in the name of foreign nominees thus deprives those shares of the national quality of their beneficial owner, in effect thus leaving those shares internationally unprotected, is simply to ignore the basic realities of international business operations and to fly in the face of the needs of those branches of the international community who generate and export capital for foreign development.

[Public hearing of 14 May 1964, morning]

Mr. President and Members of the Court, I come now to the subject-matter of the third of the three main parts of Professor Ago's reply—

the part in which he deals with the question of whether there exists in international law any right for a State to protect its nationals who are shareholders in foreign companies. The main part of Professor Ago's considerations in this connection are grouped together in a section of 16 pages, beginning at page 846 and continuing until page 862 *supra*. In addition, it is necessary to refer back to the second section of the first part of Professor Ago's speech at pages 832 to 836 *supra*, where he alleges that the present claim has always been and still remains one for the protection of Barcelona Traction and not for the protection of the shareholders therein.

It can, I think, fairly be said, Mr. President, that as a result of the oral exchanges which have so far taken place, the essential identity of the issue involved in the third Preliminary Objection has been clearly revealed. On the one hand, the Government of Belgium has pointed to the real and undoubted interests which a shareholder possesses in the activities of a company. Even my learned friend, Professor Ago, has been prepared to contemplate the possibility, as he puts it, that the shareholder may suffer indirect or unfavourable economic repercussions. The Government of Belgium has said, very reasonably, that these interests of the shareholders are of a kind which international law protects and which the Government of Belgium is entitled to assert on behalf of its nationals. And the Belgian Government has said also that it is for the Government of Spain to show some reason why the general right of a State to protect the interests of its nationals should be excluded in those cases where the national is a shareholder in a foreign company and his interest takes the form of a shareholding in such company.

On the other hand, the Government of Spain takes the position that States are not entitled to protect their nationals who are shareholders in foreign companies and who suffer injury as a result of a wrong directed against the company. This for the reason, so the Government of Spain contends, that the only internationally recognizable injury done is that which is done to the national State of the company. Expressed in other terms, the Spanish argument is that the wrongdoing State owes its international duties only to the national State of the company and not to the national State of the shareholders. The Government of Spain excludes the possibility that there may exist parallel interests of company and shareholder; excludes also the possibility that there may exist an opportunity to present claims by the national States of both the company and the shareholder. In short, if a shareholder suffers damage as a result of wrong done to the company, the case, in the view of the Government of Spain, so far as the shareholder is concerned, is one of *damnum sine injuria*.

The Spanish Government recognizes only one case in which a shareholder's interest may be protected—and that is where the injury is done to the company by the very State in which the company is established. Even here, so argues Counsel for Spain, the Court is not faced by an exception to the rule excluding the protection of shareholders. One has here, so he suggests, a situation quite outside the scope of that rule. The situation, my learned friend continues, is one in which the protection afforded to the shareholder flows from the fact that in one way or another it can be said that the damage has been inflicted upon the shareholder directly. This contention is one about which I shall in due course have a submission to make to the Court.

However, there in a nutshell are the respective contentions of the two parties; and the task of the Court is to decide between them. In particular, the question before the Court is whether it is correct to say, as in effect the Government of Spain does, that international law does not recognize or protect the interest of a shareholder in respect of wrongful acts directed towards the company.

Now, with the leave of the Court, I believe that within the proper limits of a rejoinder, I might best be able to assist the Court if I divide the rest of my speech into two parts. In the first part I should like to examine more closely the manner in which Professor Ago developed his argument in reply. In the second part, I should like briefly to pass in review the case which Professor Ago had to meet. This approach will, I hope, indicate that Professor Ago's argument suffers from two critical defects: first, it does not really cover the whole ground which a reply to the Belgian case should cover. It largely avoids the main issue. And second, in so far as Professor Ago's argument does cover the ground, it is my submission that it is not sound.

May I then turn to my learned friend's development of his case. His main point, though much repeated and presented in different patterns, is essentially a simple one. He argues that a State cannot protect one of its nationals who is a shareholder in a foreign company in respect of wrongs directed towards the company because, he says, the wrongdoing State owed an international duty only to the national State of the company and not at all to the national State of the shareholder. Implicit in this approach is the proposition that the normal result of a wrongful act of a State is that only one other subject of international law is injured. In consequence, if it is shown that the national State of the company is injured, that excludes the possibility that the national State of the shareholder could also be injured.

Now, Professor Ago appears to consider that the mere assertion of this proposition establishes its validity. However, it is, in my submission, essential to appreciate that the proposition is not valid.

There is no reason, whether as a matter of general jurisprudence or as a matter of international law in particular, why an act by a State should not be attended by multiple legal consequences, in the sense that the act may justify action by more than one State or international person. To refer, as my learned friend does in this connection, to the absence of any intention of the State to injure more than one party, is quite irrelevant. Direct intention to injure the person actually injured is not an essential element in the establishment of international responsibility. This, I submit, is inherent in the Judgment of this Court in the *Corfu Channel, Merits* case. To the extent that intention is relevant, it bears upon the intent to do the act which was done not the intent to achieve the result which followed. What matters in each case, is whether the act in question violates any duty of the wrongdoing State. The existence of a duty in its turn depends upon whether there exists an internationally recognized legal right in the other party. If the legal right exists, then there is a duty upon States not to violate it. If in fact a State acts in a manner which violates the right, then the intention of the State to violate or not to violate the right is irrelevant. The State is responsible for what it has done. Perhaps I may put my point in terms of the present case, in terms parallel to those used by Professor Ago at page 850 *supra*. It is no argument to assert in the form of a rhetorical question that a

denial of justice consisting in a declaration of bankruptcy pronounced by a Spanish court against the Canadian company does not infringe any international obligation upon Spain towards Belgium. It is true that the person immediately affected by the Spanish conduct was Barcelona Traction. Equally, it is true that the international person immediately injured by the denial of justice was Canada. But to assert that, or to admit that, is not to exclude the possibility that the same conduct may have injured a shareholder in Barcelona Traction, and may have occasioned international responsibility of Spain towards the shareholder's national State, in this case, Belgium. If Belgian nationals or shareholders have in international law a right entitled to protection, the assertion that Spain did not intend to violate that right neither invalidates the right of protection nor validates the Spanish action. It remains necessary therefore, to determine whether the independent right of the shareholder does exist. I shall in due course indicate the positive considerations which compel an affirmative answer to this question. But for the moment, I want to do no more than rebut a negative consideration. I shall therefore deal only with the point on which the Spanish case rests, namely their proposition that any given act by a State can occasion liability in respect of that act only towards one other subject of international law.

Now, in relation to this problem, I can immediately pray in aid the cogent support of a decision of this very Court on exactly that point.

Mr. President, the case which I have in mind is the Advisory Opinion of this Court of 11 April 1949 on *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. The reference is *I.C.J. Reports 1949, page 174*. As the case is of such material importance, I ought to remind the Court first of the question which was submitted to it by the General Assembly.

"I. In the event of an Agent of the United Nations in the performance of his duties suffering injury in circumstances involving the responsibility of a State, has the United Nations, as an Organization, the capacity to bring an international claim against the responsible *de jure* or *de facto* government with a view to obtaining the reparation due in respect of the damage caused (a) to the United Nations, (b) to the victim or to persons entitled through him?

II. In the event of an affirmative reply on point I (b), how is action by the United Nations to be reconciled with such rights as may be possessed by the State of which the victim is a national?"

Those were the two questions which were put by the Assembly to this Court.

Now, I will not take the Court's time by referring to those parts of the Opinion in which the conclusion was reached that the United Nations possesses international capacity to make a claim in respect of damage done to the United Nations. I will go immediately to that part of the Opinion in which the Court held that the capacity of the United Nations to make a claim extended even to cover a claim in respect of damage caused to the individual. Now, the point to observe here is that the Court expressly held that—

"the Organization has the capacity to claim adequate reparation, and that in assessing this reparation it [the Organization] is authorized to include the damage suffered by the victim or by persons entitled through him". (*I.C.J. Reports 1949, p. 184*)

The principal basis for this conclusion was, as the Court will recall, that the Court considered that members of the United Nations staff should enjoy the security arising out of the knowledge that the Organization would be able to intervene to claim damages on their behalf in respect of injuries suffered by those officials in connection with their international activities—even though the possibility existed that a parallel claim might be brought by the State of which the official was a national.

We are thus confronted by a situation in which a State, whether or not a Member of the United Nations, injuring a particular individual might find, if that individual happened to be an official of the United Nations, that in respect of the injury done to that individual, claims could be presented against the wrong-doing State, both by the individual's State and by the United Nations; that there were in effect two independent rights of action. At the same time, the Court recognized that a payment of damages to the claimant State would extinguish liability of the United Nations in respect of the same head of injury, and vice versa, that a payment to the United Nations would extinguish the liability to the State of the injured person in respect of the same head of injury.

The relevant passages are at pages 185 to 186 of the Court's Opinion and a brief reference has already been made to them by Professor Sauser-Hall.

Now, while I do not say that the situation in the *Reparation for Injuries* case is identical with that in the present case, I do submit that it is sufficiently similar to justify the application of the same principles. The Opinion recognizes the possibility that a single illegal act can give rise to independent causes of action at the instance of separate international persons, but in relation to the injury suffered by the same individual. The Court completely disavowed the doctrine that there was anything "exclusive" in a State's right to exercise diplomatic protection. At page 185 the Court said:

"In such a case [that is, where both the national State and the United Nations have a right to protect the individual], there is no rule of law which assigns priority to the one or to the other, or which compels either the State or the Organization to refrain from bringing an international claim."

The Court conceded, at page 182, that it was (I use the Court's words) "here faced with a new situation". And the Court tackled it, and I say so with great respect, boldly. The Court certainly did not tie itself down to any rigid concepts of the exclusive character of the right of protection enjoyed by the national State of the individual, and in so doing, I submit that the Court illuminated the path which I would invite it to follow in this case—the path of recognizing that there can co-exist in the national State of the company and in the national State of the shareholder, independent rights of action which, if successfully pursued by the one, extinguish the claim of the other.

Indeed, it is in many ways easier to contemplate this possibility in relation to companies, which so obviously bring together more than one interest, than it is in relation to natural persons. Yet, in the *Reparation for Injuries* case the Court was prepared to acknowledge the co-existence of claims in relation even to a natural person.

The point which I am making here, I hasten to add, was implicit not only in Professor Sauser-Hall's argument generally, but more particularly in that section in which he dealt with what may be called the problem of double claims. My distinguished leader thought it right to deal with the question, which so clearly arises, of whether the fact that a State might incur liability to two or more other States or international persons in respect of the same wrong, could give rise to any risk that the wrongdoing State might have to pay damages twice over. In explaining that there really was no such risk, Professor Sauser-Hall referred to the Advisory Opinion on *Reparation for Injuries*. The Court may perhaps see some significance in the fact that Professor Ago made no mention of this problem in his reply. The reason for this omission, I would venture to suggest, is that if Professor Ago had attempted to comment on this part of Professor Sauser-Hall's argument, Professor Ago would have been obliged to deal with the Opinion on *Reparation for Injuries*. And his difficulty, as I see it, is that there is really *no way of escaping from the lesson* of that Advisory Opinion. That lesson is that the Court has recognized the possibility that an international wrong can give rise to separate claims by two international persons in respect of the single injury. That conclusion is in flat contradiction of Professor Ago's basic thesis in this part of his case.

At this point, I might perhaps add, almost parenthetically, that in the present case the facts are such that it is virtually impossible now to contemplate any possibility of an overlapping claim by Canada and by Belgium in respect of the damage done to the Belgian shareholders in Barcelona Traction. This conclusion is inherent in the observations which I made yesterday on the nature and limited extent of Canadian concern with this case since 1952.

Mr. President, there is, I should add, nothing internally inconsistent with the position which the Belgian Government has adopted in this connection. I have in mind here the point which Professor Ago made at pages 855 to 856 *supra*. He there suggested that if one overrides the concept of corporate personality for the purpose of protecting shareholders one must decide "to abandon definitely the principle of the juristic person as such". The case of the Belgian Government is that it is perfectly possible for two international claims to co-exist; and the question of which State shall assert the claim is one to be considered in each case having regard to all the surrounding circumstances. There may, indeed, be cases where the degree of connection between the company and the State of incorporation is so small as to exclude the existence of a "genuine link" and, therefore, to exclude the possibility of protection. Equally, there may be cases where the interest of the shareholder is so little affected that he ought not to be permitted to claim—as, for example, where the wrong done to the company is trifling and the shares owned by the particular shareholder are few in number. In short, the Belgian position is that there is room, and need, for flexibility in the application of the rules relating to protection in relation as much to corporations as to shareholders.

So to argue does not give rise to "the considerable difficulties" which Professor Ago advances at page 855 *supra*. In fact, he gives only one example, which may be presumed to be the best at his disposal. He says that if international law is to lift the corporate veil, what is to happen to treaties relating to the treatment of foreigners and which extend to

juristic persons? "It is hard", Professor Ago said, "to see how a third State intervening on behalf of shareholders could claim the benefit of a treaty to which it is not a party." Two answers may be given to this point. The first is that the present case does not involve an attempt by a third party to seek the enforcement of treaty standards. There are judicial observations by various Members of this Court, as I indicated in my earlier speech, which make it plain that the fact that a reasonable proposition may be pushed to unreasonable extremes does not invalidate the proposition in its original reasonable form. Secondly, it should be noted that States have become increasingly aware of the problem of defining companies in treaties, and now frequently indicate clearly the extent to which, if at all, the corporate veil is to be lifted in connection with the treaty. I may mention, for example, the provisions relating to "substantial ownership" which are inserted to qualify the definition of national companies in the various air transit agreements. And, again, I can refer the Court once more to the provisions in the draft convention prepared by the Organisation for Economic Co-operation and Development on the protection of foreign investment, and again, to the more recent convention prepared by the International Bank relating to the settlement of investment disputes; both these conventions grapple with this problem of penetrating corporate structure.

When Professor Ago moved from the plane of international law to that of municipal law his argument remained confined to theoretical generalities of a kind little related to the exigencies of modern corporate life. There is more than a measure of artificiality in the strictness of the concept of corporate personality which Professor Ago developed, and this appeared particularly in the section where he dealt with the lifting of the corporate veil. There he suggested that the right to lift the corporate veil constitutes a safeguard for third parties and serves as a counter-weight to the privilege of incorporation. The idea must be recognized as ingenious, even if ill-founded. There is in the work of Professor Gower on *Modern Company Law*, to which Professor Ago in his turn referred, a chapter entitled "Lifting the Veil", which I would respectfully commend to the Court. Professor Gower there points out, and I refer to page 188 of the second edition, 1957, that—

"the most striking limitation imposed by the Companies Act [that is, the English Companies Act] in the recognition of the separate personality of each individual company is, however, in connection with associated companies within the same group enterprise. This recognition takes the form inter alia of requiring the production of group or consolidated accounts when companies are owned by one another in the form of a chain",

—in other words, the accounts disregard entirely the separate legal personalities of the companies constituting the group. But on the next page Professor Gower indicates that the person who really benefits from the requirement that group companies shall produce consolidated accounts is the individual shareholder. I suppose that Professor Ago might contend that in those circumstances even a shareholder in a group company was the third person for whose benefit he suggests that the lifting of the veil is permitted, but the fact remains that the policy behind the lifting of the veil in relation to group companies is not at all consistent with the late nineteenth-century and early twentieth-

century view of company structure and activities upon which Professor Ago rests his case. It may interest the Court to know that Professor Gower, after citing in a footnote the sentence from the case *United States against Milwaukee Refrigerator Transit Company* which was quoted by Professor Ago at page 856 *supra*, Professor Gower went on to say "but we [that is, the English law] lag far behind the United States in applying this principle" (p. 208).

Mr. President, after dealing with the theory of companies in municipal law, the rest of Professor Ago's argument was taken up partly with a reference to two authorities and partly with some considerations of a general nature. So far as the latter are concerned, I think it will be convenient if I refer to them later, in the second section of this part of my speech. But so far as the authorities are concerned I am, somewhat reluctantly, obliged to say something about them now.

Professor Ago devoted some four pages of his argument—pages 858 to 861 *supra*—to a consideration of the *Delagoa Bay* case. My own justification for returning to this case is that Professor Ago has now succeeded in distorting it out of all recognition. On pages 858 to 859 *supra* of his speech there are no less than four questionable statements. I would be failing in my duty to the Court, to the Government which it is my honour to represent and to my colleague Professor Sausser-Hall if I allowed either those statements or the general impression of the case which Professor Ago has given to pass without some attempt at correction.

Mr. President and Members of the Court, although we speak of the *Delagoa Bay* case, the fact is that so far as international law is concerned the principal significance of the events which carry that name lies in the practice, the State practice, of the principal parties—the United Kingdom, the United States and Portugal—and not in the arbitral award rendered by the Tribunal established by those three States.

I must start with the facts, because I cannot accept Professor Ago's statement of them, but I will refer to them in briefest outline. The material facts were that an American, Mr. McMurdo, obtained a concession to build a railway. He was obliged to vest this concession in a company established by him with its seat in Portugal. He, Mr. McMurdo owned all the shares and bonds in the Portuguese company. In order to raise money for the construction of the railway, Mr. McMurdo was obliged to sell all his interest in that Portuguese company, all the shares and bonds in it, to an English company which was set up expressly for the purpose of developing this concession; and Mr. McMurdo received in exchange for what he sold to the English company all the shares in the English company. The English company in its turn raised the money for the venture by issuing bonds, which were subscribed by Englishmen. We thus have a position in which McMurdo's effective interest in the venture took the form exclusively of shares in an English company, the English company owned all the shares in the Portuguese company, and the Portuguese company owned the concession. Some years later the concession was cancelled, and both the United States and the British Governments intervened. Now, in the light of that statement of the salient details, how can Professor Ago say—he even "emphasized"—that neither of the two Governments "asserted the rights of a shareholder in a company which did not have the nationality of the State against which the claim was directed"? The intervention of the United States was in fact based exactly on a situation in which a United States

national was a shareholder in a British company which owned shares in the Portuguese company. This is made quite clear in the passage from the Award which quotes the United States Submissions, and which was cited by Professor Sauser-Hall at page 583 *supra*. And the principal interest of the episode lies in the fact that both the British and the Portuguese Governments acknowledged the right of the United States Government to intervene on behalf of Mr. McMurdo's heirs—the right of the United States to intervene, in other words, in respect of a United States interest through a shareholding in a British company, the injury of course having been done by Portugal to a Portuguese company.

Now, after the intervention of the United States and British Governments we come to the second part of the episode, the arbitral part. The issue before the arbitral tribunal was not, as Professor Ago said, to decide whether the British Government would by itself have to receive all the compensation payable to the British company—not at all. Rather it was—and this is stated in the opening page of the final Award of the tribunal—it was the only part of the first page of the Award which deals with this question of what the tribunal was asked to do; the tribunal concentrated all its emphasis on this part which I now quote—its function was—

“to assess as it deems most just the amount of the compensation due from Portugal to the persons entitled [*les ayant droits*] of the two other countries as a consequence of the rescission of the concession in the Lourenço Marques railway and the taking possession of this railway by the Portuguese Government”.

The task of the commission was to assess the amount of compensation due from Portugal to “*les ayant droits*”.

Professor Ago went on to read to the Court the whole of Chapter X of that part of the Award which is entitled “The Law”. Chapter X is headed “Allocation and Division of the Compensation”. Certainly that chapter says what Professor Ago said it said. With that I do not quarrel. But I do take issue with the significance which has to be attached to those passages. Read without a full appreciation of the law governing the arbitration, on their face they look like a pronouncement by an international tribunal questioning the *locus standi* of the American shareholders in the British company. In fact, this is not their true character. The *Delagoa Bay* arbitration was an intergovernmental arbitration in form only. In substance, it was an arbitration between the Portuguese Government, on the one hand, and the Portuguese and British companies on the other, for the purpose of determining the quantum of compensation due in respect of the termination of the concession. This in fact is already indicated by the wording of the *compromis*, “the amount ... due to ‘the ayant droits’”, not to the Government. In addition, it is important in this connection to observe the content of Chapter II of that part of the Award which is headed “The Law”, because Chapter II is a section entitled “Le Droit applicable”—the proper law—and this is a section to which Professor Ago made no reference whatsoever. In that section, at page 155, the tribunal, having observed that in name the Portuguese company remained the essential party to the litigation, concluded that “*c’est donc aussi le droit portugais qui fait loi dans le présent litige*”: it is thus Portuguese

law which is the proper law in the present case. There was not a word said about public international law—indeed, the Court will recognize from looking at the names of the arbitrators—none of them were public international lawyers. And no reference to public international law can be spelled out of the final paragraph of the section, though I feel that I should read that final paragraph to you:

“But this question [of the proper law] which it was necessary to consider at the outset has only a theoretical significance. In fact, Portuguese law on the decisive and relevant points contains no particular rule which detracts from the general principles of law common to modern states.”

I read that sentence, Mr. President, as simply affirming the applicability of the rules of municipal law to the question in issue before the tribunal, not rules of international law. Read in that light there is nothing either surprising or harmful to the Belgian case in the passages cited by my learned friend Professor Ago. It is perfectly understandable that in terms of municipal law the tribunal was not prepared to acknowledge a direct claim on behalf of the heirs of McMurdo, having regard to the fact that they were only shareholders in the British company.

The other authority mentioned by Professor Ago and which calls for a passing observation is the article by Professor Van Hecke. Professor Ago was good enough to recommend that other passages in the article additional to those which he read should be examined, and I have followed his advice. I feel it right to draw the attention of the Court to the passage which was omitted from the last paragraph quoted by Professor Ago, and which is indicated by the second group of dots on page 866 *supra*. The paragraph begins—and this sentence is quoted by Professor Ago—as follows: “The case must be considered where the country of incorporation would be held to have no *locus standi* because of the fictitious character of the company’s nationality.” Then come the dots. Now, I should read straight on, the sentence runs straight on, but in order to make it clear I must just repeat a bit of it:

“The case must be considered where the country of incorporation would be held to have no *locus standi* because of the fictitious character of the company’s nationality in the way Nottebohm’s Liechtenstein citizenship was held to be fictitious by the International Court of Justice. Would there not [I am continuing now with the quotation from Professor Van Hecke] in such a case be room for intervention by another country on behalf of the shareholders? There would seem to be grounds for such substituted protection because otherwise it would here again result in a situation where no protection at all could be given. Therefore, once intervention by the country of the company’s nationality has been held not admissible, intervention by another country would become possible. But which country is that to be? It is obviously not desirable that any country could claim on behalf of even a single shareholder. Borchard’s proposal leads to the proposition that the country representing more than 50 per cent. of the shareholders would be qualified. But this is virgin field and there is absolutely no certainty that such intervention will be held admissible”.

and that is the end of the quotation of the passage which was omitted.

Mr. President, while I do not attach any special significance to the passage which I have just read, it does, I believe, serve to show that Professor van Hecke's article is not so one-sided as might otherwise appear to be the case. For one thing, it shows clearly that Professor van Hecke certainly did not consider that the protection of shareholders was by any means so clearly excluded as Counsel for Spain would suggest is the case.

If in fact, Mr. President, there is still room for the further citation of authority, I would beg to recommend to the Court a little-known, but nevertheless penetrating and perceptive short study of the problem, which is to be found in the lectures given in 1960 at the Hague Academy by Professor Hakan Nial, the Rector of the University of Stockholm, on selected problems of private international law. The title is slightly deceptive. In fact, the fourth lecture consists of an admirable essay entitled "A Contribution to the Question of the Protection of Companies in International Law", and the reference is the *Recueil des cours* of the Academy, 1960, Volume III, Volume 101 of the series, page 259, and the particular lecture begins at page 311. I will not cite any passages from that lecture but, Mr. President, I adopt the bulk of the reasoning there presented.

Mr. President, that concludes the first part of my consideration of the third part of Professor Ago's speech in which I have examined certain aspects of the positive elements in that speech. I shall therefore turn now in the second part of my speech to the negative elements in Professor Ago's speech. I will consider what it is that Professor Ago has not said which he ought to have said, and why it is that significance should be attached to his omissions.

For the purpose, Mr. President, of considering what Professor Ago omitted may I invite the Court to consider the case which he had to meet. I leave aside as not immediately essential Belgium's starting proposition that Belgium has an undoubted right to protect Belgian nationals. Instead, I go straight to the issue on which Professor Ago has chosen to fight his battle—the question of the existence or non-existence of an internationally recognizable interest of the shareholder. Put into its bluntest form, if Spain can satisfy the Court that in no circumstances does customary international law recognize the existence of a shareholder's interest in a foreign company, then Spain is entitled to judgment. But if Belgium can satisfy the Court that even in some circumstances international law recognizes that the shareholder has a protectable interest, then, for reasons that I shall presently develop, Belgium is entitled to judgment.

At the outset, the point on which I must lay emphasis is that the question arises in terms of international law, not municipal law. The problem is not whether municipal law recognizes that a shareholder has an interest in the property of the company prior to its dissolution. The question is whether international law acknowledges an interest sufficiently certain and identifiable to be capable of recognition as a right in terms of international law. This is one of the basic points in the case and it is a point which Professor Ago's reply entirely ignores. His approach to the problem is couched exclusively in terms of municipal law. It is coupled with the assumption that if a right does not exist in municipal law it cannot exist in international law. I do not need to do more than merely remind the Court that I cited to it in the course of my earlier argument a number of authorities for the purpose of

establishing that international law would look to the realities of a situation and attribute a status in international law even if not fully in accord with the relevant municipal legal systems. This emphasis on the international-right-creating-significance of facts is a feature which runs through many facets of international law. It may be found, for example, in the law of treaties illustrated in the attitude adopted by the Permanent Court of International Justice to the so-called Ihlen Declaration in the *Eastern Greenland* case. For there the Court held that in effect regardless of any constitutional limitation upon the power of the Norwegian Foreign Minister to conclude treaties, the declaration which Mr. Ihlen, as Foreign Minister, had made to the Danish Foreign Minister was binding upon Norway.

In other words, the Court in that case did not consider itself bound, when dealing with relations between States, by a limitation imposed by municipal law. It was an acknowledgment of the international right creating effect of facts.

Having thus, as I have now, indicated that the task of the Belgian Government is to establish international recognition of the rights of shareholders I can pass on to review briefly the manner in which Professor Ago has failed to meet the salient points in the Belgian case. The evidence which the Belgian Government has presented to the Court falls into two groups which may be described as "direct" evidence and "indirect" evidence. The direct evidence consists of cases in which international law, whether through State practice or otherwise, has actually acknowledged the existence of the shareholder's interest and has allowed intervention for its protection. This evidence consists also of the reverse side of that particular coin, namely the fact, as stated by Professor Sauser-Hall at pages 587 to 589 *supra*, the reverse side, namely that there are no precedents which exclude the right of protection of a shareholder. The indirect evidence consists of those cases in which, in relation to the protection of companies as such, international law has raised the veil of corporate personality and has denied the national status of a company on the ground that its shareholders are not of the same nationality. This indirect evidence does not, of course, provide positive proof of a right to protect shareholders. But it seems to confirm, which Professor Ago is so keen to reject, that there exists in international law the clear possibility of lifting the veil and penetrating to the real core of corporate structure.

I shall deal with each of these classes of evidence in turn.

First, the direct evidence. So far as the direct evidence of the recognition of the rights of shareholders is concerned, the Court has been referred to international arbitral decisions and to State practice—I leave the views of authors on the side. The evidence of State practice has taken the form of indications of diplomatic interventions and attitudes, as in the *Delagoa Bay* case, as well as of a variety of treaty provisions. Now it is legitimate to ask to what extent Professor Ago has taken these classes of evidence into consideration in his reply. The answer is that beyond his excursion into the *Delagoa Bay* episode, he has not referred to them at all. His theory ignores entirely the fact that the interests of shareholders have received international recognition. I admit that Professor Ago cannot be expected to restate the whole of his case in reply, but that does not entitle him to ignore, or to invite the Court to ignore, the evidence before it. In particular, he did not seek

to question, nor did he comment upon, the references to the probative value of the treaties referred to by the Belgian Government. Not a word was there about the effect of the compensation treaties which lifted the veil, except a passing reference to the fact that the veil had been lifted there because the State paying the compensation wanted to protect itself from the possibility of double claims, but no attempt to grapple with the substance of my observations on that point. Not a word was there about the very interesting evidence to be found in the Mexican Claims Conventions of the 1920s to one of which Spain was a party and which contained, if one examines their terms, such a clear indication of the real interest, the direct interest, of the shareholder. Nor was anything further heard about the Convention established by the Organisation for European Economic Co-operation and Development. Again, no mention was made of the International Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes, despite the fact that later on in my learned friend's speech he had certain general observations—unsupported by any evidence of current practice—to offer upon investment techniques. Why was he so silent? Did he perhaps recall a sentence which appears in Professor Van Hecke's article just before the passage which Professor Ago cited to the Court and which reads as follows, and I quote from Professor Van Hecke: "In order to complete the picture recent treaty provisions must also be considered, for indeed a consistent treaty practice points to the formation of a rule of customary law." Or did Professor Ago think that the attraction of his argument would be such as to render its hearers forgetful of the detailed and serious considerations of law and practice which govern this case?

It is at this point—in connection with the treatment of the direct evidence—that I ought to say a word about Professor Ago's explanation of the one situation in which he admits that there is positive evidence that international law permits the State of a shareholder to intervene for his protection. That is the case where the company is injured by the very State in which it is incorporated. I am trying to put Professor Ago's point as fairly as I can. That is why I have not called this situation "an exception" to the rule excluding protection of shareholders. Professor Ago did not wish it to be called an exception. It was, so I understood him to say, simply another application of the ordinary rule governing the liability of the State. A State, he said, cannot be liable to itself, so that when a wrong is done to a company incorporated in a State's own territory, the wrong must be treated as having been done to the foreign shareholder. That is Professor Ago's explanation of why the wrong-doing State is liable in that situation to the shareholder.

But really this is a very difficult argument to follow. How does Professor Ago jump over the fundamental barrier which he has himself constructed? According to his basic thesis, if the company exists the shareholder can have no independent rights. Surely, if this thesis is correct, it must lead to the admission that when a State injures one of its own companies, no less than when a State injures a foreign company, the individual shareholder suffers no internationally recognizable damage and is not entitled to any international protection. Yet, this is the admission which Professor Ago does not make. To say, as he does, that the distinction between the case where the shareholder may be protected and the case where he may not be protected lies in the fact that a State cannot

injure its own company is really to say nothing meaningful at all. Of course it is true that a State cannot in international law terms injure its own national company, but that does not by itself convert the wrongful act of the State towards the company into an injury to the shareholder. Something more is necessary. And it is that "something more" which Professor Ago hardly recognizes or describes—and I would hazard the view that his scant attention to this problem reflects perhaps a realization that the only thing which that something more could be is the recognition in international law of the direct interest of the shareholder.

It does not really advance matters to suggest, as my learned friend repeatedly does, that those cases of injury to a company by its own national State which have led to the protection of the foreign shareholder by his own State have been ones in which injury had been directly inflicted upon the person of the member of the company. For in that case one is entitled to ask how was it possible for the shareholder to suffer a direct injury in the face of Professor Ago's insistence that the shareholder is completely enveloped by the mantle of the company. The simple, logical answer is that it is not possible for the shareholder to suffer injury so long as the corporate mantle is about him. Consequently, the fact that his capacity to suffer injury has been recognized must mean that he has an interest, quite distinct from that of the company, an interest which is capable of being injured and of being protected.

Even if Professor Ago were to limit his proposition to the case in which the national company was dissolved by or in consequence of the injurious act, his proposition would still not be tenable. For in that case he would immediately be confronted with problems relating to the continuity of nationality of claims. A claim must be national at the moment of the original wrong. But at the moment of the wrong, on Professor Ago's hypothesis, the company was still in existence. Unless the shareholder actually possessed an internationally recognized right prior to the injury, the injury could not have been done to him. Yet the possession of such a right is exactly what Professor Ago denies. And if the right of the shareholder came into existence after the injury was done, then the rule relating to the continuity of the nationality of claims, in particular the rule relating to nationality of claims at the moment at which the wrong was done, cannot be satisfied.

Mr. President and Members of the Court, there is, I submit, only one way out of the difficulty posed by the acknowledgment that a State can be liable to shareholders when the injury is done to a corporation established in the wrong-doing State. It is to recognize this not as an exception to the rule, but as a reflection of the rule. The rule is that international law recognizes the right of a shareholder, whether the company is incorporated in the wrong-doing State or elsewhere, and it is nothing more than an historical accident that there happened to be illustrations of the former situation as well as of the latter situation. In logic, in my submission, the two cases are quite indistinguishable.

[Public hearing of 14 May 1964, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, I pass now to a brief reference to what I have called the indirect side of the evidence presented by the

Government of Belgium in support of its proposition that international law recognizes the right of a shareholder to protection. This evidence is indirect in the sense that it is not directly concerned with the protection of shareholders as such. Instead, it relates to the connection between the national status of a corporation and the nationality of its shareholders. The evidence consists of instances in which a corporation has been denied the national status which it would normally bear by reason of its incorporation in a particular State, denied that national status on the ground that its shareholders wholly or predominantly are of a different nationality. Now it is not, I believe, necessary for me to go over this evidence again. There really is no dispute between the Parties as to its existence and no dispute indeed even that its effect is to deny protection to the corporation in the stated circumstances. But what Professor Ago says about this evidence is that it is nothing more than a reflection of the proposition that in international law legal links, if they are to be recognized as valid, must be based upon factual links.

As I see it, the real value of the so-called indirect evidence, the evidence of the cases in which protection has been denied to a company by reason of the national character of the shareholding in it, is that it shows that international law is willing and able to lift the veil of corporate personality. It demonstrates that in situations of fact which are peculiar to international relations, that is, in situations which cannot arise in the sphere of municipal law, there is good reason, supported by ample practice, for rejecting absolute concepts of corporate personality.

This, I would submit, is the overriding conclusion to be drawn from the indirect evidence. It is neither helpful nor accurate to attempt to explain away this evidence in terms—as Professor Ago does—that it is the equivalent in international law of the lifting of the veil in municipal law for the protection of third parties. First of all, as I have already indicated, the most important aspect of the lifting of the veil in municipal law is not related to the protection of third parties. But quite apart from this, a very cogent reason for denying the transposition into international law of this third-party doctrine is that it just won't work. Who in the international field is the third party for whose benefit the corporate veil is to be raised? Is there any reason why the national State of the shareholders should be any the less a third party *vis-à-vis* the injured company than is the wrongdoing State? And, in that case, why should the State of the shareholders not benefit from the lifting of the veil? These questions cannot be answered in a sense favourable to the position of the Spanish Government. The fact is, that Professor Ago's third-party doctrine cannot serve as a satisfactory or full explanation of the lifting of the veil in cases where protection is denied to a company. The full and the satisfactory explanation of that process is that it marks the concern of international law to get to the bottom of things, to see justice done, regardless of the identity of the beneficiary.

I am moving now, Mr. President and Members of the Court, towards the conclusion of my examination of the case which Counsel for Spain had to meet and of the inadequacy of his response to it. It remains for me only to refer to some of the additional considerations which must clearly influence the Court in the conclusion which it may reach. For example, in the course of my speech, I brought together, under the heading of "equitable considerations" a number of points which international practice suggested would be of assistance to the Court in the performance

of its task. As I was at pains to explain, these considerations of equity were not introduced as part of a plea to the Court to change the law. I was not asserting, though Professor Ago has suggested that I was, that the present state of the law was unsatisfactory. I was not in truth exposing the Belgian case to the charge that it could only stand if the present situation were regarded as a unique one. What I was doing was to submit to the Court a variety of considerations which appeared to me to be pertinent in terms of existing law to the solution of the problem before the Court. And what reply has Professor Ago made to the substantive content of the various considerations which I brought together under this heading of the equitable approach to the problem? The answer is, scarcely any reply. One thing which Professor Ago did do was to suggest that I had not given a sufficiently full indication to the Court of the basis upon which the tribunal in the case of the Cayuga Indians had reached its decision. He said, in general terms, that if I had cited to the Court passages appearing a few pages later than those which in fact I did cite, it would have been clear that that tribunal was basing its decision exclusively upon the ability to decide in equity expressly conferred upon it by the treaty of arbitration.

Mr. President and Members of the Court, this representation hardly does justice either to what I said or to what the tribunal said. In my original speech, at II, pages 532 to 534, I dealt expressly with the question of the law applied by the tribunal. I anticipated in terms the point which my learned friend made; but I explained that properly read the award of the tribunal was based upon law. It was not a decision *ex aequo et bono* and the tribunal in effect regarded equity as distinguished from *ex aequo et bono* as part of international law. I do not read anything in the later pages as altering that position. I think it worth comment, Mr. President, that Professor Ago, when seeking to overturn my argument by references to pages in the award subsequent to those which I read, nevertheless did not provide the Court with any specific indication of the passages which he had in mind as confirming his reading of the award. And it could not have been any desire for brevity which led him to this omission since he then went on to read a quotation from a work by Professor Rousseau which could at best have only marginal relevance to the point in issue.

Apart from this point, Professor Ago went on to deal briefly with some of my references to the current needs of the international community. In this connection, he referred to the freedom of companies to choose their place of incorporation. He made the following assertion, which may be found at page 866 *supra*:

"Nobody compels the founders of a company, still less the founders of a big, international financial corporation, to choose one place rather than another for the incorporation of the company, or to establish its head office and its managing organs in that country. They have only themselves to thank if, for reasons which we are not called upon to investigate, they choose to give that company an ineffective nationality, such as would, in a particular case, fail to secure the effective exercise of diplomatic protection."

Now, with all respect to Professor Ago, I am bound to suggest that observations of this kind simply do not reflect the law, the spirit or the

facts underlying business and financial activity, which crosses State frontiers. One important fact to keep in mind, as I sought to suggest in my first speech, is that the choice of a place of incorporation of a company is less and less a matter of free selection and more and more the result of a variety of unchangeable and objective factors. These include the character of legislation, relating to employment or taxation; the local conditions relating to the carrying on of business; the availability of credit, and so on. Moreover, one must bear in mind that in Continental systems of law the legal status of a company is not a matter for completely free choice but is necessarily closely bound to the place where the principal establishment of the business is situated; that is, closely bound, as it has been put in this case, to the "brains" of the enterprise.

I should at this point just digress for a moment to refer to something which Professor Ago said much earlier on in the introductory part of his speech, when he then spoke about the brains of Barcelona Traction. This was a reference which he made for the purpose of suggesting that it was wrong to say that the influence of Belgian directors on the company was decisive and that the influence of Canadian directors was negligible. He observed, for example, that of the 15 board members of Barcelona Traction four were Canadian, two British, two American, two Spanish and only five Belgian. But what he did not observe—or at any rate did not state—was that two of the Americans were nominees of Sidro and that one was Mr. Heinemann, the President of Sofina; that one of the British members had been on the board since a date prior to the acquisition by Sidro of its holding in Barcelona Traction and that the other was Mr. Wilmers, a director of Sofina and Sidro; that one of the Spaniards was a director of Sidro and that of the four Canadians one had been on the board since 1922, another was the Assistant Secretary, and the other two were members of the legal firms acting for Barcelona Traction and Ebro. When one goes into detail in this way, Mr. President and Members of the Court, one sees that nothing really affects the fundamental fact that Barcelona Traction was a company virtually owned by and definitely controlled by Belgian interests or their non-Belgian representatives.

And now, to return to the factors affecting the place of incorporation of a company. Often, where a group of enterprises of different nationalities agree to co-operate to further development in a number of countries, it is impossible to establish the new company either in the national State of any one of the contributing companies or even in the national State of the venture receiving the investment. And it then becomes necessary to choose some other State.

Mr. President and Members of the Court, perhaps the Court will permit me briefly to illustrate this point about the objective elements affecting the choice of the place of incorporation of a company—to illustrate it by reference to a description which appeared in the London *Times* as recently as this past Saturday, 9 May, of a new 200 million dollar international investment company. *The Times* report stated:

"Adela, the Atlantic Community Development Group for Latin America, is to set up a \$200 million (about £71 million) multi-national private investment company to provide a mechanism to help in creating and expanding medium-sized enterprises in Latin

America. It is to be incorporated in Luxembourg, a report by the executive directors says, and the owners will be leading financial and industrial companies of Europe, North America and Japan.

Each will make an equity subscription of up to \$500,000. It is expected that, with perhaps 100 companies taking part, there will be a total capital of some \$40 million, and it is hoped that a similar amount will be raised locally. The \$80 million total is expected to support at least \$120 million of loans and short-term credit in the project companies, or an over-all capital mobilisation of about \$200 million.

In addition, when Adela operates mainly as a promoter, or enters a venture as one among several partners, it will help activate still other funds. The company will have operating offices in Europe and the United States. Control will be in the hands of a governing board of senior executives of perhaps 15 participant companies."

Now, clearly in relation to such a company as this, a variety of objective considerations have led to the decision to establish it in Luxembourg rather than elsewhere. Thus, the choice of a place of incorporation is deliberate, but it is certainly not, I would venture to suggest, dominated by considerations of international diplomatic protection.

Another factor which tends to separate the national status of a company from any intentions which its founders might have had, is, of course, the temporal element—the effect of the passage of years. This is an important point and can make nonsense of Professor Ago's suggestion that the founders of a company are free to give it an effective nationality as by establishing it in a country where the bulk of its shareholders are resident. For example, at a time when a company is established in the territory of State A, it is quite possible that all the individuals interested in it are also nationals of State A. But in the course of years the national character of the shareholding in the company may undergo radical changes. All the shares, or the bulk of the shares, may pass into the hands of nationals of State B or State C. Only a few years ago all the shares in the Ford Motor Company of England, which had hitherto been a British-owned company, were bought by the Ford Motor Company of the United States in one of the largest take-over bids ever made in England, thus strikingly altering the character of the English company.

The same is true, indeed, even of Barcelona Traction. The dominant Belgian participation was only achieved in the early 1930s. What started as a Canadian-British company became effectively Belgian. One could not expect the company to be wound up in Canada and to have its seat transferred to Brussels. That would have been artificial, unnecessary and, indeed, very difficult to do.

Finally, in this order of ideas, I must advert once again to the consequences which would follow if the Court were to uphold the third Preliminary Objection. The Court would, in effect, be lending support to a formalistic and rigid approach to the question of diplomatic protection, an approach which is alien both to the Court's own jurisprudence and to the needs of the times.

There is no reason of law, nor any consideration of convenience, which requires the denial of the right of a State to protect its nationals who are shareholders in foreign companies. Nor does it add anything

to the argument to suggest, as Professor Ago does at page 865 *supra*, that there is no excuse for, as he puts it,

“seeking to obstruct the rule which confers upon and reserves to the national State of a legal entity the right to demand of foreign States that a certain treatment be accorded to that entity and the right to intervene for its protection in case that treatment is not ensured to it”.

The Government of Belgium does not seek to obstruct the right of the State of incorporation of a company to act for its protection, though the Government of Belgium certainly does deny the exclusive character of that right of action—at least if the effect of that exclusivity is to deprive the real interests in the company of any hope of diplomatic protection. The Government of Belgium is not asking the Court to make a new rule of law in this connection, but rather to recognize an existing rule—a rule which acknowledges the parallel right of protection of the State of incorporation and the State of the shareholder.

Of course, the problem must be faced: how far does the right of action of the shareholder's State go? More particularly, first one must ask, can an action be maintained for one shareholder owning only an insignificant quantity of stock? And second, one must ask, can it be maintained in respect of any type of injury which may be inflicted upon the company? In theory, the answer to the first question is “yes”, but in practice it is “no”. It is in this connection that one may rely upon the good sense of States to refuse to protect nationals whose injuries are insubstantial. In the present case though, no problem of this kind arises because, of course, the Belgian interests in Barcelona Traction constitute 88 per cent. of the shares.

As to the second question, namely can the claim be maintained in respect of any type of injury suffered by the company, the answer is, again in theory, that any damage done to the company damages the interest of the shareholder, as Professor Sauser-Hall indicated at page 591 *supra*. But, again, it is a matter for the discretion of the protecting State in each case to decide whether the quantity of damage done to the company is such as to warrant intervention on behalf of the shareholder. However, it can be said with all confidence—and this is the distinguishing mark of all the relevant precedents—that the right of protection certainly exists where the injury done to the company strikes at the fundamentals of its being, either by wrongfully depriving it of all, or virtually all of its property, or by revoking a concession which forms the basis of all its activities. Practice has not given any indication yet of what lesser degrees of injury would warrant intervention; probably because States have not considered it necessary or desirable to intervene on behalf of their shareholders in such circumstances. But, in my submission, it is not necessary for the Court to probe this aspect of the problem since, in the present case, it is clear that the wrong which has been done to Barcelona Traction has effectively deprived it of all its assets.

Now, Professor Ago has not really grappled with this aspect of the matter. Perhaps, from the point of view which he adopted, it was not necessary for him to do so. In passing, however, he expressed surprise that I should have spoken of Barcelona Traction as having lost all its property, and its *raison d'être*, at a time when the shares of the company

still stand at a higher price in the principal stock exchanges than they did before the bankruptcy. With respect to Professor Ago, I cannot see the inconsistency between the truth of my proposition and the character of his. The fact is that Barcelona Traction has lost the whole of its property and nothing can change that. In these circumstances, if share prices must be brought into the discussion, it can be seen that the share price, at whatever level it may be that is higher than nil, cannot truly reflect the value of the assets. All that remains is the hope that the present proceedings before this Court may succeed. On that basis, and that basis alone, there is a small and narrow market in Barcelona Traction shares bought essentially for speculative purposes. The market is so small that the price is maintained by a few transactions and the current price thus represents the entirely arbitrary assessment of the value of the present claim, an assessment made by a few people of what a share might be worth in the event of success.

An important factor in this market price is that Sidro, which after all holds the bulk of the shares, has not sold any of its Barcelona Traction shares. If Sidro were to seek to put any substantial part of its shares on the market there would be no buyers and the price would tumble to rock bottom in no time at all.

Mr. President and Members of the Court, I doubt if I need say more to show that, so far as the important question of the protection of the shareholders' interest is concerned, the main line of Professor Ago's speech has not really been directed to the principal arguments advanced on behalf of the Government of Belgium; and, in my submission, he has said nothing which really defeats the proposition of the Belgian Government that it is entitled to intervene on behalf of the Belgian shareholders in Barcelona Traction.

However, there remains one matter in Professor Ago's speech which I have deferred examining until now, because it seemed to me that it could best be considered after the substantive case for Belgium had been put.

The Court will recall that the first part of Professor Ago's speech, on the scope and meaning of the present action, was divided into two sections. With the first section, in which he submitted that the Belgian Government was precluded from instituting the present proceedings, with that I have already dealt. But I have not touched upon the second section, in which my learned friend contended that the present action must still be regarded as one for the protection of Barcelona Traction rather than as one for the protection of the shareholders. The legal function of this argument, I must admit, escapes my understanding. However, the gist of the content of the argument would seem to be, as stated by Professor Ago at page 832 *supra*, that the present claim could be put forward only by a State which was intervening for the protection of Barcelona Traction. My substantive reason for deferring consideration of this point is that it only has meaning if one accepts my learned friend's basic contentions: first, that a State which injures a company can never injure the shareholders therein and, second, that the shareholder has no protectable interest of his own. But once these contentions have been rejected, as I have tried to show should be the case, then Professor Ago's argument on this point can be seen in its true light—as nothing more, really, than a statement of the obvious, a statement which is quite unattended by any specific legal consequences.

In this connection, may I refer the Court to Professor Ago's propositions which appear at pages 833 to 836 *supra*. As to his first point, of course it is true that the acts of the organs of the Spanish State which lie at the origin of the present case were acts performed in relation to Barcelona Traction and its subsidiaries. But that does not exclude the possibility (the Belgian Government would say, the fact) that, at the same time, they were acts which caused injury to Sidro and the other Belgian shareholders.

The same comment may be made in relation to Professor Ago's second point—that the denial of justice was committed only against Barcelona Traction and its subsidiaries. True—but in law, when an internationally unlawful act is committed against a company in such a manner as effectively to deprive the company of all its assets, the wrong—whether it be a denial of justice or an expropriation—is equally done to the shareholders.

Professor Ago's third point is largely the same as the first two, and I need not comment expressly upon it.

His fourth point applies the same concepts to the nature of the reparation which the Government of Belgium seeks on behalf of the shareholders. My learned friend stated, at page 833 *supra* that:

“the reparation which the Applicant Party claims in its Submissions is represented by the restoration of or compensation for situations or rights which are unquestionably situations and rights pertaining to the company and not to some of its shareholders”.

As I have already indicated, this can only be correct if one accepts Professor Ago's denial of the independent right of the shareholders—a denial which I have contended is not justified. The six comments which Professor Ago makes on this proposition of his may all be met in the same way, and, with one exception, I shall not deal with them.

The exception relates to the second comment, which appears on page 834 *supra* and in which, after referring to the fact that Belgium has sought the *restitutio in integrum* of the undertaking, my learned friend suggests that there is something wrong in the failure of the Belgian Government to maintain as an alternative claim one for the full losses suffered by the company.

“It is hard to see [he says] why a State which thinks itself authorized to ask for nothing less than the annulment of the acts which affected a company, should not feel itself equally authorized to ask, as an alternative, for full compensation for the losses allegedly caused to the company by the acts in question”.

The answer to this statement is simple: the obligation of a wrongdoing State is to make reparation for its wrong. There is the authority of the Permanent Court of International Justice, expressed in the *Chorzów Factory* case, for the proposition that basically reparation must take the form of *restitutio in integrum*. Belgium is bound to seek this solution first for its nationals. The fact that this may incidentally benefit other shareholders, non-Belgians, does not matter. But that is quite different from the Belgian Government actually asking for damages in respect of injury to non-nationals. Should the claim for *restitutio* fail, then Belgium is entitled to claim only for the damage actually done to her nationals,

and to her nationals only. There is, thus, no logical inconsistency in the Belgian position.

Mr. President, Members of the Court, this brings me to the end of my speech in reply to Professor Ago. I hope that I may have succeeded in demonstrating two things: first, that my learned friend's speech did not really meet the case which had been made out against Spain, indeed it largely avoided the arguments which had been advanced on behalf of the Government of Belgium; secondly, I may hope that I have shown that his speech was in error in a number of important respects.

This concludes the presentation of this part of the case on behalf of the Government of Belgium, with the exception of the answers to the questions put by Judge Sir Gerald Fitzmaurice. I would therefore ask you, Mr. President, to be good enough to call upon my distinguished colleague Professor Sauser-Hall to present these answers.

However, may I first, Mr. President and Members of the Court, say once again how greatly I appreciate the patience with which the Court has listened to these remarks of mine. I can only hope that the Court will not feel that I have taken longer to perform my task than was strictly necessary.

---

## DUPLIQUE DE M. SAUSER-HALL

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

*[Audience publique du 14 mai 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, mon éminent collègue, le professeur Lauterpacht, a bien voulu se charger de la tâche de présenter à la Cour notre réponse commune à la réplique de l'Espagne. Il s'en est acquitté avec le talent que vous avez pu constater et je tiens à lui exprimer mes remerciements. Après son exposé, il ne nous reste plus qu'à répondre à la question de M. le juge Gerald Fitzmaurice. Ce sera l'objet principal de mon intervention. Mais la Cour comprendra sans doute que je saisisse cette occasion pour lui exposer une dernière fois, dans des termes aussi concis et aussi clairs que possible, quelle est la position du Gouvernement belge relativement aux points de droit sur lesquels les Parties se trouvent divisées et quel est l'essentiel de notre argumentation.

La question posée par sir Gerald Fitzmaurice concernant la troisième exception est complexe. Après avoir rappelé succinctement la thèse espagnole, elle énumère quatre propositions qui ont été formulées à divers moments de la procédure orale par les conseils du Gouvernement belge. Constatant que les quatre propositions qu'il vient d'énoncer ne sont peut-être pas à tous égards entièrement compatibles les unes avec les autres, M. le juge Fitzmaurice émet le vœu que le Gouvernement belge indique sur laquelle des thèses énoncées il se fonde ou subsidiairement dans quel ordre de préférence il les range et s'il préférerait qu'elles soient formulées d'une autre façon.

Je voudrais profiter de l'honneur qui m'est échu de répondre à ses questions pour présenter à la Cour ce que je voudrais être une synthèse de la position belge en l'opposant à certains aspects au moins de la position espagnole.

Et tout d'abord il convient que j'indique clairement à la Cour que le Gouvernement belge range les thèses formulées par M. le juge Fitzmaurice dans l'ordre suivant, que mon bref commentaire n'aura pas de peine à justifier. Nous placerons en tête la thèse énoncée sous le n° IV; puis viendra celle formulée sous le n° III. Elles seront suivies des thèses portant les nos I et II.

Premièrement, j'aborde donc mon premier point en rappelant les termes de la thèse reprise sous le chiffre IV dans la question de M. le juge Fitzmaurice. Il y est dit: « Positivement une règle définie de droit international permet à un gouvernement d'exercer activement une telle protection. » « Une telle protection », cela signifie la protection des intérêts de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère.

A ce sujet, le Gouvernement belge part du principe fondamental que tout Etat, en vertu du droit des gens, a le droit de protéger ceux de ses ressortissants lésés dans leurs biens, droits et intérêts par un acte internationalement illicite d'un Etat étranger, sans qu'aucune discrimi-

nation ne puisse être opérée entre ses ressortissants suivant la nature de ces biens, droits ou intérêts, dès l'instant où leur nationalité est établie.

Au nombre de ces biens, droits et intérêts peuvent figurer ceux qui s'attachent à la qualité d'actionnaire d'une société étrangère.

En conséquence, le Gouvernement belge ne voit pas ce qui pourrait lui enlever le droit d'assumer la protection de ses ressortissants qui sont lésés dans les biens, droits et intérêts qu'ils possèdent en tant qu'actionnaires d'une société étrangère qui a été victime d'un acte internationalement illicite.

Le Gouvernement belge a signalé, tant dans ses écrits que dans ses plaidoiries, que ce principe général de droit international en matière de protection a été reconnu et appliqué en faveur de ressortissants actionnaires de sociétés étrangères dans plusieurs précédents arbitraux, dans la pratique des gouvernements et dans de nombreux traités de nature variée conclus entre les Etats au cours des quelque cinquante dernières années.

Le Gouvernement belge soutient donc que le droit des gens reconnaît à un Etat le droit de protéger ses ressortissants actionnaires, et qu'il ne s'agit pas là d'une règle particulière dérogeant aux principes généraux, mais au contraire d'une application des principes généraux à un cas particulier.

Pour le Gouvernement belge, la situation est donc simple. Il estime avoir prouvé à satisfaction de droit, nonobstant les contestations soulevées sur ce point par la Partie adverse, que les actions de la Barcelona Traction appartiennent, dans leur écrasante majorité, à des ressortissants belges, personnes physiques ou morales; il allègue au fond que des actes internationalement illicites des autorités administratives et judiciaires de l'Espagne leur ont causé, en tant qu'actionnaires de cette société, des dommages considérables et qu'un lien de causalité existe entre les actes et omissions de ces autorités et le dommage subi. Dès lors, le Gouvernement belge estime avoir le droit de les protéger par la voie diplomatique et par la voie judiciaire internationale.

Deuxièmement, le Gouvernement belge estime en deuxième lieu qu'à supposer — pure hypothèse de notre part — que les conséquences déduites ci-avant des principes généraux n'aient pas trouvé jusqu'ici de confirmation formelle dans la doctrine, dans la jurisprudence, dans la pratique des gouvernements, dans les traités, l'examen du droit international conduit au minimum à la conclusion décrite par sir Gerald Fitzmaurice comme négative et qu'il a libellée comme suit:

«Négativement — aucune règle de droit international n'interdit au gouvernement de protéger les intérêts de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère; l'Etat demandeur est donc fondé à le faire.»

En sens contraire, le Gouvernement espagnol soutient qu'en principe le droit international refuse à tout gouvernement le droit de présenter une réclamation en faveur de ses ressortissants qui sont actionnaires d'une société étrangère même s'ils y détiennent une majorité ou y occupent une position de contrôle.

Pour arriver à cette conclusion, le Gouvernement défendeur prétend se fonder sur les principes généraux du droit international en matière de protection diplomatique. Un acte illicite international ne peut,

suivant le Gouvernement espagnol, faire naître un droit de protection que dans le chef de l'Etat national de la personne physique ou morale qui a été directement visée ou atteinte par ledit acte.

Le Gouvernement belge conteste formellement cette interprétation des principes généraux du droit international et particulièrement l'application qu'on prétend en faire au cas du dommage causé à une société commerciale, ce qui équivaldrait à reconnaître une règle générale prohibitive du droit de protection des actionnaires.

Le Gouvernement belge a développé à l'appui de sa contestation les arguments suivants :

1. un même acte illicite international peut constituer une violation du droit international simultanément à l'égard de plusieurs Etats;
2. l'Etat national de la personne contre laquelle l'acte illicite a été au premier chef commis, n'a pas un droit exclusif ni même préférentiel à la protection diplomatique de tous les intérêts qui auraient été lésés par ledit acte;
3. il en est particulièrement ainsi quand l'acte illicite frappe une société commerciale dont les actionnaires n'ont pas la nationalité, le droit international permettant pour les besoins de la protection diplomatique la recherche, derrière le voile de la personnalité juridique, des personnes qui sont effectivement lésées;
4. l'Etat défendeur a été incapable d'invoquer un seul précédent caractéristique dans lequel un Etat se serait vu refuser le droit de protéger ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère;
5. du moment que l'Etat défendeur admet qu'un droit de protection existe au profit de l'Etat national des actionnaires lorsque la société lésée a la nationalité de l'Etat auteur du dommage, il reconnaît par là nécessairement que son affirmation première est mal fondée et qu'un acte illicite commis à l'égard d'une société peut faire naître un droit de protection en faveur de l'Etat national des actionnaires.

En conclusion sur ce point, le Gouvernement belge estime avoir démontré que l'Espagne ne peut pas invoquer les principes généraux du droit international pour prétendre fonder une règle prohibitive générale excluant le droit de protection des actionnaires. A défaut de pouvoir le faire, l'Espagne devrait donc, pour refuser le *ius standi* à la Belgique, démontrer l'existence d'une règle prohibitive particulière dérogeant aux principes généraux du droit de la protection diplomatique, ce qu'elle n'a pas été en mesure de faire.

[Audience publique du 15 mai 1964, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous ai donc exposé hier la première thèse belge qui est donc basée sur le principe général de la protection nationale des nationaux belges sans discrimination de leurs biens, droits et intérêts, lesquels comprennent aussi leurs droits, biens et intérêts dans une société anonyme étrangère.

Je vous ai exposé aussi la deuxième thèse belge en relevant que si ce point ne pouvait être retenu par la Cour, il faudrait reconnaître au moins qu'aucune règle de droit international n'interdit la protection

des actionnaires par leur Etat national, lorsqu'ils sont lésés par les atteintes au droit d'une société étrangère.

Troisièmement, j'aborde ainsi la troisième partie de ma plaidoirie qui concerne la thèse exposée sous le chiffre I, dans la question de sir Gerald Fitzmaurice. Avant de la répéter pour la facilité de la Cour dans les termes dans lesquels elle a été formulée, il convient de rappeler qu'elle était précédée d'une phrase introductive. Celle-ci évoquait le système de l'Etat défendeur qui nie le droit de protection de l'Etat national des actionnaires, mais elle contenait l'adjonction, la mention suivante — je cite :

« sauf peut-être dans certaines circonstances exceptionnelles, dont le défendeur prétend toutefois qu'elles ne sont pas réalisées en l'espèce ».

Voici maintenant les termes de l'exposé fait sous le chiffre I :

« Il y a dans la présente espèce des circonstances spéciales qui, si elles ne la font pas relever de l'exception éventuellement admise par l'Etat défendeur, suffisent cependant à la faire échapper à la règle ordinaire, à supposer que cette règle soit bien celle que formule l'Etat défendeur — bref, il y a d'autres exceptions à la règle que celles qui sont admises par l'Etat défendeur et la présente espèce relève d'une ou de plusieurs d'entre elles. »

Comme l'indique clairement la phrase introductive qui précède cet exposé, c'est l'Etat défendeur, l'Etat espagnol, qui prétend que la protection des actionnaires par leur Etat national n'est possible que dans certaines circonstances spéciales, c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'elle n'est admise qu'en vertu d'une règle spéciale dérogeant à ce que l'Espagne considère comme le principe général qui est donc pour elle la protection par l'Etat national de la société. L'existence d'une telle règle spéciale est admise par l'Etat espagnol, notamment dans les cas où se trouvent réunies les deux conditions suivantes auxquelles elle attribue un caractère cumulatif :

1. la société lésée a la nationalité de l'Etat auteur du dommage ;
2. la société lésée se trouve dissoute et liquidée.

L'Espagne soutient en outre que la protection des actionnaires serait également admissible en cas d'atteinte directe aux droits propres des actionnaires.

C'est sous la réserve essentielle des thèses générales que j'ai exposées au début de la présente plaidoirie hier, que le Gouvernement belge a abordé l'examen des prétendues circonstances spéciales dans cet exposé, circonstances dont la réunion serait nécessaire suivant le Gouvernement défendeur pour donner ouverture au droit de protection de l'Etat des actionnaires.

En ce qui concerne la double condition dont la réalisation simultanée est posée en règle par l'Espagne, ces deux conditions étant, je vous le rappelle, que la société ait la nationalité de l'Etat auteur du dommage et qu'elle se trouve en outre dissoute et liquidée, nous avons montré que le caractère cumulatif que nos adversaires voudraient vous faire admettre ne trouve aucun appui, aucun fondement dans les précédents qui ont été analysés devant vous.

Quant à la première condition, prise isolément, le Gouvernement belge croit vous avoir démontré que du moment qu'on admet la protection des actionnaires dans le cas où la société lésée a le statut national de l'Etat auteur du dommage, on est amené, par identité de motifs, par les nécessités de la logique, par le système même adopté par l'Espagne, et en quelque sorte *a fortiori*, à l'admettre également dans le cas où la société a le statut d'un Etat tiers.

Quant à la condition suivant laquelle la société devrait se trouver dissoute et liquidée, nous avons souligné que si elle se trouvait réalisée dans certains cas analysés devant vous, elle ne pouvait cependant être cette condition érigée en règle de droit des gens, tout au moins dans la forme stricte fondée sur des conceptions de droit interne en matière de liquidation de sociétés commerciales.

Pour justifier la protection des actionnaires par leur protecteur naturel, c'est-à-dire le gouvernement de l'Etat dont ils sont ressortissants, il suffirait, de toute évidence, que la société se trouvât paralysée ou pratiquement défunte. Or, si tel était le système qui devrait avoir les préférences de la Cour, elle n'aurait, comme nous l'avons montré, aucune peine, en examinant les circonstances de l'espèce, à considérer qu'une telle condition serait réalisée dans le cas de la Barcelona Traction.

En ce qui concerne la troisième condition, celle relative à l'exigence d'un dommage direct causé au droit propre des actionnaires, la Cour constatera encore une fois que les précédents qui lui ont été exposés ne permettent pas d'établir l'existence en droit international d'une règle en ce sens. Je rappellerai en outre que nous avons montré à la Cour dans nos observations et conclusions (I, p. 181-182) comment en l'espèce la manière dont la dépossession de la Barcelona Traction avait été réalisée avait bien, simultanément, du même coup, atteint directement les actionnaires belges de la Barcelona Traction dans leurs droits et intérêts sociaux.

Il est encore, dans les conclusions du Gouvernement défendeur, une dernière restriction au droit de protection de l'Etat des actionnaires; c'est celle qui est relative à l'attitude adoptée en fait par l'Etat national de la société quant à la protection de celle-ci.

Dans la mesure où la Cour serait disposée à admettre que la règle de la protection des actionnaires se justifie par le souci qu'aurait le droit international d'assurer que des intérêts légitimes lésés par des actes contraires au droit des gens ne puissent se trouver dépourvus de toute protection, vous pourriez, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, être amenés à considérer que vous devez, pour arriver à une décision dans la présente affaire, examiner quelle a été l'attitude du Gouvernement canadien.

Ici, je me permettrai de me référer à l'exposé de mon collègue et ami, M. le professeur Lauterpacht, tel qu'il vous l'a fait au début de sa réplique. Je pense qu'il vous aura convaincus qu'en l'espèce, si le Gouvernement belge n'était pas intervenu, les actionnaires belges de la Barcelona Traction se seraient trouvés « livrés à eux-mêmes » pour reprendre l'expression si suggestive du ministre des Affaires étrangères d'Espagne, rapportée par l'ambassadeur de Belgique. Or, les dangers d'une abstention totale de protection diplomatique sont incomparablement plus grands que les inconvénients pouvant résulter d'une double protection diplomatique.

J'aborde maintenant la question des autres exceptions à la règle invoquées par l'Etat défendeur, pour reprendre les termes utilisés par sir Gerald Fitzmaurice, exceptions dont le Gouvernement belge prétendrait qu'elles se trouvent réalisées dans la présente espèce.

Le Gouvernement belge a en effet indiqué à la Cour que si, à son avis, le droit de protection qu'il invoque dans la présente affaire se fonde sur les principes généraux de la protection diplomatique, il était concevable que la Cour n'estime pas possible de formuler la règle dans des termes si généraux qu'ils entraîneraient le droit de protection de l'Etat des actionnaires, dans tous les cas, quelles que soient les circonstances.

A cet égard, nous avons notamment fait valoir qu'on concevrait mal qu'un Etat protège un de ses ressortissants, actionnaire d'une société étrangère, alors que celui-ci n'aurait dans la société qu'un intérêt insignifiant. De même, il peut paraître excessif de permettre à l'Etat national des actionnaires d'intervenir quelles que soient la nature et l'étendue du dommage qui a été causé à la société. Ce sont là des limitations possibles du droit de protection des actionnaires qui ne se fondent pas sur des considérations juridiques bien strictes, mais plutôt sur le bon sens, sur la nécessité d'éviter, dans l'intérêt des relations entre Etats, des multiplications des interventions diplomatiques qui seraient insuffisamment justifiées. Elles résulteront d'ailleurs, le plus souvent, de l'attitude des Etats eux-mêmes, qui s'abstiendront de prendre fait et cause pour leurs ressortissants quand ils estimeront que cela n'en vaut pas la peine.

Ne pouvant exclure, cependant, que la Cour estime ne devoir admettre le droit de protection de l'Etat national des actionnaires qu'avec certaines restrictions, limitations et nuances, le Gouvernement belge a désiré rappeler à la Cour les circonstances propres à l'affaire dont elle est saisie et qui semblent au Gouvernement belge exclure la possibilité que le *jus standi* de la Belgique se trouve écarté par l'application d'une règle restrictive que la Cour énoncerait. A cet égard, il s'est référé notamment à l'importance considérable de la participation belge, au fait qu'un ressortissant belge possédait à lui seul un nombre d'actions tel qu'il exerçait un contrôle absolu sur la Barcelona Traction, à la circonstance aussi que les mesures prises à l'égard de la Barcelona Traction avaient vidé celle-ci de sa substance, l'avaient dépouillée de ses moyens d'action, tandis que du jour au lendemain les titres des actionnaires ne représentaient plus que le néant.

Quatrièmement, il me reste, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, à traiter dans cette quatrième partie de ma plaidoirie la thèse exposée sous le chiffre II par M. le juge Fitzmaurice. J'en rappelle les termes :

« La question n'est pas régie par une seule règle essentielle de droit international, ou, s'il y en a une, sa teneur est incertaine ou peu claire. Dans ces conditions, la Cour doit énoncer la règle ou éclaircir sa teneur, en tenant compte de considérations d'équité et du bien et de l'intérêt de la communauté internationale; ou subsidiairement elle doit appliquer des considérations de cet ordre à la détermination de la règle. »

Tout en invoquant à l'appui de sa thèse les principes généraux du droit, le Gouvernement belge est parfaitement conscient, et il l'a indiqué

à la Cour, que les conditions dans lesquelles ces principes généraux doivent s'appliquer à la protection des actionnaires n'ont pas encore été suffisamment précisées ou uniformisées dans la jurisprudence et la pratique des Etats. La Cour elle-même n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à cet égard. La Cour sera nécessairement amenée dans la présente affaire à devoir réaffirmer les principes qui gouvernent la matière et à les appliquer à l'espèce dont elle est saisie. Le Gouvernement belge ne suggère aucunement que la Cour se prononce en équité, au sens de *ex aequo et bono*, mais seulement que dans sa formulation des règles du droit international et dans leur application à la présente affaire elle tienne compte, dans toute la mesure où le droit des gens et son propre statut le lui permettent, des considérations d'équité au nombre desquelles figurent notamment les exigences actuelles de la communauté internationale.

Parmi ces exigences il faut mentionner la nécessité de garantir les investissements internationaux en tenant compte de l'extrême diversité que peuvent présenter, d'une part, la détermination de la nationalité des sociétés dans les grands complexes financiers et industriels de notre temps et, d'autre part, les difficultés résultant de la recherche du degré de l'appartenance effective à leurs Etats respectifs de sociétés à grand rayon d'action international et dont les établissements dans des Etats divers sont fréquemment imbriqués les uns dans les autres au point que l'Etat ayant le droit de leur accorder sa protection diplomatique ne peut pas être déterminé par des règles rigides.

Il appartient aux juges soit de formuler une règle générale assez souple pour pouvoir être appliquée dans les cas méritant protection, soit de tenir compte des particularités propres à chaque cas qui lui serait soumis.

En d'autres termes, si l'application des règles de la protection au cas particulier de la Barcelona Traction semble ne pas présenter de difficultés sérieuses, la Cour sera certainement attentive à ne pas énoncer les règles applicables d'une manière qui risquerait d'être trop étroite.

J'ai répondu, Monsieur le Président, aux questions posées par M. le juge Fitzmaurice, j'en ai profité pour vous résumer la position de la Belgique. J'espère ne pas avoir abusé de la patience de la Cour, avoir réussi à être concis et surtout à être clair, car si la clarté, comme le dit Vauvenargues « est la bonne foi des philosophes » elle est aussi la bonne foi du jurisconsulte.

Je vous remercie respectueusement de l'attention que vous avez bien voulu m'accorder.

---

## DUPLIQUE DE M. ROLIN

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

*[Audience publique du 15 mai 1964, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après le doyen d'âge de l'équipe des défenseurs de la thèse belge, dont vous aurez sans aucun doute admiré la vigueur, il appartient au vice-doyen d'âge de prendre la parole le dernier, et vous ne serez sans aucun doute pas les seuls à vous réjouir que ce soit, sauf imprévu, le dernier orateur dans ces débats qui ont sans aucun doute dépassé de loin, je crois, la durée des affaires antérieures.

Au moment de répondre à la réplique de mon éminent collègue le professeur Malintoppi, j'éprouve, je l'avoue, un certain embarras car si mon estimé contradicteur a multiplié à mon égard les marques d'estime, ce à quoi je suis naturellement très sensible, il a d'autre part traité uniformément tous et chacun de mes arguments avec un égal mépris.

Un tel contraste n'est pas en soi surprenant. Ce qui m'a étonné, c'est l'uniformité de l'attitude adoptée par la Partie adverse à l'égard des idées que j'avais l'honneur d'exposer. J'ai sans aucun doute pu commettre des erreurs; mon adversaire les a soulignées, les a proclamées, les a claironnées, en a gonflé dans la mesure du possible l'importance; tout cela était de bonne guerre. Mais ce qui m'a davantage surpris, c'était qu'il faisait montre de la même certitude et qu'il adoptait le même ton doctoral dans l'exposé d'arguments valables, l'exposé d'arguments douteux, même dans l'exposé de thèses qui manifestement étaient en contradiction avec les données du dossier, au point même parfois d'être contraires au bon sens.

N'a-t-il pas poussé le zèle jusqu'à exprimer, à propos du jugement déclaratif de faillite, après nous avoir dit qu'il n'entendait nullement en discuter le bien-fondé (voir ci-dessus, p. 808), que cette décision étonnante était «entièrement conforme à la loi espagnole et parfaitement justifiée au point de vue logique».

Je ne suis pas convaincu que de telles exagérations augmentent l'autorité d'un plaideur et servent la cause qu'il défend; je crois personnellement au contraire qu'on a plus de chance de se faire entendre si l'on s'efforce de comprendre l'adversaire et de le faire comprendre, pour ensuite tâcher de distinguer dans ses exposés la part d'erreur et la part de vérité. C'est en tout cas dans cet esprit que je compte aborder pour la dernière fois les thèses développées par le Gouvernement espagnol à l'appui de sa quatrième exception préliminaire.

Je constate tout d'abord que mon estimé contradicteur n'a pas cru devoir rencontrer, en réplique, les brèves observations que j'avais formulées sur la théorie du droit relatif à l'épuisement des voies de recours interne en ce qui concerne les limites et les conditions qui, en droit international, viennent qualifier l'obligation d'épuiser les voies de recours

interne qui est faite aux individus soucieux d'obtenir la protection judiciaire de leur Etat national. Il va de soi que, dans ces conditions, je ne vais pas non plus y revenir, je me borne à exprimer le vœu que la Cour aura présents à la mémoire ces quelques rappels que j'ai cru pouvoir lui faire, lorsque dans son délibéré elle va examiner la valeur des recours qui ont été effectivement utilisés par les intéressés et qui a été contestée, et d'autre part le manque de pertinence de ceux que, suivant le Gouvernement espagnol, les intéressés avaient à leur disposition et qu'ils n'ont pas utilisés.

Je songe tout spécialement à cette nécessité que j'ai soulignée de ne pas exiger des personnes privées dont ultérieurement un gouvernement assume la protection, plus que la diligence qu'on pourrait attendre d'un homme normal, de ce *bonus pater familias* qui, de mon temps, comme une figure sympathique et rassurante, tenait compagnie aux étudiants en droit dans le début de leurs études.

Cela dit, j'aborde sans autre préambule l'application que le Gouvernement espagnol a prétendu faire de la règle d'épuisement des voies de recours interne à la présente affaire; et je vais, conformément à ce qui fut fait de part et d'autre dans les précédentes plaidoiries que la Cour a entendues, m'occuper tout d'abord de la question à l'égard des griefs formulés contre les décisions ou omissions reprochées à certaines autorités administratives, avant de m'occuper des griefs relatifs aux décisions judiciaires.

Pour les unes comme pour les autres, il me paraît utile de vérifier d'abord quels sont, actuellement, les griefs formulés par le Gouvernement belge, afin de voir ceux d'entre eux qui auraient éventuellement dû faire l'objet des recours dont l'existence et l'efficacité seraient démontrées.

Ainsi que je l'ai indiqué déjà dans ma plaidoirie du 21 avril (voir ci-dessus, p. 610), les actes des autorités administratives dénoncés dans la requête et le mémoire belges comme entachés de discrimination et comme ayant convergé avec l'action des autorités judiciaires, sont au nombre de quatre.

Nous indiquons comme tels les refus d'autorisation opposés aux modalités d'exécution du plan d'arrangement convenu entre la société et ses obligataires; le réquisitoire injuste prononcé aux Cortès contre la société Barcelona Traction, en décembre 1946, par le ministre de l'Industrie et du Commerce, M. Suanzes; la désignation en 1950, comme membre d'une commission internationale d'experts, d'un homme connu pour être à la solde de M. March (il s'agit en l'espèce de l'expert Andany); le traitement de faveur accordé à Fecca pour l'exécution du cahier des charges afférent à l'adjudication qui lui avait été octroyée (en contraste avec la rigueur du traitement infligé dans cette matière au groupe de la Barcelona Traction).

J'ai montré à la Cour, lors de mon intervention précédente, que pour les trois derniers griefs la question de l'éventualité d'un recours ne pouvait même pas se poser. Comme cette démonstration ne s'est heurtée, de la part de la Partie adverse, à aucun essai de réfutation, même pas à une dénégation, je crois pouvoir considérer que la chose est admise. La question se limite donc au point de savoir si, en ce qui concerne les décisions administratives refusant à Barcelona Traction ou à Ebro les autorisations nécessaires pour l'exécution des plans d'arrangement convenus entre Barcelona Traction et ses obligataires, le groupe de Barcelona Traction a négligé d'utiliser les remèdes efficaces que lui aurait offerts la législation

espagnole, ce qui rendrait le Gouvernement belge irrecevable à arguer de ces griefs devant la Cour.

Avant de démontrer une nouvelle fois à la Cour la parfaite légitimité de l'attitude du groupe de la Barcelona Traction en l'occurrence, qu'il me soit permis de relever l'extraordinaire explication que le Gouvernement espagnol a cru pouvoir donner de cette prétendue négligence. Je lis (voir ci-dessus, p. 791) :

« La Barcelona Traction ne s'est même pas donné la peine de recourir contre le refus d'autorisation; un tel recours, selon la Barcelona Traction, aurait été bien moins efficace qu'une intervention diplomatique. »

Vous savez, Messieurs, qu'en ce qui concerne aussi les recours judiciaires le gouvernement s'efforce de répandre la légende que Barcelona Traction aurait négligé les recours judiciaires pour se fier exclusivement à des recours diplomatiques qui, effectivement, sont intervenus aussitôt, sans retard mais concurremment. Mais en ce qui concerne la question des décisions administratives, il n'y a même pas un semblant d'exactitude dans l'observation qui nous est faite, puisqu'il n'y a pas eu d'intervention diplomatique, ni belge, ni canadienne, en ce qui concerne le refus opposé à l'exécution des plans d'arrangement.

Monsieur le Président, en préparant l'exposé que je comptais faire à la Cour sur la question des refus d'autorisation en matière d'exécution du plan d'arrangement, j'ai eu, je ne le cache pas, le vif désir de pouvoir rencontrer l'argumentation développée au seuil de ces répliques, par mon distingué collègue, le professeur Reuter. C'était en effet cette fois non plus sous forme d'une cinquième exception nouvelle qui n'osait pas dire son nom, mais c'était expressément au char de la quatrième exception préliminaire que le professeur Reuter accrochait son petit fourgon qui contenait les observations additionnelles sur les questions assez mystérieuses, fiscales et autres, qu'il avait traitées au début de ses débats.

Je n'ai évidemment pas la prétention de suivre mon éminent collègue dans les très séduisantes variations poétiques dont il a accompagné son exposé; mais la simple politesse m'imposait de rencontrer les vues qu'il exposait, tout au moins dans la mesure où je pouvais leur découvrir quelque pertinence avec la quatrième exception. Cela n'a été malheureusement que rarement le cas. Je note, en effet, que la plus grande partie de l'exposé que la Cour a entendu le 27 avril a été consacrée à l'examen des décisions relatives non pas aux plans d'arrangement, mais aux refus de devises auxquels, à divers moments, le groupe de la Barcelona Traction s'est heurté dans les années 1940-1944, et même bien antérieurement. Un examen de la documentation relative à cette période a amené mon estimé contradicteur à la conclusion que l'administration espagnole manifesta à cet égard une attitude de plus en plus hostile à l'égard de la Barcelona Traction, à raison des soupçons de plus en plus graves que faisaient naître les renseignements recueillis, et davantage encore les réticences — les prétendues réticences — du groupe de la Barcelona Traction.

Or cette argumentation fourmille d'erreurs de fait qui m'ont été montrées noir sur blanc par d'anciens dirigeants belges du groupe de la Barcelona Traction, grâce auxquels j'ai pu me retrouver dans ce fatras de documents, dispersés entre les nombreux volumes d'annexes aux exceptions préliminaires de 1960 et de 1963. Et les conclusions auxquelles je suis arrivé sont que M. Reuter, qui n'avait évidemment pas

à sa disposition la même assistance que celle dont je bénéficiais, a versé dans des erreurs certaines. Mais, je le demande à la Cour, serait-il raisonnable, arrivé à ce stade des débats, que je sollicite la permission de consacrer à mon tour une couple d'heures supplémentaires qui me seraient nécessaires pour procéder à la réfutation détaillée d'une argumentation dont, sans aucun doute, la Cour ne pourra pas s'occuper lorsqu'elle délibérera sur la quatrième exception? Je ne le crois pas.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le seul apport apparent du professeur Reuter à la question des recours, non pas contre les décisions relatives aux devises, mais contre les décisions administratives relatives au plan d'arrangement doit, me semble-t-il, être recherché dans l'exposé qu'il nous a fait, selon lequel il y aurait en matière de devises et donc, vraisemblablement aussi dans sa pensée, en matière de décision relative à notre plan d'arrangement, un partage de compétences à l'intérieur de l'administration, tout au moins dans les années 1940-1946. A l'en croire, il y aurait eu trois instances compétentes.

Primo, l'Institut espagnol de monnaie étrangère, auquel imcomberait l'appréciation économique; c'est celui que j'appelle en abrégé l'I.E.M.E.

Secundo, la Commission pour l'étude des comptes des titulaires étrangers immobilisés, qui serait chargée, dit-il, de l'appréciation sur le fond, c'est-à-dire sur la question de savoir si la dette, la créance, satisfait à certaines conditions de certitude, de réalité.

Tertio, et dans les cas les plus importants, la même compétence appartiendrait à la direction générale du contentieux de l'Etat.

Le professeur Reuter relève que dans une lettre adressée par l'I.E.M.E. à l'Ebro le 13 avril 1943, un refus de devises s'accompagna de la motivation suivante:

« Nous venons de recevoir un communiqué de la Commission pour l'étude des comptes titulaires étrangers bloqués, à laquelle la requête de cette société fut soumise; nous regrettons de devoir vous informer que d'accord avec le rapport émis par ladite Commission, il nous est impossible pour le moment d'autoriser le versement en monnaie étrangère. »

La conclusion que M. Reuter en tire (voir ci-dessus, p. 688) c'est que l'I.E.M.E. ne changerait pas d'attitude tant que — je cite: « la situation ne sera pas réglée à l'égard de la Commission ».

Ce qui sans doute, dans sa pensée, signifie « tant que des informations complémentaires n'auront pas été données par le groupe de la Barcelona Traktion à cette commission pour l'étude des comptes des titulaires étrangers immobilisés ».

A mon grand regret, je dois constater que cette partie de l'exposé de mon estimé contradicteur est à nouveau erronée. Sans doute existait-il, à côté de l'I.E.M.E., une commission pour l'étude des comptes des titulaires étrangers immobilisés; mais il s'agit là d'un organe purement consultatif, intérieur à l'administration espagnole, avec lequel les tiers n'ont pas de rapport. Quant à la direction générale du contentieux de l'Etat, dont la mission essentielle est d'assurer la défense de l'Etat devant les tribunaux, elle comprend, il est exact, une section chargée de donner des avis aux organes de l'administration de l'Etat qui les lui demandent; mais ces avis sont également purement consultatifs et cette direction générale du contentieux n'est pas davantage en rapport avec les tiers. Dans quelle mesure, en l'espèce, il a pu y avoir, et sur quels points, une

consultation de la commission consultative ou de la direction générale, nous l'ignorons, et cette question paraît vraiment dépourvue de pertinence.

Puis-je ajouter qu'il n'est pas exact que l'attitude de l'administration ait été motivée par l'insuffisance des informations que lui donnait le groupe? J'ai montré, dans ma toute première plaidoirie répondant à M. Reuter, qu'au contraire l'I.E.M.E. s'était montré satisfait, en 1943, des réponses qui lui avaient été données, notamment en ce qui concerne la fameuse société auxiliaire International Utilities et les comptes qu'elle avait à l'Ebro.

Quant au motif véritable du refus par l'I.E.M.E. de marquer son accord pour les mesures d'exécution du plan d'arrangement, il nous est révélé dans un document que la Barcelona Traction ne connaissait pas avant ce procès, à savoir le rapport adressé par l'I.E.M.E. au ministre qui est son président, le 3 juillet 1946. Ce document figure à l'annexe n° 154, p. 95 et suivantes du volume III des annexes aux exceptions préliminaires de 1960, et on y lit ce qui suit — je prie la Cour d'être attentive à cette indication, car elle jette vraiment une lumière particulièrement révélatrice, peut-on dire, sur l'ensemble de ce procès:

« Tenant compte de ce qui est exposé antérieurement, cet Institut considère que la proposition qui est faite maintenant, ne doit pas être acceptée pour les raisons suivantes:

1° [c'est le primo surtout qui m'intéresse] Parce qu'il ne s'agit pas de la nationalisation d'une entreprise aujourd'hui étrangère [et le mot « nationalisation » doit être compris dans le sens de « naturalisation »; il ne s'agit pas bien entendu de faire passer l'entreprise aux mains de la communauté espagnole, mais aux mains de ressortissants espagnols] et dont les affaires reviendraient à l'Espagne mais uniquement on obtiendrait le retrait d'obligations émises par une société étrangère à l'étranger, et il faudrait faire un *important sacrifice en devises* que les circonstances actuelles ne conseillent pas et pour lequel il n'y a pas de précédent, étant donné que, jusqu'à présent on a seulement fait des opérations qui représentaient la nationalisation partielle ou totale d'industries aux mains d'étrangers.

2° Parce que le transfert à l'étranger des produits obtenus de l'exploitation des affaires et industries en Espagne par des compagnies étrangères, ce qui est le cas ici, a seulement lieu actuellement en vertu d'accords officiels avec les pays respectifs, accord qui n'existe pas avec le Canada, dont l'Ebro a la nationalité, et qui est la société opérant en Espagne et dont les arrangements financiers avec B.T.L.P. Co. ne nous regardent pas. »

Sans doute, Messieurs, dira-t-on que ces indications relèvent du fond même de l'affaire. La chose n'est pas douteuse, mais la Cour voudra bien reconnaître que ces indications sont utiles pour comprendre la relation exacte dans laquelle l'I.E.M.E. se trouvait à l'égard du ministre, dont il suivait manifestement les directives et pour constater la vanité certaine de toute tentative qui eût été faite pour obtenir une modification des décisions intervenues, à supposer qu'un recours hiérarchique existât.

Le professeur Malintoppi, au surplus, n'a pas repris dans son exposé les indications du professeur Reuter quant au rôle joué par la commission

consultative ou par la direction générale du contentieux, mais il a cru devoir relever dans les statuts de l'I.E.M.E. des indications le portant à croire, ou plus précisément à affirmer, car mon distingué contradicteur n'est jamais long à franchir la distance entre l'hypothèse et l'affirmation, qu'au sein de l'I.E.M.E. il y a à côté du président du conseil d'administration et du conseil d'administration lui-même, des compétences réservées au directeur général, ce qui est exact, parmi lesquelles figureraient précisément les décisions incriminées par le Gouvernement belge, ce qui est contesté.

Nous voilà loin (voir ci-dessus, p. 792) de la thèse qui avait été soutenue dans les exceptions préliminaires suivant laquelle c'était l'I.E.M.E. tout entier qui, en raison de son importance, devait être assimilé à une direction générale de ministère et, dès lors, se voir appliquer le règlement de 1935 qui prévoit le recours hiérarchique.

L'argumentation espagnole n'est pas plus fondée sous sa nouvelle forme.

La Cour, si elle désire approfondir cette question, trouvera le texte du statut de l'I.E.M.E. dans le *Recueil des lois administratives d'Espagne* de Medina y Marañón, édition 1957, tome I, livre IV, p. 499, dont un exemplaire a été déposé au Greffe pour être à la disposition des membres de la Cour. Aux termes de l'article 6, il existe en dehors du directeur général et du conseil d'administration que préside le ministre, un organe spécial qui est le président de l'institut. Le président de l'institut, c'est aussi le ministre. Celui-ci possède, au titre de président, la direction suprême et la surveillance en matière de devises et il peut exercer tous les pouvoirs « qu'il se réserve spécifiquement et ceux qui par leur importance ou intérêt doivent être soumis à la décision ministérielle » (je cite textuellement le texte de l'article 6). Le directeur général a sans doute dans sa compétence, comme l'a dit le professeur Malintoppi, les autorisations des demandes de devises formulées par des particuliers, mais mon estimé contradicteur omet de dire que, d'après le texte, il ne peut les exercer que conformément aux règles « que la *Superioridad* [c'est-à-dire le ministre] peut lui donner ».

S'agissant d'une demande d'autorisation qui ne visait plus à l'obtention de devises, mais touchait un problème tout particulier, et d'une importance considérable, il n'y a pas de doute que le cas tombait directement dans les attributions du ministre, soit que celui-ci agit *qualitate qua*, soit qu'il agit comme président de l'institut. J'ai à ce sujet donné, lors de ma première plaidoirie, de nombreuses indications d'après les documents montrant la part personnelle considérable que le ministre avait prise à toutes ces négociations. Il n'en aurait été autrement que s'il y avait eu délégation, mais dans cette hypothèse aussi, à supposer que le règlement de 1935 pût s'appliquer, il n'y avait plus place pour un recours hiérarchique. Nous rappelons à ce sujet le deuxième alinéa de l'article 26 omis dans les exceptions préliminaires, souligné dans nos observations et qui exclut formellement du recours hiérarchique les décisions lorsqu'elles sont prises en vertu de délégations.

Au surplus, et ceci mettra le point final à cette partie de ma plaidoirie, nous avons produit, lors de ma première intervention, un arrêt du tribunal suprême du 14 juin 1943, qui, de la façon la plus nette, exclut du recours hiérarchique les décisions des organismes autarchiques. La Cour notera que c'est le seul arrêt relatif à la matière qui soit produit de l'un ou l'autre côté de la barre pour la période de 1945-1946 où se situent les décisions critiquées.

Le professeur Malintoppi a, il est vrai, cru pouvoir écarter cette décision en disant qu'elle visait un organisme portuaire dont la gestion, dit-il, est confiée à des représentants d'intérêts locaux, alors que l'I.E.M.E. « est un organe relevant de l'administration centrale créé pour remplir une tâche d'intérêt national ».

Cette observation, Messieurs, est tout à fait exacte, mais elle est dépourvue de toute pertinence, car la nature juridique de cette organisation est identique. C'est ainsi que le professeur Royo Vilanova, actuellement recteur de l'Université de Madrid, dans ses *Eléments de droit administratif*, publiés à Valladolid en décembre 1952, tome I, page 320, établissant une classification des organismes autarchiques, cite en tout premier lieu — je cite :

« les assemblées d'ouvrages portuaires, l'assemblée du canal d'Aragon, le canal d'Isabelle II, etc., comme des exemples typiques de services décentralisés, c'est-à-dire d'organismes dotés de personnalité juridique et de patrimoine propre ».

Le principe formulé par l'arrêt de 1943 à propos des assemblées d'ouvrages portuaires est donc un principe général applicable à tous les organismes autonomes, ainsi que l'arrêt le constate du reste expressément, en sorte qu'il y a lieu d'admettre comme établi qu'en 1945-1946, pour tous les organismes autarchiques dont l'I.E.M.E, les recours hiérarchiques contre les décisions étaient sans le moindre doute inexistantes.

C'est donc à tort que mon estimé contradicteur a cru pouvoir dénoncer notre attitude comme — je cite : « un exemple, une fois de plus, des tentatives de la Partie adverse pour échapper d'une façon quelconque aux conséquences d'une omission que l'on ne saurait justifier ».

Il est vrai qu'à notre arrêt de 1943 il a opposé une longue série d'autres arrêts dont le moins récent est du 24 octobre 1957, les autres étant du 21 mars 1959, 5 novembre 1959, 1<sup>er</sup> décembre 1961, 6 avril 1962. Ai-je besoin de dire que, par leurs dates seules qui se situent 12 ans ou plus après l'époque où le groupe de la Barcelona Traction se trouvait devant les décisions de refus d'autorisation — 1945-1946 — ces arrêts ne peuvent en rien prévaloir contre l'arrêt de 1943 pour la détermination de ce qui devait être admis par le groupe de la Barcelona Traction comme la jurisprudence de l'époque. Encore pourrions-nous ajouter que, dans aucune des espèces citées, le recours hiérarchique qui avait été exercé n'avait trait à des espèces comparables à celle qui nous occupe et que l'arrêt du 5 novembre 1959, reproduit dans nos observations, exclut formellement l'application à l'I.E.M.E. du règlement de 1935 qui prévoit le recours hiérarchique.

Quant à l'argument que nous avons tiré de l'absence, dans les notifications des décisions qui furent faites à l'époque aux intéressés, de l'existence d'un recours quelconque contre lesdites décisions, et ce contrairement aux prescriptions formelles de la loi dans l'hypothèse où de tels recours auraient existé, mon estimé contradicteur s'est mépris sur sa portée. Il ne s'agit, bien entendu, pas du tout dans notre pensée de dire que, de ce fait, la décision de l'administration espagnole aurait été nulle ou que le recours aurait encore été ouvert contre une telle décision. Ce que nous entendions constater, c'est que si l'administration espagnole elle-même, à cette époque, ne signalait pas l'existence de recours, c'est que, à son avis, pareils recours n'existaient pas; dans ces

conditions, nous pouvons nous étonner que le Gouvernement espagnol adopte aujourd'hui une attitude contraire.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une conclusion identique s'impose en ce qui concerne le recours de contentieux administratif devant le tribunal suprême.

Le Gouvernement belge avait relevé dans ses observations que la loi du contentieux administratif de 1894 excluait expressément du recours de contentieux administratif tout ce qui relevait du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le Gouvernement espagnol a bien voulu en convenir en plaidoirie et à nouveau en réplique, mais mon estimé contradicteur me reproche d'oublier — je cite :

« que la jurisprudence espagnole, ainsi que la jurisprudence de la plupart des pays ont reconnu depuis longtemps que « discrétionnaire » ne signifie pas « arbitraire », ni « manque d'objectivité », ni « appréciation erronée des motifs et des faits ».

J'aurais des réserves à faire en ce qui concerne cette définition du détournement de pouvoir mais je pourrais surtout demander à mon éminent contradicteur — et ce sont des raisons pour lesquelles je regrette son absence tout en l'excusant pleinement — s'il pourrait nous citer une seule décision du tribunal suprême qui aurait annulé pour détournement de pouvoir une décision d'une autorité administrative — l'expression « depuis longtemps » est véritablement trop vague — et je n'en ai pas trouvé, si ce n'est dans les derniers temps, après qu'une loi formelle eut donné ce pouvoir.

Messieurs, on ne trouvera notamment pas de décision, d'arrêt du tribunal suprême annulant une décision administrative dans les deux études du professeur Martin Retortillo, parues aux volumes 22 et 23 de la *Revista de Administración pública* auxquelles mon estimé contradicteur a renvoyé. On ne trouve même pas dans cette note qu'il a pris soin de signaler à l'attention de la Cour au début de l'audience du 5 mai après-midi (voir ci-dessus, p. 783). C'est que précisément le leitmotiv du professeur Martin Retortillo est au contraire de critiquer la jurisprudence parce qu'elle n'a pas fait ce que, d'après lui, elle devait et pouvait faire : la censure du détournement de pouvoir. Et puisque mon estimé contradicteur a pris soin de signaler une petite note qui contient effectivement des références à une jurisprudence s'efforçant de restreindre quelque peu les notions de compétence, afin de pouvoir indirectement procéder à l'annulation sans jamais recourir à la notion du détournement de pouvoir, pouvons-nous à notre tour signaler à la Cour, si elle consultait ces deux revues, les pages 133 à 136 où l'auteur exprime très clairement la synthèse de ses conclusions.

Au surplus, je vais demander au Gouvernement espagnol de bien vouloir s'en référer sur ce point à un auteur dont il ne contestera, sans aucun doute, pas la compétence puisqu'il a fait appel notamment à lui pour l'inscrire sur la liste de ses conseils. Il s'agit de M. Eduardo Garcia de Enterría, professeur à la Faculté de droit de Madrid et maître des requêtes au Conseil d'Etat. Dans un numéro plus récent de la même revue d'administration publique, le n° 38 de 1962, page 169, le professeur de Enterría décrit la censure des actes discrétionnaires détournés du but en vue duquel un pouvoir a été octroyé et il écrit textuellement ce qui suit — je cite :

« Un apport technique qui provient du droit français, où il existe déjà depuis plus d'un siècle et qui a été admis tardivement par notre droit. La loi de contentieux administratif de 1956 a en effet introduit pour la première fois la technique du contrôle des pouvoirs discrétionnaires pour détournement de pouvoir, qui de cette façon s'est curieusement introduite dans notre droit par la voie légale et non par la voie jurisprudentielle. »

C'est donc exactement le contraire de ce qui a été plaidé par le conseil du Gouvernement espagnol. J'ajoute que, suivant mon information, il ne s'agit pas là d'une opinion propre au professeur de Enterría mais d'une chose qui est unanimement reconnue par la doctrine espagnole.

Il y a une dernière circonstance dont il n'a pas été fait état jusqu'ici mais que je dois signaler à la Cour pour lui montrer que même si le recours hiérarchique ou le recours de contentieux administratif avaient été à la portée du groupe de la Barcelona Traction, celle-ci aurait été dispensée d'y recourir parce qu'elle ne pouvait en attendre aucun résultat utile.

En effet, Messieurs, cette circonstance décisive, la voici: il s'agit d'une demande d'autorisation pour l'exécution du plan de compromis. Ce plan de compromis c'était un accord entre la Barcelona Traction et des obligataires. La Barcelona Traction, se heurtant à des objections de l'administration espagnole, a cherché par toute espèce de moyens détournés à exécuter le plan de compromis dans les termes convenus avec les obligataires mais d'une façon qui présentait moins de difficultés pour l'administration espagnole.

La dernière demande qu'elle adresse est du 7 décembre 1946. Le président de la Barcelona Traction écrit à l'I.E.M.E. (et la pièce se trouve aux annexes aux exceptions préliminaires de 1963, page 527) le 7 décembre 1946 que la durée de validité du plan de compromis expire le 14 décembre 1946. La lettre de refus de l'I.E.M.E. est datée du 14 décembre 1946. A cette date, Messieurs, le plan d'arrangement, la convention conclue avec les obligataires arrivait à expiration, elle ne pouvait plus être exécutée à moins d'une prorogation du délai et la Barcelona Traction n'avait pas de chance d'obtenir des obligataires une nouvelle prolongation du délai, vu que dans l'intervalle Juan March était devenu le possesseur d'un grand nombre d'obligations. Ainsi, le 14 décembre 1946, au moment où le refus intervient, même si on avait pu revenir sur ce refus, cela n'aurait plus pu servir le plan d'arrangement. Il n'y avait plus aucun intérêt à exercer un recours même si ce recours avait existé.

Et, Messieurs, c'est ma dernière observation. C'est ce qui vous explique que, dans les exceptions préliminaires de 1960, il n'y a pas un mot de reproche au groupe de la Barcelona Traction de ne pas avoir exercé de recours en matière de décisions administratives. C'est exclusivement en ce qui concerne les décisions judiciaires que l'exception nous était opposée. Je ne puis que regretter que le Gouvernement espagnol ne s'en soit pas tenu à cette très sage attitude, cela m'aurait dispensé de la partie la plus fastidieuse de mon exposé.

*[Audience publique du 15 mai 1964, après-midi]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour la seconde fois, je dois demander à la Cour qu'avant de procéder à l'examen des recours

relatifs aux décisions judiciaires qui ont été incriminées par le Gouvernement belge, à la fois des recours qui ont été exercés et des recours que le Gouvernement espagnol nous reproche de ne pas avoir exercés, la Cour veuille bien se remettre en mémoire quels sont les griefs qui ont été formulés dans la présente requête et le mémoire par le Gouvernement belge, puisque c'est en fonction de ces griefs qu'il y a lieu pour elle de vérifier si les voies de recours ont bien été exercées et épuisées.

Pour gagner du temps, je me bornerai à rappeler à la Cour que cette question du fondement de la demande belge a été exposée aux pages 163 à 174 du mémoire belge (I) dans trois sections qui portent les titres suivants, suffisamment indicatifs de leur contenu :

- Usurpation de compétence;
- Déni de justice formel par refus d'audience, violation des droits de la défense, paralysie des recours;
- Caractère injuste et discriminatoire des actes des autorités judiciaires d'Espagne.

Pour la seconde fois également, je souligne que la question de l'épuisement se présente à la Cour, dans cette affaire, sous des aspects que, à ma connaissance, elle n'a jamais revêtus dans aucune affaire précédente dont ont pu connaître soit les tribunaux d'arbitrage, soit la Cour permanente ou la Cour internationale, soit cet organe mi-juridictionnel mi-consultatif dont il a abondamment été fait état de l'autre côté de la barre et qui est la Commission européenne des droits de l'homme. Cette circonstance tout à fait exceptionnelle et nouvelle, c'est l'extraordinaire accumulation des recours qui furent effectivement et en vain exercés antérieurement au dépôt de la requête belge par le groupe des préjudiciés. Je signale à nouveau à la Cour que la liste en a été dressée par le Gouvernement belge et figure au volume II des annexes à ses observations, pages 399 à 439.

Ces recours ont un trait commun, c'est leur inspiration belge. Quelle que soit l'entité juridique qui s'est présentée aux tribunaux espagnols comme demandeur, Barcelona Traction, Ebro, Barcelonesa, les autres sociétés filiales, le personnel dirigeant belge et ultérieurement Sidro et d'autres actionnaires belges, c'est essentiellement pour la protection des actionnaires belges et à l'initiative des dirigeants du principal d'entre eux, Sidro, que le combat a été livré à Reus, à Barcelone et même parfois à Madrid.

Tout au plus peut-on faire une réserve au sujet de la National Trust, qui avait, la Cour s'en souviendra, la charge des intérêts des obligataires. Encore faut-il constater qu'elle n'a pu agir que parce que Sidro mettait à sa disposition les fonds qui lui étaient indispensables pour tenter les procédures en Espagne. Encore faut-il signaler qu'elle a continué à agir même après que les titres dont elle avait la garde eurent été mis en vente dans des conditions que je rappellerai dans un instant, dans des conditions qui désintéressaient les obligataires aux intérêts desquels elle devait veiller, en sorte que la National Trust n'avait pratiquement plus d'intérêt. Elle a néanmoins continué jusqu'en 1956 à introduire des actions à la demande et avec l'aide de la société Sidro.

Une telle accumulation de recours crée incontestablement une présomption, non seulement, soit dit en passant, que les intérêts belges dans cette affaire ont une plus grande réalité que celle que veut bien leur reconnaître le Gouvernement espagnol, mais également que le Gouver-

nement espagnol défend une thèse à tout le moins peu vraisemblable lorsqu'il soutient qu'il n'a pas été satisfait à la règle de l'épuisement des voies de recours interne.

Pour réussir dans cette entreprise, le Gouvernement espagnol a essentiellement soutenu les trois thèses suivantes.

Primo, à l'origine des malheurs du groupe de la Barcelona Traction, il y a un fait générateur de toutes les autres mesures dénoncées comme irrégulières; ce fait générateur c'est le jugement déclaratif de faillite; il était dès lors indispensable d'en poursuivre l'annulation, tous les autres recours devant être réputés secondaires et sans pertinence réelle.

Deuxième affirmation, le moyen spécifique d'obtenir l'annulation du jugement de faillite était l'opposition; en admettant qu'elle ait été exercée par Barcelona Traction le 18 juin 1948, à cette date le délai était expiré; l'opposition était tardive, comme le furent les contestations de compétence dont avant et après cette date la juridiction espagnole avait été saisie.

Troisième thèse, le groupe de la Barcelona Traction avait encore à sa disposition un moyen extraordinaire qui lui permettait d'espérer obtenir sur base des griefs que le Gouvernement belge formule actuellement l'annulation du jugement de faillite, à savoir le recours en revision; et celui-là aussi, le groupe de la Barcelona Traction l'a négligé.

J'espère que mon adversaire voudra bien reconnaître que j'ai fidèlement reproduit son argumentation. Je vais maintenant la rencontrer et, pour la facilité de la Cour, je diviserai ma plaidoirie en trois parties en suivant l'ordre des thèses que je viens d'exposer.

D'après mon éminent contradicteur, le jugement de faillite était — c'est sa première thèse — le fait générateur de toutes les étapes ultérieures qui ont marqué la marche au supplice du groupe des actionnaires de la Barcelona Traction. Au commencement fut le jugement déclaratif de faillite et tout était en lui. Tant que ce jugement subsistait, il devait fatalement conduire à la liquidation des avoirs du failli. Quelles qu'aient pu être les irrégularités qui ont entaché ces étapes intermédiaires, les recours qui ont été exercés par le groupe de la Barcelona Traction contre ces diverses mesures pouvaient tout au plus espérer les corriger, les retarder, mais ils ne pouvaient pas empêcher le dénouement fatal, c'est-à-dire la liquidation de l'avoir de Barcelona Traction et, simultanément, le dépouillement des actionnaires dont se plaint le Gouvernement belge, en sorte que seuls peuvent entrer en ligne de compte pour la réalisation de la condition mise à l'exercice de la protection du Gouvernement belge les recours tendant à l'annulation du jugement déclaratif de faillite.

M. le professeur Malintoppi a exposé cette thèse avec un grand lyrisme dans sa première plaidoirie. Il l'a reprise dans sa réplique avec, m'a-t-il paru, un enthousiasme légèrement refroidi.

A cette thèse, j'avais en première plaidoirie opposé deux objections. D'une part, j'avais souligné le rôle capital qu'avaient joué dans le dépouillement des actionnaires de la Barcelona Traction les décisions judiciaires intermédiaires entre le jugement déclaratif et la vente du 4 janvier 1952. Et, d'autre part, j'avais montré que, à supposer que le jugement déclaratif de faillite eût à lui seul cette vertu nocive qu'on lui attribuait, point n'était nécessaire d'en obtenir l'annulation; que l'on pouvait parfaitement concevoir qu'il soit débarrassé de ses effets nocifs; et que les recours intentés par les filiales avaient cet objet.

Je voudrais un instant revenir sur un point essentiel sur lequel il a paru que nous étions d'accord. C'est l'unité du fait dommageable — je ne dis pas des actes, mais du dommage —, le moment critique où véritablement le dommage a été causé irrémédiablement à la fois à la Barcelona Traction et à ses actionnaires: c'est la vente publique du 4 janvier 1952.

Mais diverses questions se posent au sujet de cette vente: Primo, à quel moment de la procédure de faillite se pose-t-elle? Secundo, pourquoi a-t-on vendu? Tertio, qu'a-t-on mis en vente? Quarto, comment a-t-on vendu? Quinto, qu'est-ce qui s'est passé après cette vente?

Je voudrais les prendre l'une après l'autre, très clairement, afin de voir comment se place l'éventualité des recours qu'à divers moments exercèrent les membres du groupe de la Barcelona Traction. A quel moment de la procédure de faillite? 4 janvier 1952, à un moment où toutes les questions de principe posées par le Gouvernement belge ont été posées devant les tribunaux espagnols, sans recevoir de solution. On a discuté l'étendue des saisies; les sociétés filiales ont introduit leurs recours. On a contesté la compétence; Boter a commencé dès le mois de mars 1948. Il y a eu un jugement en février 1949, mais ce jugement a été frappé d'appel et les divers hommes de paille qui manœuvrent à la demande de March ont réussi à empêcher qu'une décision intervienne, de même qu'aucune décision n'est intervenue en ce qui concerne l'étendue de la saisie, l'extension aux biens des sociétés filiales.

A un moment où Barcelona Traction a introduit son opposition, a formulé sa demande incidente de nullité, on nous dit: cette opposition et cette demande étaient tardives. On ne l'avait pas dit au 4 janvier 1952. Mais les procédures étaient toujours pendantes, elles étaient suspendues par la contestation de compétence qui, elle-même, n'avait pas reçu de solution et ce n'est qu'en 1963 que l'opposition et l'incident de nullité seront rejetés.

Le 4 janvier 1952, tous les actes intermédiaires depuis le jugement déclaratif de faillite ont, eux aussi, fait l'objet d'innombrables recours. Ou bien ces recours ont échoué, ou bien ils ont été tenus en suspens. Tenus en suspens en même temps que l'opposition contre le jugement déclaratif de faillite. Ainsi, toutes les questions de principe sont tenues en suspens et, par un phénomène dont je n'ai jamais vu l'analogie dans la juridiction de mon pays, toutes ces questions de principe relatives à la faillite étant tenues en suspens, la faillite suit son cours inexorable vers l'exécution, vers la liquidation.

Mais pourquoi a-t-on vendu? Et là, contrairement à ce que vous a exposé M. Malintoppi, on n'a pas vendu au titre de liquidation. La faillite n'est pas arrivée à son terme. A notre connaissance, à l'heure actuelle encore, il n'y a pas de liquidation de la faillite de la Barcelona Traction. Le 4 janvier 1952, on vend tous les biens de la Barcelona Traction, par une amère ironie, à titre conservatoire. On les vend à titre conservatoire parce qu'on déclare que ce sont des denrées périssables et on déclare que ce sont des denrées périssables parce qu'il y a une grosse menace fiscale qui pèse sur cet avoir, menace qui ne se réalisera jamais une fois que les avoirs auront passé aux mains de la Fecsa.

Et alors, Messieurs, qu'a-t-on vendu? Là, c'est le phénomène le plus extraordinaire. Je vous ai dit que l'avoir de la Barcelona Traction était essentiellement composé de titres qui se trouvaient à Toronto. Est-ce qu'on les a enlevés? Est-ce qu'il y a eu un hold-up pour arracher ces

titres au coffre-fort de la Barcelona Traction ou de la National Trust? En aucune façon; les titres y sont encore. Et pourtant ils ont été vendus. Ils ont été vendus parce qu'on a commencé par les annuler et, les ayant annulés par des espèces de rayons mortels à grande distance traversant l'Atlantique, on les a remplacés par des titres que l'on a imprimés en Espagne. On a déclaré que ces titres étaient seuls valables, comme titres représentatifs des sociétés filiales et on a mis en vente ces faux titres.

Et comment a-t-on vendu? Eh bien! Messieurs, on a vendu aux conditions du cahier des charges qui ont été décrites dans le mémoire (I, p. 97, par. 215 et suiv.). Le cahier des charges est reproduit à l'annexe 201 à notre mémoire. Le cahier des charges prévoyait le remboursement des obligataires, c'est-à-dire, pour une large mesure, de March lui-même qui donnait ce qu'il sortait de sa poche d'un côté pour le remettre dans sa poche de l'autre. Et, à part ce qu'on donnait aux obligataires, il y avait un versement de 10 millions de pesetas qui représentaient approximativement les frais de la faillite et les honoraires des syndics et séquestres provisoires, les frais judiciaires, etc. En sorte que pour les actionnaires de la Barcelona Traction, il ne restait pas une peseta.

Le professeur Malintoppi a cru pouvoir rassurer la Cour à ce sujet en disant que Fecsa avait poussé la générosité et l'élégance jusqu'à offrir à Sidro de se substituer à elle aux mêmes conditions. La chose est exacte. Ce que mon estimé contradicteur n'a pas dit, c'est que, bien entendu, les mêmes conditions étaient les conditions décrites au cahier des charges. Un cahier des charges qui avait été fait sur mesure, sous la dictée des demandeurs à la faillite. Un cahier des charges qui était rédigé de telle manière — nous l'avons démontré, je crois, irréfutablement dans le mémoire — qu'il n'était exécutable que par Juan March, notamment parce qu'il supposait une série d'autorisations de change et que, je vous l'ai montré par l'extrait donné ce matin, il était simplement hors de question qu'un autre soumissionnaire que Juan March ou tout au moins qu'une firme espagnole obtint l'autorisation de change nécessaire pour l'exécution du cahier des charges. En sorte que le beau geste, cette extraordinaire clause du cahier des charges qui y figurait, c'était à nouveau le faux-semblant et la poudre aux yeux que March avait imaginés. A faire prescrire dans le cahier des charges que l'adjudicataire devrait être prêt à céder dans les neuf jours l'ensemble de son adjudication aux mêmes conditions à tout autre soumissionnaire qui aurait été désigné par la Barcelona Traction, il savait qu'il ne risquait rien. C'était une chose irréalisable et cela ne faisait que souligner davantage la rouerie de toute l'opération.

Et, dernière question: que se passa-t-il après? On continua, Messieurs, à se batailler pendant cinq ans. Le groupe de la Barcelona Traction multiplia les actions, essayant vainement d'obtenir une décision soit sur la compétence, soit sur l'opposition, soit sur les autres recours qui avait été introduits, et tout cela sans le moindre succès.

Bien entendu, le Gouvernement espagnol ne peut pas être tenu responsable des astuces méphistophéliques des demandeurs à la faillite. Mais la responsabilité qui lui est imputée est celle qui résulte du fait qu'il s'est trouvé des tribunaux en Espagne pour permettre et pour couvrir ces actes. Dans ces suites de décisions, le jugement déclaratif de faillite est le premier et sans doute le plus critiquable, mais il était tout à fait impuissant à conduire au résultat désiré par March si les juges spéciaux, ou la plupart d'entre eux, si la cour d'appel de Barcelone,

ou du moins les chambres qui furent saisies et la majorité des magistrats, composant ces chambres, n'avaient pas permis la suite des abus. Et dès lors, même si le groupe de Barcelona Traction n'avait pas attaqué le jugement déclaratif de faillite, il ne serait pas concevable qu'on prétende interdire au Gouvernement belge de soumettre à la Cour ces irrégularités qui entachent toute la longue série d'actes qui s'est accomplie entre le 12 février 1948 et le 4 janvier 1952, alors que les recours ont été pleinement exercés et qu'ils l'ont été en vain.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'avais fait cette démonstration au cours de ma première plaidoirie. Il m'a été répondu en réplique par un argument captieux tiré d'une phrase détachée de ma plaidoirie et détournée de son sens. Je me réfère à une citation qui figure à la page 816 ci-dessus.

La phrase qui est citée est la suivante :

« Le grief de déni de justice, à supposer qu'il fût recevable, n'avait pas la moindre chance d'être accueilli s'il était formulé à l'égard du jugement de faillite ou de l'une quelconque des décisions [judiciaires] ultérieures... »

Ce passage de ma plaidoirie, Messieurs, se référait expressément à l'action en revision ainsi que l'indique la réserve « à supposer qu'il fût recevable ». J'exposais que, en l'absence d'éléments établissant la machination des demandeurs ou d'éléments de preuve autres que le contenu des décisions judiciaires établissant le mobile de partialité des magistrats, à supposer que pareille base de recours fût recevable, on ne pouvait espérer obtenir du tribunal suprême l'annulation d'une des décisions judiciaires prises isolément, puisque de toute façon il n'était pas question de pouvoir déférer au tribunal suprême un groupe de décisions judiciaires. Mais, si on se place au point de vue de la procédure internationale et si on se souvient que c'est la chaîne des décisions incriminées qui conduisit à la vente publique du 4 janvier 1952 et que chacune de ces décisions contribua par son irrégularité grave à conduire à ce résultat, on s'aperçoit qu'il aurait suffi qu'aboutissent les recours dirigés contre l'un d'entre eux pour empêcher la vente d'avoir lieu dans les conditions que l'on connaît. En sorte que, si contre un seul de ces jugements, l'exercice des recours avait été omis par les intéressés du groupe de la Barcelona Traction, le Gouvernement espagnol serait en droit aujourd'hui d'exiger que nous biffions ce jugement de la liste de nos griefs; tandis que, si à l'égard d'un seul d'entre eux les recours ont été épuisés en vain, le Gouvernement belge est en droit de demander à la Cour de retenir ledit grief comme échappant à l'exception. Tout cela est dit du reste à titre de simple hypothèse, puisque, en fait, il n'y eut pas de lacune dans le système de défense mis sur pied par le groupe de la Barcelona Traction et que, quant au jugement déclaratif lui-même, son annulation fut, comme nous le démontrerons à nouveau dans un instant, poursuivie de façon tout à fait régulière.

Mais avant cela j'entends établir encore qu'il est faux de considérer que seule l'annulation du jugement déclaratif de faillite pouvait mettre un terme à ses effets nocifs et à cet engendrement de malheurs que la Partie adverse a décrit de façon si imagée en qualifiant le jugement déclaratif de faillite de « générateur ». Il suffisait d'en extirper le germe malfaisant et pour cela une réformation eût été pleinement efficace.

Cette comparaison du « fait générateur » empruntée à la biologie m'avait, vous vous en souvenez, conduit à rechercher quel était plus exactement, dans le dispositif du jugement déclaratif de faillite, l'élément qui était à la source de certains abus ultérieurs. Et nous l'avons trouvé sans difficulté dans la saisie des biens des filiales Ebro et Barcelonesa contre laquelle, la Cour s'en souviendra, ces deux sociétés introduisirent un recours judiciaire dès le quatrième jour qui suivit le prononcé du jugement, suivies du reste bientôt par les autres sociétés filiales au fur et à mesure que de nouveaux jugements étaient pris en ce qui les concernait.

Je rappelle brièvement à la Cour l'essentiel des explications que j'ai données à ce sujet sur base du texte du jugement dans ma plaidoirie du 21 avril (voir ci-dessus, p. 615 à 623).

J'ai montré comment l'ordre de saisie des actions appartenant en propriété à la Barcelona Traction était en soi inexécutable et, comme je l'ai signalé tantôt, était demeuré inexécuté. J'ai en vue ces actions représentatives des avoirs de l'Ebro, de la Barcelonesa et des autres sociétés filiales qui se trouvaient au Canada et donc hors d'atteinte du séquestre provisoire espagnol. Le juge de Reus, à la suggestion de M. March, a audacieusement tourné la difficulté en ordonnant, bizarrement, la saisie de l'actif de ces sociétés filiales, c'est-à-dire des bâtiments, des machines, des digues, des terrains, des avoirs en banque, de l'ensemble de l'actif, saisie qui était naturellement pleinement réalisable puisqu'il s'agissait de biens matériels qui étaient situés en Espagne. Et puis il a ajouté cette observation, singulière autant par les termes employés que par l'apparente absence de toute portée pratique, que *la saisie des biens de l'Ebro* « impliquerait la possession médiata et civilissime pour ce qui concerne les actions de l'Ebro qui seraient en possession de Barcelona Traction ».

A la faveur de cette excroissance du jugement — car ce n'était pas un nouvel ordre de saisie: il ne pouvait pas deux fois ordonner la saisie, il ordonnait la saisie de façon irréalisable et puis, en ce qui concerne cette possession médiata et civilissime, il l'indiquait comme devant être la conséquence, j'ai dit tantôt le reflet, de ce qui était la saisie matérielle des biens de l'Ebro —, les organes de la faillite ont prétendu se considérer ultérieurement comme les détenteurs matériels de ces titres sur lesquels il n'avaient qu'une possession médiata et civilissime. Étant les détenteurs fictifs, ils se sont conduits en actionnaires, ils ont nommé de nouveaux administrateurs, ils ont ultérieurement annulé les titres dont ils tenaient leurs droits et puis, après coup, ils ont mis en vente les faux titres.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai relu la réponse que m'a faite sur ce point mon estimé contradicteur (voir ci-dessus, p. 807 et suiv.). J'ai constaté qu'il n'avait rien contesté dans la définition que j'avais donnée sur base des auteurs espagnols de la notion de possession médiata, de la notion de possession civilissime, qui n'avait aucun rapport avec la portée qui leur était attribuée par le juge de Reus. Il s'est borné à me répondre, d'un air amusé, qu'il est rare que des décisions de juridictions de première instance soient des exemples de style fleuri. Il n'avait pas l'air de prendre très au sérieux la métaphore du juge de Reus. Quelque opinion qu'il ait eue à leur sujet, ce que je peux difficilement comprendre c'est que, mis en présence des termes du jugement, il ait continué à nier que la possession médiata et civilissime

des actions des sociétés filiales — cette possession symbolique dont on avait tiré des effets si inattendus — était une conséquence de la saisie des biens des filiales. De toute évidence, lorsqu'il me dit « mais les titres étaient saisis » — les titres qui se trouvaient à Toronto —, le professeur Malintoppi confond deux choses: l'ordre de saisie et son exécution, c'est-à-dire la préhension des biens qui font l'objet de l'ordre. Il est vrai que l'ordre de saisie des actions de l'Ebro et des autres sociétés filiales appartenant à la Barcelona Traction n'était en rien une conséquence de la saisie des biens de l'Ebro mais, comme je viens de le dire, cet ordre étant inexécutable, il n'y eut jamais de préhension matérielle des actions de l'Ebro se trouvant à Toronto; ce que le jugement a fait, c'est de substituer à la possession des titres qui serait résultée d'une préhension matérielle, indispensable pour que les organes de la faillite puissent se servir des droits afférents aux titres et ultérieurement les vendre, une possession fictive qui a été présentée comme le reflet de cette détention matérielle de l'actif de l'Ebro.

Je regrette une nouvelle fois l'absence de mon estimé contradicteur, le professeur Malintoppi, car s'il avait été présent j'aurais suggéré à la Cour de lui poser la simple question suivante: Pourquoi le juge de Reus a-t-il ordonné la saisie des biens de l'Ebro et des autres sociétés filiales si la simple mise en faillite de la Barcelona Traction et l'ordre de saisie des titres se trouvant à Toronto suffisaient aux organes de la faillite pour se considérer comme actionnaires et pour mettre ces titres en vente? La saisie des biens matériels en ce cas était sans le moindre intérêt. Je lis, il est vrai, à la séance du 26 avril que, si ma thèse était admise, elle conduirait à réduire le jugement déclaratif de faillite à l'état de chiffon de papier, alors que tous les biens de la Barcelona Traction étaient en Espagne et que je les aurais moi-même égrenés. J'avoue ne pas savoir à quoi il est fait allusion. Je n'ai pas le souvenir d'avoir pu dire qu'il y avait une série de biens de la Barcelona Traction en Espagne, tant est profonde ma conviction, ma certitude, que la Barcelona Traction n'a d'autre avoir que ce portefeuille qui se trouvait à Toronto, étant par sa nature un holding.

Mais si vraiment le Gouvernement espagnol croit aujourd'hui pouvoir expliquer et justifier le jugement de Reus par le fait que tous les biens des filiales qui se trouvent en Espagne devaient être considérés comme étant la propriété de la Barcelona Traction, qui possède tous les titres de ces filiales, et que ces filiales devaient être réputées fictives, alors je suis amené à suggérer à la Cour une autre question: Pourquoi en ce cas le juge de Reus et les organes de la faillite se sont-ils souciés des actions de l'Ebro et de la Barcelonesa et des autres filiales qui se trouvaient à Toronto? Si ces sociétés étaient fictives, il fallait tout simplement se borner à saisir les biens. Donc, ma question est inverse de la première. Il fallait se désintéresser des titres et, bien entendu, saisissant les biens, il fallait saisir l'actif et le passif des filiales; en d'autres mots, il fallait étendre la faillite aux filiales et déclarer les filiales en faillite, ce qu'on n'a pas fait. Pourquoi ne l'a-t-on pas fait? On ne l'a pas fait, Messieurs, parce que toutes ces filiales étaient fort prospères; parce que, si on avait saisi les biens des filiales et qu'on les avait réalisés pour payer le passif, on payait le passif avec les seules liquidités des filiales. Toutes ces filiales étaient extrêmement prospères puisqu'elles tenaient en réserve toutes les sommes qui, depuis des années, s'accumulaient sans pouvoir être envoyées à la Barcelona Traction qui les attendait.

En sorte qu'une extension de la faillite aux filiales, ayant du reste également pour conséquence que le passif de toutes les sociétés mises en faillite devait être converti en pesetas et pouvait être liquidé en pesetas, entraînait au bout de quelques jours la levée de la saisie par désintéressement des créanciers, pour le plus grand bien et le plus grand profit de la Barcelona Traction qui se serait grandement réjouie de voir enfin aboutir une solution, de nature à la débarrasser de ses soucis du plan de compromis. Si on a saisi les biens des filiales pour ensuite vendre les titres qui se trouvaient à Toronto — ou plus exactement les duplicata de ces titres —, c'est donc bien nécessairement parce que la détention des biens des filiales était indispensable pour servir de base à la construction inédite conférant aux organes de la faillite la possession médiata et civilissime de ces titres. En sorte que, lorsque les sociétés filiales se sont attaquées à cette partie du dispositif du jugement de faillite qui permettait la saisie de leurs avoirs, elles ont véritablement touché le jugement de faillite au cœur même de ses dispositions, à ce qui allait être la base de la construction ultérieure de Juan March.

Quant au sort des recours des filiales, ce serait, Messieurs, une bien longue histoire et qui m'entraînerait, je crois, dans le domaine du fond, puisque toutes les décisions auxquelles je fais allusion font l'objet précisément de critiques de la part du Gouvernement belge. A un certain moment, ces filiales ont été déclarées non recevables parce qu'elles n'étaient pas la société faillie; à un autre moment, le même juge les a déclarées non recevables parce que, au contraire, la concentration en une seule main de leurs titres équivalait à supprimer leur personnalité juridique; et puis, à un autre moment, on les a déclarées non recevables parce que le remède de leur action, leur demande d'opposition, n'était pas fondé et qu'elles auraient dû recourir à la *terceria*, la revendication de biens émanant donc d'un propriétaire étranger à la faillite.

Et puis finalement on constate, lorsque l'on voit les procédures, qu'elles ont essayé tout, y compris la *terceria*, mais que l'on a trouvé un moyen beaucoup plus radical pour les étouffer: c'est en recourant à cette possession médiata et civilissime des titres qui se trouvaient à Toronto. Les nouveaux administrateurs nommés par les organes de la faillite en tant qu'assemblée générale des actionnaires ont désavoué les anciens administrateurs qu'ils avaient révoqués. On a donc révoqué les avoués qui avaient été constitués par les administrateurs légitimes. Et on s'est désisté au fur et à mesure que de nouveaux recours étaient introduits par les anciens administrateurs des sociétés filiales: ces recours étaient immédiatement annulés, abandonnés, par les actes des avoués nommés par les nouveaux conseils d'administration.

Tout cela, Messieurs, fait partie des griefs, du déni de justice et du refus d'audience. Je pense que ce sont des griefs sérieux. La question ne se pose pas actuellement à la Cour, mais la Cour doit simplement apprécier aujourd'hui, et je pense l'en avoir convaincue, qu'en réalité ce n'était pas sans intérêt, comme on nous l'avait dit à un moment donné, ce n'était pas sans objet c'était au contraire de façon tout à fait essentielle et ultrapertinente que les filiales avaient, dès le 16 février, commencé leur action de défense qu'elles ont poursuivie en vain pendant de nombreuses années.

Je crois avoir ainsi achevé la réfutation des conclusions tirées du caractère générateur attribué au jugement déclaratif de faillite, qui ne présente au surplus d'intérêt dans le système même du Gouvernement

espagnol que si on admet qu'il n'y a pas eu d'opposition régulière. J'ai hâte de montrer de nouveau à la Cour que cela ne peut pas être sérieusement soutenu.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la vérification de la régularité de l'opposition présentée par la Barcelona Traction le 18 juin 1948 pourrait tenir en quelques lignes. En effet, les Parties sont d'accord pour considérer que le délai d'opposition est de huit jours ouvrables à dater de la publication du jugement, à condition que celle-ci ait eu lieu suivant les formes légales. Et nous sommes également d'accord pour considérer qu'il est ainsi renvoyé à l'article 1044 du Code de commerce, suivant lequel la publication doit avoir lieu par annonces, c'est-à-dire par affiches, dans la localité du domicile du failli et dans les autres lieux où il a des établissements commerciaux et par insertion dans le journal de ladite place, ou de la province s'il ne paraît pas de journal officiel à la place où le commerçant a son domicile ou un établissement commercial.

Or, la Barcelona Traction a son siège social à Toronto où, dès lors, de toute façon, la publication devait avoir lieu. Elle n'a pas d'établissement commercial hors de Toronto; notamment, elle n'a d'établissement commercial ni dans la province de Tarragone ni dans la province de Barcelone. Dès lors les publications faites dans ces deux lieux ne pouvaient en aucun cas être suffisantes; elles apparaissent comme superflues et sont sans effet quelconque pour faire courir le délai d'opposition. A ce raisonnement très simple, qui tient en quelques mots, il n'avait été, jusqu'au mois dernier, donné aucune réponse. Il est vrai que le juge de Reus, dans deux ordonnances rendues le 2 mars et le 17 mars 1948, décrétrait que son jugement du 12 février avait qualité de chose jugée. Il s'était bien gardé de donner aux publications ordonnées par ledit jugement une autre justification que celle qui était manifestement mensongère, celle qui figurait dans le jugement du 12 février, à savoir que le siège social de la Barcelona Traction était inconnu. Depuis lors, il y a eu un arrêt du 15 mai 1963 où il est répété, dans l'historique que l'on fait de la procédure, que le jugement a acquis force de chose jugée ou s'est vu déclarer tel. Il est fait allusion aux publications dans les provinces respectives, sans qu'on sache ce que signifie le qualificatif « respectif »; mais, quant à une justification du fait que cette publication pourrait être considérée comme le point de départ du délai d'opposition, il n'y en a pas trace.

Dans les exceptions préliminaires de 1963, il nous est affirmé que l'opposition était tardive, parce qu'elle se situe plus de huit jours après la publication régulière; mais pourquoi cette publication était-elle régulière? On n'en disait rien, bien que, dans notre mémoire, nous ayons mentionné que les publications en Espagne étaient évidemment irrégulières. En 1960, la Cour s'en souviendra, on avait été plus hardi; on avait prétendu justifier sur base de l'article 1044 les publications qui avaient eu lieu en Espagne et voir en elles le point de départ du délai d'opposition. Mais on ne l'avait fait qu'au prix d'une double mutilation du texte de l'article 1044, puisqu'on lui faisait dire que le juge pouvait ordonner la publication, soit au lieu où la faillite a été déclarée — ce dont il n'est pas question dans l'article 1044 — soit au lieu où le failli aurait des établissements de commerce, avec omission totale du lieu de domicile.

Il y a un mois, nous avons eu enfin une tentative d'explication com-

posée d'éléments entièrement contradictoires et en contradiction avec tout ce qui avait été dit antérieurement.

Le Gouvernement espagnol, en réplique, l'a développée à nouveau. D'après lui, l'article 1044, paragraphe 5, devrait recevoir une interprétation qui s'éloignerait considérablement du texte chaque fois qu'il s'agit d'une société étrangère. Comme je n'ai pas souscrit à cette audacieuse tentative, je suis accusé d'avoir opposé des arguments qui n'étaient pas d'ordre juridique. Je vais, cette fois, tâcher d'être plus précis et de satisfaire aux exigences juridiques de la Partie adverse.

Je constate tout d'abord que la thèse nouvelle, suivant laquelle l'article 1044, paragraphe 5, dans le cas d'un failli étranger, devrait recevoir une application qui n'a presque plus de rapport avec le texte de cet article, n'est appuyée ni sur une citation d'auteur, ni sur une décision judiciaire suivant lesquelles une société étrangère pourrait être mise en faillite en Espagne, sur requête d'un créancier, par voie d'assignation et que l'opposition qu'elle pourrait faire serait déclarée irrecevable si elle se situait plus de huit jours après la publication en Espagne du jugement déclaratif. Je ne sais pas si mon adversaire considère que cette absence d'autorité doctrinale et jurisprudentielle est de caractère juridique, mais de toute façon, je crois pouvoir lui dire que, pour tout praticien du droit, l'observation n'est pas sans valeur.

Voyons de plus près les arguments théoriques qui sont proposés à la Cour. On prétend voir dans la construction que l'on va développer un simple corollaire de la territorialité de la procédure de faillite. Ce principe de la territorialité de la procédure de faillite, je l'admets volontiers, est conforme au principe de territorialité de toutes les lois de procédure qu'un des membres de la Cour, M. Morelli, a particulièrement mis en lumière dans son ouvrage sur le droit procédural civil international, page 11 de l'édition de 1938, et dont l'application à la faillite a été spécialement dégagée par un autre auteur italien, le professeur Giuliano, dans son ouvrage sur la faillite en droit procédural civil international.

Mais nous nous trouvons ici devant une déformation assez grossière de ce principe qui, évidemment, ne fait pas du tout obstacle à ce que les actes intéressant des justiciables domiciliés à l'étranger et devant d'une façon ou d'une autre être portés à leur connaissance leur soient communiqués par voie de commission rogatoire. Ce qui, du reste, est aussi prévu dans la Loi de procédure espagnole à l'article 300.

Mais, nous dit le professeur Malintoppi, les diverses opérations prévues à l'article 1044 du Code de commerce de 1829 ont toutes cette particularité de ne pouvoir être effectuées qu'en Espagne; il cite l'arrestation du failli et la saisie des biens et il conclut qu'il doit en aller dès lors de même de la publication du jugement. J'avoue ne pas bien comprendre son raisonnement. Je reconnais volontiers que l'arrestation du failli n'est possible que si le failli se trouve en Espagne, que la saisie des biens n'est possible que si les biens sont en Espagne; mais, à première vue, la logique de ce raisonnement devrait le conduire à reconnaître que, si le failli a son domicile à l'étranger, la publication en Espagne est également impossible et, dans ces conditions, il n'y a pas lieu de procéder à la mise en faillite d'un étranger.

Et voici maintenant comment la Partie adverse va essayer de transformer l'article 1044 à l'usage des faillis étrangers. Ce tour de passe-passe, on prétend le réaliser à l'aide des articles 65 et 66 de la Loi de procédure civile; mais à aucun moment on n'a cru devoir soumettre à la Cour le

texte de ces articles. Je vais combler cette lacune. L'article 65 est libellé comme suit :

« Le domicile légal des commerçants pour tout ce qui concerne des actes ou contrats commerciaux et leurs conséquences sera le lieu où ils auraient le centre de leurs opérations commerciales.

Ceux qui auraient des établissements commerciaux dans différentes circonscriptions judiciaires pourront être assignés par des actions personnelles au lieu où ils auraient leur principal établissement ou à celui où ils auraient contracté l'obligation, au choix du demandeur. »

L'article 66 :

« Le domicile des sociétés civiles et commerciales sera le lieu qui est indiqué comme tel dans l'acte de fondation ou dans les statuts qui les régissent. Si cette circonstance n'est pas connue, on s'en tiendra à ce qui est dit pour le commerçant. »

Ces dispositions, Messieurs, me paraissent d'une limpidité parfaite. L'article 65 pas plus que l'article 66 ne peuvent s'appliquer à la faillite. L'article 65 parle de l'assignation pour des actions personnelles. La requête déposée contre un failli n'a ni le caractère d'une assignation ni le caractère d'une action personnelle. Quant à l'article 66, la chose est plus flagrante encore: on ne fait application aux sociétés civiles et commerciales de l'article 65 que si on ne connaît pas le domicile des sociétés civiles et commerciales, c'est-à-dire le lieu indiqué comme tel dans l'acte de fondation ou dans les statuts qui les régissent.

Messieurs, c'est la raison pour laquelle le juge de Reus, qui invoquait déjà en passant les articles 65 et 66 de la Loi de procédure civile sans les rattacher directement à la question de la publication, avait sans aucun doute cru devoir justifier leur application au cas de la Barcelona Traction par la mention, qui était inexacte de façon flagrante, que le siège social de la Barcelona Traction était inconnu.

Et voici donc que le Gouvernement espagnol reprend, après quinze ans, l'argument du juge de Reus faisant application de l'article 66, mais il n'ose pas reproduire le support matériel manifestement mensonger sans lequel il ne peut pas être question de l'article 66.

J'espère que, cette fois, on voudra bien accepter ma démonstration comme suffisamment juridique.

Et sans doute notre interprétation de l'article 1044 du Code de commerce conduit-elle à cette conclusion décevante pour le professeur Malintoppi que les dispositions légales espagnoles relatives à la faillite s'adaptent mal, dans ce cas, à l'hypothèse d'un failli domicilié à l'étranger. Mais, Messieurs, c'est là une constatation qui n'est pas propre à l'Espagne, qui est commune, notamment, à tous les pays qui professent l'universalité de la faillite, comme la Belgique. Jamais en Belgique on ne prononcera la mise en faillite d'un commerçant qui n'a pas son domicile, soit officiel, soit effectif, en Belgique, et jamais on n'accordera l'*exequatur* à une décision de faillite rendue à l'étranger qui n'aurait pas été rendue dans le pays où le commerçant a son domicile. Si la Barcelona Traction avait été mise en faillite au Canada, il n'y aurait eu aucune difficulté, si elle avait eu des avoirs en Belgique, à saisir ces avoirs. Mais

il ne pouvait évidemment pas être question de saisir des avoirs appartenant à une société canadienne mise en faillite en Espagne.

Messieurs, en ce qui concerne l'Espagne, il en va exactement de même. Voici ce qu'on lit dans un ouvrage de M. Manuel de la Plaza, ancien procureur général du tribunal suprême, puis président de la première chambre de cette haute juridiction, déjà cité à la page 165 de notre mémoire (I). Il écrit dans son ouvrage sur le droit espagnol de la procédure :

« Pour des raisons évidentes, il est impossible de justifier l'hypothèse absurde de la déclaration de faillite d'une personne ou entité étrangère qui n'aurait absolument aucun siège ou aucun bien au lieu où la déclaration est faite; et ce, non pas cette fois par application des principes d'universalité ou de territorialité qui supposent l'existence de ces conditions déterminantes, mais parce qu'il n'y a absolument aucune raison en pareil cas pour déclencher une procédure de faillite qui obéit toujours à une cause, inconcevable dans cette hypothèse. »

Je crois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pouvoir conclure cette partie de ma plaidoirie en constatant que le délai d'opposition n'était manifestement pas expiré lorsque, le 18 juin 1948, la Barcelona Traction se décida à exercer ce recours qui était donc parfaitement régulier.

Mais, peut-être, certains membres de la Cour vont-ils, à la réflexion, se demander pourquoi, sans être tenue d'intervenir plus tôt, la Barcelona Traction, qui avait assurément la faculté de le faire, n'est pas intervenue plus rapidement et si elle n'aurait pas obtenu ainsi un résultat meilleur. A ceux qui m'interrogeraient sur ce point, je n'aurais pas de peine à répondre qu'il n'en est rien, et ce pour trois motifs.

Tout d'abord, au moment où la Barcelona Traction se décida à faire son opposition, aucune étape nouvelle n'avait été franchie dans la procédure d'exécution de la faillite. L'écrit de la Barcelona Traction est du 18 juin 1948 et c'est le 3 janvier 1949 seulement qu'une société du groupe Juan March demande la convocation de l'assemblée des créanciers pour provoquer la nomination des syndics de la faillite.

Deuxièmement, la Barcelona Traction sait que dans l'intervalle, depuis le jour de la déclaration de faillite, les sociétés filiales ont, sans perdre un jour, introduit des recours pour obtenir la réformation du jugement par la libération de leurs biens, ce qui devait normalement mettre fin à la possession médiate et civilissime des actions des filiales par les organes de la faillite et ainsi rendre à la Barcelona Traction le contrôle de ses filiales.

Troisièmement, ce n'est pas la prétendue tardiveté qui a empêché l'opposition de la Barcelona Traction de produire ses fruits, puisqu'un jugement n'est intervenu sur le mérite de cette opposition que le 7 juin 1963. L'opposition fut arrêtée dès le 26 juin 1948, quelques jours après son dépôt, par la suspension de la procédure y relative résultant des déclinatoires de compétence. Comme le premier de ces déclinatoires est du 13 février 1948, soit du lendemain de la déclaration de la faillite (c'est un déclinatoire d'un homme de paille), le jour même où fut effectuée la saisie des biens d'Ebro et de la Barcelonesa (voir p. 57 du mémoire, I, par. 112), toute opposition de la Barcelona Traction, eût-elle été présentée

le 14 février 1948, se serait inexorablement heurtée au mécanisme des suspensions que manœuvraient les hommes de paille de Juan March.

*[Audience publique du 19 mai 1960, matin]*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au cours de l'audience de vendredi dernier j'ai montré une nouvelle fois à la Cour l'inaccessibilité des recours hiérarchiques ou de contentieux administratif que le Gouvernement espagnol reprochait au groupe de la Barcelona Traction de ne pas avoir exercés contre les décisions qui avaient refusé les autorisations pour l'exécution des plans d'arrangement.

Abordant ensuite les décisions judiciaires j'ai, dans une première partie, combattu et, j'espère, réfuté la thèse du Gouvernement espagnol selon laquelle l'opposition présentée par la Barcelona Traction le 18 juin 1948 l'avait été tardivement et, d'autre part, suivant laquelle le jugement de faillite était le fait générateur de toute la mésaventure qu'avait connue la Barcelona Traction et que seule son annulation par la voie d'opposition était de nature à constituer un remède efficace.

En ce qui concerne plus spécialement la question de l'opposition qui constituait la deuxième partie de mon argumentation, j'ai montré que cette opposition avait été formée en temps utile et avant de quitter cet ordre d'idées il me reste à répondre à deux observations qui ont été faites par mon estimé contradicteur au sujet de cet acte du 18 juin 1948.

Prenant acte des termes dont s'était servie la Barcelona Traction dans son écrit du 18 juin dans lequel elle indiquait les motifs sur lesquels elle fonderait son opposition, la Partie adverse prétend que cet écrit du 18 juin ne constitue pas une opposition proprement dite, mais simplement l'annonce d'une opposition. A quoi il me suffira d'opposer le dispositif de l'écrit du 18 juin. Les premières lignes de ce dispositif sont libellées comme suit :

« En vertu de ce qui précède

Je demande au Tribunal que, dans les termes et avec le caractère exposés, il veuille bien tenir dès à présent comme faite en temps et forme mon opposition au jugement de déclaration de faillite de la société ma cliente. »

Il s'agit donc bien incontestablement d'une opposition effective et non pas d'une simple annonce d'opposition.

En procédant en deux temps et en annonçant un écrit ultérieur pour le développement de ses moyens, la Barcelona Traction ne faisait que se conformer à l'article 1326 de la Loi de procédure civile. Au surplus, je constate que cette opposition fut réitérée pour autant que de besoin le 3 septembre 1948 (je renvoie à ce qui est dit à la p. 74 du mémoire belge, par. 154), ce qui achève d'enlever tout intérêt à la première objection du Gouvernement espagnol.

La deuxième objection est, à première vue, plus troublante: on relève que, dans l'écrit du 18 juin 1948, la Barcelona Traction se plaint de ne pas avoir reçu notification du jugement déclaratif de faillite et demande que ce jugement lui soit signifié et le professeur Malintoppi voit là une tentative de la Barcelona Traction pour créer de toutes pièces, « artificiellement » dit-il, un point de départ au délai d'opposition qui ne soit pas le point de départ de l'article 1044 du Code de commerce.

Il n'y a eu bien entendu dans l'esprit des dirigeants de la Barcelona Traction, au mois de juin 1948, aucun calcul de ce genre. Ils demandent notification du jugement parce qu'ils n'ont pas le texte de ce jugement. Qu'on ne nous dise pas qu'il a été donné lecture de ce jugement à M. Menschaert, qui était aussi administrateur à la fois de l'Ebro et de la Barcelona Traction lorsqu'on a opéré la saisie le 14 février 1948; en réalité, on lui a donné lecture mais on ne lui a pas laissé la copie du jugement. Dans les journaux des provinces de Tarragone et de Barcelone, on n'a pas publié le texte intégral du jugement, on a inséré un avis mentionnant la mise en faillite de la Barcelona Traction. Il est donc tout à fait légitime, et j'ajoute — je l'ai démontré dans ma première plaidoirie ou dans les observations — il est tout à fait légal que la Barcelona Traction demande le texte, la signification du texte du jugement déclaratif de faillite.

Messieurs, cela dit, je reconnais qu'à l'époque les dirigeants de la Barcelona Traction, tout en étant convaincus que de quelque façon que l'on fixât le point de départ du délai d'opposition, ce délai d'opposition ne pouvait pas avoir couru puisqu'il n'y avait pas eu de publication régulière, les dirigeants de la Barcelona Traction et leurs conseils étaient de l'avis, à cette époque, que le point de départ ne doit pas être cherché dans l'article 1044 du Code de commerce de 1829 mais qu'il doit l'être en réalité, dans la notification. Et comment raisonnent-ils? Ils raisonnent de la façon suivante: c'est que, Messieurs, la Loi de procédure civile qui est postérieure de beaucoup au Code de commerce de 1829 renvoie, par son article 1326, à l'article 1028 du Code de commerce en ce qui concerne la durée du délai. Comme il n'y renvoie pas en ce qui concerne le point de départ du délai, une bonne partie de la doctrine et de la jurisprudence en 1948 était d'avis que, en réalité, le point de départ du délai devait être fixé comme il est fixé en matière de *concurso* (pour la faillite civile) par l'article 1162 de la Loi de procédure civile, c'est-à-dire au lendemain de la notification du jugement, ce qui est également conforme au droit commun (je me réfère aux articles 260 et 303 de la Loi de procédure civile).

Mais, Messieurs, cela dit, il est exact que depuis lors un arrêt du tribunal suprême de 1957 a battu en brèche cette croyance assez générale qu'en réalité c'était le jour de notification, très généralement ordonné par le juge de la faillite, qui devait être considéré comme le point de départ et nous avons considéré qu'il était plus simple d'accepter que votre Cour se base exclusivement sur les articles 1028 et 1044, 5<sup>o</sup>, du Code de commerce de 1829 pour vérifier si, oui ou non, suivant la thèse du Gouvernement espagnol, l'opposition avait été signifiée tardivement. Le Gouvernement belge, je crois l'avoir suffisamment démontré, n'a aucune crainte que vous conclurez à l'inéluctable nécessité d'une insertion du jugement de faillite dans un journal de Toronto et, en l'absence de pareille publication, au non-écoulement du délai d'opposition.

Voilà, Messieurs, en ce qui concerne l'opposition. Mais il n'y a pas eu que l'opposition au jugement déclaratif de faillite; il y a eu aussi les oppositions de l'Ebro et de la Barcelonesa du 23 février 1948; il y a eu la demande incidente de nullité présentée par la Barcelona Traction le 5 juillet 1948 et complétée le 30 juillet; il y a eu les contestations de la compétence ou plus exactement de la juridiction des tribunaux espagnols, d'une part par la Barcelona Traction dans son écrit du 18 juin 1948 complété le 11 avril 1953 par une déclaration formelle d'adhésion

au déclinatoire Boter, d'autre part par la National Trust dans son déclinatoire d'incompétence du 27 novembre 1948.

Je crois devoir rappeler à la Cour, de la façon la plus rapide, quelle a été la position des parties à l'égard de ces divers recours dont les deux premiers me prendront seulement quelques instants.

En ce qui concerne l'Ebro et la Barcelonesa, la Cour se souviendra qu'elles ne se sont pas contentées de demander la reconsidération du jugement déclaratif de faillite le 16 février mais que, sept jours plus tard, elles ont demandé que l'on considère leur écrit comme une opposition régulière. Puisqu'on prétendait justifier la saisie de leurs biens par une assimilation des sociétés filiales avec la société mère, il leur paraissait tout à fait normal qu'elles puissent exercer une opposition au même titre que la société mère.

La Partie adverse nous répond que l'écrit du 23 février ne tendrait pas, pas plus que celui du 16 février, à l'annulation du jugement déclaratif de faillite mais seulement à sa réformation. C'est exact, Messieurs, mais je crois avoir suffisamment expliqué à la Cour tout d'abord qu'une opposition à un jugement peut parfaitement tendre à la réformation plutôt qu'à l'annulation, ce qui ne lui enlève, en aucune façon, son caractère d'opposition et d'autre part que la réformation, telle qu'elle était demandée, c'est-à-dire la levée de la saisie de l'actif des sociétés filiales, était de nature à mettre un terme aux conséquences les plus redoutables qu'ultérieurement les organes de la faillite tirèrent de cette saisie, notamment à la faveur de la possession médiante et civilissime des titres.

Mon estimé contradicteur a cru pouvoir ajouter à cette première objection une autre objection tirée du fait que, suivant lui, l'Ebro et la Barcelonesa n'avaient aucun titre pour se prévaloir de l'article 1028 du Code de commerce, vu que celui-ci n'accorde le droit d'opposition qu'aux seuls faillis. Il a bien voulu ajouter, il est vrai, que la disposition a été complétée par un article 1170 de la Loi de procédure civile relatif à ce qu'on appelle « la faillite civile », disposition qui fait partie d'une procédure déclarée applicable à titre supplétif à la faillite commerciale en vertu du renvoi contenu dans l'article 1319 de la même loi. Mais à cela se limite, selon lui, l'extension apportée à l'ancienne disposition du Code de 1829, et le professeur Malintoppi s'élève contre la thèse de M. Ramirez — un auteur espagnol — suivant laquelle le droit d'opposition devrait être reconnu à tout intéressé. Il y aurait là, suivant mon estimé contradicteur, la Cour s'en souviendra, une « erreur certaine » explicable par le fait que M. Ramirez se serait appuyé exclusivement sur les écrits de six auteurs uniformément italiens, dont les noms vous ont été rappelés, sans s'apercevoir que l'opinion de ces auteurs italiens était naturellement formée d'après les dispositions de la loi italienne sur la faillite, laquelle accorde expressément le droit d'opposition à toute personne intéressée et non pas seulement au créancier.

Messieurs, j'ai vérifié de très près les observations de mon distingué contradicteur; je ne nie pas qu'elles présentent un certain intérêt mais elles sont dans une large mesure inexactes. Il n'est en effet pas exact que M. Ramirez se soit appuyé uniquement sur des auteurs italiens. La consultation de son ouvrage permet au contraire de constater qu'à la note 24, figurant à la page 734, qui est relative à l'opinion dont le Gouvernement belge avait fait état, l'auteur cite effectivement des auteurs italiens, qui sont, non pas au nombre de six mais au nombre

de quatre, mais qu'à côté d'eux il cite encore neuf auteurs français (Lyon-Caen et Renault, Renouard, Thaller, Wahl, Alauzet, Bedarride, Boistel, Bravard-Veyrières, Massé) et un auteur argentin (Raimundo Fernandez).

Or, ces dernières références ne se prêtent pas à la même objection que celle relative aux auteurs italiens. En effet, le décret-loi français du 14 juin 1938 institue le droit de former opposition aux jugements rendus en matière de faillite sans préciser par qui l'opposition peut être faite, et c'est la jurisprudence française, notamment un arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 septembre 1940 qui, approuvée par la doctrine, admet que, conformément à la législation antérieure, l'opposition puisse émaner de tout intéressé autre que le failli, le répertoire Dalloz ajoutant du reste à son n° 69 de l'édition 1948 que, bien que cette dernière voie de recours constitue en réalité une tierce opposition, la loi la soumet à une réglementation unique avec l'opposition du failli en raison de l'effet absolu du jugement déclaratif de faillite.

Plus instructive encore est l'invocation de l'auteur argentin car la loi argentine sur la faillite, à savoir celle du 27 septembre 1933, et l'article 1447 du Code de commerce argentin ne prévoient expressément que l'opposition du failli, ce qui donne à l'opinion de Fernandez une valeur toute particulière. Puis-je ajouter, en me plaçant sur le terrain du droit espagnol, que celui-ci a, à maintes reprises, consacré dans les termes les plus généraux le principe que tous ceux qui allèguent un intérêt légitime dans une question en litige doivent être admis au procès (arrêts du tribunal suprême des 17 octobre 1949 et 7 février 1951 — Aranzadi, 1949, n° 1233 et 1951, n° 589), de sorte que l'opinion de M. Ramirez n'est que l'application à la matière de la faillite de ces principes généraux de droit espagnol.

Quant à l'incident de nullité formé par la Barcelona Traction le 5 juillet 1948 et complété le 31 juillet, j'ai montré dans ma plaidoirie du 22 avril (voir ci-dessus, p. 638) comment, tout en s'attaquant seulement aux violations de la loi contenues dans le jugement déclaratif de faillite, ce recours était parfaitement susceptible d'en provoquer la nullité et comment, d'autre part, l'opposition régulièrement introduite se trouvant paralysée contre la volonté de la Barcelona Traction par l'effet des suspensions indéfiniment prolongées accordées par le tribunal aux déclinatoires de compétence introduits par des hommes de paille de Juan March, la Barcelona Traction avait légitimement cherché, par la voie de l'incident de nullité, à contourner cet obstacle sans attendre qu'il ait été définitivement statué sur son opposition.

A quoi la Partie adverse s'est bornée à me répondre — je cite — que mon argument « tombait sous le coup d'une pétition de principe puisque la Barcelona Traction n'a pas valablement formé opposition contre le jugement déclaratif de faillite ». Il me serait aisé, Messieurs, de répondre à cette thèse que mon adversaire a lui-même commis une pétition de principe puisque la Barcelona Traction a bien valablement fait opposition et nous pourrions ainsi continuer à nous opposer une thèse réciproque sans que la discussion progresse d'un pas. Je n'en ferai rien. La Cour a entendu les arguments présentés de part et d'autre quant au point de départ du délai d'opposition et elle est donc en mesure d'apprécier si, comme j'en ai la conviction, l'opposition de la Barcelona Traction est bien régulière. C'est évidemment parce que les dirigeants de la Barcelona Traction considéraient cette opposition comme régulière qu'ils

ont, au mois de juillet 1948, tenté de tourner l'obstacle de la suspension qui la paralysait par l'ouverture d'un incident de nullité et cette appréciation nous paraît, encore aujourd'hui, avoir été pleinement fondée.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive ainsi aux contestations qui furent soulevées par le groupe de la Barcelona Traction, relatives à la compétence des tribunaux espagnols. Je souhaiterais que la Cour en mesure bien toute l'importance.

Le succès de ces recours qui tendaient à obtenir que la juridiction espagnole se dessaisisse de la faillite en reconnaissant que cela relevait de la compétence de tribunaux étrangers, aurait eu normalement pour résultat de mettre un terme à toute la procédure de faillite en Espagne, de faire obstacle à ce qu'un acte quelconque soit encore accompli par un juge espagnol ou par les organes de la faillite en Espagne. Cela aurait donc empêché la vente du 4 janvier 1952 et aurait sauvé les actionnaires de la Barcelona Traction bien entendu, à condition d'une part qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur ces contestations de compétence, tandis qu'elles furent en fait indéfiniment retardées pendant plus de dix ans par l'attitude extraordinaire du Parquet de Barcelone, d'autre part que la présentation de ces exceptions ait eu pour effet de suspendre la marche d'exécution de la faillite, de même qu'elle suspendait la procédure d'opposition et toutes les autres procédures similaires.

La Cour se souviendra que la question de compétence a été soulevée une première fois le 13 février 1948 à l'égard du juge de Reus par Garcia del Cid et après qu'il s'en fut désisté, le 30 mars 1948, par M. Boter qui présenta cette fois un déclinatoire qui n'était plus une contestation *ratione loci* de la compétence du juge de Reus, mais une contestation de la juridiction de tous les tribunaux espagnols demandant que le juge de Reus se dessaisisse au profit des tribunaux de Londres. La suite des événements a montré que, bien entendu, M. Boter comme M. Garcia del Cid étaient de mèche avec les demandeurs à la faillite, et que leur initiative n'avait d'autre but que de provoquer la suspension de l'examen des recours contre la régularité des décisions prises, étant bien entendu que simultanément ils se proposaient d'obtenir que la poursuite de l'exécution fût ordonnée jusques et y compris la vente des biens.

Après M. Boter, la juridiction des tribunaux espagnols fut contestée par la Barcelona Traction dans son écrit du 18 juin 1948, et puis une nouvelle fois par National Trust dans son écrit du 27 novembre 1948, et une dernière fois le 11 avril 1953 par la Barcelona Traction dans un écrit d'adhésion au déclinatoire Boter. La Barcelona Traction et National Trust demandaient le dessaisissement au profit des tribunaux canadiens, plus précisément de la Cour suprême d'Ontario qui avait nommé un *receiver*.

En réplique, comme en première plaidoirie, le professeur Malintoppi a prétendu écarter l'ensemble des recours, y compris le recours Boter, en disant qu'ils étaient tardifs. Il a de plus opposé au recours de la Barcelona Traction une irrecevabilité résultant du fait qu'il serait intervenu alors que la Barcelona Traction avait déjà présenté des motifs d'opposition visant le fond; et il a contesté la recevabilité du déclinatoire de National Trust pour les raisons développées par les tribunaux espagnols, en lui contestant la qualité de créancier.

Le premier moyen, celui de tardiveté, j'avoue que je ne l'avais pas pris au sérieux et c'est la raison pour laquelle je ne m'y suis pas attardé en première plaidoirie. Sans doute mon estimé contradicteur a-t-il eu raison

de dire que le fait que le 31 mars 1948 le déclinatoire Boter avait été reçu *a tramite* par le juge de Reus n'impliquait pas à lui seul une reconnaissance de la recevabilité de ce déclinatoire. Et pourquoi n'a-t-il pas dit un mot du jugement rendu par le juge spécial, le 12 février 1949, cité aux observations belges, I, page 242, paragraphe 261, reproduit dans les annexes au mémoire, par lequel le déclinatoire Boter avait été rejeté et non pas déclaré tardif et irrecevable? Le jugement du juge spécial admettait donc nécessairement que le déclinatoire Boter avait été régulièrement présenté, bien qu'il fût postérieur à des ordonnances par lesquelles le juge de Reus avait prétendu donner un caractère de chose jugée à son jugement déclaratif de faillite.

Quant à l'arrêt de la cour d'appel de Barcelone qui a été rendu le 15 mai 1963 et dont le texte a été produit dans la deuxième série de nouveaux documents du Gouvernement espagnol déposés au mois de mars dernier, c'est à tort que mon estimé contradicteur a relevé dans un considérant qu'il y était fait état de la force de chose jugée du jugement déclaratif de faillite. D'après lui, la Cour en relevant cette circonstance « a dit tout ce qu'il était nécessaire de dire pour établir dans sa substance le caractère tardif du déclinatoire Boter ». C'est, Messieurs, inexact. Car s'il est vrai que cette circonstance est relatée dans le troisième considérant, c'est tout simplement dans le récit qui est fait de tous les actes de procédure qui se sont succédés, mais dans le considérant suivant, où il est traité du déclinatoire Boter, aucune fin de non-recevoir n'est tirée du caractère de chose jugée du jugement déclaratif de faillite et la Cour conclut à la confirmation du jugement de rejet du déclinatoire Boter et non pas du tout à sa réformation par une déclaration de non-recevabilité.

Puisque mon estimé contradicteur est revenu en réplique à son affirmation que Boter, comme la Barcelona Traction et la National Trust, ne pouvaient plus contester la compétence de la juridiction espagnole dans la procédure de faillite de la Barcelona Traction par suite du prétendu écoulement du délai d'opposition, et puisque reproche m'a été fait de ne pas avoir rencontré cette argumentation, force m'est bien d'y revenir. Je ne le fais cependant qu'à titre tout à fait subsidiaire, puisque le point de départ de cette argumentation est à mon avis erroné, la tardiveté résultant du fait que le délai d'opposition aurait été écoulé, alors que, c'est une de nos thèses principales, il ne peut pas être question que le délai d'opposition ait été écoulé au moment où Boter, le 30 mars 1948, la Barcelona Traction, le 18 juin, et la National Trust, au mois de novembre, formulaient leurs contestations de compétence.

Mais je suppose, à titre d'hypothèse, que le délai d'opposition aurait été effectivement expiré. J'entends démontrer que, même en ce cas, le raisonnement du professeur Malintoppi serait certainement non fondé.

Mon estimé contradicteur a pris comme point de départ les articles 76 et 408 de la Loi de procédure civile.

Je passe sur l'article 408 qui établit seulement le principe de la chose jugée résultant de l'écoulement des délais de recours. Mais, me rapportant à l'article 76, je lis ceci : « Il ne sera pas possible de promouvoir ou proposer des questions de compétence dans les affaires judiciaires qui sont terminées par *auto* ou *sentencia firme*. » Ce qui a conduit mon estimé contradicteur à affirmer ce que je lis à la page 290 : « Tout déclinatoire soulevant une question de compétence ou juridictionnelle ne peut intervenir qu'avant que la décision du juge soit passée en force de chose jugée. »

Entre le texte de la loi et la proposition du Gouvernement espagnol il y a

une différence qui va vicier la suite du raisonnement: pour que le déclinatoire de compétence devienne impossible, il faut qu'une affaire judiciaire soit terminée par l'*auto* ou la *sentencia firme*. Nous verrons plus loin, à l'occasion de l'examen des recours en revision, que le jugement déclaratif de faillite ne peut pas être qualifié de *sentencia firme*. Pour l'instant, nous nous contenterons d'une constatation plus simple, à savoir que le jugement déclaratif de faillite ne termine pas l'affaire de la faillite. Il en est le commencement. Il est d'autant plus extraordinaire de voir le Gouvernement espagnol perdre de vue cette circonstance qu'il a lui-même développé avec force et exagération le thème que le jugement déclaratif était le premier acte d'une procédure d'exécution devant nécessairement conduire à la liquidation.

Lorsque le Gouvernement espagnol plaide la tardiveté des contestations de compétence, il confond manifestement dans son raisonnement deux choses: le jugement et le juge. Si l'expiration du délai d'opposition met le jugement déclaratif de faillite à l'abri de tout recours par voie de déclinatoire de compétence, elle ne met pas fin aux fonctions du juge. Nous avons montré dans une annexe à notre mémoire — je crois en avoir parlé dans ma première plaidoirie — que la procédure de la faillite comprend cinq parties et c'est le même juge qui est compétent depuis le premier jour du jugement déclaratif jusqu'au dernier. Et ce juge, à chaque fois qu'il est saisi d'un nouvel incident, pourra se voir contester, éventuellement par une nouvelle partie intervenant à la faillite, sa compétence. Il y aurait du reste, de la part de la Partie adverse, une véritable contradiction à soutenir d'une part que le jugement de faillite, une fois épuisés les recours ou écoulé le délai d'opposition, termine l'affaire et, d'autre part, que les phases ultérieures de la procédure en seraient la suite inévitable.

Je tiens à ce sujet à rectifier une déclaration peut-être insuffisamment précise ou trop générale que j'ai faite à la séance du 22 avril 1964 (voir ci-dessus, p. 634), selon laquelle le déclinatoire de compétence «aurait dû suffire à aboutir à l'annulation du jugement de faillite». Cela n'est à proprement parler exact que dans les cas où, comme dans l'espèce, il s'agit non d'un déclinatoire de compétence entre juges espagnols, mais d'un déclinatoire de juridiction des tribunaux espagnols.

Lorsqu'il s'agit d'un déclinatoire de compétence dont l'objet et le résultat sont d'obtenir le renvoi d'une affaire d'un juge espagnol à un autre juge espagnol, le premier juge est sans doute dessaisi, mais aux termes de l'article 115 de la Loi de procédure civile, tous les actes de procédure accomplis avant le jugement d'incompétence demeurent valables, sans qu'il soit besoin de ratification devant le juge ou le tribunal qui sera déclaré incompétent.

Ainsi, au cas où le juge de Reus aurait été déclaré incompétent au profit d'une autre juridiction espagnole, conformément à ce qui était demandé par M. Garcia del Cid, le jugement déclaratif de faillite n'aurait pas été pour autant annulé. Mais le déclinatoire Boter, comme il a été indiqué à diverses reprises, avait pour objet de dessaisir le juge de Reus non pas au profit d'un autre juge espagnol, mais au profit des tribunaux de Londres, tandis que la National Trust et la Barcelona Traction plaidaient que la compétence devait appartenir à la Cour suprême d'Ontario.

En supposant qu'une décision soit intervenue dans ce sens et que les tribunaux espagnols se soient déclarés incompétents, il est clair, Messieurs,

que la juridiction britannique ou la juridiction canadienne ne pouvaient en rien se déclarer liées par le jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948, car, même dans les cas les plus favorables, même lorsqu'il existe entre deux pays un traité réglant la question de la compétence de leurs tribunaux et de l'exécution des jugements, la première condition pour que la juridiction d'un pays puisse se considérer comme liée par une décision rendue par une juridiction de l'autre pays, est que cette dernière décision ait été rendue par un tribunal compétent. Du moment qu'une juridiction espagnole se reconnaissait incompétente, elle signait par là même l'arrêt de mort du jugement déclaratif de faillite. Et l'affaire revenant, par hypothèse, devant un tribunal britannique ou un tribunal canadien — car il ne pouvait être question d'un simple renvoi — il était impensable que cette juridiction puisse se considérer comme liée par le jugement du 12 février 1948 qui, ainsi, du même coup, serait tombé dans le néant.

Voyons maintenant, Messieurs, rapidement, les fins de non-recevoir particulières opposées par le Gouvernement espagnol et à la contestation de la Barcelona Traction et à celle de la National Trust.

En ce qui concerne la première, la Partie adverse revient en réplique sur ce qu'elle avait déjà développé en première plaidoirie et à quoi elle me reproche de ne pas avoir répondu, c'est-à-dire que la Barcelona Traction n'était plus recevable à plaider l'incompétence parce que dans son écrit du 18 juin 1948 elle avait — je cite: « abordé le fond sans avoir soulevé la question de juridiction par voie formelle d'incident ».

Sur ce point, j'avais cru ne rien devoir ajouter à ce qui avait été dit par nous à ce sujet dans nos observations, mais puisque le professeur Malintoppi m'adresse à cet égard un reproche, force m'est bien d'y revenir un instant.

Je rappelle donc que la Barcelona Traction, dans son écrit du 18 juin 1948, reproduit à la page 441 du volume II des annexes à son mémoire, cite, comme première raison de son opposition

« l'incompétence des tribunaux espagnols pour déclarer la faillite d'une société constituée conformément aux lois canadiennes, qui a son domicile légal à Toronto, province d'Ontario, et qui est inscrite sur les registres du Département d'Etat dudit pays ».

C'est donc bien avant tout moyen au fond que l'exception d'incompétence est formulée dans l'opposition de la Barcelona Traction et il est inimaginable que la cour d'appel de Barcelone ait manqué à la foi due aux textes au point de proclamer la forclusion de la Barcelona Traction.

Le Gouvernement espagnol reproche également à la Barcelona Traction d'avoir présenté sa contestation par voie d'exception et non par voie de déclinatoire, conformément aux articles 72 et 79 de la Loi de procédure civile, relatifs aux inhibitoires et déclinatoires de compétence. Mais il perd de vue que l'utilisation de ces procédures n'est concevable que dans le cadre de l'organisation judiciaire espagnole. Ainsi, le déclinatoire de compétence est défini à l'article 72 comme le recours où « l'on demande aux juges qu'ils se dessaisissent de connaître de l'affaire et remettent le dossier aux juges considérés comme compétents ».

Or, on ne peut imaginer, tout au moins en l'absence d'un traité qui le prévoirait, qu'un dossier puisse être transmis par un tribunal espagnol à un tribunal étranger. C'est du reste ce qui amène un auteur espagnol, Goldschmidt, dans son ouvrage *Sistema y filosofía de derecho internacional*

*privado*, vol. II, Barcelone, 1949, page 354, et dans *Cuestiones varias de derecho internacional privado*, Madrid, 1949, page 98, à exposer qu'en réalité les articles 72 et 79 sont sans application en dehors des juridictions espagnoles. La Barcelona Traction était donc pleinement recevable à contester la juridiction des tribunaux espagnols par voie d'exception comme elle l'a fait.

Quant à la National Trust, sur ce point mon estimé contradicteur s'est borné à maintenir qu'indépendamment de sa prétendue tardiveté le déclinatoire de la National Trust était irrecevable par défaut de qualité. De mon côté, Messieurs, je renvoie à ce que j'ai dit à ce sujet à l'audience du 22 avril, dans ma première plaidoirie, page 635, et me borne à rappeler l'incompréhensible différence de traitement qui, à peu de mois de distance, fut faite au comité des obligataires Prior Lien dominé par March et à la Barcelona Traction. Le premier fut reçu comme partie à la procédure par ordonnance du 20 septembre 1948 (publiée à l'annexe 137, vol. II, annexe au mémoire, p. 510) ; la seconde fut repoussée par ordonnance du 4 février 1949 (annexe 141, vol. III, p. 536).

Ainsi, Messieurs, les fins de non-recevoir spéciales opposées à la Barcelona Traction et à la National Trust étaient également sans fondement, en sorte que les contestations de juridiction des tribunaux espagnols devaient être considérées comme pleinement recevables ; d'autre part, elles étaient susceptibles, en cas de succès, comme je l'ai montré, de faire obstacle aux mesures dénoncées.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive ainsi à la troisième et dernière thèse du Gouvernement espagnol que j'ai à rencontrer, la seule qui soit relative à un recours non exercé par le groupe de la Barcelona Traction et ce sera aussi la dernière partie de ma plaidoirie ; elle sera brève.

Il s'agit du recours en revision — j'ai longuement traité de la question au cours de ma première plaidoirie. J'ai indiqué qu'un tel recours n'eût pas été recevable, parce que le recours en revision n'est admis qu'à l'égard des *sentencias* ayant acquis force de chose jugée matérielle. J'ai fait état à cet égard de la jurisprudence la plus récente du tribunal suprême, à savoir d'un arrêt du 22 mars 1963. Enfin j'ai montré qu'en tout état de cause, il n'y avait pas place pour un recours en revision parce que la Barcelona Traction eût été hors d'état d'établir les manœuvres frauduleuses des demandeurs à la faillite, tout spécialement relativement au domicile du défendeur, qu'ils avaient très exactement décrit comme n'ayant en Espagne ni siège social ni établissement commercial.

Chacun de ces arguments a été combattu par la Partie adverse. Je dois donc y revenir.

Voyons tout d'abord où en est le désaccord entre les Parties quant à la recevabilité du recours. La controverse tourne autour du point de savoir s'il est possible au jugement déclaratif de faillite d'échapper à l'exclusion inscrite à l'article 1797 de la Loi de procédure civile cité à la page 248 des observations belges (I), paragraphe 274, suivant lequel « le recours en revision ne sera admis que s'il concerne une *sentencia firme* », ce que les Parties sont d'accord pour interpréter comme excluant les décisions qui n'ont pas acquis force de chose jugée matérielle. Bien entendu la reconnaissance d'une telle force de chose jugée matérielle implique qu'une décision ait acquis aussi la force de chose jugée formelle prévue à l'article 408 de la Loi de procédure civile par le rejet des recours ou l'écoulement des délais de recours. Et comme, suivant le Gouverne-

ment belge, tel ne fut pas le cas pour la Barcelona Traction avant l'arrêt de rejet du mois de juin 1963, la question de ranger le jugement déclaratif de faillite parmi les *sentencias firme* ne peut, à notre avis, pas se poser. C'est donc à titre tout à fait subsidiaire que nous examinons si, à supposer que les délais aient été expirés et que le jugement déclaratif de faillite eût acquis force de chose jugée formelle, il avait aussi cette force de chose jugée matérielle indispensable pour qu'il pût y avoir recours en revision.

La définition, Messieurs, de cette notion de force de chose jugée matérielle doit être cherchée, nous sommes d'accord sur ce point, dans l'article 1252 de la Loi de procédure civile qui est libellé comme suit :

« Pour que la présomption de chose jugée produise effet dans un autre procès, il est nécessaire qu'entre le cas décidé par la sentence et un autre cas où la sentence est invoquée existe l'identité la plus profonde entre les choses, les causes et la personne des parties au litige (*litigantes*) y compris la qualité en laquelle elles ont agi. »

J'ai conclu de ces termes qu'à toute évidence, pour qu'une décision judiciaire puisse acquérir force de chose jugée matérielle, il faut qu'elle mette fin à un litige entre des parties, c'est-à-dire entre un demandeur et un défendeur régulièrement appelés à comparaître, ce qui ne se produit pas dans le cas d'un jugement déclaratif de faillite, puisque celui-ci est prononcé sur requête.

Je ne crois vraiment pas qu'il soit sérieux de m'avoir objecté qu'en ce cas les jugements rendus par défaut ne seraient pas susceptibles d'acquérir force de chose jugée matérielle.

Mais plutôt que d'inviter la Cour à départager le professeur Malintoppi et moi sur un point de droit espagnol, sur des bases théoriques, il me paraît plus simple de lui proposer de se référer à la jurisprudence du tribunal suprême qui, sur ce point-là, me paraît tout à fait bien établie.

J'avais cité à cet égard ce qui, à ma connaissance, était le dernier arrêt rendu par le tribunal suprême, à savoir l'arrêt du 22 mars 1963 reproduit au *Recueil Aranzadi* sous le n° 1808 qui refuse au jugement de faillite la qualité de *sentencia ejecutoria* parce qu'il est susceptible de modification à n'importe quel stade du procès collectif d'exécution.

A mon invocation de cet arrêt, le professeur Malintoppi a fait deux objections: il m'a tout d'abord reproché d'avoir, dans ma citation d'un considérant de l'arrêt, remplacé l'expression *sentencia ejecutoria* qui est effectivement celle du tribunal suprême, par l'expression *sentencia firme*. Ma réponse, Messieurs, sur ce point est simple. C'est par une négligence de langage que le tribunal suprême a parlé de *sentencia ejecutoria*, l'article 369 de la Loi de procédure civile définit la *ejecutoria* comme le document public et solennel dans lequel est consignée une *sentencia firme*, et le commentateur qui fait le plus autorité quant à la Loi de procédure civile, Manresa, dans son commentaire de cette loi, 5<sup>e</sup> édition, tome II, Madrid, 1929, page 139, écrit: « l'on donne aujourd'hui le nom de *sentencia firme* à ce que l'on appelait autrefois la *sentencia ejecutoria* ». Je n'ai donc commis aucun abus quelconque en employant cette équivalence.

Mon estimé contradicteur me reproche d'autre part d'avoir, en ce qui concerne l'arrêt dont j'ai cité un extrait — je cite :

« oublié de vous dire [donc de dire à la Cour] que dans l'affaire tranchée par cet arrêt, le jugement déclaratif de faillite avait été

dûment attaqué par le moyen de l'opposition et que l'opposition était encore en cours au moment de l'introduction de la demande sur laquelle le tribunal suprême a été appelé à statuer ».

J'ai été assez sensible à ce reproche, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour ; je crois pouvoir montrer à la Cour qu'il est totalement immérité. En effet, l'existence d'une opposition au jugement de faillite qui aurait été en cours au moment de l'introduction de la demande sur laquelle le tribunal suprême fut appelé à statuer ne résulte d'aucun des considérants publiés par Aranzadi. Non seulement il n'en résulte pas, mais il paraît implicitement écarté par ces considérants. Et le professeur Malintoppi lui-même, lorsqu'il plaidait le 6 mai 1964, ne tenait son information que d'une attestation délivrée la veille, 5 mai 1964, par le greffier du tribunal de Barcelone et dont il devait avoir eu communication téléphonique ou télégraphique.

Comment aurai-je pu, moi, être au courant de cette attestation qui vient maintenant d'être déposée au Greffe de la Cour, ce qui m'a été signalé vendredi soir, le 15 mai, après que j'avais terminé ma plaidoirie ? Je crois donc pouvoir dire que, tout au moins, le reproche qui m'était fait n'était pas fondé, et dans ces conditions, il est assez difficilement explicable.

J'ajoute, Messieurs, que je regrette que cette communication soit survenue à un moment aussi tardif où il nous était extraordinairement difficile — vous vous en rendez compte — de nous rendre compte avec précision de la valeur de cette attestation. Néanmoins, nous avons fait procéder à Barcelone et à Madrid aux vérifications nécessaires et le résultat est intéressant.

L'attestation qui est produite n'est pas inexacte, mais elle est incomplète. Il est vrai qu'une opposition a été introduite au jugement déclaratif de faillite, avant l'introduction par les syndicats de la faillite de la *terceria* dont le tribunal suprême a eu à connaître dans l'arrêt du 22 mars 1963. Cette opposition a été rejetée comme le dit l'attestation par jugement du 24 novembre 1954, soit dix-huit mois avant l'introduction de la *terceria*, mais ni devant la cour d'appel ni devant le tribunal suprême, aucune des parties n'a fait mention du fait que ce jugement, qui était bien antérieur à l'introduction de l'affaire dont le tribunal suprême avait à connaître, avait été frappé d'appel, appel qui fut du reste rejeté après l'introduction de la *terceria* mais bien avant que le tribunal suprême ou que la cour d'appel eussent à statuer. Et la circonstance que le tribunal suprême, comme la cour d'appel, ont dû croire, sur la base de ce qui leur était signalé, que le jugement déclaratif de faillite était coulé en force de chose jugée au moment où était introduite la *terceria*, conserve toute la valeur que nous avons attribuée à l'arrêt du 22 mars 1963.

Cela dit, je suis heureux de pouvoir consolider l'argument que nous avons tiré de cet arrêt du 22 mars 1963 par la référence à deux arrêts plus anciens, des 8 et 17 octobre 1949, publiés au *Recueil Aranzadi* sous les nos 1122 et 1234 et tellement connus qu'ils en sont classiques ; ils sont cités dans l'édition des lois civiles espagnoles de Medina y Marañón, tome II, 1958, dans une note qui figure au pied de l'article 1331 du Code de procédure civile.

Il s'agit cette fois de deux arrêts rendus dans des procédures d'opposition de faillite : l'opposition ayant été rejetée par le juge de la faillite,

l'avait été ensuite par la cour d'appel et les faillis s'étaient pourvus en cassation devant le tribunal suprême; et le tribunal suprême rejette ces recours en les déclarant non recevables pour le motif que le caractère de jugement définitif au sens de l'article 1690, 1<sup>o</sup>, de la Loi de procédure civile — je cite :

« devait être refusé à la *sentencia* qui rejette l'opposition du failli contre la déclaration de faillite puisque, selon la doctrine constante du présent tribunal (*doctrina reiterada*) elle ne met pas fin au procès en en rendant impossible la continuation ».

Et dès lors ma démonstration peut tenir en trois lignes: puisque le tribunal suprême refuse de connaître des recours en cassation dirigés contre les décisions de rejet des oppositions au jugement déclaratif de faillite, ces décisions ne peuvent jamais acquérir l'autorité de chose jugée matérielle prévue à l'article 1252 de la Loi de procédure civile qui suppose la terminaison du litige, et dès lors le recours en revision est toujours irrecevable.

Et enfin, Messieurs, quant au troisième argument que j'avais invoqué, à savoir l'absence de base juridique pour un recours en revision à supposer qu'il eût été accessible aux intéressés, je comprends mal que la Partie adverse ait cru devoir attribuer à une manœuvre des demandeurs à la faillite qui aurait pu donner ouverture à un recours en revision, la mention contenue dans le jugement déclaratif que le siège social de la Barcelona Traction était inconnu: les demandeurs à la faillite avaient déclaré que la société n'avait pas de siège social en Espagne. Il n'y a manifestement aucun rapport entre la fausse constatation du juge et l'indication exacte des demandeurs.

Ces deux constatations avaient des effets juridiques totalement différents et la Barcelona Traction n'eût eu aucune chance de faire admettre par le tribunal suprême, à supposer qu'elle fût recevable, un recours en revision suivant lequel le juge de Reus aurait été fourvoyé sur une voie détournée par la formule employée par les demandeurs et que c'était là la manœuvre frauduleuse à laquelle, suivant la loi espagnole, la demande en revision pouvait porter remède.

[Audience publique du 19 mai 1964, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, arrivé ainsi au bout de ma plaidoirie relative à la quatrième exception, j'espère avoir convaincu la Cour qu'à l'égard d'aucun des griefs formulés par le Gouvernement belge, ni d'aucune des décisions judiciaires incriminées par lui, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes ne peut être considérée comme fondée.

Il résulte en effet de ce que j'ai exposé qu'à aucun moment le groupe de la Barcelona Traction n'a manifesté à l'égard des recours judiciaires internes l'indifférence, ou fait preuve de la négligence, que le Gouvernement espagnol lui a attribuée dans ses écrits et dans les plaidoiries de ses conseils.

Il n'est pas vrai que le jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948 ait été attaqué tardivement. Il l'a été dès le 16 février par l'Ebro et la Barcelonesa dans des conditions parfaitement valables et qui

eussent dû suffire à rendre cette décision inoffensive; il l'a été le 18 juin par la Barcelona Traction elle-même de façon tout à fait régulière, par la voie de l'opposition, avant de l'être les 5 et 30 juillet par celle de l'incident de nullité.

Il n'est pas vrai que, à supposer même que le jugement de faillite n'eût pas fait l'objet du recours régulier, il devait nécessairement conduire à la liquidation, car cette absence de recours contre le jugement déclaratif n'aurait pu mettre le juge de la faillite à l'abri de la contestation ultérieure de compétence et à fortiori de la contestation de juridiction des tribunaux espagnols, qui furent présentées successivement par Boter, la Barcelona Traction et la National Trust et demeurèrent pendantes jusqu'en 1963. Le succès d'une telle contestation eût provoqué l'écroulement de toutes les mesures ordonnées par le juge de la faillite.

Il n'est pas vrai que la Barcelona Traction eût pu et dès lors dû recourir à l'action en révision du jugement déclaratif. Un tel recours n'était en aucun cas admissible contre le jugement déclaratif de faillite avant que soit terminée toute la procédure de l'exécution. Il pouvait d'autant moins en être question en l'espèce que le jugement déclaratif était frappé d'une opposition par la Barcelona Traction sur laquelle il n'avait pas été statué (cela ne le fut qu'en 1963).

Il n'est pas vrai enfin que les recours exercés postérieurement au mois de mars 1948 aient manqué de pertinence, car ils eussent dû normalement empêcher la mise à exécution des nombreuses décisions irrégulières qui conduisirent à la vente à titre conservatoire à Fecsa le 4 janvier 1952 des titres émis en Espagne en remplacement de ceux qui se trouvaient au Canada.

Ainsi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'examen minutieux des actes incriminés et des recours nous ont permis de vérifier une fois de plus ce que le bon sens faisait apercevoir dès le premier coup d'œil, à savoir que, dans une affaire où, dès le lendemain du premier coup porté aux intérêts des actionnaires de la Barcelona Traction par le jugement du 12 février 1948, bien au-delà de la date fatidique du 4 janvier 1952, les recours avaient été introduits et s'étaient multipliés à une cadence vertigineuse, l'hypothèse de non-épuisement des voies de recours interne était dépourvue de toute vraisemblance.

Je sais bien que mon collègue le professeur Malintoppi m'a quelque peu raillé de faire trop fréquemment appel au bon sens. Je crois pourtant qu'il n'est pas pour un juge, spécialement pour un juge international, de meilleur conseiller — même si on y fait entrer *et* le sens juridique *et* cette notion d'*equity* que le professeur Lauterpacht vous a décrite comme étant la prise de conscience de l'évolution de situations auxquelles le droit doit faire face et auxquelles il doit s'adapter.

Au surplus, si je me remémore l'argumentation développée par mes collègues les autres conseils du Gouvernement belge à l'encontre des première, deuxième et troisième exceptions préliminaires, ce que j'en retiens avant tout et qui plus encore que leurs savantes constructions juridiques me donne confiance dans la décision finale de la Cour, ce sont encore, je le reconnais, des considérations de bon sens.

Je ne peux croire, en effet, qu'on puisse reconnaître, comme plausible la thèse qui consiste à soutenir que la déclaration par laquelle le Gouvernement belge se désista le 23 mars 1961 de la procédure introduite devant la Cour aurait comporté de sa part, ou aurait été accompagnée d'une renonciation définitive à toute protection ultérieure des ressortis-

sants belges actionnaires de la Barcelona Traction, c'est-à-dire d'un abandon de leurs droits au bon plaisir de la partie privée avec laquelle ils allaient négocier. Les efforts qui furent tentés de façon répétée par le Gouvernement belge pour éviter même le seul désistement d'instance ou pour ne pas le rendre définitif avant qu'on ne soit fixé sur l'issue des négociations privées devaient suffire du reste à écarter l'hypothèse d'une telle reddition sans conditions.

Je ne puis croire davantage que la Cour reconnaisse à l'Espagne le droit de refuser aujourd'hui à la Cour internationale de Justice compétence pour connaître du différend existant entre les deux Etats, alors que l'Espagne admet que le traité hispano-belge de 1927 est toujours en vigueur, alors que par ce traité l'Espagne a accepté l'engagement de soumettre les différends aux procédures qui y sont prévues et notamment à la voie judiciaire et qu'en outre, au cours des négociations diplomatiques, l'Espagne a reconnu l'existence d'un lien de juridiction entre elle et la Belgique devant la Cour internationale de Justice, à dater de son admission dans l'Organisation des Nations Unies.

Enfin, je ne puis croire qu'un doute subsiste davantage quant à la réalité de l'existence des intérêts belges, ni quant à l'admissibilité de la protection des actionnaires belges par le Gouvernement belge, dans une affaire où avant, pendant et après la procédure de faillite le Gouvernement espagnol pas plus que Juan March n'ont à aucun moment ignoré l'identité et la nationalité de ceux qui se considéraient comme menacés, puis atteints, par cette procédure et pour lesquels une réparation équitable était et est aujourd'hui réclamée.

La Cour en aurait ainsi définitivement fini avec les plaidoiries de l'affaire de la Barcelona Traction si, en ce qui concerne les troisième et quatrième exceptions préliminaires, il ne me restait à répondre à la plaidoirie du professeur Ago relative à nos conclusions subsidiaires tendant à la jonction au fond.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde ainsi la toute dernière partie de ma plaidoirie, celle qui, j'ai tout lieu de le croire, va mettre le point final à ces trop longs débats.

Je dois répondre aux observations présentées par M. le professeur Ago à l'audience du 8 mai (voir ci-dessus, p. 866 à 872).

Peut-être ne serai-je pas le seul à penser que, de toutes les questions nombreuses qui ont été agitées au cours de ces quarante-trois audiences, celle-ci est, sinon la plus intéressante, du moins peut-être celle où il aura été permis aux conseils des deux Parties d'apporter une contribution utile à la compréhension d'une disposition de votre Règlement dont l'application est fréquemment envisagée dans les affaires dont la Cour est saisie.

Dans ma première plaidoirie, je m'étais efforcé de montrer à la Cour la nécessité d'examiner la jurisprudence de la Cour permanente et la sienne en plaçant les décisions dans un ordre chronologique et j'avais souligné à cette occasion les modifications qui avaient été apportées au Règlement initial de la Cour permanente avant que l'article 62 reçût la rédaction que nous lui connaissons aujourd'hui, laquelle reconnaît sans restriction à la Cour la faculté de joindre au fond les exceptions préliminaires qui lui sont présentées.

Le professeur Ago a apporté à l'exposé que j'ai fait un correctif dont je ne méconnais pas l'importance. Il a signalé que, bien que les auteurs du Règlement de 1926 qui inaugura l'interruption de la procédure au

fond en cas de présentation d'une exception préliminaire n'aient pas expressément prévu la possibilité d'une jonction au fond, ils n'avaient en aucune façon entendu l'exclure et que cette éventualité avait, au contraire, été envisagée par divers juges comme une faculté à laquelle la Cour pourrait recourir sans qu'il soit nécessaire de le stipuler.

L'observation est exacte, mais il n'en reste pas moins que, lors de la revision du Règlement de 1936, l'utilité fut reconnue de rendre cette faculté explicite, sans doute à la suite de l'application qui en avait été faite dans l'affaire du *Prince von Pless*; d'autre part, la question fut agitée à la Cour, à l'initiative de M. Fromageot, de savoir si, lorsque la Cour était saisie d'une exception préliminaire, elle ne devait pas interroger les Parties sur le moment auquel elles souhaitaient qu'elle statuât sur l'exception.

Il s'agissait en l'espèce d'interpréter les mots du Règlement « les parties une fois entendues ». Le Président de la Cour mit aux voix cette question, à laquelle la Cour répondit négativement par 7 voix contre 1 et 2 abstentions. L'opposant était le comte Rostworowski, les deux abstenants M. Anzilotti et M. van Eysinga. Je me réfère aux indications contenues dans le volume de la série D de la Cour permanente, 3<sup>e</sup> addendum au n<sup>o</sup> 2, page 649.

Cet incident me paraît interdire que soit un instant retenue la suggestion faite par M. Ago, au cours de sa première plaidoirie, suivant laquelle une jonction au fond ne pourrait avoir lieu sans l'accord de l'Etat défendeur.

Mais, puisqu'un rappel a été fait aux travaux préparatoires du Règlement de 1936, qu'il me soit permis d'attirer encore l'attention de la Cour sur le fait que cette revision eut comme base le rapport d'un comité constitué en 1933 ou avant, rapport qui fut présenté par le juge britannique sir Cecil Hurst. Cet éminent jurisconsulte constate dans son rapport qu'il résulte d'une étude des réserves faites par les Puissances dans leur acceptation de la clause facultative qu'une exception d'incompétence peut être formulée « qui n'a aucune référence quelconque avec les faits de la cause » (*which has no reference whatever to the facts of the case*) et il lui paraît déraisonnable dans de tels cas de priver le défendeur de la possibilité de faire valoir ses exceptions *in limine litis* sans attendre le mémoire de l'Etat demandeur. Je vois cela dans le même volume, 3<sup>e</sup> addendum au n<sup>o</sup> 2, page 767.

La Cour retiendra des termes restrictifs employés par sir Cecil Hurst que nous sommes très loin de l'arrêt de la *Haute-Silésie polonaise*, de 1926, où la Cour permanente avait admis qu'elle pourrait effleurer le fond de l'affaire et même se prononcer à l'occasion d'une exception préliminaire, à titre provisoire, sur des questions de fond.

Je crois donc que c'est à tort que mon estimé contradicteur a voulu considérer cet arrêt de 1926 comme caractéristique de la jurisprudence de la Cour permanente, de préférence à l'arrêt rendu dans l'affaire *Losinger*.

Sur quelques autres points encore, les remarques faites par le professeur Ago me paraissent nécessiter des rectifications.

Traitant de l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy*, il déclare que la jonction au fond n'a été due qu'à la conduite du défendeur qui avait devancé la décision de la Cour en répondant au fond au moment où il soulevait l'exception. Il me paraît y avoir là une erreur flagrante. Peu importe que le Gouvernement yougoslave ait, à titre subsidiaire, conclu sur le

fond, du moment qu'il avait présenté des exceptions préliminaires et qu'il demandait formellement qu'il soit statué à leur sujet.

Ces conclusions au fond n'avaient pas empêché la procédure écrite d'être interrompue et nul doute que la Cour permanente eût statué par un arrêt séparé sur les exceptions préliminaires si la chose lui avait paru raisonnable, mais elle constate dans son arrêt (*Série A/B n° 66*, p. 9) :

« Considérant qu'il existe entre les questions soulevées par la première de ces exceptions, et celles qui sont à la base de la demande en appel formulée par les conclusions au fond du Gouvernement hongrois [il s'agissait d'un appel contre trois sentences du Tribunal arbitral mixte hungaro-yougoslave] des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres. »

Et quant à la deuxième exception :

« Considérant que le développement de la procédure sur le fond en permettant à la Cour de bien saisir la relation à établir entre la demande en appel en vertu de l'article X de l'accord II, et la demande en interprétation des accords II et III en vertu des articles 17 et 22 desdits accords, ainsi que le sens et la portée à donner aux conclusions présentées « subsidiairement ou cumulativement selon le jugement de la Cour », mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause sur la deuxième exception du Gouvernement yougoslave. »

Je crois aussi que c'est à tort que le professeur Ago croit pouvoir écarter comme sans intérêt la jonction au fond ordonnée dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, parce qu'elle aurait été ordonnée de l'accord des Parties. Personnellement, j'y vois au contraire la confirmation que la jonction au fond véritablement, dans certains cas, est une solution raisonnable.

Je considère de même — et cette fois je puis me prononcer en connaissance de cause personnelle — que le commentaire donné par mon éminent contradicteur de l'arrêt *Nottebohm* continue à être erroné. Mon éminent contradicteur s'élève contre ma déclaration que, dans ladite affaire, une exception préliminaire du Guatemala touchant le défaut de *jus standi* du Liechtenstein eût été probablement, sinon certainement jointe au fond. Il y oppose que, malgré cette déclaration que j'avais faite en plaidoirie, la Cour a estimé « que ce moyen d'irrecevabilité a une importance primordiale et qu'il convient en conséquence de l'examiner tout d'abord ».

Dois-je répéter une fois de plus que le professeur Ago confond deux choses : la *disjonction des débats* et la *disjonction du prononcé*. La jonction d'une exception préliminaire au fond, lorsqu'elle est décidée, ne fait aucunement obstacle à ce que la Cour, dans son délibéré, conserve au moyen le caractère d'une exception préliminaire et lui donne donc la priorité dans ses décisions. Il en allait nécessairement de même si la Partie défenderesse avait elle-même joint l'exception au fond, ce qui fut le cas du Guatemala. Le Guatemala ayant joint lui-même son exception au fond, la Cour n'en retint pas moins le caractère d'exception que le Guatemala avait lui-même donné à son moyen et statua d'abord sur le moyen en qualité d'exception.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la dernière rectification que je crois devoir apporter à l'exposé du professeur Ago vise la comparaison qu'il a cru devoir faire entre la pratique de la Cour permanente de Justice internationale et celle de la Cour internationale de Justice qui, à l'en croire, se serait montrée infiniment moins favorable à la jonction au fond, puisque en dix-huit ans d'activité la nouvelle Cour n'a ordonné la jonction que dans deux cas, bien que, a-t-il dit, elle ait été fréquemment demandée.

Une fois de plus, il faut se méfier d'une interprétation trop rapide des statistiques.

Il est vrai que la Cour internationale de Justice n'a ordonné la jonction au fond que dans deux cas, alors qu'elle avait été saisie de nombreuses fois non pas de demandes de jonction au fond, mais d'exceptions préliminaires. Mais ai-je besoin de dire que dans de très nombreux cas l'éventualité d'une jonction au fond ne se pose même pas. Qu'il suffise de prendre les deux premières exceptions préliminaires opposées par le Gouvernement espagnol à la demande belge dans la présente affaire, celles relatives au désistement et à la compétence de la Cour. Qui donc songerait à en proposer la jonction au fond? Cette idée en tout cas n'a pas effleuré le Gouvernement belge.

Pour se faire une idée exacte de la jurisprudence de la Cour internationale en matière de jonction au fond, il faut voir l'attitude qu'elle a adoptée en présence des demandes qui lui étaient faites à titre subsidiaire en ce sens. Il y a eu cinq affaires où la jonction a été demandée. Or, sur ces cinq affaires, la jonction au fond a été ordonnée dans deux cas, dont une fois de l'accord des Parties, à savoir l'affaire du *Droit de passage* et l'affaire des *Emprunts norvégiens*. Dans deux autres cas la jonction au fond n'a pas été admise, mais la Cour a partiellement donné satisfaction au défendeur en accueillant partie de son exception ou de ses exceptions dont la jonction au fond avait été demandée par lui à titre subsidiaire, tandis qu'elle rejetait une autre partie de ses exceptions, également sans les joindre au fond. C'est le cas dans l'affaire *Ambatielos* et dans l'affaire de l'*Interhandel*. Dans un cas seulement, à ma connaissance, à savoir dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian*, la Cour a accueilli la seule exception proposée sans ordonner la jonction au fond.

Je remarque au surplus que dans les conclusions que le professeur Ago a cru pouvoir tirer de son examen théorique, il a été beaucoup moins catégorique que dans sa première plaidoirie. Il avait dit dans sa deuxième proposition que la jonction au fond ne pouvait s'imposer sans le consentement de l'Etat défendeur. Il n'a plus soutenu cela. Il s'est borné à déclarer qu'il fallait éviter « autant que possible » qu'un Etat soit obligé de subir un procès au fond avant qu'il n'ait été statué au préalable sur l'exception soulevée. Sous le n° 4 de ses conclusions, il n'a fait que répéter le 2° en déclarant que « la jonction au fond ne se justifie que dans des cas où apparaît une impossibilité réelle et manifeste de statuer sur l'exception indépendamment de l'examen et de la connaissance du fond de l'affaire » (voir ci-dessus, p. 870).

Nous sommes cette fois bien près de nous entendre, sauf que je me suis efforcé de donner à la Cour, dans ma première plaidoirie, une image plus concrète de ce que couvraient les mots « autant que possible » ou « impossibilité manifeste ».

A mon avis, la nécessité ou l'opportunité de joindre au fond une exception préliminaire doit s'apprécier suivant l'existence ou l'inexistence

d'un lien entre ladite exception et le fond de la demande et suivant le degré d'étroitesse de ce lien. A cet égard, on pourra se trouver, je pense, dans une des cinq situations suivantes.

1. Ou bien l'exception préliminaire apparaîtra comme entièrement étrangère à la demande au fond et, en ce cas, la jonction au fond serait évidemment contraire à l'esprit de l'article 62 du Règlement et doit être considérée comme totalement exclue. C'est le cas, je viens de le dire, de la première et de la deuxième exception.

2. Ou bien le moyen présenté comme exception préliminaire se présente exclusivement à l'examen comme un simple moyen de fond et n'a pas le caractère d'exception préliminaire et, en ce cas, le moyen sera rejeté en tant qu'exception préliminaire, sans être joint ou renvoyé au fond, la Partie l'ayant invoqué demeurant libre de l'utiliser lors du débat au fond. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Borchgrave*.

3. Ou bien le caractère d'exception préliminaire n'est pas douteux, mais il est impossible d'y répondre sans préjuger la décision sur le fond de la demande. En ce cas, nous nous trouvons devant un moyen de caractère mixte et alors la jonction au fond s'impose, sauf, après examen du fond, à donner d'abord réponse à l'exception préliminaire. C'est ce qui a été fait dans l'affaire *Nottebohm*. C'est ce qui a été fait également dans l'affaire *Pajzs, Czaky, Esterházy* et votre propre Cour a pris, pour le même motif, une décision semblable dans l'affaire du *Droit de passage*.

4. Ou bien il y a doute sur le caractère d'exception préliminaire du moyen soulevé par l'Etat défendeur et il paraît difficile de dissiper ce doute sans examen plus approfondi du fond; en ce cas, la jonction pourra être ordonnée. Telle a été la décision de la Cour permanente dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys*.

5. Et enfin il y a un cinquième cas où, le caractère d'exception du moyen n'étant pas douteux, son examen ne comportant aucune crainte de préjuger la décision au fond, il apparaît néanmoins que cet examen porte sur des faits qui seront spécialement examinés aussi dans la procédure au fond, qui seront peut-être plus complètement élucidés, en sorte que la prudence peut en ce cas paraître conseiller à la Cour de décider la jonction.

Il apparaît tout de suite que, tandis que dans les trois premiers cas la décision à prendre par la Cour ne semble pas pouvoir prêter à discussion, dans les deux derniers cas au contraire il y a une large marge d'appréciation quant au point de savoir si la jonction au fond est ou non opportune.

Après cette introduction historique, je vais examiner successivement l'application qui peut être faite de ces principes aux troisième et quatrième exceptions préliminaires.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quant à la nécessité ou à l'opportunité d'une jonction au fond de la troisième exception préliminaire, je n'ai rien à reprendre à ce que j'ai concédé dans ma première plaidoirie à la Partie adverse. Il me paraît évident que, pour admettre ou pour écarter les thèses défendues par le Gouvernement espagnol quant à l'identité des personnes ou des intérêts qui font l'objet de la protection du Gouvernement belge, ou quant à l'admissibilité de la protection par le Gouvernement belge de la Sidro en sa qualité de *beneficial owner* des actions de la Barcelona Traction, de préférence au *nominee*

actionnaire apparent, une jonction au fond ne peut être d'aucun secours et que, sur ce point-là, il n'y a donc évidemment pas lieu de l'ordonner.

De même, je conçois parfaitement le vœu exprimé par mon éminent contradicteur, à l'audience du 8 mai, que la Cour ne prenne pas sa décision à propos de la troisième exception

« autrement qu'en appliquant à la question concrète une règle générale de droit international définie par la Cour elle-même dans sa teneur et dans sa portée exactes. La définition de la règle précède logiquement et nécessairement la prise en considération des aspects concrets de l'espèce à laquelle elle doit être appliquée ».

Mais, si en tant que vœu la chose me paraît acceptable, je crois vraiment que mon estimé contradicteur a dépassé la mesure en affirmant que le Gouvernement espagnol considère « comme simplement inconcevable que la Cour puisse prendre sa décision à propos de la troisième exception autrement ».

Une telle exigence, qui reflète assez exactement les habitudes de pensée des juristes de formation latine dans le cadre de l'application de leur droit interne, me paraît vraiment peu raisonnable lorsqu'il s'agit de justice internationale. Il ne me paraît aucunement obligatoire pour la Cour internationale de Justice de formuler d'abord en termes abstraits, d'une teneur et d'une portée exactes, la règle dont elle va faire ensuite application au cas d'espèce qui lui est soumis. Sans doute, si une telle règle peut être dégagée avec certitude et que son énoncé est relativement simple, l'arrêt ne manquera pas de la rappeler avant de procéder à son application et il sera ainsi répondu au vœu du professeur Ago. Mais si la Cour estime dans un différend ne pas pouvoir se rallier à des conceptions formulées en termes tout à fait généraux par les deux Parties en présence et en sens opposé; si, par exemple, dans notre espèce, en ce qui concerne le droit des actionnaires à être protégés par leur Etat national à raison de la lésion qu'ils ont subie par des actes qui étaient originairement dirigés contre la société, la Cour n'est disposée ni à l'admettre de façon tout à fait générale ni à l'exclure de façon générale, j'ai peine à croire qu'elle se décide à entreprendre dans l'abstrait une énumération exhaustive des cas dans lesquels, à son avis, il y a lieu à titre exceptionnel d'admettre la protection par leur Etat national des actionnaires lésés par un acte dirigé contre leur société, ou une énumération limitative des cas où au contraire, à titre exceptionnel, il y a lieu à son avis d'exclure ladite protection.

Il me paraît certain au contraire qu'en pareille hypothèse la Cour estimera indispensable d'explorer d'abord les circonstances de la cause susceptibles d'avoir un effet sur le *jus standi* de l'Etat national et de se prononcer en fonction de ces circonstances.

Est-il vraiment nécessaire que, dans cet ordre d'idée, je rappelle encore une fois à la Cour certaines des circonstances qui à divers moments de cette affaire ont mis en lumière l'importance que le sort de la Barcelona Traction présentait pour les intérêts des actionnaires belges? On a vu ces actionnaires ou leurs représentants intervenir avant la procédure de faillite auprès des autorités espagnoles en 1945 ou 1946 pour faciliter l'exécution du plan d'arrangement entre la Barcelona Traction et ses obligataires. On a vu les actionnaires belges négocier avec Juan March en 1947 pour essayer de négocier avec lui la cession des actions de la Barcelona Traction à un prix convenable. On a vu les actionnaires seuls

lésés par la vente à laquelle il fut procédé le 4 janvier 1952 dans des conditions qui dévalorisaient totalement leurs actions, tandis que les obligataires dont la société canadienne National Trust avait la protection recevaient le plein remboursement de leurs titres. C'est à la principale actionnaire belge, la société Sidro que, dans les jours qui suivent l'adjudication publique, la société Fecsa télégraphia son offre dérisoire que la société belge se substitue à elle comme adjudicataire des biens de la Barcelona Traction. C'est par des représentants de la Sidro ou pour le compte de ces représentants que des démarches furent faites en 1954 et 1955 en vue d'obtenir une intervention du Gouvernement espagnol auprès de Juan March afin que celui-ci indemnise les actionnaires spoliés.

C'est aux actionnaires belges, et non aux dirigeants de la Barcelona Traction, que Juan March se déclara disposé en 1958 à accorder une compensation équitable, ce dont il s'abstint du reste dans la suite.

Mais une dernière considération que j'ai déjà signalée à la Cour m'impressionne davantage encore, sans doute parce que j'ai eu à m'occuper personnellement, plus particulièrement, de la quatrième exception et qu'il me paraît exister un lien trop peu aperçu entre la troisième et la quatrième exception: si vraiment on devait admettre avec le Gouvernement espagnol que la vente du 4 janvier 1952 n'a atteint que la Barcelona Traction et à travers elle le Canada, comment pourrait-on encore parler de l'obligation qu'avaient les intéressés d'épuiser les voies de recours interne? La Barcelona Traction mise en faillite fut en fait privée de la disposition de ses avoirs. Sans doute, demeurait-elle en possession matérielle des titres représentant les filiales mais, même avant l'annulation de ces titres par les organes de la faillite, ils n'étaient plus négociables puisque les avoirs des sociétés filiales que ces titres représentaient se trouvaient saisis par les organes de la faillite.

La société Barcelona Traction se trouvait donc personnellement sans moyens. Quelle possibilité pouvait-elle avoir de trouver un crédit quelconque, dans l'impossibilité où elle était de fournir des garanties? Il n'y avait qu'une catégorie de personnes qui était en mesure d'exercer les voies de recours interne, de lui fournir les moyens d'exercer les voies de recours interne: les actionnaires. La société ne pouvait emprunter qu'aux actionnaires, et c'est ce qu'elle fit. Or, ces actionnaires, c'étaient des actionnaires belges.

Ainsi on aboutit à ce dilemme: lorsqu'une société étrangère est mise en faillite dans des conditions qui la paralysent et la privent de ses ressources et si la décision est discutée sur le plan international comme entachée de déni de justice on a le choix ou de déclarer en bloc que l'exception de non-épuisement des voies de recours interne est non applicable, ou de considérer qu'il incombe aux actionnaires, seuls intéressés, s'ils sont désireux de sauver leur mise, de faire à cet égard l'effort et les sacrifices nécessaires; mais, dans ce dernier cas, on ne peut vraiment sans une injustice criante mettre d'une part à leur charge l'obligation d'exercer les voies de recours interne et d'autre part leur refuser la qualité d'intéressés lorsqu'il s'agit de déterminer l'Etat qui a qualité pour exercer la protection.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, évidemment il appartient à la Cour d'apprécier si ces diverses circonstances, à supposer qu'elle en reconnaisse la pertinence, sont suffisamment établies pour que la Cour puisse se passer d'un complément d'informations à leur sujet, à savoir, le complément d'informations que lui fournirait nécessairement la reprise

de la procédure au fond ; si elle estime qu'il n'en est pas ainsi, elle estimera sans doute la jonction opportune.

Je pense que la Cour aboutirait à une conclusion équivalente si elle prenait pour point de départ les constatations du professeur Ago que j'ai cueillies dans la péroraison de sa plaidoirie prononcée le 7 mai, avant d'aborder la question de la jonction au fond. Voici ce qu'on peut lire (voir ci-dessus, p. 848) :

« De même, et plus évidemment encore, ce sera une question de fond de déterminer si l'obligation internationale dont moi, Etat, j'invoque la violation était ou non existante ; si la règle dont elle devra découler était ou non en vigueur lorsque l'action a été accomplie ; si la violation de l'obligation a, oui ou non, été concrètement réalisée. Mais, une fois de plus, si je dois intervenir en faveur d'une personne tout en alléguant comme base de mon intervention une obligation internationale que l'Etat auprès duquel j'interviens ne peut avoir qu'à l'égard de l'Etat national d'une autre personne, c'est de nouveau ma qualité pour agir qui est en cause et pour la même raison. »

Nous sommes cette fois dans une assez large mesure d'accord, sauf bien entendu que je ne peux songer un instant à souscrire à cette pétition de principe que l'Etat dont certains organes auraient lésé les droits d'un ressortissant d'un deuxième Etat ne pourrait, du même fait, avoir lésé les droits du ressortissant d'un troisième Etat et ainsi méconnu une obligation internationale existante à l'égard de ce troisième Etat.

En l'espèce, la Cour se souviendra (la controverse entre le professeur Ago et mes collègues les professeurs Sauser-Hall et Lauterpacht a tourné précisément autour de l'affirmation de ces deux derniers) que les actes dirigés contre la Barcelona Traction avaient, en l'espèce, simultanément atteint les ressortissants belges dont le Gouvernement belge assumait la protection.

Certes, Messieurs, j'admets que cette question intéresse le *jus standi* du Gouvernement belge, ainsi que l'affirme le professeur Ago, mais je suis bien forcé de constater, toujours en plein accord avec lui, que la question de savoir si l'Etat espagnol avait une obligation internationale à l'égard des ressortissants belges actionnaires de la Barcelona Traction et celle de savoir s'il a contrevenu à cette obligation sont des questions de fond ; dès lors il me paraît inévitable que si la Cour était amenée à examiner sous cet aspect le *jus standi* du Gouvernement belge, elle ne puisse le faire sans préjuger ou résoudre en même temps une question de fond et qu'en ce cas elle soit conduite nécessairement à joindre l'exception au fond.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive ainsi tout naturellement à la toute dernière partie de ma plaidoirie, celle qui est consacrée à la jonction au fond relative à la quatrième exception.

Pour écarter cette éventualité, la Partie adverse se borne à présenter comme établis les deux moyens qui ont été le leitmotiv développé par elle à l'appui de sa quatrième exception : la Barcelona Traction aurait commis une négligence funeste en omettant d'attaquer le jugement déclaratif de faillite par la voie de l'opposition dans les huit jours de la publication irrégulière qui en était faite en Espagne et cette omission rendrait le Gouvernement belge forcé à présenter au nom des actionnaires belges quelque grief que ce soit contre l'ensemble des mesures administratives

et judiciaires qui ont conduit à la vente du 4 janvier 1952, sans qu'il y ait lieu à jonction au fond.

A notre avis, ce raisonnement repose sur une double erreur et, si la Cour veut bien se ranger à notre avis, le raisonnement du professeur Malintoppi se retournera contre lui; il semble que rien ne doive empêcher dès lors la Cour d'écarter la quatrième exception purement et simplement.

Mais si, contre mon attente, la Cour admettait la thèse du Gouvernement espagnol suivant laquelle, dans le cas d'une société étrangère, il est suffisamment satisfait à l'article 1044, 5<sup>o</sup>, du Code de commerce de 1829 par la publication d'un avis de faillite dans des journaux espagnols au lieu où la société étrangère a son principal établissement en Espagne, je signalerais à la Cour qu'elle ne pourrait en conclure qu'en la présente espèce il a été satisfait à cette prescription de l'article 1044 et que l'opposition était par suite tardive que si la Cour avait tranché au préalable la question de savoir si la Barcelona Traction avait un établissement commercial en Espagne, soit à Reus, soit à Barcelone. Or, la présence d'un tel établissement de la Barcelona Traction en Espagne a non seulement été formellement contestée par le Gouvernement belge, mais le Gouvernement belge s'est appuyé principalement sur l'absence d'un tel établissement en Espagne pour fonder son grief d'usurpation de compétence. Une telle question est dès lors inséparable du fond du litige.

Si la Cour entrerait dans cette voie d'examiner s'il y a un établissement commercial de la Barcelona Traction en Espagne, elle serait amenée à joindre au fond non seulement la question de la tardiveté de l'opposition, mais également l'ensemble des autres arguments invoqués par le Gouvernement espagnol à l'appui de la quatrième exception dans la mesure où ils les a fondés sur cette prétendue tardiveté de l'opposition.

Ce n'est donc que surabondamment et subsidiairement que je crois devoir encore présenter à la Cour l'observation suivante.

Si la Cour se reporte aux griefs que le Gouvernement belge a formulés dans sa requête et dans son mémoire et que j'ai rappelés en tête de ma plaidoirie de vendredi dernier après-midi, elle constatera que plusieurs d'entre eux ont non seulement fait l'objet de voies de recours, mais que ces recours ont abouti à des décisions qui ont elles-mêmes été dénoncées dans les griefs du Gouvernement belge comme grossièrement irrégulières, discriminatoires et, pour tout dire, partiales et entachées de déni de justice.

Il en va ainsi notamment des décisions qui ont au début rejeté, sous les prétextes les plus divers, les recours intentés par les sociétés filiales contre le jugement déclaratif de faillite dès le mois de février 1948.

Il en va ainsi des décisions qui ont admis comme régulier l'arrêt des recours des filiales par la substitution aux avoués désignés par leurs conseils d'administration d'autres avoués désignés par de nouveaux conseils d'administration nommés par les organes de la faillite.

Et je rappelle pour mémoire les décisions relatives à l'admission comme parties à la faillite de la National Trust, celle relative à l'émission des faux titres, celle relative au cahier des charges, celle relative à la vente du 4 janvier 1952, etc.

Certes, il me paraîtrait naturel que la Cour reconnaisse que, pour l'ensemble de ces griefs aussi bien du reste que pour ceux dirigés contre certaines autorités administratives espagnoles, aucun reproche de non-épuisement des voies de recours interne ne peut être adressé au groupe de la Barcelona Traction et aux coïntéressés.

Par contre, je ne concevrais pas que la Cour pût décider que le grief relatif à ces décisions ne serait pas recevable parce que les recours utilisés auraient été eux-mêmes irrecevables ou non fondés ou, par leur nature, condamnés à l'inefficacité, puisque cela impliquerait nécessairement un rejet comme non fondés des griefs du Gouvernement belge et empiéterait ainsi sur le fond en constituant tout au moins un préjugé.

C'est la raison pour laquelle le Gouvernement belge a cru devoir, à titre subsidiaire, conclure à la jonction au fond de la quatrième exception préliminaire.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette fois c'est bien la fin de la partie finale de mon exposé. Je m'excuse d'avoir été, sur divers points, plus long que mes estimés contradicteurs. Je prie la Cour de bien vouloir prendre en considération que la réfutation de certaines affirmations sommaires ou le renvoi à des autorités législatives, doctrinales ou jurisprudentielles dont le contenu n'était pas toujours indiqué ont nécessité des recherches dont le résultat prenait nécessairement un certain développement.

Je me mouvais d'autre part sur un terrain de droit espagnol qui ne m'était pas plus familier qu'il ne l'est sans doute à certains membres de la Cour et il me paraissait de mon devoir, surtout en réplique, de m'assurer au fur et à mesure que je progressais de la solidité du terrain sur lequel je posais les pieds.

J'espère en tout cas avoir ainsi facilité pour ma part l'étude à laquelle la Cour va maintenant devoir se livrer et je termine en faisant écho à mon tour aux remerciements très sincères que mes collègues, associés ou adversaires, ont déjà adressés à la Cour pour les encouragements que les uns et les autres nous avons trouvés en vue de l'accomplissement de notre tâche dans la patience et l'attention avec lesquelles la Cour a bien voulu nous écouter.

---



## **CONCLUSIONS FINALES**



## CONCLUSIONS DU GOUVERNEMENT BELGE

[Déposées au Greffes le 23 avril 1964].

Quant à l'exception préliminaire n° 1

I. Attendu que la déclaration adressée au Greffe de la Cour, le 23 mars 1961, par le Gouvernement belge porte explicitement que, à la demande des ressortissants belges dont la protection a motivé l'introduction de la requête relative à l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, ce gouvernement, « faisant usage de la faculté que lui donne l'article 69 du Règlement de la Cour, renonce à poursuivre l'instance introduite par ladite requête ».

### II. *En droit* :

Attendu que l'abandon d'une instance engagée — c'est-à-dire le désistement, au sens propre du terme — n'emporte, par lui-même, en droit international comme dans la plupart des systèmes juridiques de droit interne, aucune renonciation au droit invoqué dans l'instance abandonnée; qu'il s'agit d'un simple acte de procédure; que cet acte ne doit donc nullement être assorti d'une réserve pour que la partie qui se désiste conserve son droit et, partant, puisse éventuellement introduire une nouvelle instance en vue de faire valoir ce droit, s'il persiste à être méconnu; qu'il en est particulièrement ainsi du désistement organisé par l'article 69 du Règlement de la Cour, auquel le Gouvernement belge s'est expressément référé;

Attendu que, lorsqu'un litige a surgi entre deux Etats liés l'un à l'égard de l'autre par des engagements généraux de règlement judiciaire valables pendant une période de temps déterminée, la preuve d'une renonciation définitive, par un de ces Etats, à son droit d'agir devant la Cour incombe à la partie qui invoque cette renonciation; que cette preuve ne peut résulter que, soit d'une manifestation explicite de volonté en ce sens par l'Etat auquel la renonciation est opposée, soit d'un accord entre les parties, soit d'un ensemble de circonstances démontrant avec certitude l'intention de renoncer définitivement au droit d'agir; que s'il subsiste un doute au sujet de l'intention de l'Etat auquel la renonciation est opposée, ce doute doit s'interpréter en faveur de ce même Etat, en vertu du principe d'interprétation unanimement reconnu que les renonciations ne se présument pas;

Attendu que le désistement organisé par l'article 69 du Règlement de la Cour a toujours le caractère d'un acte unilatéral; que le défendeur, lorsqu'il a déjà fait acte de procédure au moment du désistement, peut seulement, par une opposition éventuelle, paralyser les effets de la déclaration de désistement du demandeur; que la « non-opposition » du défendeur est donc la *condicio juris* pour que l'acte de désistement puisse produire ses effets, mais qu'elle ne confère nullement au désistement fait dans les termes de l'article 69 le caractère d'un « accord conclu en présence de la Cour »; qu'elle ne peut pas non plus modifier le con-

tenu et la portée de la déclaration du désistement faite par le demandeur;

### III. *En fait*:

1° Attendu que le Gouvernement espagnol reste complètement en défaut de prouver que la Belgique aurait renoncé définitivement à son droit d'agir devant la Cour pour la protection de ses ressortissants lésés dans l'affaire de la Barcelona Traction;

Attendu que les circonstances qui ont précédé et accompagné la déclaration du 23 mars 1961 établissent au contraire, surabondamment, que jamais le Gouvernement belge n'a entendu consentir à autre chose qu'à l'abandon de l'instance à ce moment en cours;

Attendu qu'en notifiant sa déclaration de désistement du 23 mars 1961, le Gouvernement belge, informé par ses ressortissants de la position adoptée par Juan March, entendait simplement rendre possible l'ouverture de négociations en vue d'un arrangement entre les deux groupes privés, en donnant suite à l'exigence préalable formulée par Juan March pour des raisons « d'ordre moral »;

Attendu que cette exigence ne pouvait être comprise comme ayant pour objet l'abandon par la Belgique de son droit d'accorder encore à l'avenir aux ressortissants belges lésés dans l'affaire de la Barcelona Traction, en cas de nécessité, sa protection diplomatique, notamment par la voie d'une action judiciaire internationale; qu'un tel abandon, en échange d'une simple promesse d'entamer une négociation, eût d'ailleurs été absurde; qu'aucun gouvernement ne s'y serait prêté;

Attendu que le Gouvernement belge n'a consenti à se désister de l'instance que sur la foi de la conviction personnelle exprimée par le comte de Motrico, 1° — qu'une base existait pour fixer d'une manière équitable et de bonne foi l'indemnité à payer aux actionnaires de la Barcelona Traction, et 2° — que dans les quinze jours qui suivraient le désistement, une solution satisfaisante pour les deux parties serait trouvée;

Attendu que dans les circonstances où elle a eu lieu — circonstances que le Gouvernement espagnol ne peut sérieusement prétendre avoir ignorées, en raison notamment des contacts étroits du comte de Motrico avec les autorités espagnoles dès avant le 22 mars 1961 — la déclaration du 23 mars 1961 ne pouvait donc être raisonnablement entendue ni comme s'accompagnant d'une renonciation au droit d'agir, ni comme une reconnaissance du bien-fondé des exceptions préliminaires;

2° Attendu, dès lors, que la déclaration de non-opposition adressée par le Gouvernement espagnol au Greffe de la Cour le 5 avril 1961 n'a pu être faite dans la croyance que ce gouvernement rendrait ainsi définitif un acquiescement aux exceptions préliminaires qui n'avait pas eu lieu;

Attendu que cette déclaration, comme le désistement lui-même, n'avait d'autre but que de permettre l'ouverture immédiate des négociations entre les groupes privés;

3° Attendu que, de son côté, le Gouvernement belge, dans les circonstances rappelées ci-dessus, n'avait aucune raison de croire que le Gouvernement espagnol considérerait son désistement comme impliquant une renonciation à son droit d'action, ni même qu'il pût y avoir à ce sujet ne fût-ce qu'un simple doute aux yeux de ce même gouvernement;

Attendu qu'il n'y avait donc pas lieu pour le Gouvernement belge de dissiper par une déclaration quelconque un malentendu ou une équivoque

dont l'existence était exclue tant par les termes employés dans le désistement que par les circonstances connues des deux parties;

4° Attendu qu'à supposer même que le Gouvernement espagnol ait eu des doutes sur les intentions du Gouvernement belge, il avait la possibilité et, partant, le devoir de veiller à les dissiper, au lieu de garder le silence et de ne les invoquer qu'ultérieurement, lorsque les négociations privées avaient échoué et quand le Gouvernement belge se préparait à déposer une nouvelle requête; que le silence qu'il observa à ce sujet en avril 1961 le rend non recevable à se prévaloir aujourd'hui d'une prétendue équivoque pour prêter au Gouvernement belge des intentions que celui-ci n'a manifestement jamais eues;

IV. Attendu que le Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, conclu le 19 juillet 1927 entre l'Espagne et la Belgique, a pour but d'assurer le règlement de « tous les litiges » entre les Hautes Parties Contractantes (art. 1 et 2); qu'aucune disposition de ce Traité n'interdit à une partie qui s'est désistée de mettre à nouveau en mouvement les procédures prévues par ce même Traité, pour faire trancher un différend demeuré sans solution;

Attendu que les Parties, en se soumettant par le Traité à la juridiction de la Cour, se sont soumises aussi, nécessairement, aux dispositions du Règlement de cette dernière et, en particulier, à celles qui concernent le désistement.

#### *Quant à l'exception préliminaire principale n° 2*

I. Attendu que le Gouvernement espagnol a reconnu, au cours des négociations diplomatiques avec le Gouvernement belge, qu'à dater de l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies un lien de juridiction obligatoire existait devant la Cour internationale de Justice entre la Belgique et l'Espagne; qu'il est, dès lors, irrecevable à soutenir que l'article 37 du Statut de la Cour ne fait pas droit à l'égard de l'Espagne dans la présente affaire et que la Cour internationale de Justice n'aurait pas compétence pour en connaître;

II. Attendu, au surplus, que le Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, conclu le 19 juillet 1927 entre l'Espagne et la Belgique, est en vigueur en vertu d'une clause de tacite reconduction dont le Gouvernement espagnol ne conteste pas les effets;

III. Attendu que l'Espagne ayant été admise aux Nations Unies le 14 décembre 1955, est devenue *ipso facto* partie au Statut de la Cour internationale de Justice; qu'elle est donc tenue, comme la Belgique, de reconnaître la compétence obligatoire de la Cour par l'effet de l'article 37 de ce Statut;

IV. Attendu qu'en soutenant que l'effet de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice est limité aux « clauses juridictionnelles » en vigueur et, de ce fait, aux clauses souscrites par des Etats devenus parties à ce Statut avant la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, le Gouvernement espagnol prend une position contraire aux termes de l'article 37, au but poursuivi par ses rédacteurs et à la manière dont il a été appliqué dans la pratique internationale;

V. Attendu que la prétention du Gouvernement espagnol suivant laquelle l'article 17, paragraphe 4, du Traité de 1927 établissant le droit de requête unilatérale devant la Cour permanente de Justice interna-

tionale, serait devenu caduc du fait de la dissolution de ladite Cour, est incompatible avec le fait, admis par les deux Parties, que ledit Traité est demeuré en vigueur;

VI. Attendu que la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale avait rendu l'article 17, paragraphe 4, provisoirement inapplicable et l'avait suspendu dans ses effets;

VII. Attendu que lorsque, du fait de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, l'article 37 du Statut a fait droit dans ses rapports avec la Belgique, le Gouvernement belge a pu régulièrement saisir la Cour internationale de Justice par requête du 14 juin 1962 dirigée contre le Gouvernement espagnol sur la base de l'article 17, paragraphe 4, du Traité du 19 juillet 1927 qui renvoie à la Cour permanente de Justice internationale;

VIII. Attendu qu'en toute hypothèse l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice ayant pour objet d'assurer, sans convention nouvelle, la pleine application des traités et conventions en vigueur prévoyant le recours à la juridiction internationale entre Etats parties au Statut de la Cour, l'admission de l'Espagne aux Nations Unies permet au Gouvernement belge de se prévaloir de la clause de juridiction obligatoire contenue dans le Traité de 1927, pour saisir la Cour internationale de Justice.

#### *Quant à l'exception préliminaire subsidiaire n° 2*

I. Attendu que, par l'effet de l'article 37 de son Statut, la Cour internationale de Justice constitue la juridiction entre les parties à ce Statut dans le cas où un traité en vigueur entre elles prévoit le renvoi à la Cour permanente de Justice internationale;

II. Attendu que les dispositions relatives à la compétence *ratione temporis* contenues dans le traité en vigueur s'appliquent telles qu'elles sont écrites puisque la compétence de la Cour internationale de Justice est, suivant l'article 37, définie par les termes mêmes du traité;

III. Attendu que, dès lors, la prétention subsidiaire du Gouvernement espagnol suivant laquelle l'admission de l'Espagne aux Nations Unies emporterait création d'une clause de juridiction obligatoire révisée, ayant son propre domaine de validité temporelle, méconnaît la portée réelle de l'article 37 qui est d'assurer la pleine application d'un traité en vigueur;

IV. Attendu que la portée *ratione temporis* de cette prétendue clause révisée est arbitrairement déterminée par le Gouvernement espagnol en méconnaissant notamment la volonté clairement exprimée par les parties au Traité de 1927 d'assurer le règlement par jugement de tous les différends pouvant surgir entre elles;

V. Attendu, au surplus, que même si l'on acceptait la thèse du Gouvernement espagnol, les conséquences *ratione temporis* qu'il prétend en tirer seraient contraires au fait que, dans ce domaine, et sauf disposition expresse, la rétroactivité constitue la règle; par ailleurs, le présent litige mettant notamment en cause l'interprétation de l'article 3 du Traité du 19 juillet 1927, la compétence de la Cour devrait être reconnue suivant la position prise par le Gouvernement espagnol lui-même.

*Quant à l'exception préliminaire n° 3*

Attendu que dans la présente instance le Gouvernement belge agit pour la protection de ses ressortissants personnes physiques et morales, actionnaires de la société de statut canadien Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, à raison du préjudice qu'ils ont subi dans leurs biens, droits et intérêts par suite d'actes contraires au droit des gens imputables à l'Etat espagnol;

Attendu que le Gouvernement demandeur ne protège pas la société de statut canadien Barcelona Traction et que l'interprétation en sens contraire que le Gouvernement défendeur voudrait donner à la demande belge sur ce point est inadmissible;

Attendu que le Gouvernement demandeur a établi que ses ressortissants étaient propriétaires d'actions de la Barcelona Traction et que leur participation dans le capital de cette société s'élevait à plus de 88 %, tant au 12 février 1948, date de la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, qu'au 14 juin 1962, date de la Requête introductive de la présente instance;

Attendu que le droit international consacre le droit pour un Etat de prendre fait et cause pour ses ressortissants en raison du préjudice qu'ils ont subi dans leurs biens, droits et intérêts du fait d'actes internationalement illicites imputables à un Etat étranger, sans faire aucune distinction suivant la nature des biens, droits et intérêts qui sont atteints par lesdits actes;

Attendu que le Gouvernement belge conteste, en particulier, l'existence d'une règle qui limiterait ce droit, en prohibant d'une manière absolue la protection d'*actionnaires* par l'Etat dont ils ont la nationalité, lorsque, comme dans le cas qui fait l'objet du présent procès, ces actionnaires ont en fait subi personnellement un dommage économiquement déterminable;

Attendu que vainement le Gouvernement espagnol prétend que c'est la personnalité juridique de la société qui ferait obstacle, en pareilles circonstances, à la protection diplomatique des actionnaires par l'Etat dont ils sont les ressortissants;

Attendu que cette protection ne peut être entravée par des objections reposant sur des constructions purement techniques de droit interne telles que la personnalité juridique distincte attribuée à des sociétés commerciales;

Attendu que la théorie de la personnalité juridique distincte des sociétés commerciales, élaborée dans le double but de protéger les tiers et de mieux garantir les intérêts des membres du groupement eux-mêmes, ne pourrait, sans une véritable injustice, être retournée contre ces derniers en vue de les priver en toutes circonstances de la protection que peut leur accorder leur Etat national, en vertu des règles générales du droit international public, lorsque leurs biens, droits ou intérêts sont lésés par un acte internationalement illicite commis par un autre Etat;

Attendu que le droit d'un Etat de protéger ses ressortissants actionnaires de sociétés étrangères a d'ailleurs été reconnu dans diverses affaires soumises à l'arbitrage, qu'il est admis dans la pratique des gouvernements et consacré par de très nombreuses dispositions introduites dans des traités internationaux conclus depuis près d'un demi-siècle;

Attendu que cette reconnaissance est en plein accord avec les considérations d'équité auxquelles la Cour est en droit d'avoir égard, et notamment avec les exigences actuelles de la communauté internationale;

Attendu que l'Etat défendeur lui-même est obligé d'admettre l'action protectrice de l'Etat national des actionnaires et associés lorsque la société a le statut de l'Etat auteur du dommage, mais qu'il prétend à tort voir là un cas exceptionnel, alors qu'il ne s'agit en réalité que d'une application aux cas qui se sont effectivement présentés du principe de droit des gens en vertu duquel la protection diplomatique peut être exercée dans tous les cas où les biens, droits et intérêts de ressortissants d'un Etat sont lésés par l'acte ou l'omission *internationalement illicite* d'un autre Etat;

Attendu qu'il n'y a pas lieu non plus de limiter le droit de protection des actionnaires par leur Etat national sous le prétexte que certaines décisions arbitrales qui admettent ce droit constatent que, en l'espèce, la société avait cessé d'exister de droit ou de fait;

Attendu qu'aucun précédent arbitral ou judiciaire ne peut d'ailleurs être cité, dans lequel le droit d'intervention de l'Etat national des actionnaires pour les protéger contre un acte internationalement illicite à l'égard d'une société aurait été refusé pour le motif que cette société n'aurait pas eu le statut national de l'Etat auteur du dommage ou n'aurait pas été dissoute;

Attendu au surplus qu'à juste titre, le droit de protection diplomatique est refusé à l'Etat national d'une société lorsqu'à la nationalité juridique de celle-ci ne correspond pas un lien effectif suffisant la rattachant à l'Etat dont elle a le statut; que par identité de motifs, il y a lieu de reconnaître le droit de protection par un Etat de ses ressortissants actionnaires d'une société quant à la lésion qu'ils ont subie par suite d'un acte illicite international dont cette société a été victime; qu'on ne peut par conséquent reconnaître, comme le soutient le Gouvernement défendeur, un droit exclusif de protection à l'Etat dont la société a le statut;

Attendu que si la Cour estimait ne pouvoir reconnaître le droit de protection de l'Etat national des actionnaires de façon générale, mais seulement en fonction des circonstances *propres* à l'espèce qui lui est soumise, elle estimerait sans doute les circonstances suivantes comme déterminantes pour la reconnaissance du *jus standi* du Gouvernement belge:

- 1) l'importance et les caractéristiques de la participation belge au capital de la Barcelona Traction;
- 2) la nature et l'étendue de la lésion subie par les actionnaires;
- 3) le fait que les actes illicites reprochés à l'Etat espagnol eurent pour objet et pour effet de dépouiller la Barcelona Traction de la totalité de ses avoirs et de ses moyens d'action, et la réduisirent à l'état d'une coquille vide, en sorte qu'elle devait être considérée comme pratiquement défunte;
- 4) le fait que le Canada, dont la Barcelona Traction a le statut, a mis un terme à toute intervention diplomatique effective lorsque l'adjudication à FESCA du portefeuille de la Barcelona Traction aux conditions prévues dans le cahier des charges de la vente eut assuré le désintéressement des obligataires dont le *trustee* canadien avait la garde, tandis qu'elle consommait la spoliation totale des actionnaires belges;

Attendu que l'examen de certaines de ces circonstances ne pourrait être fait sans jonction au fond, soit que leur appréciation en relève directement, soit que, étant connexes aux faits visés dans la demande, une bonne administration de la justice rende souhaitable que la Cour ne se

prononce pas à leur sujet sans avoir recueilli le complément d'information que les Parties pourraient lui donner dans la procédure sur le fond.

*Quant à l'exception préliminaire n° 4*

Attendu que l'exception préliminaire tirée d'un prétendu non-épuisement des voies de recours interne est également non fondée, compte tenu du fait que la règle de droit international invoquée, reprise à l'article 3 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu entre l'Espagne et la Belgique le 19 juillet 1927, ne subordonne le recours aux procédures prévues par le traité qu'à l'utilisation préalable, jusqu'à jugement définitif, des voies de recours normal, accessibles, présentant des chances sérieuses d'efficacité, et ce uniquement pendant un délai raisonnable;

Attendu, en effet, qu'en l'espèce il a été satisfait à cette exigence bien au-delà de ce qu'on peut attendre de la moyenne des plaideurs, la Partie défenderesse évaluant elle-même à 2736 les seules ordonnances rendues dans la cause par les tribunaux espagnols à la date du dépôt de la requête belge, en ce non comprise la plus grande partie de celles rendues par le Tribunal suprême;

Attendu qu'ainsi, à première vue déjà, l'allégation du Gouvernement espagnol suivant laquelle aucun des innombrables recours exercés par le groupe de la Barcelona Traction ou des cointéressés n'était de nature à porter remède aux griefs dénoncés par le Gouvernement belge, apparaît comme dénuée de toute vraisemblance;

Que l'examen des faits de la cause confirme pleinement son manque de fondement;

*I. Quant aux actes des autorités administratives, dont le caractère injuste et discriminatoire est dénoncé par le Gouvernement belge;*

Attendu que vainement le Gouvernement espagnol prétend que ces actes auraient pu et dû faire l'objet de recours d'ordre interne qui n'ont pas été exercés; qu'en effet, l'examen des dispositions légales relatives aux recours qui, suivant le Gouvernement espagnol, auraient pu conduire à l'annulation de ces actes, démontre clairement que lesdits recours n'étaient ni légalement accessibles aux intéressés, ni susceptibles de conduire au redressement de la situation contre laquelle la Barcelona Traction se débattait vainement;

*II. Quant aux décisions judiciaires rendues dans le cadre de la faillite;*

Attendu que le Gouvernement espagnol prétend à tort faire écarter les recours innombrables dirigés contre ses décisions pour le motif fallacieux que seule une opposition de la Barcelona Traction au jugement déclaratif de faillite, faite dans les huit jours de sa publication aux journaux officiels des provinces de Tarragone et Barcelone, ou un recours en revision contre ledit jugement, auraient pu empêcher que celui-ci acquit force de chose jugée ou la conservât; cette prétendue négligence aurait rendu inévitables les mesures ultérieures que le Gouvernement belge critique et contre lesquelles tous les recours exercés par les intéressés furent nécessairement impuissants;

Attendu que le manque de fondement de cette argumentation résulte des considérations suivantes:

1° dès le 16 février 1948, les sociétés filiales Ebro et Barcelonesa, dont les avoirs avaient été saisis en méconnaissance flagrante de leur personnalité juridique, distincte de celle de la société faillie, introduisirent auprès du juge de Reus un recours en reconsidération, suivi le 23 février d'une opposition; que ces recours étaient accessibles à ces sociétés et de nature à apporter un remède efficace en privant le jugement de faillite du seul effet nocif véritable qu'il pouvait avoir; que leurs recours n'ayant pas abouti, ces sociétés furent mises dans l'impossibilité de les poursuivre dans des conditions que le Gouvernement belge considère comme particulièrement caractéristiques de dénis de justice et contre lesquels les sociétés intéressées tentèrent en vain de se défendre;

2° Après que les recours des sociétés filiales aient été de la sorte stérilisés, le jugement de faillite fit également l'objet, le 18 juin 1948, d'une opposition régulière de la part de la Barcelona Traction, opposition nullement tardive puisque aucun affichage ni aucune autre publication du jugement n'avait eu lieu dans la localité du siège social de la société faillie à Toronto, ainsi que l'exigeait l'article 1044, 5°, du Code de commerce de 1829, et que dès lors le délai d'opposition prévu à l'article 1028 du même Code n'avait pas commencé à courir;

3° La procédure relative à ladite opposition ayant été suspendue pour une durée qui promettait d'être longue, par suite de l'introduction d'un déclinatoire de juridiction par un créancier de connivence avec Juan March, la Barcelona Traction introduisit le 5 juillet 1948 une demande incidente de nullité, qui fut complétée le 31 juillet 1948 puis frappée elle aussi de suspension, ce contre quoi les recours furent multipliés en vain;

4° Après que dans son acte d'opposition et les deux écrits cités ci-dessus, la Barcelona Traction eut contesté formellement que les tribunaux espagnols, et parmi eux le juge de Reus, eussent compétence pour la déclarer en faillite, un déclinatoire fut également déposé en ce sens le 27 novembre 1948 par la National Trust, à laquelle les contrats de *trust* confiaient la protection des intérêts des obligataires *Prior Lien* et *First Mortgage*; sa comparution fut toutefois déclarée non recevable par une décision contre laquelle la National Trust s'empressa d'exercer des recours qui étaient encore pendants lors du dépôt de la requête introductive de la présente instance; cette fois encore, les voies de recours se trouvaient épuisées;

5° Il ne pouvait être question pour la Barcelona Traction d'exercer un recours de revision contre le jugement de faillite auprès du Tribunal suprême, non seulement à raison de la nature de pareille décision qui ne la rend pas susceptible d'un tel recours, mais encore parce que le groupe de la Barcelona Traction n'était pas en mesure d'établir à charge de tiers les faits de subornation, violence et machination frauduleuse qui auraient donné ouverture à pareil recours;

6° Enfin, il est manifestement inexact que les nombreuses décisions judiciaires de la procédure de faillite postérieures au jugement du 12 février 1948, et dont les graves irrégularités ont été dénoncées dans la demande belge, aient été la suite nécessaire et inévitable dudit jugement prétendument irréversible; chacune d'elles a, au contraire, infligé au groupe de la Barcelona Traction une nouvelle privation d'une des garanties prévues par le législateur espagnol et contribué ainsi de façon essentielle au dénouement fatal;

Attendu que le Gouvernement espagnol reconnaît lui-même que tous les recours judiciaires appropriés furent utilisés par le groupe de la Barcelona Traction pour prévenir lesdites décisions ou les faire rapporter; qu'ainsi, à toute évidence, il y a lieu d'admettre, relativement à ces griefs, que les voies de recours interne ont été épuisées;

Par ces motifs, et tous autres dans les observations écrites du Gouvernement belge et dans les plaidoiries de ses conseils,

#### PLAISE A LA COUR

dire et juger que les moyens invoqués par le Gouvernement espagnol à l'appui de l'exception préliminaire n° 1 sont irrecevables dans la mesure où ce gouvernement se prévaut de prétendues équivoques qu'il n'a pas dissipées comme il en avait le devoir et la possibilité;

que ces moyens sont, en toute hypothèse, non fondés et que le désistement de l'instance introduite par la requête du 15 septembre 1958 ne fait nullement obstacle à l'introduction d'une nouvelle requête, le différend entre les Parties subsistant encore aujourd'hui;

dire et juger que l'exception préliminaire principale n° 2 est irrecevable;

subsidièrement, la déclarer non fondée et dire et juger que la Cour est compétente pour connaître et décider des demandes formulées par le Gouvernement belge par requête s'appuyant sur l'article 17, paragraphe 4, du Traité hispano-belge du 19 juillet 1927 et l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice;

rejeter l'exception préliminaire subsidiaire n° 2 présentée par le Gouvernement espagnol;

dire et juger que la Cour est compétente pour connaître et décider des demandes formulées par le Gouvernement belge par requête fondée sur l'article 17, paragraphe 4, du Traité hispano-belge du 19 juillet 1927 et l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, aucune limitation *ratione temporis* ne pouvant être valablement opposée à cette compétence;

écarter comme sans pertinence dans la présente instance l'exception préliminaire n° 3 en tant qu'elle se fonde sur une prétendue protection par le Gouvernement demandeur de la société de droit canadien Barcelona Traction;

rejeter pour le surplus ladite exception en tant qu'elle vise à faire refuser au Gouvernement demandeur le droit de prendre dans la présente affaire fait et cause pour ses ressortissants, personnes physiques et morales, qui sont actionnaires de la Barcelona Traction;

subsidièrement, joindre la troisième exception au fond;

rejeter l'exception préliminaire n° 4;

subsidièrement, dans le cas où la Cour estimerait, à l'égard de certains griefs, ne pas pouvoir reconnaître l'usage suffisant des voies de recours interne les concernant sans examiner le contenu et la valeur des décisions judiciaires espagnoles par lesquelles les recours effectivement intentés ont été exécutés, joindre l'exception au fond.

La Haye, le 23 avril 1964.

(Signé) Y. DEVADDER.

## CONCLUSIONS DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

[Déposées au Greffes le 8 mai 1964]

### I

1. Attendu que, le 15 septembre 1958, le Gouvernement belge avait porté devant la Cour une requête contre le Gouvernement espagnol au sujet de l'affaire relative à la Barcelona Traction, Light & Power Co. et le 15 juin 1959, avait présenté un mémoire; attendu que le 21 mai 1960 le Gouvernement espagnol avait présenté des exceptions préliminaires contre la requête du Gouvernement belge;

2. Attendu que, en présence des exceptions préliminaires, le groupe financier qui avait amené le Gouvernement belge à introduire sa requête contre l'Espagne a demandé à une personnalité espagnole, en octobre 1960, de l'aider, à titre privé, à prendre contact avec le groupe espagnol intéressé en vue d'aboutir à des négociations privées entre les deux groupes; et attendu que le groupe espagnol avait opposé, comme condition *sine qua non*, à l'ouverture des négociations, le retrait définitif de la demande du Gouvernement belge;

3. Attendu que, dans les pourparlers qui avaient eu lieu, le Gouvernement belge avait autorisé le groupe qui s'était adressé à lui à formuler des propositions de désistement, par l'intermédiaire de ladite personnalité espagnole, au groupe espagnol, en vue de réaliser la condition *sine qua non* que ce groupe avait formulée; et que, aussi bien cette personnalité que le groupe espagnol ont compris que le désistement proposé du côté belge signifiait le retrait définitif de la demande du Gouvernement belge de la Cour;

4. Attendu que, en conséquence, le 17 mars 1961, ladite personnalité espagnole, conformément aux propositions belges, avait fait savoir au Gouvernement espagnol que des négociations entre les deux groupes privés étaient envisagées et que le Gouvernement belge ferait sous peu une démarche auprès du Gouvernement espagnol touchant le retrait définitif de sa demande de la Cour;

5. Attendu que, le 22 mars 1961, le Gouvernement belge informa le ministre espagnol des Affaires étrangères qu'à la demande des ressortissants belges dont la protection avait motivé l'introduction de la requête relative à l'affaire de la Barcelona Traction Light & Power Co., et faisant usage de la faculté que lui donnait l'article 69 du Règlement de la Cour, il renonçait à poursuivre l'instance introduite par sa requête du 15 septembre 1958;

6. Attendu que, le Gouvernement belge lui ayant demandé l'assurance qu'il s'abstiendrait de toute réponse à la Cour jusqu'à expiration du délai fixé à cette fin, le Gouvernement espagnol a déclaré qu'il « ne doit contracter aucun engagement au sujet du délai, pour que le désistement ne se trouve pas être conditionné »;

7. Attendu que, le 23 mars 1961, tout en regrettant que le Gouvernement espagnol n'ait pu lui donner l'assurance demandée, le Gouverne-

ment belge a exprimé l'espoir que le Gouvernement espagnol serait attentif, en fait, au désir exprimé par le Gouvernement belge pour que le Gouvernement espagnol retarde sa réponse jusqu'à expiration du délai fixé par la Cour; attendu qu'à la même date le Gouvernement belge a notifié à la Cour son désistement; et attendu que le Président a fixé un délai de six semaines pendant lequel l'Espagne pouvait faire opposition au désistement;

8. Attendu que, le 4 avril 1961, le Gouvernement belge a fait savoir au Gouvernement espagnol qu'il ne souhaitait plus voir le Gouvernement espagnol tenir compte du désir préalablement exprimé; qu'il a demandé au Gouvernement espagnol de faire savoir à la Cour que l'Espagne ne s'opposait pas au désistement et attendu qu'à la suite de cette demande le Gouvernement espagnol a fait savoir à la Cour le 5 avril 1961 que l'Espagne ne s'opposait pas au désistement;

9. Attendu que le désistement du Gouvernement belge ne comportait aucune réserve touchant un droit de réintroduire la demande qui faisait l'objet de sa requête du 15 septembre 1958; et attendu que, ni en communiquant au Gouvernement espagnol, le 22 mars 1961, son intention de se désister, ni dans aucune autre communication antérieure à la radiation de l'affaire du rôle de la Cour, intervenue le 10 avril 1961, le Gouvernement belge n'a indiqué au Gouvernement espagnol que son désistement était assorti de pareille réserve;

10. Attendu que l'Etat qui se désiste d'un procès aux termes de l'article 69, paragraphe 2 du Règlement de la Cour, avec le consentement de l'Etat défendeur, n'est pas en droit de réintroduire l'affaire, à moins qu'il n'ait fait savoir à l'Etat défendeur au moment du désistement qu'il se réservait de réintroduire la demande et, dans ces conditions l'Etat défendeur ne s'est pas opposé à ce désistement;

11. Attendu, en tout cas, que le 23 mars 1961, le Gouvernement belge se trouvait, sur le plan de la procédure, dans une situation où, sauf réserve expresse touchant la réintroduction de la réclamation, son désistement supposait nécessairement l'abandon définitif de son droit à poursuivre devant la Cour la réclamation qui avait fait l'objet de sa requête du 15 septembre 1958;

12. Attendu que, dans ses exceptions préliminaires du 21 mai 1960, le Gouvernement espagnol a contesté la recevabilité de la requête belge du 15 septembre 1958 en invoquant divers motifs; et attendu qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 62 du Règlement de la Cour, la procédure sur le fond s'est alors trouvée suspendue et qu'il appartenait dès lors au Gouvernement belge, dans la procédure préliminaire subséquente, de présenter son argumentation en défense contre les exceptions préliminaires de l'Espagne;

13. Attendu que le but même de toute exception préliminaire, qu'elle vise la compétence de la Cour ou la recevabilité de la réclamation, est d'arrêter *in limine litis* la procédure qui a été entamée;

14. Attendu que, en conséquence, le désistement du Gouvernement belge dans la procédure ouverte par sa requête du 15 septembre 1958 sans que ce désistement ait été assorti d'aucune réserve touchant son droit de réintroduire la demande qui avait fait l'objet de cette requête, supposait nécessairement qu'il renonçait à son argumentation en défense contre les exceptions préliminaires espagnoles et qu'il acceptait d'arrêter, *in limine litis* la procédure qu'il avait introduite;

15. Attendu que, en plus, le traité hispano-belge de conciliation, d'ar-

bitrage et de règlement judiciaire de 1927 ne prévoit pas que l'on puisse recourir plus d'une fois aux modes de règlement prévus par ledit traité; et qu'une partie ayant entamé un procès devant la Cour en vertu de l'article 17 et s'étant ensuite désistée, a épuisé les modes de règlement prévus par ce traité;

16. Attendu qu'il résulte de ce qui précède que la réintroduction d'une demande après un désistement dans une procédure ouverte auprès de la Cour en vertu dudit traité ne pourrait être compatible avec le système de règlement pacifique consacré par le traité que si un tel droit avait été réservé expressément au moment du désistement; et attendu qu'en l'espèce le Gouvernement belge n'a fait aucune réserve en ce sens lorsqu'il s'est désisté de l'instance introduite par sa requête du 15 septembre 1958;

17. Attendu que, dans ces conditions, le Gouvernement belge est forcé à revenir sur son désistement du 23 mars 1961 et qu'il n'est pas en droit de soumettre encore une fois à la Cour la demande qui avait fait l'objet de sa requête du 18 septembre 1958;

## II

### *A. A titre principal*

1. Attendu que le Gouvernement espagnol n'a jamais reconnu, ni durant les négociations diplomatiques, ni dans le cadre de la procédure judiciaire, ni d'une autre manière, que le différend qui oppose la Belgique à l'Espagne puisse être soumis à la juridiction de la Cour internationale de Justice;

2. Attendu que la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, conclu le 19 juillet 1927 entre l'Espagne et la Belgique n'était pas une clause juridictionnelle valable à l'époque de l'introduction de la requête belge devant la Cour internationale de Justice;

3. Attendu que la caducité de la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927 est la conséquence d'une impossibilité d'exécution de cette clause due à la suppression de la Cour permanente de Justice internationale le 19 avril 1946;

4. Attendu que la reconduction tacite du traité hispano-belge ne pouvait avoir pour conséquence de ranimer la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge qui était caduque avant la reconduction de ce traité;

5. Attendu que la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge était caduque, l'obligation générale de recours à la juridiction obligatoire contenue dans le traité ne pouvait, à elle seule, obliger l'Espagne à reconnaître la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice à partir de l'époque à laquelle l'Espagne est devenue partie au Statut de la Cour internationale de Justice;

6. Attendu que l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice n'est pas applicable aux clauses juridictionnelles contenues dans les traités et conventions en vigueur entre Etats qui sont devenus parties au Statut de la Cour après la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale;

7. Attendu que la thèse belge qui affirme que la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge n'était, du fait de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, que provisoirement inappli-

cable et qu'elle n'était que suspendue dans ses effets, est incompatible avec le fait que la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge était définitivement impossible à exécuter, à partir de la suppression de la Cour permanente de Justice internationale;

8. Attendu que l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice n'a pas non plus pu « ranimer » la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité hispano-belge ni conférer à cette clause, à dater de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, le caractère d'une disposition potentiellement en vigueur jusqu'à l'époque de l'admission de l'Espagne comme Membre des Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour internationale de Justice;

9. Attendu que la nature de l'engagement et le but principal poursuivi par l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour internationale de Justice sont identiques à la nature de l'engagement et au but poursuivi par l'article 37, c'est-à-dire que ces deux dispositions visent à créer un accord entre parties au Statut de la Cour en vue de transférer la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale à la Cour internationale de Justice dans certaines limites;

10. Attendu que par conséquent, l'application et l'interprétation de l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour internationale de Justice doivent commander l'application et l'interprétation de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice;

11. Attendu que la Cour internationale de Justice a déclaré dans l'affaire relative à l'*Incident aérien* du 17 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1959 (*C.I.J. Recueil 1959*, p. 141) « que l'article 36, paragraphe 5, n'a entendu régler le transfert qui fait l'objet de cette disposition qu'entre les signataires du Statut, non à l'égard d'un Etat dans la situation de la Bulgarie », et qu'à l'époque à laquelle l'article 36, paragraphe 5, du Statut de la Cour aurait pu produire effet, c'est-à-dire à l'époque de l'admission de la Bulgarie aux Nations Unies, soit le 14 décembre 1955, la déclaration bulgare n'était plus en vigueur par l'effet de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, intervenue le 19 avril 1946;

12. Attendu que en interprétant l'article 36, paragraphe 5, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1961 (*C.I.J. Recueil 1961*, p. 25) la Cour a confirmé « que cette disposition ne s'appliquait pas indistinctement à tous les Etats ayant accepté la juridiction obligatoire de l'ancienne Cour permanente qui pourraient ensuite à n'importe quel moment, devenir parties au Statut de la Cour, mais seulement à ceux de ces Etats qui étaient parties au Statut depuis l'origine », et que la Cour rappelait en outre que « le 19 avril 1946, date de la dissolution de l'ancienne Cour permanente, toutes les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente qui ne s'étaient pas déjà « transformées » en vertu de l'article 36, paragraphe 5, en acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour actuelle étaient devenues caduques et avaient cessé d'être en vigueur, car elles se seraient dès lors appliquées à un tribunal — l'ancienne Cour permanente — qui n'existait plus ».

13. Attendu que le même raisonnement a été utilisé au sujet de l'application de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice dans l'arrêt de la Cour: *Affaires du Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 334).

*B. A titre subsidiaire*

1. Attendu que l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice est devenu applicable dans les relations hispano-belges et a permis ainsi à la clause juridictionnelle de l'article 17, paragraphe 4, révisé du traité hispano-belge de déployer ses effets à partir de l'admission de l'Espagne à la Charte des Nations Unies et comme partie au Statut de la Cour internationale de Justice;

2. Attendu que la clause juridictionnelle de l'article 17, paragraphe 4, révisé du traité hispano-belge a son propre domaine de validité *ratione temporis*, et que son point de départ est l'époque où l'Espagne est devenue Membre des Nations Unies et partie au Statut de la Cour internationale de Justice;

3. Attendu qu'une application rétroactive de la clause juridictionnelle de l'article 17, paragraphe 4, révisé du traité hispano-belge est contraire aux termes du préambule, aux articles 1 et 2, et au procès-verbal final de ce traité ainsi qu'aux travaux préparatoires qui ont précédé sa conclusion;

4. Attendu que le différend relatif à la Barcelona Traction Light & Power Co. est né avant que la clause juridictionnelle de l'article 17, paragraphe 4, révisé du traité hispano-belge ait déployé ses effets et qu'il n'entre pas dans la catégorie des différends relevant du domaine d'application *ratione temporis* du traité hispano-belge de 1927;

*C.*

Attendu qu'en raison des conditions mentionnées ci-dessus sous *A* et *B*, la Cour est incompétente pour connaître ou décider des demandes formulées par la requête et le mémoire du Gouvernement belge, la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage n'ayant pas créé entre l'Espagne et la Belgique un lien de juridiction permettant au Gouvernement belge de soumettre le différend de la Barcelona Traction à la Cour internationale de Justice.

## III

1. Attendu que, dans ses conclusions actuelles le Gouvernement belge demande à la Cour de dire et juger: *a*) que les mesures, actes, décisions et omissions des organes de l'Etat espagnol décrits dans la présente requête sont contraires au droit des gens et que l'Etat espagnol est tenu, à l'égard de la Belgique, de réparer le préjudice qui en est résulté pour les ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la Barcelona Traction; *b*) que cette réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences que ces actes contraires au droit des gens ont eues pour lesdits ressortissants et que l'Etat espagnol est tenu, dès lors, d'assurer, si possible, l'annulation du jugement de faillite et des actes judiciaires et autres qui en ont découlé, en assurant aux ressortissants belges lésés tous les effets juridiques devant résulter pour eux de cette annulation, en plus des préjudices accessoires; et *c*) que, au cas où l'effacement des conséquences des actes incriminés se révélerait impossible, l'Etat espagnol sera tenu de verser à l'Etat belge, à titre d'indemnité, une somme équivalant à 88% de la valeur nette de l'affaire au 12 février 1948, cette indemnité devant être augmentée d'une somme correspondant à tous les préjudices accessoires subis par les ressortissants belges par suite des actes incriminés;

2. Attendu que, malgré la tentative actuelle du Gouvernement belge de présenter ces conclusions dans le cadre d'une protection diplomatique et judiciaire internationale des « actionnaires belges » de la Barcelona Traction, lesdites conclusions ne peuvent se comprendre que comme une manifestation d'une protection diplomatique de la société en tant que telle; et que si ce résultat s'impose manifestement lorsque le Gouvernement belge demande la restitution *in integrum* en faveur de la société, la même solution s'impose aussi lorsqu'il limite l'indemnisation demandée pour le préjudice subi par la société au prorata de la participation belge dans le capital social, étant donné que le prétendu fait illicite international dont cette indemnité devrait représenter la réparation est toujours constitué par le prétendu déni de justice qui aurait été causé à la société;

3. Attendu que, comme le Gouvernement belge l'a lui-même reconnu, ce Gouvernement n'a, à la lumière des principes bien établis du droit international, confirmés par la jurisprudence de la Cour, aucun titre à mettre en mouvement une action diplomatique ou judiciaire internationale en faveur de la Barcelona Traction, société qui possède et a possédé dès sa constitution uniquement la nationalité canadienne; et que le Gouvernement canadien, en sa qualité d'Etat national de la Barcelona Traction, a exercé sa protection diplomatique en faveur de ladite société à propos des mêmes faits que le Gouvernement belge voudrait aujourd'hui invoquer, et ce par une série d'interventions qui vont du mois de mars 1948 au mois de mars 1955;

4. Attendu que, en faisant sienne la réclamation de la Barcelona Traction, le Gouvernement canadien a, suivant la jurisprudence constante de la Cour, fait valoir son droit propre, à savoir le droit que l'Etat canadien a de faire respecter, en la personne de son ressortissant, le droit international; et que si un tel droit revient au Canada, il ne peut pas revenir à la Belgique, de sorte que toute tentative du Gouvernement belge de substituer sa propre protection diplomatique à celle du Gouvernement canadien doit être considérée comme inadmissible;

5. Attendu, d'autre part, que si les conclusions présentées dans la nouvelle requête du Gouvernement belge devaient n'être entendues que comme la manifestation d'une intention de protéger, sur le plan diplomatique et judiciaire international des ressortissants belges, personnes physiques et morales, « actionnaires » de la société, le Gouvernement belge ne saurait être admis à poursuivre une telle intention, avant tout parce que le principal desdits ressortissants belges, quels que soient ses rapports avec des personnes inscrites au registre des actionnaires de la Barcelona Traction, n'a pas lui-même la qualité d'« actionnaire » de la société;

6. Attendu que, abstraction faite de cette situation, il ressort d'une étude objective des principes essentiels du droit international en matière de condition des étrangers, de responsabilité internationale et de protection diplomatique qu'à la suite d'un préjudice causé par un Etat à une société étrangère, seul l'Etat national de la société a le droit d'intervenir au titre de la protection diplomatique; que, partant, l'intervention d'un tiers Etat, au titre de la protection diplomatique de ses ressortissants actionnaires de la société, à côté ou aux lieu et place de l'Etat national de la société, est exclue à la lumière des principes considérés;

7. Attendu qu'une analyse objective de la jurisprudence arbitrale internationale, de la pratique des Etats et de la doctrine la plus autorisée, exclut également qu'une règle spéciale coutumière se soit développée en dérogation aux principes ci-dessus rappelés; que la protection diploma-

tique de sociétaires en cas de préjudice causé à une société n'a été admise que dans des cas où la société en question a la nationalité de l'Etat même contre lequel la réclamation est dirigée et où, partant, le préjudice ne peut pas avoir été causé à la société en violation d'une obligation internationale;

8. Attendu que, en ce qui concerne en particulier les sociétés anonymes, l'éventualité d'une protection diplomatique distincte des actionnaires pour préjudice causé aux droits de la société par son propre Etat national n'a été au surplus envisagée que pour l'hypothèse où la société elle-même aurait été liquidée et dissoute et où les actionnaires se seraient par conséquent substitués à celle-ci quant à ses biens et ses droits;

9. Attendu que, partant, dans le cas d'espèce, ne se trouve réalisée aucune des conditions dont, en droit international, la présence simultanée est requise pour qu'une protection diplomatique de sociétaires par leur Etat national puisse être admise;

10. Attendu que, même en faisant abstraction de ce qui vient d'être mentionné, le fait que le Gouvernement canadien ait exercé sa protection diplomatique en faveur de la Barcelona Traction, en tant que société, pour les mêmes faits qui sont invoqués par le Gouvernement belge, ne permettrait de toute manière jamais d'admettre que ces mêmes faits puissent donner lieu à une double protection diplomatique, d'une part celle du Gouvernement canadien pour la société, et d'autre part celle du Gouvernement belge pour ses prétendus « actionnaires »;

11. Attendu que la question soulevée par l'exception préliminaire relative au défaut de qualité du Gouvernement belge dans l'affaire de la Barcelona Traction est absolument mûre pour être tranchée; qu'aucun élément supplémentaire utile pour statuer sur l'exception ne saurait être tiré de l'examen du fond de l'affaire; et que, partant, la demande belge subsidiaire en vue d'une jonction de la présente exception au fond ne saurait nullement se justifier;

#### IV

1. Attendu qu'une règle du droit international coutumier, incontestée dans la jurisprudence comme dans la doctrine du droit international, exige que les voies et moyens offerts par l'ordre juridique interne soient utilisés et épuisés par le particulier qui se prétend lésé par une mesure contraire au droit international adoptée à son égard, avant que son Etat national puisse exercer en sa faveur la protection diplomatique ou, à plus forte raison, saisir une juridiction internationale;

2. Attendu que, dans les rapports hispano-belges, l'application de la règle est au surplus confirmée par l'article 3 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu entre l'Espagne et la Belgique le 19 juillet 1927;

3. Attendu que l'exception préliminaire fondée sur le défaut d'utilisation et d'épuisement des voies et moyens offerts par l'ordre juridique interne est une exception dirigée contre la recevabilité de la requête;

4. Attendu que l'ordre juridique espagnol prévoit des moyens de recours contre les décisions de l'Institut espagnol des Monnaies étrangères; qu'aucun de ces recours n'a été utilisé par la Barcelona Traction; et que par conséquent à ce titre déjà le non-épuisement des recours internes est acquis;

5. Attendu que le 12 février 1948 la Barcelona Traction fut dûment

déclarée en faillite par un jugement du juge de première instance de Reus, et que ledit jugement fit l'objet de la publicité prévue par la loi;

6. Attendu que l'ordre juridique espagnol offre à tout failli le moyen spécifique pour demander la révocation du jugement déclaratif de faillite;

7. Attendu que seule la Barcelona Traction avait titre pour se prévaloir de ce moyen, mais qu'il n'a nullement été utilisé par ladite société dans les délais prévus par la loi;

8. Attendu que la compétence juridictionnelle du juge de Reus n'a pas été attaquée en temps utile et qu'en tout cas la Barcelona Traction est demeurée tacitement soumise à la juridiction espagnole;

9. Attendu que le jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction, ayant acquis force de chose jugée par défaut d'opposition, constitue nécessairement le fait générateur de la procédure de faillite qui s'est déroulée par la suite;

10. Attendu qu'en attaquant le jugement déclaratif de la faillite par le moyen spécifique prévu par la loi espagnole, la Barcelona Traction aurait pu, en critiquant une seule et même mesure, éliminer le fait générateur de la procédure ultérieure;

11. Attendu que la règle internationale de l'épuisement préalable des voies et moyens internes est stricte et doit s'interpréter en conséquence; qu'il suffit donc, pour que le particulier n'ait pas épuisé les voies et moyens de recours interne qu'il ait omis d'user sur un point déterminé d'une voie ou d'un moyen spécifique qui aurait pu éliminer le fait générateur des événements dans l'ensemble desquels l'on prétend voir un fait illicite international;

12. Attendu que de ce fait l'on n'a donc pas, en la présente affaire, satisfait à la règle de l'épuisement préalable des voies et moyens internes;

13. Attendu qu'au surplus la Barcelona Traction, n'ayant pas fait opposition en temps utile contre le jugement la déclarant en faillite, aurait néanmoins pu se prévaloir de moyens extraordinaires de recours, et qu'elle aurait notamment pu faire valoir, dans un recours en révision, les griefs relatifs à toute prétendue manœuvre frauduleuse dont elle aurait été la victime, mais qu'elle a négligé de se servir de l'un comme des autres de ces moyens de recours;

14. Attendu que, des omissions déterminantes ayant été acquises par rapport au jugement déclaratif de la faillite, elles suffisent à établir que la règle du non-épuisement des voies et moyens internes n'a pas été respectée en l'espèce; qu'il n'est alors pas nécessaire d'examiner les recours formés contre certaines pièces de la procédure de faillite postérieures au jugement déclaratif de la faillite lui-même, dont la force de chose jugée est acquise;

15. Attendu que dans ces conditions l'exception est mûre pour être tranchée dès à présent en tant que question préliminaire; qu'aucun élément supplémentaire utile pour statuer sur l'exception préliminaire ne saurait être tiré de l'examen du fond de l'affaire; et que, partant, la demande belge subsidiaire en vue d'une jonction de la présente exception au fond ne saurait nullement se justifier;

#### PLAISE A LA COUR:

Pour l'un quelconque de ces motifs, et tous autres énoncés dans la procédure écrite et orale, ou pour tous ces motifs à la fois,

*Premièrement*, du fait que toute juridiction de la Cour pour décider

des questions se référant à la réclamation formulée dans la nouvelle requête belge de 1962, quant à la compétence, quant à la recevabilité ou quant au fond, a pris fin à la suite des lettres des Gouvernements belge et espagnol, en date, respectivement, du 23 mars et du 5 avril 1961, et dont la Cour a pris acte dans son ordonnance du 10 avril 1961;

*Deuxièmement*, du fait que la Cour est incompétente pour connaître de la présente affaire, la clause juridictionnelle de l'article 17 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage du 19 juillet 1927 n'ayant pas créé entre l'Espagne et la Belgique un lien de juridiction permettant au Gouvernement belge de soumettre le différend de la Barcelona Traction à la Cour internationale de Justice;

*Troisièmement*, du fait que le Gouvernement belge est sans qualité dans la présente affaire, étant donné que la société Barcelona Traction, qui reste toujours le destinataire de la réclamation soumise à la Cour, n'a pas de nationalité belge; et étant donné également que l'on ne saurait admettre en l'espèce une demande quelconque au titre de la protection de ressortissants belges, actionnaires de la Barcelona Traction, le principal de ces ressortissants n'ayant pas la qualité juridique d'actionnaire de la Barcelona Traction, et le droit international n'admettant pas, en cas de préjudice causé par un Etat à une société étrangère, une protection diplomatique d'actionnaires exercée par un Etat autre que l'Etat national de la société;

*Quatrièmement*, du fait que les voies et moyens de recours interne n'ont pas été utilisés par la Barcelona Traction, ainsi que l'exige le droit international;

#### DIRE ET JUGER

que la requête introduite par le Gouvernement belge le 14 juin 1962 ainsi que les conclusions finales qu'il a présentées sont définitivement irrecevables.

(Signé) J. M. CASTRO-RIAL.

**DOCUMENTS PRÉSENTÉS A LA COUR  
APRÈS LA FIN  
DE LA PROCÉDURE ÉCRITE**

LISTE DES DOCUMENTS DÉPOSÉS PAR L'AGENT DU  
GOUVERNEMENT BELGE

- Lettre de M. Maurice Frère à l'agent du Gouvernement belge, 26 février 1964 (avec appendices).  
 Lettre de M. Simon, consul général de Belgique, au président du conseil de la Généralité de Catalogne, 17 septembre 1936.  
 Rapport de M. Simon, 29 septembre 1936 (avec annexe).  
 Echange de lettres entre M. Arthur H. Dean et M. Lester B. Pearson, secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères du Canada, 1<sup>er</sup> et 19 juillet 1955.  
 Rapport de l'ambassadeur de Belgique à Madrid au ministre du Commerce extérieur de Belgique, 12 février 1952.  
 Rapport de l'ambassadeur de Belgique au Canada au ministre du Commerce extérieur de Belgique, 12 mai 1952 (avec annexes).

---

LISTE DES DOCUMENTS DÉPOSÉS PAR L'AGENT DU  
GOUVERNEMENT ESPAGNOL

- Rapport du comte de Motrico au sujet des conversations privées relatives à l'affaire de la *Barcelona Traction* (1960-1961), 4 décembre 1963 (avec documents annexés).  
 Lettres relatives au nouveau document du Gouvernement belge de février 1964.  
 Arrêt de la cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963 et attestation relative aux décisions judiciaires espagnoles auxquelles se réfèrent les observations et conclusions du Gouvernement belge (I, p. 258 et 259).  
 Lettre de M. Arthur Dean au comte de Motrico, 1<sup>er</sup> février 1955, et accusé de réception, 9 février 1955.  
 Lettre de l'Ebro à l'Institut espagnol des monnaies étrangères, 5 novembre 1940.  
 Attestation du 5 mai 1964 relative à un arrêt du tribunal suprême du 22 mars 1963.  
 Document sur la composition du conseil d'administration de la *Barcelona Traction* au 15 juillet 1949, publié par le Financial Post Corporation Service de Toronto.  
 Arrêt du tribunal économique-administratif central du 2 mai 1933.



---

The publications of the INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE may be ordered from any bookseller or from A. W. Sijthoff's Publishing Company, Postbus 26, Leyden (Netherlands). For information regarding the sale of the Court's publications please write to the *Distribution and Sales Section, Office of the United Nations, 1211 Geneva 10 (Switzerland)*, or the *Sales Section, United Nations, New York, N.Y. 10017 (U.S.A.)*.

The publications of the PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (1920-1946) are obtainable from Kraus Reprint Ltd., 9491 Nendeln, Liechtenstein, to which all requests should be addressed.

On peut-se procurer les publications de la COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE auprès des librairies spécialisées du monde entier et auprès de la société d'éditions A. W. Sijthoff, Postbus 26, Leyde (Pays-Bas). Pour tous renseignements, prière de s'adresser à la *Section de la distribution et des ventes, Office des Nations Unies, 1211 Genève 10 (Suisse)* ou à la *Section des ventes, Nations Unies, New York, N.Y. 10017 (Etats-Unis)*.

On peut se procurer les publications de la COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE (1920-1946) auprès de Kraus Reprint Ltd., 9491 Nendeln, Liechtenstein. Pour tous renseignements, prière de s'adresser à cette société.

---