

SEPARATE OPINION OF
VICE-PRESIDENT WELLINGTON KOO

1. I am in complete agreement with the Court's findings on the first, second and fourth Preliminary Objections and with the general line of reasoning which has led up to them, except on one point in connection with the second Objection which calls for some elucidation on my part. As regards the third Preliminary Objection, I regret to be unable to concur in the Court's conclusion in favour of a joinder to the merits. It is my view that this objection should have been rejected. Accordingly, I propose to state the reasons for my opinion in the two respects.

I

2. The Judgment in referring to the reliance of the Respondent upon the decision of the Court in the *Israel v. Bulgaria* case in support of the second Preliminary Objection points out a number of differences between that case and the present one. In so far as this is done for the purpose of making an independent approach to the instant case on its merits, it can be easily understood. But, as I look at it, calling attention to these differences does not imply, nor do they themselves justify an implication of, any justification of the decision in the former case, concerning which my views remain the same as stated in the Joint Dissenting Opinion appended to the Judgment in that case.

3. The differences which have been noted in the present Judgment on the second Preliminary Objection are, in my view, only of an incidental character as regards the point in issue. The two situations arising from Article 36 (5) of the Statute in relation to the Bulgarian declaration of acceptance under Article 36 and from Article 17 (4) of the Hispano-Belgian Treaty of 1927 in relation to Article 37 are basically similar, if not identical, so far as the question of the transfer of the compulsory jurisdiction from the old Court to the new Court is concerned. Both depend upon the factor of being "still in force", independently of the disappearance of the Permanent Court, which was taken for granted. This term, which, as regards declarations of acceptance mentioned in Article 36 (5), was originally drafted in English and rendered in French as "pour une durée qui n'est pas encore expirée", constitutes the requisite condition for the said transfer. As regards Article 37, the condition is in fact the same for it calls for "a treaty or convention in force [which] provides for reference of a matter to a tribunal to have been instituted by the League of Nations, or to the

OPINION INDIVIDUELLE DE M. WELLINGTON KOO,
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

1. Je m'associe entièrement aux conclusions de la Cour relatives aux première, deuxième et troisième exceptions préliminaires ainsi qu'aux motifs sur lesquels ces conclusions sont fondées, sauf sur un point concernant la deuxième exception qui appelle quelques explications de ma part. En ce qui concerne la troisième exception préliminaire, j'ai le regret de ne pas pouvoir m'associer aux conclusions de la Cour en faveur d'une jonction au fond. J'estime que cette exception aurait dû être rejetée. Je me propose d'indiquer les raisons de mon opinion sur ces deux points.

I

2. Après avoir rappelé que le défendeur invoque à l'appui de la deuxième exception préliminaire la décision prise par la Cour dans l'affaire *Israël c. Bulgarie*, l'arrêt énumère un certain nombre de différences entre cette affaire et l'affaire actuelle. Cela est facilement compréhensible dans la mesure où il s'agit de marquer que la présente affaire est abordée de façon indépendante, en elle-même. Toutefois, selon moi, le fait d'appeler l'attention sur ces différences n'implique nullement que l'on justifie la décision prise dans l'affaire précédente ni que les différences en question suffisent à justifier cette décision, à propos de laquelle je maintiens le point de vue exprimé dans l'opinion dissidente collective jointe à l'arrêt rendu dans cette affaire.

3. Les différences indiquées dans la présente décision, à propos de la deuxième exception préliminaire, n'ont selon moi qu'un intérêt accessoire pour la question en cause. La situation résultant du jeu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut par rapport à la déclaration d'acceptation faite par la Bulgarie en application de l'article 36 et la situation qui découle du jeu de l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge de 1927 par rapport à l'article 37 sont fondamentalement similaires, sinon identiques, dans la mesure où il s'agit du transfert de la juridiction obligatoire de l'ancienne Cour à la nouvelle. Dans les deux cas, le facteur du maintien en vigueur a une importance essentielle, indépendamment de la disparition de la Cour permanente, tenue pour acquise. L'expression « still in force » qui, s'agissant des déclarations d'acceptation mentionnées à l'article 36, paragraphe 5, a été rédigée à l'origine en anglais et traduite en français par les mots « pour une durée qui n'est pas encore expirée », correspond à la seule condition mise audit transfert. En ce qui concerne l'article 37, la condition, en fait, est la même, car elle exige « un traité ou une convention en vigueur [qui] prévoit le renvoi à une juridiction que

Permanent Court of International Justice". The dissolution of both the League and the Court had been known and they were expected to be on their way to disappearance. The purpose of Article 37 and Article 36 (5) is the same: it is to preserve as far as possible the compulsory jurisdiction arrangements in force apart from the expected dissolution of the League and the Court. The form of the instrument in which the compulsory jurisdiction provision is embodied is immaterial. Whether this provision forms the whole subject-matter of a given instrument or is only one of the provisions of a treaty or convention for pacific settlement of disputes by specified bodies, or whether it constitutes a special provision in a general treaty or convention on other matters, is of no decisive importance as regards the transfer of the jurisdiction under Article 37. What matters is that the treaty or convention should in such case continue to be in force. This continuation of validity refers to the instrument as a whole; so long as the instrument itself remains in force, so long does the provision for compulsory jurisdiction, just as under Article 36 (5) of the new Statute, the declarations of acceptance made under Article 36 of the old Statute, are considered to remain in force so long as the period for which they were made has not expired. Article 17 (4) of the 1927 Treaty, like the Bulgarian declaration of acceptance, may have been temporarily inoperative due to the dissolution of the Permanent Court of International Justice, but this transient factor of inapplicability had been taken for granted and had been the very reason for the provisions of Article 37 just as it had been, in respect of declarations of acceptance under Article 36, for those of Article 36 (5). In other words the whole purpose of both provisions was intended to discount the effect of the dissolution of the old Court and make possible the effective transfer of its compulsory jurisdiction to the new Court.

4. Moreover, on closer examination it will be found that the argument of differentiation between the *Aerial Incident* case and the present case does not explain away the former decision. From the juridical point of view there is really no distinction as regards the principle of transfer from the old Court to the new Court. Only the two sources of the obligation to submit to compulsory jurisdiction are different. In the case of the declarations of acceptance made under Article 36, paragraph 2, of the old Statute, like similar declarations made under the identically numbered provision of the new Statute, their effectiveness depended upon the extent of concordance of the terms between any two given acceptances, having due regard to the respective reservations and limitations on the principle of reciprocity, whereas the jurisdictional clauses, to which Article 37 is applicable, derive from the mutual consent and agreement of the contracting parties in bilateral or multilateral instruments. But the process of the transfer itself and the legal

devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale ». La dissolution future, tant de la Société des Nations que de la Cour, était connue, et l'on savait qu'elles allaient disparaître. L'article 37 et l'article 36, paragraphe 5, ont le même but, à savoir conserver dans toute la mesure possible les arrangements en vigueur intéressant la juridiction obligatoire, indépendamment de la dissolution attendue de la Société des Nations et de la Cour. Peu importe la forme de l'instrument qui comporte une clause de juridiction obligatoire. Que cette clause constitue le seul objet dudit instrument, ou qu'elle ne soit que l'une des dispositions d'un traité ou d'une convention pour le règlement pacifique des différends par des organes déterminés, ou encore qu'il s'agisse d'une disposition spéciale d'un traité ou d'une convention de caractère général concernant d'autres questions, cela n'a pas d'importance décisive pour le transfert de la juridiction en vertu de l'article 37. Ce qui importe, c'est qu'en pareil cas le traité ou la convention demeure en vigueur. Ce maintien en vigueur s'applique à l'instrument dans son ensemble ; tant que l'instrument lui-même demeure en vigueur, la clause de juridiction obligatoire demeure en vigueur elle aussi, de même que les déclarations d'acceptation faites en application de l'article 36 de l'ancien Statut sont considérées aux fins de l'article 36, paragraphe 5, du nouveau Statut comme demeurant en vigueur pour la durée restant à courir. L'article 17 (4) du traité de 1927 de même que la déclaration d'acceptation de la Bulgarie peuvent avoir été temporairement inopérants en raison de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale mais ce facteur transitoire d'inapplicabilité allait de soi ; il était la raison d'être de l'article 37 comme il était la raison d'être de l'article 36, paragraphe 5, à l'égard des déclarations d'acceptation faites en application de l'article 36. En d'autres termes, le but même de ces deux dispositions était d'écartier l'effet que pourrait avoir la dissolution de l'ancienne Cour et de rendre possible le transfert effectif de sa compétence obligatoire à la nouvelle Cour.

4. En outre, si l'on y regarde de plus près, on s'aperçoit que l'argument fondé sur la différenciation entre l'affaire de l'*Incident aérien* et la présente affaire n'explique pas suffisamment la décision prise dans le premier cas. Du point de vue juridique, il n'existe vraiment aucune distinction en ce qui concerne le principe du transfert de l'ancienne Cour à la nouvelle Cour. Seules diffèrent les deux sources d'obligation de se soumettre à la juridiction obligatoire. Dans le cas des déclarations d'acceptation souscrites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, de l'ancien Statut, comme dans le cas des déclarations similaires faites en vertu de la disposition qui porte le même numéro dans le nouveau Statut, l'efficacité dépend du degré de concordance des termes de deux acceptations données, compte tenu des réserves et des limitations liées au principe de la réciprocité ; en revanche, les clauses juridictionnelles auxquelles l'article 37 est applicable découlent du consentement et de l'accord mutuel des parties contractantes ayant conclu des instruments bilatéraux.

effect of the transfer once consummated, are the same in both situations, just as the purpose of the two provisions in the Statute in question is identical. Only, in the instant case, as the Judgment has rightly pointed out, the basic obligation of submitting to compulsory adjudication is clearly stipulated in Articles 2 and 17 (1) of the 1927 Treaty just as in Article 23 in respect of "any disputes arising as to the interpretation of execution of the present Treaty", while the provision of Article 17 (4) is of a functional character as regards the tribunal for such adjudication, as is also the case in respect of the tribunal mentioned in Articles 21 and 22 for the determination of certain matters.

5. Such being the situation in the instant case, the difference in legal effect, if any, is one of degree as regards the validity or strength of the source of the obligation and not one of kind. For this reason there is even greater justification to uphold the validity of the transfer of the compulsory jurisdiction under Article 37 than under Article 36, paragraph 5. It does not warrant any implication that the decision in the *Aerial Incident* case was equally justifiable in law.

II

6. The third Preliminary Objection undoubtedly raises important questions of law and fact. In principle I fully endorse judicial caution as a sound policy in the interest of good administration of justice and the Court certainly has full discretionary power to decide on a joinder for good reasons, as the Court has affirmed in the present Judgment.

7. In the instant case I am, however, of the opinion that this objection could and should have been adjudicated upon. The elaborate written pleadings and the lengthy oral hearing have brought out clearly and almost exhaustively the various issues involved and the searching, though conflicting, arguments of the two Parties. While the Applicant has asked the Court, as the alternative to dismissal, to join the third Preliminary Objection to the merits, the Respondent has urged that the issue raised by it "is wholly ripe for decision" and that the alternative Belgian request for the joinder of this objection to the merits cannot be justified.

8. In the light of the submissions of the Parties on the third Preliminary Objection, two principal questions are involved at the outset: (a) one of law and (b) one of fact, the other issues raised being subordinate to and dependent upon the answers to the two questions for their solution. The question of law can be stated thus: does international law recognize the right of a State to protect its nationals,

téraux ou multilatéraux. Mais le processus du transfert lui-même et l'effet juridique du transfert réalisé sont les mêmes dans les deux situations, tout comme le but des deux dispositions du Statut est identique. La seule différence est qu'en l'espèce, comme l'arrêt le souligne à juste titre, l'obligation fondamentale de se soumettre à un règlement judiciaire est nettement stipulée à l'article 2 et à l'article 17 (1) du traité de 1927 de même qu'à l'article 23 qui vise « les contestations qui surgiraient au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du présent traité », tandis que les dispositions de l'article 17 (4) ont un caractère plutôt fonctionnel, en ce qui concerne le tribunal appelé à statuer, et il en est de même des articles 21 et 22 où un tribunal chargé de régler certaines affaires est mentionné.

5. Etant donné la situation en l'espèce, la différence quant à l'effet juridique, si elle existe, n'est pas une question de nature — ce n'est qu'une affaire de degré et cela concerne la validité de la source de l'obligation. C'est pourquoi la validité du transfert de la juridiction obligatoire se justifie mieux encore en vertu de l'article 37 qu'en vertu de l'article 36, paragraphe 5. Ceci ne veut pas dire que la décision rendue en l'affaire de l'*Incident aérien* se justifiait également en droit.

II

6. La troisième exception préliminaire soulève indubitablement d'importants problèmes de droit et de fait. En principe, j'estime qu'il est bon en matière judiciaire d'adopter une politique de prudence qui facilite la bonne administration de la justice et la Cour a certainement le pouvoir discrétionnaire de décider la jonction au fond pour des motifs valables comme elle le fait dans le présent arrêt.

7. En l'espèce, toutefois, je suis d'avis que la Cour aurait pu et dû statuer sur cette exception. Les divers problèmes en cause et l'argumentation fouillée encore que contradictoire des deux Parties ont été clairement exposés de façon presque exhaustive dans les écritures, fort détaillées, et lors de la longue procédure orale. Le demandeur prie subsidiairement la Cour, au cas où la troisième exception préliminaire ne serait pas rejetée, de la joindre au fond ; le défendeur soutient, de son côté, que la question soulevée par cette exception est « absolument mûre pour être tranchée » et que la demande subsidiaire de jonction au fond présentée par la Belgique n'est pas justifiée.

8. Quand on considère les conclusions des Parties sur la troisième exception préliminaire, deux questions principales se posent d'emblée, à savoir *a)* une question de droit et *b)* une question de fait, la solution des autres problèmes soulevés étant subordonnée à la réponse donnée à ces deux questions. La question de droit peut être énoncée dans les termes suivants : le droit international reconnaît-il à un Etat le droit

natural or juristic persons, being shareholders in a foreign company, for damage or injury to them through an internationally illicit act done to the company by a third State? And the question of fact centring on two crucial points : are the shares in Barcelona Traction registered on its books in the name of nominees of American nationality and claimed by the Applicant as belonging to natural and juristic persons of Belgian nationality found *prima facie* to be owned by them, and have these persons sustained damage through damage caused to the said company by internationally wrongful acts, measures or omissions of the organs of the Respondent Government?

9. If the answer to the question of law is found to be in the negative and nevertheless the facts and circumstances of the case appear to be weighty and serious, judicial caution and sound administration of justice would dictate a joinder to the merits in order to make two determinations at the second phase of the proceedings, if it should finally take place. First, to determine whether the facts and circumstances of the instant case are juridically adequate to constitute a valid ground for recognizing the Applicant's capacity or *jus standi* before the Court. If they are found to be inadequate for the purpose, the claim of the Applicant must be held to be inadmissible and the third Preliminary Objection must be sustained. If they are found to be adequate, it would then be in order to make the second determination, namely whether the facts and circumstances of the instant case are of such a particular character as to warrant the finding by the Court of another exception to the existing recognized rule of protection of a company only by its national State.

10. If, on the other hand, the answer to the same question of law is found to be in the affirmative and the essential facts alleged by the Applicant constitute *prima facie* a valid ground for recognizing its capacity, a *jus standi* in the instant case, the said objection must be rejected at the present stage of the proceedings. Such a finding, however, would still leave it open to the Respondent at the later phase of the proceedings on the merits, if it should finally take place, to refute and disprove the alleged facts by counter-evidence. If the Respondent, in the opinion of the Court, succeeds in the task, a finding will of course be made to reject the Applicant's claim on the merits.

11. In brief, the primary question of law raised by the third Preliminary Objection consists in determining first of all whether under modern international law there exists a general right on the part of a State to protect its nationals, shareholders in a foreign company, vis-à-vis a third State independently of the general rule of protection by States of their national companies and of the recognized exception to it as noted above. It centres on the point whether modern inter-

de protéger ses ressortissants, personnes physiques ou morales, qui sont actionnaires d'une société étrangère et qui ont subi un dommage ou un préjudice du fait d'un acte internationalement illicite commis par un Etat tiers à l'encontre de la société? Quant à la question de fait, elle porte sur les deux points essentiels suivants : premièrement, les actions de la Barcelona Traction inscrites au nom de *nominees* de nationalité américaine dans la comptabilité de la société et appartenant, selon le demandeur, à des personnes physiques et morales de nationalité belge sont-elles *prima facie* la propriété de ces ressortissants? Deuxièmement, ces personnes ont-elles été lésées à raison du préjudice causé à ladite société par des actes, mesures ou omissions internationalement illicites des organes du Gouvernement défendeur?

9. Si l'on répond négativement à la question de droit et si néanmoins les faits et les circonstances de l'espèce ne paraissent pas dépourvus de poids et de sérieux, la prudence qui s'impose en matière judiciaire et le souci d'une bonne administration de la justice militent en faveur d'une jonction au fond qui permettra de trancher deux questions lors de la seconde phase de la procédure, si celle-ci doit finalement avoir lieu. On devra d'abord déterminer si les faits et les circonstances de l'espèce fournissent une base juridique suffisante pour qu'il soit légitime de reconnaître au demandeur qualité pour agir devant la Cour. Si ce n'est pas le cas, la réclamation du demandeur devra être considérée comme irrecevable et la troisième exception préliminaire devra être retenue. Si c'est au contraire le cas, il faudra alors trancher la seconde question, c'est-à-dire déterminer si les faits et les circonstances de l'espèce revêtent un caractère si particulier que la Cour serait fondée à admettre une autre exception à la règle actuellement reconnue selon laquelle une société ne peut être protégée que par l'Etat dont elle a la nationalité.

10. Si, en revanche, on répond affirmativement à la question de droit et si les faits essentiels allégués par le demandeur fournissent de prime abord une base permettant de reconnaître sa qualité pour agir en l'espèce, cette exception doit être rejetée au stade actuel de la procédure. Une telle conclusion laisserait toutefois au défendeur la possibilité, lors de la phase ultérieure de la procédure au fond, si celle-ci doit finalement avoir lieu, de contester et de réfuter les faits allégués en apportant les preuves nécessaires. Si la Cour estime que le défendeur apporte ces preuves, elle rejettera évidemment la réclamation du demandeur au fond.

11. En résumé, pour trancher la question de droit très importante que soulève la troisième exception préliminaire, il faut déterminer d'abord si le droit international contemporain donne à l'Etat le droit général de protéger ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, à l'égard d'un Etat tiers, indépendamment de la règle générale d'après laquelle la protection des sociétés est assurée par l'Etat dont elles ont la nationalité et de l'exception à cette règle qui est admise comme il

national law sanctions such a general right of intervention as claimed by the Applicant on behalf of Belgian shareholders. I propose now to consider this question.

A

12. The introduction of the concept of private legal entities in international law in the form of corporate bodies is a natural sequel to its emergence in municipal law. Since there are almost as many different kinds of corporate entities as there are different systems of municipal law under which they are constituted and since their activities have been growing in complexity as well as in kind, the problem of protecting their legitimate interests in international law has been assuming increasing importance as well as endless complexity.

13. This idea of protection is fundamental and appears to be common ground between the two schools of advocates on the subject. Their difference of view relates to the manner and extent of its implementation in international law. What is pertinent to the question under consideration, however, is to determine which is the more reasonable and practical view as regards protection of the shareholders by their national State in a foreign company. Should this protection be confined to the shareholders in a foreign company which is of the nationality of the "offending State"? Should it be limited again to such a case where the said foreign company has been dissolved or is practically defunct? Should there be an additional requirement that the said shareholders must be owners of a majority of the total number of shares of the company or at least a substantial proportion of them? What is the criterion for constituting a substantial proportion? Or what is the bearing and effect of the attitude of the State, the nationality of which is possessed by the company, upon the right of the national State of its shareholders to protect their interests? Has it intervened or has its intervention been energetic or not?

14. I am inclined to think that while the positive answers to them may be interesting or useful, they do not constitute essential elements to a general rule of protection of the national shareholders of the intervening State (still less to the particular issue under consideration).

15. Foreign investments constitute one form of property, rights or interests, and as such are in principle entitled to the protection of international law. Since the kinds and methods of such investment are numerous and varied, and since they are still in the process of expansion and development, it is inevitable that at the present stage of their evolution new circumstances and unfamiliar features will be encountered in the protection of such rights and interests in the inter-

est dit plus haut. Il s'agit de savoir si le droit international contemporain sanctionne le droit général d'intervention revendiqué par le demandeur au nom des actionnaires belges. Je me propose maintenant d'examiner cette question.

A

12. L'introduction dans le droit international d'entités juridiques privées sous forme de personnes morales est une conséquence naturelle de leur apparition en droit interne. Comme il existe presque autant de types de sociétés qu'il y a de systèmes de droit interne en vertu desquels elles sont constituées et comme les activités de ces sociétés ont gagné en complexité et en vérité, le problème de la protection de leurs intérêts légitimes a pris de plus en plus d'importance, et est devenu infiniment complexe.

13. La notion de protection est fondamentale et paraît admise par les tenants des deux thèses en présence. Leurs divergences de vues ont trait à la forme et à la portée de sa mise en œuvre en droit international. Ce qui importe dans le cas présent, cependant, c'est de déterminer quel est le point de vue le plus raisonnable et le plus pratique à adopter en ce qui concerne la protection des actionnaires d'une société étrangère par leur Etat national. Cette protection doit-elle viser uniquement les actionnaires d'une société étrangère qui possède la nationalité de l'Etat « fautif » ? Doit-elle se limiter au cas où ladite société étrangère a été dissoute ou a en fait cessé d'exister ? Faut-il ajouter une autre condition, à savoir que lesdits actionnaires possèdent la majorité ou tout au moins une part substantielle des actions de la société ? Quel est le critère pour déterminer ce qui constitue une part substantielle ? Quelle est l'influence et quel est l'effet de l'attitude de l'Etat dont la société possède la nationalité sur le droit pour l'Etat national des actionnaires de protéger leurs intérêts ? Est-il intervenu et son intervention a-t-elle été énergique ou non ?

14. Je suis porté à croire que des réponses positives à ces questions, quels que soient leur intérêt et leur utilité, ne constituent pas des éléments essentiels pour ce qui est de la règle générale de la protection des actionnaires ressortissants de l'Etat intervenant et encore moins pour ce qui est du problème particulier à l'examen.

15. Les investissements étrangers représentent une certaine forme de biens, de droits et d'intérêts et comme tels peuvent en principe prétendre à être protégés en droit international. Comme ces investissements se font selon des formules et des méthodes nombreuses et variées et comme le processus d'expansion et de développement n'est pas achevé, il est inévitable, au stade actuel de l'évolution, que la protection de ces droits et intérêts sur le plan international soulève des problèmes nouveaux

national field. But in essence they all fall within the compass of the general rule of diplomatic and judicial protection of international law. What is really involved is the basic principle of protection, which has been so clearly affirmed by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis* case when it declared :

“It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels¹.”

Moreover, international law, which is primarily founded on the generally recognized principles of law and justice, attaches less importance to form and appearance than municipal law. Where it is a question of protection of property, rights and interests, it is the proper function of international law to ascertain where and to what extent they exist, and to accord recognition to realities rather than to forms and appearance. As stated by this Court in the *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949* “throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life . . . ²”. Max Huber, Rapporteur on British claims against Spain in the Spanish Zone of Morocco, observed :

“... Malgré le fait que beaucoup de systèmes de droit admettent l'existence indépendante de sociétés en nom collectif, la jurisprudence prépondérante des tribunaux reconnaît la possibilité de distinguer entre les parts contributives des sociétaires, d'un côté, et la société même de l'autre. Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts appartenant à des personnes de nationalité différente . . . ³”

16. The right of a State to protect a company which possesses its nationality by diplomatic intervention or by recourse to international judicial settlement against another State for wrongful acts toward the company involving its international liability is generally recognized by international law. This rule is evidently derived by analogy from the principle that—

¹ *P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 12.

² *I.C.J. Reports 1949*, p. 178.

³ Quoted by John Thomas Miller Jr., *Du traitement par les gouvernements des intérêts étrangers dits substantiels des sociétés*, 1950, p. 82.

et fasse intervenir des notions peu familières. Mais, pour l'essentiel, ces droits et intérêts relèvent tous de la règle générale de la protection diplomatique et judiciaire du droit international. Ce qui compte réellement, c'est le principe fondamental de la protection qui a été si clairement affirmé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis* quand elle a déclaré :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires¹. »

En outre, le droit international qui est fondé au premier chef sur les principes généralement reconnus de droit et de justice attache moins d'importance à la forme et à l'apparence que le droit interne. Lorsqu'il s'agit de la protection des biens, droits et intérêts, le droit international a pour fonction de déterminer où et dans quelle mesure ces biens, droits et intérêts existent et de tenir compte des réalités plutôt que des formes et des apparences. Comme la Cour l'a déclaré dans son avis consultatif relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, « Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale...² » Max Huber, rapporteur dans l'affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, qui opposait la Grande-Bretagne et l'Espagne, a fait observer ce qui suit :

« ... malgré le fait que beaucoup de systèmes de droit admettent l'existence indépendante de sociétés en nom collectif, la jurisprudence prépondérante des tribunaux reconnaît la possibilité de distinguer entre les parts contributives des sociétaires, d'un côté, et la société même de l'autre. Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts appartenant à des personnes de nationalité différente...³ »

16. Le droit international reconnaît généralement le droit qu'a un Etat de protéger une société qui possède sa nationalité par une intervention diplomatique ou par un recours à un règlement judiciaire international à l'encontre d'un autre Etat ayant commis contre cette société des actes illicites engageant sa responsabilité internationale. Cette règle découle évidemment par analogie du principe selon lequel :

¹ C.P.J.I. *série A* n° 2, p. 12.

² C.I.J. *Recueil* 1949, p. 178.

³ Cité par John Thomas Miller Jr., *Du traitement par les gouvernements des intérêts étrangers dits substantiels des sociétés*, 1950, p. 82.

“By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights—its right to ensure in the person of its subjects, respect for the rules of international law¹.”

But this analogy, by the very nature of the corporate personality, is only approximate and cannot be pushed too far. It has been generally accepted because it facilitates protection abroad by its so-called national State. But it could not have been, and was obviously not intended to be, an all-in-all prescription for the protection of the various categories of rights and interests embodied in a corporate entity, the owners of which often have several different nationalities. Moreover, as a matter of fact, even in municipal law the shareholders are entitled, in certain circumstances, to take action in their own names in respect of injuries to a corporate entity. This principle is not only to be found in the decisions of the English and United States courts but is also recognized in the jurisprudence and law of associations under the Continental system².

17. As the concept of corporate personality has become more complex and the activities of modern private corporations of different kinds have rapidly grown in variety and range, often extending to the territories of many States with different municipal law systems, their organization has taken on many forms of structure with an increasing number of constituent and associated elements. They often have subsidiaries with varying degrees of ownership and different classes of shareholders with differentiated rights of voting and sharing in the profits or dividends. Because of this fact of rapid growth and development of modern joint stock companies and corporations, the problem of their protection has likewise become more complex.

18. In my view the foregoing general considerations are useful to keep in mind when examining the points at issue in respect of the third Preliminary Objection.

19. It may be true, as contended by counsel for the Respondent, that international jurisprudence provides no precedent to support the Applicant's claim of the right of protection of the interests of its nationals, shareholders in a foreign company, against the wrongful acts of a third State done to the company. But it is to be noted that the cases of arbitral awards examined by the Parties were mostly decided several

¹ *P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 12.

² J. Mervyn Jones, “Claims on Behalf of Nationals who Are Shareholders in Foreign Companies”, in *British Yearbook of International Law*, 1949, Vol. XXVI, pp. 232-234.

« En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international¹. »

Cependant, en raison de la nature même de la personnalité morale, cette analogie n'est qu'approximative et ne peut être poussée trop loin. Elle a été acceptée car elle facilite la protection à l'étranger par ce qu'on appelle l'Etat national. On n'a pas pu avoir et l'on n'a évidemment pas eu l'intention d'en faire une règle généralement applicable à la protection des droits et intérêts de différentes catégories groupés dans une entité sociale dont les propriétaires ont souvent des nationalités différentes. En outre, le droit interne lui-même, dans certaines circonstances, habilite en fait les actionnaires à agir en leur propre nom à raison de préjudices causés à la personne morale. Ce principe se retrouve non seulement dans les décisions des tribunaux anglais et américains, mais aussi dans la jurisprudence et le droit des sociétés du système continental².

17. Du fait que la notion de personnalité morale est devenue plus complexe et que les activités des diverses catégories de sociétés privées contemporaines ont rapidement gagné en variété et en importance — elles s'exercent souvent sur le territoire de nombreux Etats ayant des systèmes de droit interne différents —, la structure de ces sociétés s'est beaucoup diversifiée et le nombre des éléments constitutifs et associés a augmenté. Ces sociétés ont souvent des filiales qu'elles possèdent dans une mesure plus ou moins large et où différentes catégories d'actionnaires possèdent des droits divers en matière de vote et de répartition des bénéfices et des dividendes. Vu la croissance et le développement rapides des sociétés par actions et des sociétés anonymes à l'époque moderne, le problème de leur protection est devenu plus complexe.

18. A mon avis, il est utile d'avoir à l'esprit les considérations générales qui précèdent lorsqu'on examine la question soulevée dans la troisième exception préliminaire.

19. Il est possible, comme le soutient le conseil du défendeur, que la jurisprudence internationale ne fournisse aucun précédent à l'appui de la thèse du demandeur selon laquelle il a le droit de protéger les intérêts de ressortissants actionnaires d'une société étrangère contre les actes illicites commis par un Etat tiers au préjudice de cette société. Il convient toutefois de remarquer que les sentences arbitrales examinées

¹ *C.P.J.I. série A n° 2*, p. 12.

² J. Mervyn Jones, "Claims on Behalf of Nationals who Are Shareholders in Foreign Companies", *British Yearbook of International Law*, 1949, vol. XXVI, p. 232-234.

decades ago whereas the progress and development of corporate organization and activities in international commerce and finance have overtaken their applicability and have created new and unprecedented conditions which in turn constantly give rise to hitherto unknown problems in international law for fair and equitable solution.

20. For this reason, the original simple rule of protection of a company by its national State has been found inadequate and State practice, treaty regulation and international arbitral decisions have come to recognize the right of a State to intervene on behalf of its nationals, shareholders of a company which has been injured by the State of its own nationality, that is to say, a State where it has been incorporated according to its laws and therefore is regarded as having assumed its nationality.

21. Whether this recognition may be regarded as an exception to the rule of protection of a company by its own national State or as a supplementary rule of protection of the shareholders of a company is immaterial; nor, in my view, is it a point of great consequence that this recognition is sometimes qualified by the requirement that such protection must be conditioned by the extinction or the practically defunct state of the company in question. The important point to note is that the national State of the shareholders is recognized to have the right to protect them irrespective of whether they are to be regarded merely as beneficial owners of the rights, property and interests of the company or as virtual successors to the defunct or practically defunct company.

22. It is true, as has been contended by the Respondent, that this right of protection has been recognized because the wrongdoing State being the national State of the particular company, there would otherwise be no possibility of redress under international law. But it is equally true that the *raison d'être* of this recognition is to secure redress for the damage caused to the shareholders, and the particular rule allowing only the national State of the company to exercise its protection is set aside, precisely for this predominant purpose of effective protection of the legitimate interests of the shareholders of the company who are nationals of the intervening State. If this is true, it follows that the original rule authorizing only the national State of the company to exercise diplomatic protection of its property, rights and interests is more of the nature of a particular rule for the protection of the company as such rather than a general rule to apply to the protection of all kinds of rights and interests, both individual and corporate, grouped within the juridical entity of the company. This being so,

par les Parties, remontent pour la plupart à plusieurs dizaines d'années, que l'organisation et les activités des sociétés sur le plan du commerce et des finances internationales ont évolué au point de les rendre inapplicables et ont créé des conditions nouvelles et sans précédent qui à leur tour ne cessent de susciter des problèmes jusqu'alors inconnus en droit international, et auxquels il faut trouver une solution juste et équitable.

20. C'est pour cette raison que la règle de la protection d'une société par son Etat national, simple à l'origine, a été jugée insuffisante et que la pratique des Etats, les dispositions conventionnelles et les décisions arbitrales internationales en sont arrivées à reconnaître à un Etat le droit d'intervenir en faveur de ses ressortissants, actionnaires d'une société qui a été lésée par l'Etat dont elle possède la nationalité, autrement dit l'Etat où cette société a été constituée conformément à la législation locale et dont elle est en conséquence censée avoir pris la nationalité.

21. Que cette reconnaissance puisse être considérée comme une exception à la règle de la protection d'une société par son Etat national ou comme une règle supplémentaire de protection des actionnaires d'une société, cela n'a pas d'importance ; et il importe peu, à mon avis, que cette reconnaissance fasse parfois l'objet d'une réserve, en vertu de laquelle la protection serait subordonnée à la dissolution de la société en question ou au fait qu'elle a quasiment cessé d'exister. Ce qu'il importe de noter, c'est que l'on reconnaît à l'Etat national des actionnaires le droit de protéger ces actionnaires, qu'ils soient à considérer simplement comme des *beneficial owners* des droits, biens et intérêts de la société ou comme des successeurs virtuels de la société qui est dissoute ou qui a en fait cessé d'exister.

22. Il est vrai, comme l'a soutenu le défendeur, que ce droit de protection a été reconnu parce que, sans cela, l'Etat fautif étant l'Etat national de la société en question, il n'y aurait aucune possibilité de réparation en droit international. Il est toutefois non moins vrai que la raison d'être de cette reconnaissance est d'assurer la réparation du dommage infligé aux actionnaires et que la règle particulière selon laquelle seul l'Etat national de la société pourrait exercer la protection cesse de s'appliquer précisément et principalement lorsqu'il s'agit de protéger efficacement les intérêts légitimes des actionnaires d'une société qui sont ressortissants de l'Etat intervenant. S'il en est bien ainsi, il s'ensuit que la règle primitive autorisant uniquement l'Etat national de la société à exercer la protection diplomatique des biens, droits et intérêts de cette société a plutôt le caractère d'une règle particulière pour la protection de la société en tant que telle que celui d'une règle générale applicable à la protection des droits et intérêts, individuels ou sociaux, de toutes catégories, groupés dans le cadre de l'entité juridique qu'est la société. Dans ces conditions, l'Etat national des actionnaires d'une société

the national State of the shareholders of a foreign company is *a fortiori*, entitled to exercise protection on their behalf.

23. For convenience sake or as a matter of policy, the national State of the shareholders of a foreign company may leave their protection to the national State of the foreign company to exercise the right of protection on its behalf as a first step. But this right is neither an exclusive right nor a preferential right. There is no fundamental reason why the national State of the shareholders of the company should be denied the right to undertake their protection vis-à-vis the third State having caused damage to the company and consequently to its shareholders. This protection may be undertaken, for the purpose of obtaining redress, either jointly with the national State of the company or simultaneously with and independently of it. It is for the shareholders' national State to determine as a matter of policy what step is to be taken and when it is to be taken for the purpose. It may well be that the action taken by the company's own State is effective in securing redress for the company and therefore also for the shareholders from the State causing the damage to it ; and in that event, the State of the shareholders will see no need to intervene on their behalf. But if the action of the national State of the company is fruitless or if it is disinclined to take steps to protect the company or discontinues its intervention without securing the desired result, there is no good reason why the national State of the shareholders should be precluded from exercising its own right to intervene on their behalf for effective protection.

24. Perhaps in one instance the interests of the shareholders may not be protectable in international law ; that is, if the wrongdoing State is one of which the shareholders of a foreign company so injured are nationals. In such a case it is not only impossible to conceive of an international claim to protect the interests of the shareholders as such against their own State, if they own all the shares of the company, but the said State can also justifiably disclaim international responsibility toward the national State of the injured company on the same ground as that on which the national State of a company injured by itself declines responsibility by affirming that under international law a State cannot, at least in theory, injure itself or claim against itself. For possible protection, the interests of the shareholders would have to depend upon the attitude and effort of the national State of the company in asserting its right of diplomatic intervention in favour of the company as such. For, on the principle stated by the Court in the *Mavrommatis* case in claiming for redress of an injury caused to its nationals by a foreign State, a State is really asserting its own right to ensure respect for international law by the foreign State in the person of its nationals, the national State of the company in question could perhaps insist upon redress being accorded to the injured company so as to repair also the losses to the shareholders by the wrongdoing

étrangère est à fortiori habilité à exercer un droit de protection en leur faveur.

23. Pour des raisons de commodité ou de principe, l'Etat national des actionnaires d'une société étrangère peut laisser à l'Etat national de la société étrangère le soin d'exercer en premier lieu le droit de protection en faveur de la société. Mais ce droit n'est ni un droit exclusif ni un droit préférentiel. Il n'y a pas de raison majeure pour refuser à l'Etat national des actionnaires de la société le droit de les protéger à l'égard d'un Etat tiers qui a causé un préjudice à la société et en conséquence à ses actionnaires. Cette protection aux fins d'obtenir réparation peut être assumée soit conjointement avec l'Etat national de la société soit indépendamment de cet Etat mais en même temps que lui. C'est à l'Etat national des actionnaires qu'il appartient de déterminer, sur le plan du principe, quelles mesures il convient de prendre à cette fin et quand il convient de les prendre. Il est possible que l'action entreprise par l'Etat national de la société permette d'obtenir une réparation en faveur de la société et par conséquent en faveur des actionnaires de la part de l'Etat qui a causé un préjudice à la société ; dans ce cas, l'Etat national des actionnaires ne verra pas la nécessité d'intervenir en leur nom. Mais si l'action de l'Etat national de la société ne donne aucun résultat ou si cet Etat n'est pas disposé à prendre des mesures pour protéger la société ou s'il met un terme à son intervention avant d'avoir obtenu le résultat désiré, il n'y a aucune raison valable d'empêcher l'Etat national des actionnaires d'exercer son propre droit d'intervenir en leur faveur de façon à leur assurer une protection efficace.

24. Peut-être existe-t-il un cas où les intérêts des actionnaires pourraient ne pas être protégés en droit international ; c'est lorsque les actionnaires d'une société étrangère ayant subi le dommage sont des ressortissants de l'Etat fautif. Dans ce cas, non seulement il est impossible de concevoir une réclamation internationale visant la protection des intérêts des actionnaires comme tels contre leur propre Etat, s'ils possèdent toutes les actions de la société, mais encore ledit Etat peut à juste titre dégager sa responsabilité internationale à l'égard de l'Etat national de la société lésée en affirmant, comme le fait l'Etat national d'une société dans le cas où il est lui-même l'auteur du dommage, qu'en droit international un Etat ne peut, du moins théoriquement, se porter préjudice à lui-même ou présenter une réclamation contre lui-même. La protection des intérêts des actionnaires dépendra donc de l'attitude de l'Etat national de la société et de l'action menée par lui pour faire valoir son droit à intervenir diplomatiquement au nom de la société en tant que telle. En effet, conformément au principe énoncé par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* selon lequel, en demandant réparation d'un dommage causé à ses ressortissants par un Etat étranger, un Etat fait valoir son droit propre, le droit de faire respecter par l'Etat étranger en la personne de ses ressortissants le droit international, l'Etat national de la société en question pourrait peut-être insister pour

national State of the shareholders, but it would be confronted by the argument of lack of genuine interests on its part, to which international law attaches primary importance.

25. However, if there are other shareholders of a different nationality or nationalities from that of the shareholders of the wrongdoing State, the claims of their national States obviously cannot be met with the same refusal to acknowledge international responsibility for its wrongful act.

26. What I have said above shows that the rule of protection of a company by its national State and the rule of protection of its shareholders by their national State are really not, and cannot be, exclusive of each other. These two rights are based on different concepts ; they are different and independent of each other. They co-exist. They are complementary and equally necessary from the standpoint of international law, though the right of a State to protect a company incorporated under its laws is limited to the needs arising from the nature of the corporate personality only¹.

27. The so-called exception, mentioned above, in favour of protection of the shareholders by their national State, to the general rule of protection of a company by its national State, in my view is not an exception. On examination it will be found to be of the nature of a separate rule for the protection of the interests of the shareholders in a foreign company by their national State. It is independent of the first rule and co-exists with it. It is only incidentally by circumstances connected with it. It is different from the right of the national State of the foreign company. Like the latter it flows indirectly from the general right of a State to protect its nationals and their property, rights and interests on the territory of a foreign State. It is a natural corollary of the principles of international law regarding fair treatment by a State of aliens on its territory and diplomatic protection by their national State for redress of wrongful acts committed by the foreign State in breach of its international obligations.

28. For if the rule of protection of a company only by its national State even in respect of the interests of its shareholders were of the nature of a general and absolute rule, then in the case of the injury to a company with foreign shareholders having been caused by its own

¹ See De Visscher (Ch.), "De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée", in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, pp. 641-642.

qu'une réparation soit accordée à la société lésée de façon à compenser également les pertes infligées aux actionnaires par l'Etat fautif dont ces actionnaires sont ressortissants, mais on lui opposerait l'argument qu'il n'a à cela aucun intérêt véritable, auquel le droit international attache une importance primordiale.

25. Cependant, s'il existe des actionnaires possédant une nationalité ou des nationalités autres que celle de l'Etat fautif, celui-ci ne peut opposer aux réclamations de leurs Etats nationaux le même refus de reconnaître sa responsabilité internationale pour l'acte illicite commis par lui.

26. Ce que je viens de dire montre que la règle de la protection d'une société par son Etat national et la règle de la protection des actionnaires par leur Etat national ne sont pas, et ne peuvent pas être, exclusives l'une de l'autre. Ces deux droits sont fondés sur des concepts différents ; ils sont différents et indépendants l'un de l'autre. Ils coexistent. Ils sont complémentaires et également nécessaires du point de vue du droit international, encore que le droit d'un Etat à protéger une société constituée conformément à sa législation se limite aux seuls besoins nés de la nature de la personne morale¹.

27. La prétendue exception mentionnée ci-dessus en ce qui concerne la protection des actionnaires par leur Etat national, exception à la règle générale de la protection d'une société par son Etat national, n'est pas, à mon avis, une exception. Quand on l'examine, on constate que, vu sa nature, il s'agit d'une règle distincte portant sur la protection des intérêts que des actionnaires possèdent dans une société étrangère par l'Etat national de ces actionnaires. Cette règle est indépendante de la première règle et coexiste avec elle. Si elle a des rapports avec elle, ce n'est qu'incidemment et du fait des circonstances. Elle diffère du droit que possède l'Etat national de la société étrangère. Comme celui-ci, elle découle indirectement du droit général qui appartient à l'Etat de protéger ses ressortissants ainsi que leurs biens, leurs droits et leurs intérêts sur le territoire d'un Etat étranger. Elle est un corollaire naturel des principes de droit international concernant, d'une part, le traitement équitable par un Etat des étrangers se trouvant sur son territoire et, d'autre part, la protection diplomatique exercée par l'Etat national pour obtenir réparation d'actes illicites commis par l'Etat étranger en violation de ses obligations internationales.

28. En effet, si la règle générale prévoyant la protection d'une société par son seul Etat national, même lorsque les intérêts des actionnaires sont en cause, était par nature une règle générale et absolue, il en résulterait qu'au cas où un préjudice serait causé à une société comptant

¹ Voir De Visscher (Ch.), « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 641-642.

national State, that should be the end of the matter, since it is affirmed that a State cannot incur international liability toward itself. Yet the Respondent admits and agrees that in such a case international liability attaches to the national State of the company for having caused damage to its foreign shareholders through the corporate body, though the wrongful act has been directed to the company only. This recognition of the right of diplomatic protection of a State of its nationals, shareholders in a foreign company, already sanctioned by State practice, international arbitral awards and treaty stipulations, constitutes in fact a rule in application of the general principle of diplomatic protection of nationals by their own State in international law. In other words, the interests of shareholders are recognized by international law as entitled to protection by their national State in the same way as the other property, rights and interests of its nationals are protected.

29. The Respondent has also argued that such dual or multiple protection by the national State of the company and the national State or States of the shareholders will cause inconvenience and even confusion internationally. It is pertinent to cite as an appropriate answer what this Court has stated in the *Reparation for Injuries, Advisory Opinion*, of 1949 when referring to the possibility of competition between the State's right of diplomatic protection and the Organization's right of functional protection, as follows :

“In such a case, 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 sees no reason why the parties concerned should not find solutions inspired by goodwill and common sense. . . .

Although the bases of the two claims are different, that does not mean that the defendant State can be compelled to pay the reparation due in respect of the damage twice over¹.”

The argument of confusing multiple protection therefore has no merit.

30. In the present case it will also be relevant to recall that in the early years following the declaration of bankruptcy of Barcelona Traction by the Reus court on 12 February 1948, Canada, the national State of the company, intervened actively to protect its interests. The efforts of the Canadian Government, however, showed a change

¹ *I.C.J. Reports 1949*, pp. 185-186.

des actionnaires étrangers par l'Etat national de cette société, la question s'arrêterait là, puisqu'on affirme qu'un Etat ne peut encourir de responsabilité internationale envers lui-même. Pourtant le défendeur admet que, dans un tel cas, l'Etat national de la société est responsable sur le plan international pour avoir causé un préjudice aux actionnaires étrangers de la société à travers la personne morale, bien que l'acte illicite ait visé uniquement la société. Cette reconnaissance du droit qu'a l'Etat de protéger diplomatiquement ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère, déjà sanctionnée par la pratique des Etats, par des sentences arbitrales internationales et par des dispositions conventionnelles, est en fait une application du principe général de la protection diplomatique des nationaux par leur propre Etat en droit international. Autrement dit, le droit international reconnaît que les intérêts des actionnaires ont droit à la protection de l'Etat national de ceux-ci, tout comme il admet la protection par un Etat des autres biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants de cet Etat.

29. Le défendeur a voulu aussi tirer argument des inconvénients et même de la confusion que présenterait sur le plan international une protection double ou multiple exercée par l'Etat national de la société et par l'Etat ou les Etats dont les actionnaires seraient les ressortissants. Il paraît pertinent de rappeler à ce sujet ce que la Cour a dit dans son avis consultatif de 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* lorsqu'elle a évoqué la possibilité d'une concurrence entre le droit de protection diplomatique appartenant à l'Etat et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation. Elle s'est exprimée comme suit :

« En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'Etat soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens...

Bien que les bases des deux réclamations soient différentes, cela ne signifie pas que l'Etat défendeur puisse être contraint à payer deux fois la réparation due à raison du dommage¹. »

A mon avis, l'argument selon lequel la protection multiple aboutirait à la confusion est sans valeur.

30. En l'espèce, il est pertinent aussi de rappeler que, dans les premières années qui ont suivi la mise en faillite de la Barcelona Traction par le tribunal de Reus le 12 février 1948, le Canada, Etat national de la société, est intervenu activement pour la protection de ses intérêts. Toutefois, à mesure que le temps passait, les démarches du Gouverne-

¹ C.I.J. Recueil 1949, p. 185-186.

of attitude as time went on. By late 1951 the Canadian Secretary of State for External Affairs told the Spanish Consul in Canada that "Canadian interests in this case are so slight that it is of little interest to us"¹. In a letter of 19 July 1955 replying to Mr. Arthur Dean, attorney for Sidro, who had urged that "a vigorous inquiry" from several ambassadors in Madrid, including the Canadian Ambassador, "would be most helpful in bringing about a favourable result", the Canadian Secretary of State for External Affairs declined to accept the suggestion and stated: "The Canadian Government has not been prepared actually to intervene in this matter to make representations to the Spanish Government as to the measures which ought to be taken toward a settlement"².

31. In connection with the issue of the right of a State under international law to protect its nationals, shareholders in a foreign company, against a third State, an incidental question of law has been debated by the Parties in the present case as to whether this right, if it exists, is not limited to legal shareholders but extends to beneficial owners of shares. The question relates to the system of registering the shares of a particular company in its books in the names of the nominees. This is usually authorized by statutory law or sanctioned by commercial practice in the economically more advanced countries where capital for investment abroad as well as at home is more abundant. Technically the registered shareholders are legal owners of the shares so registered, but it would be obviously unjust and incorrect, in the light of the intent and purpose of the municipal law which provides for such a system of registration, which recognizes the equitable title of the beneficial owner, and which as a fact must be taken into consideration by international law, to disregard the interests of the beneficial or real owners, if in the event of the particular company having suffered damage caused by the wrongful acts of a foreign State, the national State of the real owners of the shares in question should be denied the right of protecting them on the international plane, even if the national State of the nominees, who are the registered owners, should decline, for considerations of policy or expediency, to intervene with the wrongdoing State to protect its own nationals, the registered owners of the shares in a given case.

32. International law, being primarily based upon the general principles of law and justice, is unfettered by technicalities and formalistic considerations which are often given importance in municipal

¹ Letter, dated 12 February 1952 from the Belgian Ambassador in Madrid to the Belgian Minister of External Trade, document filed by the Belgian Government on 5 May 1964.

² Document filed by the Belgian Government on 5 May 1964.

ment canadien ont révélé un changement d'attitude. Vers la fin de 1951, le secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères du Canada a dit au consul d'Espagne au Canada que « les intérêts canadiens dans cette affaire sont si minimes que celle-ci nous intéresse peu »¹. Dans une lettre du 19 juillet 1955 où il répondait à Arthur Dean, avocat de la Sidro, lequel avait souligné qu'une « demande en termes énergiques », émanant de plusieurs ambassadeurs en poste à Madrid, y compris l'ambassadeur du Canada, « contribuerait très utilement à obtenir un résultat favorable », le secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères du Canada a décliné la proposition en disant : « Le Gouvernement canadien n'a pas l'intention d'intervenir dans cette affaire ni de faire des représentations au Gouvernement espagnol quant aux mesures qu'il conviendrait de prendre en vue d'arriver à un règlement »². »

31. A propos du droit qu'un Etat aurait, sur le plan international, de protéger des ressortissants actionnaires d'une société étrangère contre un Etat tiers, les parties en l'espèce ont discuté d'une question juridique incidente : ce droit, s'il existe, est-il ou non limité aux actionnaires en droit strict (*legal shareholders*) ou s'étend-il aux *beneficial owners* des actions ? La question a trait au système qui consiste à inscrire les actions d'une société donnée au nom de *nominees* dans la comptabilité de cette société. Cette manière de faire est généralement autorisée par la loi ou par la pratique commerciale dans les pays économiquement plus avancés où l'on dispose de capitaux plus abondants pour les investissements à l'étranger comme pour les investissements à l'intérieur. Techniquement, les personnes inscrites sont les *legal owners* des actions en question, mais compte tenu des intentions et du but du droit interne qui prévoit un système de ce genre et reconnaît le titre du *beneficial owner* au regard de l'*equity* — droit interne qui doit être pris en considération en tant que fait par le droit international — il serait manifestement injuste et inexact de négliger les intérêts des propriétaires réels, des *beneficial owners*, dans l'hypothèse où, une société donnée ayant subi un dommage à raison d'actes illicites commis par un Etat étranger, l'Etat national des propriétaires réels des actions se verrait refuser le droit de les protéger sur le plan international, alors même que l'Etat national des *nominees* — les propriétaires inscrits — déclinerait pour des raisons de principe ou d'opportunité d'intervenir auprès de l'Etat fautif pour protéger ses propres ressortissants, qui se trouvent être les personnes au nom de qui les actions sont inscrites.

32. Le droit international, qui se fonde avant tout sur les principes généraux de droit et de justice, n'est pas lié par des considérations de pure technique et des considérations formalistes auxquelles le droit

¹ Lettre du 12 février 1952 adressée par l'ambassadeur de Belgique à Madrid au ministre du Commerce extérieur de Belgique. Document déposé par le Gouvernement belge le 5 mai 1964.

² Document déposé par le Gouvernement belge le 5 mai 1964.

law. As has already been stated above, the fundamental right of diplomatic intervention of a State to protect its nationals against another State and to seek redress for them for any wrongful act on its part aims generally to protect the genuine interests of its nationals. It is the reality which counts more than the appearance. It is the equitable interest which matters rather than the legal interest. In other words it is the substance which carried weight on the international plane rather than the form.

33. The salient issue of the whole question, from the point of view of international law, is the right of protection of a State of the legitimate interests of its nationals, shareholders in a foreign company, against a wrongdoing third State. In regard to the evolution of a rule of customary international law there always exists the possibility of a difference of opinion as to the degree of uniformity of the facts and the regularity of their occurrence necessary to warrant, on this basis of reasoning, an affirmation of its existence. This is obviously because, in the absence of a generally accepted norm for evaluating the factors, it must depend, to a certain extent, upon a subjective appreciation, both of the recurrence of the same facts and of the rapid development of foreign investments in the international community, in arriving at a conclusion¹. In my view the evidence placed before the Court has not established the existence of any rule denying recognition of the existence of the interests of shareholders or beneficial owners of shares in a foreign company or prohibiting their protection by their national State or States by diplomatic intervention or recourse to international adjudication. On the contrary there is seen a substantial body of evidence of State practice², treaty arrangements³ and arbitral decisions⁴ to warrant the affirmation of the inexplicit existence of a rule under international law recognizing such a right of protection on the part of any State of its nationals, shareholders in a foreign company, against another wrongdoing State, irrespective of whether that other State is the national State of the company or not, for injury sustained by them through the injury it has caused to the company.

¹ See De Visscher, *Interprétation judiciaire*, pp. 219-251.

² For cases see Alexandre-Charles Kiss, "La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales", in *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, 1960, Vol. XVIII, pp. 178-210.

³ For treaty arrangements, see Daniel Vignes, "La protection des actionnaires dans les conventions internationales bilatérales", *ibid.*, pp. 211-241.

⁴ For a review of cases see J. Mervyn Jones, "Claims on Behalf of Nationals who Are Shareholders in Foreign Companies", in *British Yearbook of International Law*, 1949, Vol. XXVI, pp. 237-254.

interne accorde souvent de l'importance. Comme on l'a déjà dit, le droit fondamental qu'a un Etat d'intervenir diplomatiquement pour protéger ses ressortissants contre un autre Etat et chercher à obtenir réparation d'un acte illicite commis par cet autre Etat contre lesdits ressortissants s'applique généralement à la protection des intérêts authentiques de ces ressortissants. La réalité compte plus que l'apparence. C'est l'intérêt au regard de l'*equity* qui importe et non l'intérêt au regard de la *law*. En d'autres termes, c'est le fond qui importe sur le plan international et non la forme.

33. Le nœud de toute la question, du point de vue du droit international, est le droit pour un Etat de protéger les intérêts légitimes de ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, contre l'Etat tiers auteur du dommage. S'agissant de l'évolution d'une règle de droit international coutumier, des divergences d'opinion sont toujours possibles sur le point de savoir si les faits sont suffisamment uniformes et répétés avec assez de régularité pour que, sur la base de ce raisonnement, on puisse affirmer l'existence d'une telle règle. La raison évidente en est qu'en l'absence d'une norme généralement admise pour l'évaluation de ces facteurs, il faut, pour parvenir à une conclusion, s'en remettre dans une certaine mesure à une appréciation subjective tant de la répétition des mêmes faits que de la rapidité du développement des investissements étrangers dans la communauté internationale¹. A mon sens, les pièces fournies à la Cour n'ont pas établi l'existence d'une règle niant que les actionnaires et les *beneficial owners* d'actions d'une société étrangère aient des intérêts ou interdisant à leur Etat national de les protéger par la voie d'une intervention diplomatique ou d'un recours à un règlement judiciaire international. Au contraire, nombreux sont les éléments tirés de la pratique des Etats², des dispositions conventionnelles³ et des décisions arbitrales⁴ qui justifient l'affirmation selon laquelle il existe une règle implicite reconnaissant à un Etat le droit de protéger ainsi ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, contre un Etat fautif, que celui-ci soit l'Etat national de la société étrangère ou non, du chef d'un dommage causé par cet Etat aux actionnaires et résultant d'un dommage causé par lui à la société.

¹ Voir De Visscher, *Interprétation judiciaire*, p. 219-251.

² Voir des exemples dans : Alexandre-Charles Kiss, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales », *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, 1960, vol. XVIII, p. 178-210.

³ Pour les dispositions conventionnelles, voir Daniel Vignes, « La protection des actionnaires dans les conventions internationales bilatérales », *ibid.*, p. 211-241.

⁴ Pour un examen des décisions, voir J. Mervyn Jones, "Claims on Behalf of Nationals who Are Shareholders in Foreign Companies", *British Yearbook of International Law*, 1949, vol. XXVI, p. 237-254.

B

34. Having determined the general question of law as above, it remains now to consider the question of fact, namely whether the evidence placed before the Court justifies a conclusion that the Applicant has established its *jus standi* in the instant case. The main facts alleged by the Applicant consist of the following: (1) ownership by Belgian nationals of shares in Barcelona Traction and their holding of the capital of the company amounting to 88 per cent., both on 12 February 1948, the date on which Barcelona Traction was declared bankrupt, and on 14 June 1962, the date of the Application filed on 19 June 1962 instituting the present proceedings; (2) the order of the Reus court of 12 February 1948 declaring Barcelona Traction bankrupt; (3) the seizure of the property and other assets of Ebro, Barcelonesa and other subsidiaries of the company; (4) the *mediata y civilissima* seizure of the shares of the subsidiaries belonging to Barcelona Traction kept in Toronto; (5) the printing and issuance of new shares in substitution of them; (6) the holding of a general shareholders' meeting on the basis of their possession by the bankruptcy organs; (7) the replacement of the originally appointed legal representatives before the Spanish courts; (8) the appointment of new boards of directors for the subsidiaries; (9) the holding of a private meeting of creditors and the appointment of the trustees for the liquidation of the capital of Barcelona Traction; and (10) the sale of the subsidiaries through the newly created shares to Fecsa, belonging to the March group on 4 January 1952.

35. Whether the foregoing facts are all true as alleged; or what is the precise character or actual amount or value of the interests owned by Belgian nationals, both natural and juristic persons; or how the damage has been caused to them; or to what extent it has been actually sustained by them—these are all questions which essentially belong to the merits. At the present stage of the proceedings it is sufficient, in my view, to note that the facts alleged by the Applicant have not been denied by the Respondent. This being so, and in the light of the question of law determined above, it is proper to conclude that *prima facie* the Applicant has established its *jus standi* and that the third Preliminary Objection should have been rejected.

(Signed) WELLINGTON KOO.

B

34. Ayant déterminé ci-dessus la question générale de droit, reste à examiner à présent la question de fait, qui est de savoir si les preuves présentées à la Cour permettent de conclure que le demandeur a établi son *jus standi* en l'espèce. Les principaux faits allégués par le demandeur sont les suivants : 1) des ressortissants belges possèdent des actions de la Barcelona Traction, et leur participation au capital de la société s'élevait à 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 introduisant la présente instance qui a été déposée le 19 juin 1962 ; 2) jugement du tribunal de Reus du 12 février 1948 déclarant la Barcelona Traction en faillite ; 3) saisie des biens et avoirs de l'Ebro, de la Barcelonesa et autres filiales de la société ; 4) saisie *mediata y civilissima* des actions des filiales appartenant à la Barcelona Traction et conservées à Toronto ; 5) impression et émission de nouveaux titres en remplacement de ces actions ; 6) réunion d'une assemblée générale d'actionnaires sur la base des titres possédés par les organes de la faillite ; 7) remplacement des personnes nommées antérieurement comme mandataires devant les tribunaux espagnols ; 8) nomination de nouveaux conseils d'administration pour les filiales ; 9) réunion privée de créanciers et nomination des *trustees* pour la liquidation du capital de la Barcelona Traction ; 10) vente des filiales (grâce aux titres nouvellement créés) à la Fecsa, appartenant au groupe March, le 4 janvier 1952.

35. Les faits ci-dessus sont-ils tous véridiques, comme on l'allègue ? Quel est le caractère exact, le montant ou la valeur véritable des intérêts que possèdent les ressortissants belges, personnes physiques ou morales ? Comment le dommage leur a-t-il été causé ? Dans quelle mesure en ont-ils réellement souffert ? Toutes ces questions relèvent essentiellement du fond. Au stade actuel de la procédure, il suffit, selon moi, de noter que les faits allégués par le demandeur n'ont pas été contestés par le défendeur. Puisqu'il en est ainsi, et compte tenu de la question de droit définie ci-dessus, il convient de conclure qu'à première vue le demandeur a établi son *jus standi* et que la troisième exception préliminaire aurait dû être rejetée.

(Signé) WELLINGTON KOO.
