

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 IX

Procédure orale (deuxième phase) *(suite)*

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 IX

Oral Proceedings (second phase) *(cont.)*



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 IX

Le présent volume contient le texte des plaidoiries prononcées lors de la deuxième phase de l'affaire au cours des audiences publiques tenues du 20 mai au 20 juin 1969.

Les renvois ont été modifiés pour tenir compte de la pagination de la présente édition. Lorsqu'il s'agit d'un renvoi à un autre volume de la présente édition, un chiffre romain gras indique le numéro de ce volume.

CONTENTS OF VOLUME IX

This volume contains the text of the oral arguments relating to the second phase of the case presented during the public hearings from 20 May to 20 June 1969.

The page references originally appearing in the pleadings have been altered to correspond with the pagination of the present edition. Where the reference is to another volume of the present edition, the volume is indicated by a roman figure in bold type.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
DÉCLARATION DE M. CASTRO-RIAL: Rejet des attaques politiques et personnelles de la Belgique	5
Défense des garanties judiciaires espagnoles	8
Le différend opposé en fait des groupes privés	10
L'attitude du Gouvernement espagnol à l'égard des groupes privés et les procédures locales	12
Déroulement du premier tour des plaidoiries espagnoles	18
Déclaration du Président sur l'emploi de la langue espagnole	19
PLAIDOIRIE DE M. GIL-ROBLES: La présentation belge de l'affaire est une caricature simpliste. La personnalité de M. March	20
Réfutation de la thèse belge sur la prétendue complicité des autorités espagnoles et de M. March	21
Réfutation de la thèse belge sur la phobie anti-belge en Espagne	23
Réfutation de la thèse belge sur le chauvinisme dans la législation espagnole	24
Le comportement de la Barcelona Traction en tant que débiteur insolvable et frauduleux	26
Sa passivité au début de la procédure de faillite	27
La structure du groupe de la Barcelona Traction fondamentalement insolvable et conçue à des fins frauduleuses	31
Acquisition par la Sidro d'une forte position dans le groupe de la Barcelona Traction	32
Evasion fiscale sur le plan international	35
Analyse de l'écran protecteur que constituait la structure de la Barcelona Traction	37
Comment le jugement de faillite déchira cet écran protecteur	38
Stratégie adoptée par la Barcelona Traction en vue d'internationaliser la procédure lorsqu'elle s'est aperçue que l'écran protecteur avait disparu	41
A. L'abstention quant à certains actes essentiels de procédure	42
B. Recours à des actions judiciaires inappropriées pour justifier des accusations de déni de justice	44
C. Les pressions diplomatiques	45
Tactique subsidiaire de calomnies à l'égard de parties à la procédure de faillite	48
Réfutation des consultations demandées par la Barcelona Traction et invoquées par la Belgique	51
Exemples de critiques adressées aux autorités espagnoles pour des situations créées par la Barcelona Traction elle-même	53
La description belge de la procédure de faillite déforme totalement la réalité surtout en ce qui concerne le « blocage des recours »	55
La vente était légitime et nécessaire	60

	<i>Page</i>
Plan de la Barcelona Traction de laisser la vente avoir lieu puis de demander une réparation internationale	64
Récapitulation	65
PLAIDOIRIE DE M. GUGGENHEIM:	68
Répartition en quatre catégories des griefs belges concernant des actes des autorités espagnoles entraînant prétendument la responsabilité internationale de l'Espagne	68
Conditions dans lesquelles un tribunal international peut connaître des griefs de cette nature — l'équivoque provoquée par le Gouvernement belge	69
L'usurpation de compétence	72
a) réfutation de la thèse selon laquelle la faillite aurait contrevenu aux règles du droit international relatives à la compétence des tribunaux espagnols	73
b) réfutation de l'accusation selon laquelle il y aurait eu extension de la faillite en dehors du territoire espagnol	78
Les griefs concernant les dénis de justice au sens propre	81
Suite de la réfutation des griefs concernant les dénis de justice au sens propre	84
La responsabilité de l'Etat du fait du contenu des décisions judiciaires espagnoles, réfutation des accusations portées	90
Réfutation de la catégorie de griefs relevant de l'abus de droit	98
ARGUMENT OF SIR HUMPHREY WALDOCK: Completion of work of Vienna Conference's compulsory jurisdiction of International Court of Justice re <i>jus cogens</i>	103
Relevance to liability of Barcelona Traction to the bankruptcy jurisdiction of Spanish courts of structure and early conduct of Barcelona Traction group in Spain	103
I. Rebuttal of Belgian complaint of violation of international law on account of incompetence of Spanish courts to exercise jurisdiction over Barcelona Traction	105
The complaint is in contradiction with the facts showing Barcelona Traction's activities in Spain	107
M. ROLIN souligne l'importance des travaux de la conférence de Vienne et de la clause de juridiction obligatoire intéressant la C.I.J.	115
QUESTIONS BY JUDGE FITZMAURICE re tax liabilities of Ebro and re process of alleged disguise by Barcelona Traction of its participation in undertaking in Spain	116
ARGUMENT OF SIR HUMPHREY WALDOCK (<i>cont.</i>)	
Continuation by Sir Humphrey Waldock of account of facts showing Barcelona Traction's activities in Spain: analogy between attitude of English courts to Barcelona Traction's legal posture in England and attitude of Spanish courts to its legal posture in Spain	118

	<i>Page</i>
Evidence of Barcelona Traction's activities in Spain and its links with Spanish jurisdiction	121
Existence of Barcelona Traction establishment and agency in Spain	121
Raising of Barcelona Traction loans in Spain	127
Role of banks in Spain as Barcelona Traction's agents	131
Use of expedient of secret agreements for purchase of concessions to conceal Barcelona Traction's operations in Spain: the unity of the enterprise	134
Analogy of <i>San Antonio Land</i> case	135
Factual aspect of unity of the enterprise and Barcelona Traction's direct involvement in Spain through its operation of the enterprise	142
Evidence of Barcelona Traction's frauds and deceits to conceal the unity of the enterprise from the Spanish authorities	145
Evidence of the unity of the enterprise provided by the operation of Ebro's current account with International Utilities	156
Evidence of Barcelona Traction's operation in Spain provided by the destruction of local electricity co-operatives	160
Conclusions to be drawn from the above evidence with regard to Barcelona Traction's liability to Spanish bankruptcy jurisdiction (with a summary of the evidence)	161
II. Rebuttal of Belgian complaint of denial of justice involved in Reus judge's assumption of jurisdiction over Barcelona Traction	165
Validity of reasons given by judge for assuming competence	166
Strength of evidence of Barcelona Traction's commercial activity in Spain put before the judge	175
Subsequent pronouncements in <i>declinatoria</i> or appellate proceedings	178
Precedents and authorities	183
III. Rebuttal of allegations of violations of international law through exercise of enforcement jurisdiction against the assets of Barcelona Traction's subsidiaries in Spain	187
PLAIDOIRIE DE M. REUTER: La cessation des paiements de la Barcelona Traction et les actes des autorités non judiciaires	190
Opposition entre les thèses belge et espagnole concernant les causes de la cessation des paiements	190
L'introuvable force majeure qui aurait résulté de la pénurie de devises	191
a) 1931-1936	191
b) 1940-1945	193
L'attitude de l'entreprise au regard de l'administration espagnole	193

	<i>Page</i>
Les motivations des dirigeants	198
— ne pas démasquer aux yeux des autorités espagnoles des mécanismes maintenus secrets dans la perspective d'une fraude	198
— financer des investissements avec l'argent dû aux obli- gataires	201
— préparer une réforme de l'entreprise qui serait l'occasion d'un bénéfice aux dépens des obligataires: le plan d'ar- rangement	204
Le prétendu délit international de l'Espagne	207
Imprécision de l'argumentation belge:	
A. Le délit spécifique	209
a) Les principes	209
Inacceptabilité des règles de droit des changes formu- lées par le Gouvernement belge	209
L'interdiction de la discrimination et les prétendues irrégularités commises par M. March	211
La théorie de l'acte arbitraire et hostile	212
b) Les faits	214
Raisons du refus opposé par les autorités espagnoles aux première et seconde versions du plan d'arran- gement	214
Raisons du refus de la troisième version du plan d'arrangement	216
Réfutation de l'argument concernant le caractère illicite du refus de cette troisième version	218
B. Le « délit global »	220
a) Remarques générales	221
b) Les faits	223
Les actes des autorités espagnoles	223
Les négociations de 1947 et de 1948	226
La déclaration conjointe de 1951, ou de la justification et du péché de se justifier	230
A. La justification	231
Valeur de la déclaration conjointe à l'égard de l'Etat belge	231
Portée substantielle de la déclaration	233
Les attaques du Gouvernement belge à propos de la commission d'experts	234
B. Le péché de se justifier	239
Les faits	240
L'interprétation juridique des faits	244
Conclusion générale	246
PLAIDOIRIE DE M. URÍA: La faillite de la Barcelona Traction au regard du droit espagnol	248
Considérations préliminaires	248
La déclaration de faillite	249

Les conditions requises par le droit espagnol ont été remplies:	
a) Procédure suivie et organes de la faillite	250
b) Requête ou demande de faillite	252
c) Qualité pour agir des demandeurs à la faillite	253
d) La cessation des paiements	254
e) Publication du jugement déclaratif de faillite	263
La saisie des droits de la société faillie sur ses filiales	272
La déclaration de faillite entraînait la dépossession de la société faillie et c'est à juste titre que le juge de Reus a ordonné la saisie des droits de la société sur ses filiales	273
L'appréhension matérielle des titres ou récépissés des actions n'était pas nécessaire pour la saisie de ces droits	278
Les organes de la faillite avaient qualité pour exercer ces droits sociaux	288
La saisie des actifs des filiales	291
Réfutation des allégations belges concernant le fondement de l'ordre de saisie:	
a) Respect de la personnalité morale des filiales	292
b) Le caractère unipersonnel de ces sociétés	294
c) La fraude comme justification des mesures de saisie	298
Les faits:	
a) Transformation de la saisie conservatoire en un simple contrôle exercé par les organes de la faillite	302
b) Raisons de cette transformation de la saisie conservatoire en un simple contrôle	303
c) La thèse belge selon laquelle la saisie aurait impliqué d'abord la perte puis la reconnaissance de la personnalité juridique, et aurait été maintenue au-delà de la normalisation des filiales, est dénuée de tout fondement	303
Les accusations belges concernant les pouvoirs conférés au commissaire par le jugement déclaratif de faillite ont déjà été réfutées dans la duplique	306
Considérations finales sur le grief belge relatif à la personnalité juridique des filiales	306
Justification des mesures de « normalisation » prises par les organes de la faillite	308
La destitution des administrateurs et des avoués par le séquestre-dépositaire	308
La prétendue « hispanisation » des filiales	311
L'émission de nouveaux titres	315
QUESTION PUT TO THE SPANISH AGENT BY JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE with regard to the precise circumstances in which failure to pay is a cause of bankruptcy in Spanish law	319
DÉCLARATION DE M. CASTRO-RIAL	320
PLAIDOIRIE DE M. CARRERAS: Réfutation des griefs belges concernant la nomination et l'activité des syndics, ainsi que la vente des biens de la Barcelona Traction	321

	<i>Page</i>
La présentation des faits par M ^e Grégoire	321
Les dix « piliers de la sagesse » ou les oublis de M ^e Grégoire: . . .	322
1) L'irrévocabilité du jugement déclaratif de faillite	323
2) Le comportement inexplicable de la Barcelona Traction et de ses « cointéressés » lors de l'assemblée générale des créanciers	324
3) Les créanciers n'ont jamais eu d'autre but que de perce- voir leur dû	325
4) Nul ne doutait à l'époque que les créanciers eussent le pouvoir de procéder à la vente	328
5) Le comportement de la Barcelona Traction devant la justice espagnole	330
6) L'optimisme belge concernant la situation économique de la Barcelona Traction est démenti par les documents soumis à la Cour	331
7) La Fecsa n'avait nullement la certitude d'acquérir des biens dont elle a été déclarée adjudicataire	333
8) Le cahier des charges n'a jamais fait l'objet d'un recours de la part de la Barcelona Traction	335
9) La Sidro et la National Trust ont expressément accepté le cahier des charges	338
10) La Barcelona Traction n'a pas proposé de concordat aux créanciers, a découragé les enchérisseurs indépendants, n'a pas fait usage de l'option qui permettait à ses action- naires de se subroger à l'adjudicataire; la Sidro n'a pas accepté l'offre de la Fecsa de lui céder les biens vendus .	339
Conclusions et conséquences qui en découlent: régularité de la vente, absence de lien de cause à effet entre le prétendu fait illicite et les prétendus préjudices	344
Réfutation des accusations d'illégalité dirigées contre les tribu- naux espagnols	344
La « monumentale hérésie juridique de la vente »	346
A. La nomination des syndics	346
a) Réfutation de l'argument selon lequel le prétendu blocage de la procédure de faillite interdisait la convo- cation de l'assemblée des créanciers	347
— L'effet suspensif du déclinatoire Boter	347
— L'absence de liste de créanciers	352
b) Réfutation des accusations portées contre les syndics .	355
L'émission de nouveaux titres	355
La non-utilisation des disponibilités des filiales pour le paiement des obligataires	357
B. L'autorisation donnée aux syndics de procéder à la vente des biens	360
a) Nécessité de la vente	361
b) Légimité de l'ordonnance autorisant la vente	367
c) Objet de la vente, mode de fixation du prix et modalité- s de la vente des biens	370

	<i>Page</i>
C. Le cahier des charges	379
a) Considérations générales	379
b) Les griefs concernant la détermination des charges	380
Argument selon lequel les obligations en livres sterling auraient dû être converties en obligations en pesetas au cours du jour de la faillite	380
Accusations selon lesquelles les syndics auraient agi illégalement	383
Les créances des obligataires n'avaient pas été recon- nues par l'assemblée des créanciers	384
Il appartenait à l'assemblée des créanciers de décider de l'incorporation des intérêts au passif	385
QUESTIONS ASKED BY JUDGE JESSUP concerning the extra-ter- ritorial reach of Spanish law in accordance with the principles of private international law	387
PLAIDOIRIE DE M. CARRERAS (<i>suite</i>):	
La vente des obligations <i>First Mortgage</i> aurait été illégalé parce que la Westminster Bank n'avait pas sur elle un droit de gage	389
La seconde clause était illégale parce qu'elle trans- formait le prix en prix indéterminé et avait un ca- ractère discriminatoire	390
c) Les griefs concernant le mécanisme de liquidation et de paiement des obligations	392
REPLY BY THE SPANISH AGENT TO QUESTIONS PUT BY SIR GERALD FITZMAURICE concerning, firstly, bankruptcy in Spanish law (IX, p. 319) secondly the role of International Utilities and the fiscal benefits accruing to Ebro from transfer of its profits in the form of interest rather than dividends (IX, p. 116)	398
PLAIDOIRIE DE M. SUREDA: Situation économique et financière de la Barcelona Traction au moment de la faillite et de la vente aux enchères	406
Les faits démentent la thèse belge selon laquelle la Barcelona Traction était en pleine prospérité et les conclusions qu'en tire le Gouvernement belge:	
A. Examen des moyens de preuve sur lesquels se fonde le Gouvernement belge pour alléguer que le prix était vil et que les actionnaires ont subi un préjudice	410
B. La situation économique et financière de la Barcelona Traction de 1940 à 1948	414
Souci que causait aux administrateurs le risque monétaire inhérent à la structure financière de l'entreprise: les différents projets de réorganisation	414

	<i>Page</i>
Impossibilité de mener à bien la réorganisation indispensable à cause du risque de voir les fraudes fiscales découvertes	420
Déséquilibre de la structure industrielle de l'entreprise	421
Appréciation de la situation par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co.	423
C. L'analyse financière de la situation de l'entreprise en Espagne	424
Réfutation de l'argument belge fondé sur les disponibilités en pesetas, et nécessité de tenir compte d'autres éléments pour apprécier la solvabilité de l'entreprise	424
L'analyse du <i>working capital</i> faite par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., et réfutation des critiques formulées contre cette analyse	426
Inexactitude du chiffre des actifs nets cités par les conseils de la Belgique	431
Inexactitude du chiffre des bénéfices nets cité par les conseils de la Belgique, et caractère erroné de leurs interprétations comptables	433
D. Les méthodes d'évaluation appliquées par le Gouvernement belge pour déterminer la valeur de l'entreprise	441
Contradictions de l'argumentation belge	441
Choix des méthodes applicables et manque de sérieux des calculs belges: la note de la Sidro	442
Réfutation des critiques opposées par le Gouvernement belge à l'évaluation de M. Soronellas	447
E. Conclusions	448
Le Gouvernement belge n'a pas fait la preuve de ses allégations concernant le montant du dommage et le vil prix	448
La Barcelona Traction était foncièrement insolvable en 1948	449
ARGUMENT OF MR. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: The overall complaint	453
I. The true intentions of the Spanish bondholders	453
The accusation of collusion is unfounded	453
The true intentions of the Spanish bondholders	454
The negative attitude of the Sofina group	456
II. The undertaking's conduct towards the Spanish authorities bad faith of Barcelona Traction	458
Period before 1940	458
Period 1940-1945	460
Period after 1945	462
III. The decisions of the Spanish Courts	465
The judicial procedure in Canada; the Receivership	466
The concept of flagrant injustice in international law	470
A. The alleged blocking of remedies	471
1. The applications by the subsidiaries	474
2. The remedies sought by the directors	478

	<i>Page</i>
3. The replacement of the solicitors	478
4. The applications by National Trust	480
5. The alleged discrimination as regards the effects of the appeals	484
6. The <i>declinatorias</i>	415
(a) The attitude of the courts	486
(b) The attitude of the undertaking	490
(i) omissions	490
(ii) actions	491
7. The <i>res judicata</i> and the alleged blocking of reme- dies	495
B. The alleged diversion of the bankruptcy from its legal purpose	497
The method of the sale from the economic point of view	497
The method of the sale from the legal point of view	499
C. The alleged injustice deriving from the final result of the bankruptcy proceedings	501
The principle of the priority of the creditors over the shareholders:	
(a) In general	502
(b) In the Plan of Compromise of 1945 and in the Conditions of Sale	503
The position of the shareholders in the auction	504
PLAIDOIRIE DE M. WEIL: Les demandes de réparation formulées par le Gouvernement belge	507
Caractère insolite et témérité des demandes belges de réparation	510
I. Le préjudice principal	510
A. Variété et imprécision des préjudices invoqués	510
Les droits des actionnaires	511
L'atteinte au contenu économique de la situation d'actionnaire. Notions de droit et d'intérêt	516
B. Le rapport de causalité entre l'acte illicite et le pré- judice	526
Les principes de droit international applicables	526
Méconnaissance de ces principes par les demandes belges de réparation	531
II. La réparation du préjudice principal	537
A. La forme de la réparation	537
B. L'évaluation de la réparation	540
III. La réparation des préjudices accessoires	546
Les frais de justice	547
Les obligations non remboursées	549
La créance de la Sofina sur l'Ebro et le manque à gagner	551
Conclusions formulées par M. Lauterpacht	551

	<i>Page</i>
RÉPONSE DE L'AGENT DE L'ESPAGNE AUX QUESTIONS DE M. JESSUP (voir p. 387)	554
PLAIDOIRIE DE M. MALINTOPPI: L'épuisement des recours internes	557
I. Les problèmes de droit international	558
A. Les critères d'interprétation de la règle de l'épuisement	558
Les rapports entre juridictions internationales et nationales	559
L'épuisement des recours en l'absence de jurisprudence pertinente	560
B. Les sujets qui doivent épuiser les recours	560
Epuisement des recours ouverts à la personne protégée	562
Epuisement des recours par toutes les catégories de personnes	564
C. Les caractères du grief du Gouvernement belge	566
II. Le rôle du jugement déclaratif de la faillite de la Barcelona Traction	569
III. Le non-épuisement des recours concernant le jugement de faillite	577
A. Non-utilisation du recours en opposition	
La prétendue irrégularité de la publication du jugement de faillite	580
Les recours des sociétés filiales	584
B. Non-utilisation du recours en revision	587
IV. Le non-épuisement des recours ouverts aux obligataires et aux actionnaires de la Barcelona Traction (la Sidro et la Sofina)	593
A. Recours ouverts aux obligataires	594
B. Recours ouverts aux actionnaires	596
V. Les autres omissions des particuliers: conséquences découlant des exposés consacrés à l'examen du fond de l'affaire	597
VI. La stratégie et la tactique des dirigeants de la Barcelona Traction	603
PLAIDOIRIE DE M. AGO: Le défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge	610
Rappel: caractère préalable et fondamental de la question:	
A. Examen de la réalité des données sur lesquelles se fonde le Gouvernement belge pour établir la présence d'intérêts belges prépondérants	612
i. Revirement opéré dans la présentation des données: le Gouvernement belge essaie de jouer sur deux tableaux	613

	<i>Page</i>
2. Examen sur le plan du droit: le Gouvernement belge a-t-il établi par des preuves valables les données qu'il allègue?	617
a) L'existence des prétendus « actionnaires belges individuels » n'a pas été prouvée	617
b) La Sidro ne pouvait prétendre à la qualité juridique d'« actionnaire » en 1948 et 1962	622
Les aspects de fait: appréciation des « preuves » fournies par la Sidro et la Sofina	622
Les aspects de droit	623
La prétendue reconnaissance ou admission de certains faits imputée au Gouvernement espagnol est sans pertinence	624
Le prétendu précédent de l'affaire <i>McPherson</i>	627
L'article 20 du projet Sohn et Baxter de la Harvard Law School	628
Les droits respectifs du <i>legal owner</i> et du <i>beneficial owner</i>	630
Qui doit-on considérer comme « actionnaire »?	632
Le véritable actionnaire était une firme américaine	634
c) Conclusion: le Gouvernement belge n'a pas qualité pour agir au titre de la protection de prétendus « actionnaires belges »	637
3. Examen sur le plan des réalités économiques et humaines	638
a) L'investissement de la Sidro n'a pas contribué à la promotion de la Barcelona Traction ou au développement économique de la Catalogne	639
b) Les capitaux du groupe Sidro-Sofina n'étaient pas, au moment de la faillite de la Barcelona Traction, représentatifs de l'épargne belge	642
La grande majorité des titres présentés à l'échange démunis de tout certificat de déclaration ne pouvaient appartenir qu'à des étrangers	643
L'existence d'une prépondérance étrangère dans la Sofina paraît établie de manière certaine; le lieu de paiement du dividende pour 1946 est sans pertinence	646
Histoire de la société Sofina et évolution du rapport entre la participation belge et la participation étrangère:	649
La création	650
L'entre-deux-guerres	650
L'après-guerre: l'assemblée extraordinaire de 1946 confirme la nette prépondérance de la participation étrangère	653
Témoignages et indices de la notoriété publique de cette prépondérance étrangère	657
Documents	658

	<i>Page</i>
Événements récents: les offres d'achat de la banque Lambert et de la Société générale de Belgique	660
c) Conclusion: inexistence de la prétendue participation prépondérante d'« intérêts belges »	662
B. Valeur justificative des données avancées par le Gouvernement belge, dans l'hypothèse ou leur réalité aurait été prouvée.	663
I. Les principes de droit international applicables	664
a) Le traitement des étrangers et la protection diplomatique	664
b) Le cas des personnes morales	665
c) La détermination de la « nationalité »	666
2. Conséquences qu'en tire le Gouvernement espagnol:	
a) L'Etat réclamant doit pouvoir alléguer la violation d'un droit de l'actionnaire en tant que tel	667
b) L'Etat défendeur devait être internationalement obligé envers l'Etat national de l'actionnaire	667
c) Distinction entre violation des droits de la société et violation des droits des actionnaires	667
QUESTIONS PUT TO THE PARTIES BY JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE.	670
QUESTIONS PUT TO THE PARTIES BY JUDGE JESSUP	671
PLAIDOIRE DE M. AGO (<i>suite</i>)	
Distinction entre violation des droits de la société et violation des droits des actionnaires (<i>suite</i>)	674
3. Les thèses belges	675
a) Les différentes étapes de l'argumentation belge: le Gouvernement belge a toujours pris fait et cause pour l'entreprise et non pour les actionnaires	675
b) La pratique invoquée par le Gouvernement belge n'offre aucune justification de sa qualité pour agir	680
La pratique arbitrale et diplomatique	681
La pratique conventionnelle	685
c) Les principes du droit international invoqués n'offrent pas non plus une telle justification	687
Les droits des actionnaires n'ont pas été lésés	688
Les simples « intérêts » des actionnaires ne suffisent pas à fonder une réclamation	691
d) La prétendue absence de protection de la Barcelona Traction par son gouvernement national est démentie par les faits	696
Le Gouvernement canadien a bien exercé sa protection	697
Ce sont les intéressés qui ont cessé de faire appel à cette protection	700
C. Conclusions	702
Table de concordance des exposés oraux	703

PLAIDOIRIES

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenues au palais de la Paix, La Haye, du 20 mai au 20 juin 1969
sous la présidence de M. Bustamante y Rivero, Président*

(suite)

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Rq. 1958	Requête introductive d'instance du 15 septembre 1958
M. 1959	Mémoire du Gouvernement belge du 15 juin 1959
A.M. 1959	Annexes au mémoire du Gouvernement belge du 15 juin 1959
E.P. 1960	Exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 21 mai 1960
A.E.P. 1960	Annexes aux exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 21 mai 1960
Rq.	Requête introductive d'instance du 25 juillet 1962
M.	Mémoire du Gouvernement belge du 30 octobre 1962
A.M.	Annexes au mémoire du Gouvernement belge du 30 octobre 1962
E.P.	Exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 15 mars 1963
A.E.P.	Annexes aux exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 15 mars 1963
O.C.	Observations et conclusions du Gouvernement belge du 14 août 1963 en réponse aux exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol
A.O.C.	Annexes aux observations et conclusions du Gouvernement belge du 14 août 1963 en réponse aux exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol
P.O.	Procédure orale sur les exceptions préliminaires (11 mars au 19 mai 1964)
C.M.	Contre-mémoire du Gouvernement espagnol du 31 décembre 1965
A.C.M.	Annexes au contre-mémoire du Gouvernement espagnol du 31 décembre 1965
R.	Réplique du Gouvernement belge du 16 mai 1967
A.R.	Annexes à la réplique du Gouvernement belge du 16 mai 1967
D.	Duplique du Gouvernement espagnol du 1 ^{er} juillet 1968
A.D.	Annexes à la duplique du Gouvernement espagnol du 1 ^{er} juillet 1968
Nouv. doc.	Nouveaux documents (belges ou espagnols)

LIST OF ABBREVIATIONS

- App. 1958 Application of 15 September 1958 instituting proceedings
M. 1959 Memorial of the Belgian Government, 15 June 1959
A.M. 1959 Annexes to the Memorial of the Belgian Government,
15 June 1959
P.O. 1960 Preliminary Objections of the Spanish Government,
21 May 1960
A.P.O. 1960 Annexes to the Preliminary Objections of the Spanish
Government, 21 May 1960
App. Application of 25 July 1962 instituting proceedings
M. Memorial of the Belgian Government, 30 October 1962
A.M. Annexes to the Memorial of the Belgian Government,
30 October 1962
P.O. Preliminary Objections of the Spanish Government,
15 March 1963
A.P.O. Annexes to the Preliminary Objections of the Spanish
Government, 15 March 1963
O.S. Observations and Submissions presented by the Belgian
Government on 14 August 1963 in reply to the Preliminary
Objections of the Spanish Government
A.O.S. Annexes to the Observations and Submissions presented
by the Belgian Government on 14 August 1963 in reply
to the Preliminary Objections of the Spanish Government
O.P. Oral proceedings on the Preliminary Objections (11 March
to 19 May 1964)
C.M. Counter-Memorial of the Spanish Government, 31 Decem-
ber 1965
A.C.M. Annexes to the Counter-Memorial of the Spanish Govern-
ment, 31 December 1965
R. Reply of the Belgian Government, 16 May 1967
A.R. Annexes to the Reply of the Belgian Government, 16 May
1967
Rej. Rejoinder of the Spanish Government, 1 July 1968
A.Rej. Annexes to the Rejoinder of the Spanish Government,
1 July 1968
New docs. New Documents (Belgian or Spanish)
-

VINGT-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (20 V 69, 10 h)

Présents: M. BUSTAMANTE Y RIVERO, *Président*; M. KORETSKY, *Vice-Président*; sir Gerald FITZMAURICE, MM. TANAKA, JESSUP, MORELLI, PADILLA NERVO, FORSTER, GROS, AMMOUN, BENZON, PETRÉN, LACHS, ONYEAMA, *juges*; MM. ARMAND-UGON, RIPHAGEN, *juges ad hoc*; M. AQUARONE, *Greffier*.

DÉCLARATION DE M. CASTRO-RIAL

AGENT DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. CASTRO-RIAL: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai l'honneur de paraître à nouveau devant la Cour comme agent du Gouvernement espagnol. Tous les membres de notre délégation, est-il besoin de le souligner, partagent cet honneur.

Avant toute chose, je voudrais me joindre à l'hommage rendu par mon estimé collègue, M. l'agent du Gouvernement belge, à la mémoire de M. Badawi, qui fut, à l'occasion des plaidoiries de 1964, un des distingués juges de la Cour. Ma pensée va aussi aux professeurs Sauser-Hall et Sereni, dont les qualités scientifiques et humaines furent appréciées de tous.

J'évoque également, avec une tristesse particulière, les membres disparus de notre propre délégation, les professeurs de Luna et Trias de Bes, mes anciens maîtres et collègues, dont le prestige dans le monde du droit international était parfaitement mérité.

Au début de ma déclaration de 1964, j'ai exprimé la conviction que le différend qui nous oppose au Gouvernement belge ne devrait en aucune manière compromettre les bonnes relations existant entre nos deux pays. J'ai été heureux de constater que M. l'agent du Gouvernement belge partage le même point de vue.

Comme toute affaire soumise à la juridiction de la Cour, le présent litige doit être tranché à la lumière du droit international. Il s'agit ici d'une affaire strictement juridique, et, plus précisément, d'une affaire de droit international.

Il se trouve malheureusement que les conseils du Gouvernement belge n'ont pas hésité à mêler au débat des questions qui lui sont entièrement étrangères.

C'est ainsi, notamment, qu'ils n'ont pas reculé devant une série d'accusations et d'attaques absolument inadmissibles, de caractère politique ou personnel, cherchant à créer une atmosphère psychologique défavorable à l'Espagne.

Il a été fait état ici de certains sentiments politiques hostiles à l'Espagne, tout particulièrement de ceux d'un célèbre homme d'Etat belge, dont le moins que l'on puisse dire est qu'ils ont été dépassés par les événements. L'Espagne, Messieurs de la Cour, peut tout aussi bien se prévaloir de nombreux autres témoignages, bien plus amicaux et objectifs d'hommes d'Etat de cette époque, dont la qualité et la responsabilité histo-

riques sont bien supérieures, comme par exemple l'illustre ex-premier britannique, sir Winston Churchill, et l'illustre ex-président des Etats-Unis, Franklin Delano Roosevelt.

Le Gouvernement espagnol a donc été surpris de constater que le Gouvernement belge cherche à raviver certaines incompréhensions dont l'Espagne a été la victime aux Nations Unies, voici près d'un quart de siècle. Je crois superflu de rappeler que, de nos jours, l'Espagne est Membre des Nations Unies, et occupe un siège au Conseil de sécurité.

Dès lors, si l'on désire soulever des questions politiques, l'organe approprié serait l'Assemblée générale. Le Gouvernement espagnol pourrait y donner des réponses satisfaisantes.

Aussi me bornerai-je à faire à ce sujet une seule remarque. Si vraiment mon pays avait été hostile, pour les raisons qui ont été invoquées, aux intérêts belges, on comprendrait mal qu'aucune société réellement belge, qu'aucun intérêt réellement belge, parmi tous ceux qui existaient et existent toujours en Espagne, n'ait jamais éprouvé la moindre difficulté, n'ait jamais eu à formuler la moindre plainte, du fait de l'action des autorités fiscales, monétaires ou judiciaires espagnoles. De même, les accords de paiements hispano-belges de 1946 et 1949 ont fonctionné normalement, donnant toute satisfaction aux deux parties.

Peut-on imaginer un seul instant que la prétendue hostilité espagnole aux intérêts belges ait pu viser uniquement et exclusivement la Barcelona Traction, société de nationalité canadienne, au sein de laquelle les prétendus intérêts belges étaient si imprécis, si indirects et si obscurs que leur existence et leur ampleur sont toujours en discussion de nos jours?

Le Gouvernement espagnol se doit également de s'élever contre les déplorables accusations envers la personnalité d'un membre du Gouvernement espagnol, M. Suanzes, dont l'abnégation dans l'accomplissement de son devoir et le service du bien public ont été toujours exemplaires. Il est incompréhensible que l'on cherche à faire du discours prononcé par M. Suanzes, le 12 décembre 1946 devant les Cortes espagnoles (A.C.M., vol. VII, p. 76-79), la pièce maîtresse de ces accusations. La raison fondamentale qu'on y donne sur le refus du plan d'arrangement, jusque dans sa troisième modalité, est le manque d'explication sur « l'origine, l'importance et la destination » de certains bénéfices et, de façon générale, sur la dette, c'est-à-dire sur le développement économique et financier des entreprises intéressées.

Ne sont-ce pas là les raisons mêmes, pour ne pas dire les termes mêmes, que le gouverneur de la Banque d'Espagne a opposées aux demandes de devises d'Ebro en 1932, à l'époque donc de la prétendue idylle entre la Barcelona Traction et l'administration espagnole? (A.C.M., vol. II, p. 77.)

Je dois, en ce qui concerne M. Suanzes, renvoyer aux termes de ma déclaration faite en 1964 (P.O., III, p. 674):

« D'autres personnalités espagnoles, qui ont été membres du Gouvernement ou chargées 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. »

Le Gouvernement espagnol rejette aussi, comme abusives, les attaques injurieuses proférées contre une personnalité privée espagnole. Je ne puis

mieux faire à cet égard que de reprendre les termes qui furent les miens en 1964 :

« 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 que l'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? » (P.O., III, p. 673.)

En réalité, de quoi s'agit-il? Assurément pas de faire trancher par la Cour un litige interne, conformément aux règles du droit espagnol, afin que la Cour revise ou tranche, comme le ferait une cour suprême nationale, les controverses qui auraient surgi sur l'interprétation du droit espagnol.

En formulant ces remarques, le Gouvernement espagnol ne prétend nullement dissimuler ce qui s'est passé devant ses tribunaux. Bien au contraire, il a exposé en détail dans ses documents écrits toutes les péripéties de cette procédure interne. Si la Cour le désire, mon gouvernement est disposé à fournir des éclaircissements sur n'importe quel point, pour rétablir la vérité à laquelle le Gouvernement belge fait subir d'étranges déformations.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement espagnol proteste fermement contre le travestissement de la vérité dont le Gouvernement belge se rend coupable. Que surgisse entre deux Etats amis des divergences sur des points de droit ou de fait et que la Cour internationale de Justice soit appelée à trancher de tels différends sur la base du droit international, voilà rien de plus normal; mais que le Gouvernement belge reprenne à son compte, contre l'Etat espagnol, devant la plus haute instance judiciaire internationale, les invraisemblances qui ont nourri la campagne de dénigrement lancée contre l'Espagne par les dirigeants de la Barcelona Traction à travers la presse et les milieux financiers internationaux, voilà ce que le Gouvernement espagnol ne saurait admettre.

Il regrette que, par l'inlassable répétition, tout au long de plus de dix années de procédure internationale, des mêmes contre-vérités, le Gouvernement belge se soit livré contre l'Espagne à une véritable campagne de mystification judiciaire, probablement sans précédent dans les annales de la justice internationale.

La vérité est que le Gouvernement belge cherche en quelque sorte à ouvrir, devant la Cour internationale de Justice, pour le compte de ses protégés, un débat judiciaire que ces derniers ont volontairement esquivé et négligé de mener devant les tribunaux espagnols compétents. Il était si pressé de le faire, qu'il n'a même pas attendu la fin de la procédure en Espagne. Non seulement la première requête, en 1958, mais aussi la deuxième, en 1961, furent introduites, la Cour s'en souviendra, avant que les tribunaux espagnols aient rendu les dernières décisions sur l'affaire.

Le Gouvernement belge se trouve ainsi conduit, d'une part à plaider devant la Cour internationale contre l'Etat espagnol comme s'il s'agissait d'un procès entre personnes privées; d'autre part à faire de la Cour l'or-

gane suprême de la hiérarchie judiciaire espagnole et l'arbitre de questions de pur droit espagnol. C'est à son corps défendant que le Gouvernement espagnol a été contraint de se livrer de son côté à un exposé approfondi du droit espagnol, mais il regrette que pareil débat, étranger à la mission de la Cour, se déroule devant elle. La responsabilité en incombe au Gouvernement belge.

Une autre raison de l'exposé approfondi de la procédure interne auquel le Gouvernement espagnol s'est livré dans ses documents écrits, se trouve dans les accusations inadmissibles et abusives que le Gouvernement belge a formulées à l'encontre de la justice espagnole. Il était en effet indispensable de bien établir que la conduite des juges nationaux avait été irréprochable dans tous les aspects de l'affaire, sans exception.

Le Gouvernement espagnol rejette en bloc toutes les affirmations malveillantes du Gouvernement belge. Si un juge manquait à son devoir, le droit espagnol, comme le droit belge également, je pense, dispose de moyens suffisants pour remédier à l'injustice et sanctionner les responsabilités encourues. Ce qui est intolérable, c'est que la Barcelona Traction et son groupe n'aient même pas essayé de faire usage de ces moyens et qu'on vienne maintenant porter atteinte à l'honneur des juges espagnols par des insinuations plus injurieuses même qu'une accusation nette et directe.

Aussi, je réaffirme ce qui a été dit par mon gouvernement dans les exceptions préliminaires de 1963 (I, p. 52, n° 66), et qu'il n'a pas manqué de reproduire dans la duplique (VI, p. 5) :

« Il faut remarquer, au surplus, pour démontrer l'invraisemblance de ces prétendues « connivences malicieuses », « complaisances malsaines » et « machinations frauduleuses » multiples, qu'aucune d'entre elles n'a été dénoncée par les prétendues victimes devant les Tribunaux espagnols ; et cela malgré le fait que les lois espagnoles fournissent les moyens de procédure permettant d'obtenir la condamnation correspondante. Il est vrai que, pour cela, il n'aurait pas suffi de suppositions dénuées de fondement, car il aurait fallu que les faits allégués aient été dûment prouvés et qu'ils ne constituent pas de véritables calomnies. »

En dépit du caractère profondément offensant des accusations préférées au cours de la présente affaire, le Gouvernement espagnol tire sa sérénité et la fermeté de son esprit avant tout de la conscience qu'il a de n'avoir pas encouru la responsabilité qu'on veut lui faire supporter (P.O. 1964, II, p. 1).

Je ne puis manquer de dénoncer aussi l'accusation ridicule selon laquelle le droit ou l'ordre judiciaire espagnols pourraient ne pas se trouver au niveau du standard minimum requis par le droit international.

Il serait superflu d'exposer à la Cour un témoignage sur la glorieuse tradition juridique espagnole dans des domaines du droit très divers, et entre autres, assurément, celui du droit de la faillite et, tout particulièrement, dans le domaine même du droit international.

Cette malveillante accusation, comme tant d'autres, est tellement illogique et insoutenable que le Gouvernement belge semble l'avoir pratiquement abandonnée dans ses plaidoiries.

L'action intentée à l'Espagne par le Gouvernement belge est d'autant plus inadmissible qu'elle s'inscrit dans le cadre de tentatives pour élargir

de manière exagérée la protection diplomatique. La thèse belge conduit en effet, la Cour l'a constaté, à la possibilité de protections multiples, successives ou simultanées. La personne juridique se trouverait ainsi dans une situation privilégiée par rapport au même être humain auquel il est interdit, dans la vie internationale, d'utiliser plusieurs passeports pour présenter selon les circonstances celui qu'il juge le plus utile.

Chaque pays d'accueil se verrait dès lors exposé à des démarches, voire à des pressions imprévisibles au départ. Il ne saurait plus, lorsqu'une société étrangère s'installe sur son territoire, sous quel drapeau les intérêts en cause pourraient par la suite être « protégés ». Et cela est encore aggravé dans le cas de groupes internationaux, de structure complexe, et dont les capitaux n'ont plus rien de national.

On ne peut assumer la protection des actionnaires d'une société étrangère en alléguant qu'ils sont de la nationalité de l'Etat protecteur et, de surcroît, lorsque ces actionnaires sont à leur tour des sociétés anonymes, car les arguments en faveur de la nationalité de l'Etat d'incorporation et les arguments en faveur de la théorie du contrôle s'excluent mutuellement.

Comme il sera exposé à la Cour, par nos conseils, la société anonyme n'est pas un simple voile au travers duquel on pourrait facilement discerner le véritable actionnaire. Si, dans une société anonyme, les actionnaires sont ignorés aux fins de responsabilité — tout particulièrement en cas de faillite —, ils doivent toujours le demeurer aux fins de protection diplomatique.

La thèse soi-disant novatrice du Gouvernement belge, loin d'être « progressiste » et « équitable », équivaut en réalité à favoriser un renouveau des pressions et des intimidations courantes à la « belle époque » mais que l'on pouvait croire aujourd'hui disparues.

Dans la pratique internationale, les dangers de la thèse soi-disant novatrice de la Belgique sont si manifestes qu'en soutenant sa conception en 1964, un de ses conseils devait reconnaître (P.O., III, p. 974) la nécessité d'admettre « des limitations possibles » reposant

« sur la nécessité d'éviter, dans l'intérêt des relations entre Etats, des multiplications des interventions diplomatiques qui seraient insuffisamment justifiées ».

Comme il se heurtait là logiquement au problème de savoir qui allait exiger ces limitations, en vertu de quels principes, il ne pouvait donner d'autre réponse que celle-ci :

« 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. » (*Ibid.*)

C'est-à-dire que, indépendamment du manque de précision de ce critère, les intérêts et les décisions du groupe de pays qui pourraient devoir protéger « leurs » investissements seraient tout au plus les seuls qui entreraient en ligne de compte ou, encore, cette protection dépendrait tout au plus du degré de pression et d'intimidation dont les groupes financiers internationaux seraient capables.

L'Espagne, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, éprouve d'autant moins de réserves à formuler de telles observations qu'elle a offert et

offre toujours une pleine sécurité aux capitaux et aux investissements étrangers. En 1964 déjà, lors de la discussion des exceptions préliminaires, j'ai eu l'occasion de signaler qu'en dépit de la campagne de diffamation lancée par la Barcelona Traction, le montant des investissements en Espagne n'avait fait que croître depuis 1948 (P.O., II, p. 2). Est-il nécessaire de rappeler que, depuis 1964, cette progression de l'investissement étranger a encore augmenté de façon spectaculaire?

Mon estimé collègue, M. l'agent du Gouvernement belge, a cru devoir accentuer que la présente affaire se situait dans le cadre des efforts déployés par la pratique et la doctrine contemporaines en vue d'assurer une sécurité satisfaisante aux investissements étrangers; il est allé jusqu'à indiquer que « le différend dont la Cour est saisie présente certaines analogies avec ceux qui pourraient relever de l'application de cette convention » élaborée sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (VIII, p. 10).

Monsieur le Président, le procès intenté par la Belgique à l'Espagne n'a rien à voir avec les techniques récemment mises au point ou encore en voie d'élaboration destinées à assurer la protection des investissements étrangers. Il n'est plus question aujourd'hui de ces investissements désordonnés du XIX^e siècle, où n'importe quel capitaliste étranger venait s'installer dans un territoire à l'économie encore peu développée et prétendait obtenir des avantages et des privilèges exorbitants des autorités du pays d'accueil, dans lequel il désirait jouir d'une immunité absolue.

Mais il n'est pas possible non plus qu'au nom de sa souveraineté l'Etat hôte puisse réduire à néant les attentes des investisseurs: faute de quoi, d'ailleurs, ces derniers s'abstiendraient, compromettant ainsi l'intérêt même du pays d'accueil.

Bref, les tentatives actuellement en cours aspirent à substituer des investissements organisés, notamment par la voie d'accords, aux investissements inorganisés et sans contrôle de jadis, en même temps qu'à « dépassionner » les problèmes d'investissement en leur conférant un caractère plus technique et plus serein.

C'est ainsi, en particulier, que la convention de la Banque internationale écarte expressément, en son article 27, la possibilité pour un Etat contractant d'accorder la protection diplomatique ou de formuler une revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre à l'arbitrage. Cette renonciation à la protection diplomatique imposée à l'Etat tend manifestement à empêcher les différends relatifs à l'investissement de passer dans le domaine des rapports entre Etats, qui est celui de la protection diplomatique, et par là même d'envenimer les rapports entre l'Etat national de l'investisseur et l'Etat d'accueil.

Il est quelque peu inattendu d'entendre M. l'agent du Gouvernement belge trouver des analogies entre la présente affaire et les différends relevant de la convention de la Banque mondiale: cette convention n'écarte-t-elle pas la protection diplomatique, alors que dans la présente instance le Gouvernement belge prétend précisément exercer cette protection?

Cette convention ne cherche-t-elle pas à empêcher un différend relatif à un investissement étranger de tourner en différend entre Etats, alors qu'ici le Gouvernement belge formule précisément les accusations les plus graves à l'encontre de l'Etat espagnol?

Vraiment, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement belge va trop loin en essayant de faire croire à la Cour qu'elle est saisie d'un conflit d'investissement de type moderne. Pour faire admettre cette version, le Gouvernement belge a beau prétendre que la Belgique est elle aussi un pays d'accueil pour les investissements étrangers. La présente affaire est bel et bien relative à une opération du type aujourd'hui périmé de l'investissement sans contrôle et inorganisé et bien souvent fictif dans un pays peu développé et ne relève en rien de l'investissement moderne organisé et doté d'un statut.

En tout cas, le Gouvernement espagnol ne nie pas que le développement de l'économie moderne exige de poser les problèmes juridiques qui en découlent et, dans ce sens, les efforts des Nations Unies se passent de toute apologie. Mais si les circonstances exigeaient de modifier le droit international en vigueur, l'endroit pour en débattre et éventuellement pour procéder à la réforme adéquate est une conférence internationale où tous les Etats, riches ou pauvres, anciens et modernes, faibles et puissants, seraient représentés.

Je voudrais ajouter qu'il me paraît infiniment regrettable que le Gouvernement belge ait cru pouvoir assumer, dans la présente affaire, une fonction de protection qui rappelle, comme on l'avait déjà dit en 1964, celle d'un *claims agent* d'un groupe financier international, d'un groupe qui a, à maintes reprises, violé l'ordre juridique de l'Etat dans le territoire duquel il avait tous ses intérêts, où se trouvaient tous ses biens et d'où il tirait tous ses revenus.

Lorsqu'il accorde sa protection, Monsieur le Président, à l'un de ses ressortissants, un Etat ne devient pas pour autant son représentant ou son porte-parole. Seul l'Etat est partie au différend, et il est notoire qu'il doit prendre soin, avant d'épouser la réclamation de son national, de vérifier attentivement les allégations de ce dernier. Telle fut l'opinion du Sénat de Hambourg dans sa sentence du 13 avril 1864, où il déclara, à propos d'un rapport rédigé par le particulier intéressé :

« Ce document n'est d'une manière générale qu'un exposé partiel et passionné, qui évidemment dénature et exagère les faits et dans lequel la sincérité fait défaut » (*Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, p. 318, de Lapradelle-Politis).

La vérité est que, dans cette affaire, la protection accordée par la Belgique a pour fonction, non pas de faire valoir le droit propre de l'Etat belge, mais bien de constituer un élément intrinsèque de la stratégie du groupe privé intéressé — lequel n'avait au surplus rien de belge —, la vérité est que la Cour est appelée par le Gouvernement belge à trancher un conflit entre groupes privés.

Ceci est tellement certain que la Belgique, dans sa correspondance diplomatique avec l'Espagne concernant le cas présent, n'a jamais invoqué aucune violation du traité hispano-belge de commerce et de navigation du 4 mai 1878 qui déterminait le traitement correspondant aux sociétés commerciales des deux pays.

C'est-à-dire que le Canada a estimé de son devoir international de faire appel pour protéger la Barcelona Traction au traité bilatéral en vigueur concernant la situation des sociétés commerciales. En revanche, lorsque la Belgique prétendit protéger la Sidro ou la Sofina, elle ne se crut jamais obligée de dire à l'Etat espagnol, dans la correspondance diplomatique, que le traitement accordé aux sociétés belges était réellement contraire

aux conditions du traité prévues pour les sociétés nationales respectives. N'est-il pas étrange que l'on vienne aujourd'hui nous accuser devant la Cour d'une prétendue réclamation de la Sidro et de la Sofina au nom des principes de protection imprécis, vagues, rénovateurs et *de lege ferenda* sans que l'Etat protecteur ait jamais invoqué au préalable l'existence d'aucune violation du traité en vigueur concernant ses propres ressortissants protégés?

Pour transformer ainsi le litige privé en différend international, une double substitution était nécessaire. Par-delà le groupe financier espagnol, il fallait à tout prix mettre en cause l'Etat espagnol, alors que le Gouvernement espagnol avait toujours eu le plus grand souci de demeurer à l'écart de l'affrontement de la Barcelona Traction et de ses créanciers. Par-delà le groupe de la Barcelona Traction, il fallait faire apparaître un gouvernement, quel qu'il fût : pendant quarante ans, on compta sur le Gouvernement canadien, gouvernement national de la société — dont la qualité pour agir n'a jamais été mise en doute par mon gouvernement —, ensuite on place ses espoirs dans le Gouvernement belge, même si l'action de ce dernier devait exiger une grave déformation de l'institution de la protection diplomatique. Je me permets ici de renvoyer la Cour à ce que j'ai dit en 1964 au sujet de la correspondance diplomatique échangée entre l'Espagne et la Belgique (II, p. 57 et suiv.).

Le Gouvernement espagnol tient à réaffirmer en toute clarté son point de vue. Aux fins du litige international, est-il besoin de rappeler que les actes des personnes privées n'entraînent pas la responsabilité de l'Etat?

Les obligataires ont-ils su avant l'Etat et peut-être plus clairement que lui quelles étaient les dissimulations et les fraudes? Avaient-ils, au sein de la société, des alliés et des informateurs? Ont-ils pensé que la situation de la société au regard de l'Etat leur donnait des chances particulières, ou bien au contraire qu'elle leur faisait courir des risques supplémentaires? Ou bien ont-ils pensé l'un ou l'autre suivant les circonstances? Peu important les réponses que l'on donne à ces questions: en effet, ce ne sont pas les obligataires, les actionnaires ou les sociétés qui sont parties devant la Cour mais bien les gouvernements.

Le Gouvernement espagnol pour sa part a eu une attitude qui s'est maintenue sans défaillance et qui, dans ses principes, est nette et simple. Elle tient en deux formules: voir clair et rester étranger au litige privé.

Voir clair, cela veut dire que l'Etat a le droit d'être pleinement informé. Pendant de longues années, aussi bien sous la Monarchie et la République espagnoles qu'après 1940, on lui a refusé ce droit en alléguant qu'on n'avait pas le temps, qu'on ne savait pas, que les renseignements se trouvaient à l'étranger.

En 1945-1946, lorsqu'il fut question, dans le cadre du plan d'arrangement, d'accorder plusieurs millions de livres sterling et de refondre la structure financière du groupe avec l'aide de sociétés espagnoles qui n'étaient pas en règle avec l'Etat, le Gouvernement espagnol a pensé qu'il n'abusait pas de son droit en demandant de voir clair avant de s'engager. Plus tard, lorsque grief lui a été fait de cette exigence de voir clair et qu'on a voulu le rendre responsable de la faillite, il a revendiqué le droit de faire la lumière, et ce fut alors qu'intervint la commission internationale d'enquête de 1950-1951 et l'accord international signé entre l'Espagne, le Canada et le Royaume-Uni: et, lorsque aujourd'hui, il est dit que ce n'était là qu'une habile diversion ou mieux encore qu'une manœuvre pour fournir un prétexte à l'accélération de la vente des biens, le

Gouvernement espagnol tient à réaffirmer que quelle que soit la puissance d'un groupe privé, quelle que soit l'épaisseur des ténèbres dont il est capable de s'entourer, le droit d'un Etat de voir clair reste entier.

Le deuxième principe du Gouvernement espagnol a été de rester étranger au litige privé. Il a cependant été soumis aux plus vives pressions diplomatiques de gouvernements plus soucieux des résultats à obtenir que de respecter les principes qu'ils invoquent; comment le Gouvernement espagnol pourrait-il se défendre aujourd'hui du reproche de déni de justice s'il avait cédé alors aux pressions diplomatiques tendant à soumettre ses tribunaux aux interventions de l'exécutif?

En ce qui concerne le désir constant et inadmissible du Gouvernement belge de mêler le Gouvernement espagnol à une affaire qui se trouvait *sub judice*, pour qu'il intervienne par la contrainte dans son déroulement normal, je me permets de renvoyer la Cour aux pages 57 et suivantes de la procédure orale de 1964 (II).

Le Gouvernement espagnol, d'autre part, a toujours eu à cœur de ne mettre aucun obstacle à des négociations entre les deux groupes privés et de ne rien faire qui puisse en compromettre le succès; cette attitude lui a imposé une grande réserve en ce qui concernait ses propres revendications; s'il les avait fait valoir, il aurait en droit ou en fait pesé sur le cours des procès civils auxquels il aurait été inmanquablement mêlé. Telle est l'explication bien simple de l'attitude de l'administration, bien que le Gouvernement belge intente ici également un procès d'intention aux organes de l'Etat espagnol et que, faute de pouvoir démontrer d'une manière tangible ses intentions, il tente de le faire d'une manière détournée et fantaisiste.

Au sujet du conflit entre les obligataires et la Barcelona Traction et de la faillite qui s'ensuivit, le Gouvernement belge s'étend complaisamment sur le prétendu déni de justice dont la Barcelona Traction aurait été victime.

Sans anticiper sur les développements que les conseils du Gouvernement espagnol présenteront à la Cour, je souhaiterais cependant faire une remarque générale.

Dénier la justice c'est la refuser; or, un juge ne peut refuser que ce qui lui a été demandé. Il n'est pas sans intérêt de rappeler, au seuil de ces débats, ce que le groupe de la Barcelona Traction a demandé et attendu de la justice espagnole.

La Barcelona Traction n'était pas novice en matière de cessation de paiements. Au cours de sa désastreuse histoire financière elle avait pu déjà expérimenter la valeur des combinaisons qu'elle avait étudiées pour garantir son immunité contre toute mesure d'exécution: société canadienne, elle avait consenti des hypothèques sur des biens en Espagne; mère directe ou indirecte d'une pyramide de sociétés, elle avait dispersé le *situs* des titres. Bref, elle avait fait tout le possible pour se rendre, selon l'expression même du Gouvernement belge, «invulnérable». Invulnérable aux atteintes de ses créanciers, invulnérable aux demandes d'information des autorités espagnoles.

Faute d'actif saisissable, la société aurait été liquidée sans que ses créanciers soient payés; les obligations perdaient toute valeur et le patrimoine du groupe en Espagne — dont on avait soigneusement dissimulé l'appartenance à la Barcelona Traction — lui demeurait acquis, libre de toute dette. La faillite se présentait ainsi comme une perspective somme toute acceptable, et l'on comprend qu'elle ait été accueillie, pour repren-

dre l'expression d'un conseil du Gouvernement belge, avec une « douce hilarité ».

Mais voici que cette « douce hilarité » fait place à une amère déception : car les obligataires ne se laissent pas faire et les tribunaux espagnols, n'étant pas dupes, déjouent la manœuvre consistant à transformer une faillite en opération fructueuse. Que fait alors la Barcelona Traction? Fait-elle opposition à la faillite, comme on eût pu s'y attendre? Non pas : elle se contente de faire demander par ses filiales, sociétés de paille, et ses cointéressés que la faillite ne produise pas d'effet à leur égard, qu'elle soit en quelque sorte stérilisée. Si l'Ebro et la Barcelona Traction étaient, comme il a été déclaré par un conseil du Gouvernement belge en 1964, devant cette Cour, « blanc bonnet, bonnet blanc », pourquoi l'Ebro s'est-elle présentée au juge de Reus en lui déclarant qu'elle ne savait pas dans les mains de qui se trouvaient ses actions qui, réellement, étaient toutes la propriété de la Barcelona Traction? N'étant pas parvenue à stériliser le résultat de la faillite, la Barcelona Traction cherche alors à tout prix à prolonger la procédure et à éviter que la faillite ne soit menée à son terme naturel, à savoir la vente des biens. Cela, la Barcelona Traction l'a obtenu dans des proportions fort satisfaisantes : il a fallu attendre quatre ans jusqu'à la vente des biens et quinze ans jusqu'aux arrêts qui ont clôturé l'affaire en 1963, ce qui n'a pas empêché — on l'a déjà vu — le Gouvernement belge de formuler sa requête devant la Cour dès 1958.

Le Gouvernement belge a présenté devant la Cour l'image d'une société prospère et vertueuse, en proie aux machinations les plus sombres de l'Etat espagnol et de ses financiers. La vérité, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, est toute différente.

La santé financière de la Barcelona Traction est pure légende. L'énorme dette extérieure accumulée depuis sa naissance constitue le mal profond dont elle finira par périr, et l'on comprend qu'elle n'ait pu survivre qu'au prix de sacrifices périodiquement imposés à ses créanciers. L'histoire de la Barcelona Traction est jalonnée de ces opérations chirurgicales qui, sous le nom de « réorganisations financières », constituaient autant d'amputations des droits des créanciers : 1915, déjà, puis 1918, 1921, 1924, 1930. Le fameux plan d'arrangement qui échoua en 1946 n'était pas, on le voit, la première opération de sauvetage tentée par les dirigeants de la Barcelona Traction aux dépens de ses créanciers.

Comment le Gouvernement belge peut-il présenter comme une société financièrement solide une entreprise qui, après tant de soi-disant réorganisations, venait à nouveau de proposer à ses créanciers, pour rétablir sa situation, un plan d'arrangement impliquant pour eux un nouveau et très important sacrifice financier que même le Royaume-Uni n'était pas disposé à accepter?

Est-elle une société vraiment florissante celle qui depuis plus de onze ans ne payait pas ses créanciers et dont la dette reconnue par la société même et le prix de la vente n'étaient pas une croûte de pain en 1948, suivant l'expression d'un conseil du Gouvernement belge, mais une somme de plusieurs dizaines de millions de dollars canadiens? Lorsque ses conseils parlent de la situation prétendument florissante de la société canadienne, le Gouvernement belge semble oublier que la dette liquidée en 1952 se monterait de nos jours à plus de 75 millions de dollars américains si on lui appliquait les taux d'intérêt avancés par le mémoire belge.

Quant aux bienfaits que la Barcelona Traction aurait apportés à l'économie espagnole, je rappellerai simplement que la Catalogne posséd-

dait déjà, en 1911, une industrie électrique aux perspectives florissantes. Et c'est justement l'un des principaux dirigeants du groupe de Barcelona Traction qui a reconnu la haute valeur de certaines sociétés espagnoles existant en Catalogne avant 1911 et qui furent achetées à bon prix par la Barcelona Traction, par exemple Barcelonesa et Energía Eléctrica. Ce que le groupe a cherché surtout, c'est à absorber les entreprises existantes et, plus tard, à asphyxier les coopératives catalanes en pleine activité dans la région de Reus et de Tarragone. La politique, partant, était beaucoup plus de monopole que de développement. Je me permets, à cet égard, de me reporter à la duplique, VI, pages 58 et suivantes.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, pendant des années la Barcelona Traction a proclamé dans le monde l'idée selon laquelle la seule cause véritable de sa mise en faillite en Espagne avait été le manque de devises, le Gouvernement espagnol ne les lui ayant pas accordées.

Lorsque ce prétexte fut répandu, au début, on ne prétendait rendre responsable de cette soi-disant cause que le Gouvernement espagnol. Le stratagème, à cause du plan d'arrangement, cherchait surtout à convaincre et les créanciers et les autorités canadiennes et les autorités britanniques.

C'était une époque où les dirigeants de Barcelona Traction n'avaient pas encore inventé la thèse du complot fantaisiste utilisée de nos jours par tous les conseils du Gouvernement belge en guise de panacée. Ce n'est en effet que plus tard que cette contre-vérité leur vint à l'esprit. Et le Gouvernement belge reprend aujourd'hui exactement le même argument dépourvu de tout fondement, auquel les Gouvernements du Canada, de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis pour leur part n'ont pas souscrit, car ils savaient que les campagnes internationales de presse orchestrées par la Barcelona Traction n'avaient d'autre but qu'une déformation systématique des faits.

La Barcelona Traction n'a pas été non plus victime d'une manœuvre d'hispanisation. Ce besoin d'hispanisation, soit dit en passant, c'est d'abord la Barcelona Traction elle-même qui l'a ressenti. Elle se rendait parfaitement compte qu'il lui fallait en finir de sa situation anormale. La Barcelona Traction était une société qui tirait ses revenus de ses recettes en pesetas et sur laquelle pesait une lourde dette en livres sterling. Elle ne pouvait sortir du cercle vicieux de faillite latente dans lequel elle se trouvait si l'Etat espagnol ne lui permettait pas de relancer de nouvelles et importantes émissions d'obligations sur le marché espagnol. Le plan d'arrangement de 1946 a justement été présenté par la Barcelona Traction comme un projet d'hispanisation de la dette de la société (D., VI, p. 8 et 182).

La réalité c'est que le Gouvernement espagnol a dû rejeter les trois propositions avancées du plan d'arrangement tout simplement parce que leur acceptation aurait entraîné la reconnaissance d'une dette en devises dont la légitimité n'avait jamais été démontrée.

Pour ce qui est de la troisième modalité, qui, apparemment, ne comportait pas de cession directe de devises, la proposition portait en fait sur le transfert d'une hypothétique créance de la Barcelona Traction sur une société espagnole, et quand bien même celle-ci eût accepté le remplacement de la créance en devises par une autre créance en pesetas, le fond du problème, c'est-à-dire la reconnaissance de la créance non légitimée, demeurerait entier.

Bien plus, c'est que, indépendamment de ce qui vient d'être dit, la so-

ciété espagnole ne manquait pas de couvrir son service financier au moyen de transferts périodiques en Espagne en devises, en sorte que, si le plan venait à être autorisé, elle aurait dû interrompre ces transferts de devises en Espagne et couvrir son service financier et autres obligations avec la créance obtenue en pesetas.

Certes, il n'y avait pas apparemment de cession directe de devises de la part de l'IEME mais, pendant de nombreuses années, celui-ci ne recevrait plus les transferts normalement effectués de l'étranger par la société espagnole. Quoi qu'il en fût, la prétendue dette existant entre l'Ebro, la Barcelona Traction et la société fantôme International Utilities, qui n'avait jamais été justifiée, se trouvait ainsi parfaitement reconnue. D'ailleurs, l'administration n'était pas assurée, comme il le fallait, que dans le cas d'une éventuelle autorisation d'émettre de nouvelles obligations en Espagne, le nouvel apport de l'épargne espagnole fût réellement affecté au développement de l'entreprise en Espagne.

Car le groupe de la *Barcelona Traction*, qui avait été autorisé auparavant à placer plusieurs émissions d'obligations en Espagne à la condition d'affecter les capitaux obtenus de l'épargne nationale au développement de l'entreprise en Catalogne, n'avait pas rempli le devoir imposé par les décrets royaux et les lois correspondantes. Comment pouvait-il attendre de l'administration espagnole que de nouvelles autorisations lui fussent accordées pour faire encore des placements d'autres obligations sur le marché espagnol, alors qu'elle n'en était pas bien renseignée et ne voyait pas clairement l'opération?

C'est pourtant la *Barcelona Traction* qui a d'abord eu l'idée de s'hispaniser en proposant la transformation de la société, si toutefois l'Etat espagnol acceptait de ne faire aucune recherche sur l'origine ancienne de ses soi-disant capitaux comptables, sur la réalité effective de ses postes comptables, sur l'effectivité des investissements allégués, sur le secret de ses opérations financières et si, de surcroît, l'Etat acceptait d'oublier toutes les atteintes portées par le passé à l'ordre juridique espagnol.

Tout devient ainsi clair. Lorsque le Gouvernement espagnol a voulu faire la lumière, la *Barcelona Traction*, au lieu de s'expliquer honnêtement, ressentit le besoin de modifier sa tactique et d'engager toute son offensive sur une prétendue connivence malsaine. Encore une fois, je me permets de me reporter à la duplique, VI, pages 182 et suivantes.

En conséquence, le Gouvernement espagnol se doit également de dénoncer la légende du prétendu apport à l'Espagne d'importants capitaux étrangers. Il a été clairement établi (E.P., I, p. 30) que la *Barcelona Traction* a été pratiquement financée par l'épargne espagnole à partir de 1918 et que la *Barcelona Traction*, grâce à des manœuvres comptables ingénieuses, a fait passer une partie très importante de ce capital espagnol pour un investissement étranger, aux yeux des autorités fiscales et monétaires espagnoles. Il y a encore lieu de tenir compte que l'apparition de la Sidro, à un moment donné d'une nouvelle et soi-disant réorganisation de la *Barcelona Traction*, n'a supposé non plus, grâce à des opérations comptables complexes et fictives, aucun apport d'argent réel et effectif à l'entreprise en Espagne. Parler d'investissements étrangers est, on le voit, assez éloigné de la réalité, car il faudrait dire plus exactement qu'il s'agit d'un véritable désinvestissement continu, suivant les rapports du ministère des finances espagnol sur les investissements et les aspects fiscaux de la *Barcelona Traction*, auxquels je renvoie la Cour (A.D., vol. I, p. 3 et suiv.).

En raison du caractère technique et complexe des divers aspects économiques et financiers de l'entreprise de la Barcelona Traction, le Gouvernement espagnol a cru bon de se procurer une appréciation objective de ces questions établie par des experts financiers indépendants, comme il l'a dit dans la duplique, VI, page 31 :

« Pour assurer l'objectivité nécessaire, il a pensé que le mieux était de consulter MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., c'est-à-dire la firme d'experts-comptables au sein de laquelle le Gouvernement britannique avait choisi celui qui l'a représenté au Comité des experts, à savoir M. F. W. Charles, C.B.E. On a pris des dispositions pour que les archives de l'entreprise à Barcelone fussent ouvertes à MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. et pour qu'ils émissent leur avis sur les principales questions d'ordre financier sur lesquelles divergent le contre-mémoire et la réplique. MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. y ont consenti et ils ont présenté deux rapports. Ces deux rapports avaient été initialement demandés à Peat, Marwick, Mitchell & Co. pour servir de guides aux conseils du Gouvernement espagnol chargés d'élaborer la duplique. Mais comme ces rapports jettent une vive lumière sur maintes questions qui sont controversées, dans la procédure en cours, le Gouvernement espagnol a demandé et obtenu de Peat, Marwick, Mitchell & Co. l'autorisation de les présenter à la Cour. C'est pourquoi, sans nécessairement en prendre à son compte tous les détails, le Gouvernement espagnol les a reproduits aux annexes 2 et 3 à la présente duplique et, le cas échéant, il appellera l'attention de la Cour sur leurs points les plus importants. »

Je me permets maintenant d'attirer l'attention de la Cour sur la désinvolture avec laquelle certains conseils du Gouvernement belge ont parlé des rapports de la prestigieuse firme anglaise dont l'indépendance professionnelle est universellement reconnue. Toutes observations critiques et la libre expression de jugements objectifs sont toujours de mise. Ce qui est regrettable, c'est qu'un débat purement technique se voie entaché d'une passion et d'une agressivité inutiles. La firme Peat, Marwick, Mitchell & Co. a répondu avec pertinence aux critiques qui lui ont été adressées, et son nouveau rapport a déjà été déposé au Greffe de la Cour.

Enfin, je tiens à réitérer que les conseils du Gouvernement belge ont soutenu aussi un des mythes répandus par la Barcelona Traction : il n'est pas vrai que la société canadienne ait connu une époque idyllique avec l'administration espagnole, à laquelle aurait succédé une brusque hostilité. Si les régimes peuvent changer, les administrations demeurent et les changements politiques ne modifient pas l'unité et la continuité des intérêts permanents et essentiels de l'Etat.

La Barcelona Traction ne s'est pas vu refuser les devises ou l'autorisation du plan d'arrangement en raison d'une hostilité politique ou d'une quelconque collusion. La raison du refus, comme on l'avait déjà expliqué en 1964, est bien plus simple : la Barcelona Traction n'a pas fourni à l'administration les renseignements qu'elle aurait dû donner, et l'Etat espagnol était en droit de les lui demander, et ce fait décisif a été explicitement et internationalement bien reconnu par les Gouvernements canadien et britannique.

Onze ans après la première requête de la Belgique, la dernière phase de la procédure se déroule enfin devant la Cour. Le Gouvernement espagnol

prie respectueusement la Cour de faire échec à la tentative d'internationaliser un litige purement privé, qui n'aurait jamais dû sortir du domaine de la juridiction espagnole.

Mon gouvernement réaffirme en effet sa position, à savoir que la requête belge n'est pas recevable parce que le Gouvernement belge est dépourvu de qualité pour la présenter, et parce que ses protégés n'ont pas épuisé les moyens de recours internes. Les deux exceptions préliminaires furent jointes au fond par l'arrêt du 24 juillet 1964. Pour se conformer à la volonté de la Cour, les écritures du Gouvernement espagnol ont exposé, d'abord, le fond, puis les exceptions. Le même ordre sera suivi dans les présentes plaidoiries. Toutefois, comme il a déjà été signalé dans les documents écrits (C.M., IV, p. 12, et D., VI, p. 18), ce plan n'implique pas, de la part du Gouvernement espagnol, une renonciation au caractère préliminaire desdites exceptions. Je rappelle à cet égard ce qui fut dit dans la duplique :

« le Gouvernement espagnol se doit d'insister à nouveau sur le caractère primordial qu'il attribue à ces exceptions: elles correspondent aux objections qu'il a toujours opposées au Gouvernement belge, lorsque celui-ci a émis la prétention d'intervenir par la voie diplomatique. Elles sont, de même, les premières questions que le Gouvernement espagnol ait soulevées, sous la forme d'exceptions préliminaires, dès le début du présent procès. Il restera donc fidèle à la position qu'il a toujours adoptée en leur donnant la toute première place lorsqu'il conclura au rejet de la demande formée par le Gouvernement belge. » (VI, n° 30, p. 18.)

Compte tenu du nombre de questions de fait passées sous silence par les conseils du Gouvernement belge, que le Gouvernement espagnol considère de la plus haute importance, compte tenu du désir de la Cour de circonscrire ces débats à leur essence purement juridique, ce dont mon gouvernement a pleinement conscience, les plaidoiries espagnoles suivront, en lignes générales, l'ordre que j'ai l'honneur d'énoncer ci-après.

Le professeur Gil-Robles fournira, en premier, les données fondamentales nécessaires à la compréhension de l'ensemble de l'affaire. Le professeur Guggenheim lui succédera pour rappeler les principes généraux de droit international qui lui sont applicables. Nos conseils développeront ensuite les principaux aspects du fond. Le professeur Waldock commencera par examiner les faits nécessaires concernant la responsabilité et les éléments de connexion de la Barcelona Traction avec la juridiction des tribunaux espagnols. Le professeur Reuter exposera, ensuite, les questions concernant les causes de la cessation des paiements, les refus de devises et le plan d'arrangement; il montrera également quelle fut la véritable conduite des autorités non judiciaires à l'égard de la Barcelona Traction. Le professeur Uria se chargera de développer la procédure de faillite et traitera du jugement déclaratif et de ses effets. Le professeur Carreras s'occupera de la vente. Le professeur Sureda achèvera cette analyse en parlant de la situation économique de la Barcelona Traction. Le professeur Jiménez de Aréchaga examinera, ensuite, les accusations belges dans leur ensemble, c'est-à-dire ledit « grief global » et le blocage des recours. Et c'est le professeur Weil qui clôturera l'exposé du fond en formulant quelques observations sur la demande en réparation du Gouvernement belge. Enfin, les professeurs Malintoppi et Ago traiteront respectivement des

exceptions de non-épuisement des voies de recours et du défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge.

Il me reste, Monsieur le Président, Messieurs les juges, à vous remercier vivement de la bienveillante attention que vous avez bien voulu m'accorder.

L'audience, suspendue à 11 h 35, est reprise à 12 heures.

Le PRÉSIDENT: A la demande de l'agent du Gouvernement espagnol, la Cour a décidé, en application du paragraphe 3 de l'article 39 du Statut de la Cour et du paragraphe 2 de l'article 58 de son Règlement, d'autoriser l'emploi de la langue espagnole. Il a été convenu ¹ que le Gouvernement espagnol fournira par écrit une traduction en langue française des exposés faits en espagnol, et que cette traduction française, qui sera lue et interprétée simultanément en anglais par le personnel de la Cour, en même temps que l'exposé original, sera considérée par la Cour comme faisant foi. Sous cette réserve, je donne la parole à M. le professeur Gil-Robles Quiñones, qui s'exprimera en langue espagnole.

¹ Voir X, Correspondance, n^{os} 91 et 96.

PLAIDOIRIE DE M. GIL-ROBLES¹
CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. GIL-ROBLES: Monsieur le Président, Messieurs les juges, c'est la première fois que j'ai l'honneur de plaider devant votre haute juridiction, aussi je désire lui manifester l'expression de mes sentiments respectueux. Je me permets d'espérer que votre compétence et votre compréhension, Monsieur le Président, Messieurs les juges, viendront en aide à mon manque d'expérience. Ce sont donc des sentiments de gratitude et de déférence qui me guideront tout au long de cet exposé.

Ces sentiments m'imposent de ne pas me laisser entraîner sur le terrain de la politique, terrain sur lequel les honorables conseils du Gouvernement belge se sont efforcés, dès leur première intervention, de placer la faillite de la Barcelona Traction. Je me bornerai donc aux considérations et aux rectifications strictement indispensables pour remettre les choses à leur place. Croyez que s'il ne tenait qu'à moi, toute référence à des considérations politiques serait bannie du prétoire.

Les conseils belges se sont efforcés, au cours de cette phase orale, encore plus qu'au cours des débats écrits, de poser le problème en termes de bons et de méchants, plus propres aux films d'enfants qu'à une controverse judiciaire sérieuse.

Ces dichotomies marquées ne sont pas fréquentes dans la vie courante, et dans le cas présent celle que nous offre le Gouvernement belge ne repose que sur une véritable déformation des faits.

Si on devait croire à tout ce qui a été dit ici, on se trouverait devant une situation des plus simplistes. Il y aurait en effet d'un côté un financier tout puissant, avide de s'emparer par n'importe quel moyen d'un très riche patrimoine et qui dispose à son gré des gouvernements et non pas seulement du Gouvernement espagnol, comme l'indiquait M. Mann à propos de la politique monétaire britannique. D'un autre côté, on trouverait les pauvres actionnaires belges d'une entreprise qui a pratiquement sorti la Catalogne des ténèbres médiévales et dont l'effort a été récompensé, avec quelle ingratitude, par une authentique spoliation.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, cette manière de présenter les choses constitue une véritable caricature de l'affaire qui nous occupe.

Il ne m'appartient pas de procéder maintenant à une apologie de la personne de M. March, encore que mon esprit penche toujours à défendre ceux qui ne peuvent pas le faire eux-mêmes. Cette défense serait d'autant plus tentante, pour tout esprit moyennement sensible, que les accusations répétées tout au long d'un mois entier devant la Cour ont coïncidé un jour avec des excès journalistiques qui se passent de tout commentaire.

M. March a connu dans la vie le sort de toute personne qui, partie du néant, atteint aux sommets de la richesse par un effort propre. C'est là un des triomphes que l'on pardonne le plus difficilement. La lutte soutenue par M. March dans la vie lui a permis de créer de grands intérêts économiques et lui a gagné inévitablement des inimitiés. Or, cet homme, que

¹ Plaidoirie prononcée en langue espagnole (voir *supra*, p. 19).

l'on a décrit ici comme un être uniquement avide de richesses, a laissé derrière lui une fondation destinée à des fins culturelles et de bienfaisance qui est sans doute sans égale en Europe.

Toutes les grandes personnalités financières, les Morgan, les Rothschild, les Rockefeller, les Vanderbilt et tant d'autres, décrits dans l'ouvrage de Holbrook, édité à Londres sous le titre suggestif de *The Age of the Moguls*, ont toutes été entourées d'une auréole maléfique, y compris le généreux donateur du palais de la Paix, sans oublier bien entendu Loewenstein, si intimement lié aux origines de Barcelona Traction.

Mais il n'est pas dans mes intentions de placer les débats sur un plan personnel, car il me suffirait, si je voulais me livrer à la polémique, de me reporter à l'affaire Olivier Gérard, dont le scandale fait partie de l'histoire de Barcelona Traction. Je souhaite très sincèrement ne pas avoir à m'abaisser jusque-là.

La manière de présenter l'affaire par la Partie belge repose sur trois inexactitudes très graves. M. March, dit-on, a pu spolier la Barcelona Traction parce qu'il disposait de la complicité des autorités espagnoles et ce pour les trois raisons suivantes: tout d'abord à cause de la gratitude que le régime espagnol actuel lui devait du fait de l'aide que March avait apportée au mouvement contre-révolutionnaire de 1936; ensuite, à cause de la phobie ressentie en Espagne à l'égard de la Belgique à la suite des résolutions de l'ONU de 1946; enfin, du fait du nationalisme exacerbé qui s'est manifesté par la législation de 1939.

Je vais maintenant examiner très brièvement chacun de ces trois points.

Voyons tout d'abord la question de la gratitude que le régime espagnol actuel aurait due à M. March.

Fidèle à une ligne idéologique bien connue, que je respecte sans la partager, M. Rolin (VIII, p. 16) a invoqué le témoignage d'un livre dont je suis l'auteur, qui fut publié il y a un peu plus d'un an. Or, j'ai le regret de devoir affirmer que mon honorable confrère m'a fait dire ce que je n'ai jamais dit.

Je n'ai pas écrit que la maison de M. March à Biarritz ait été, au cours de l'été 1936, le point de rencontre d'importants partisans de la contre-révolution. Bien au contraire, je n'ai fait qu'écrire ce qui suit:

« J'avais jusqu'alors eu des rapports fréquents, quoique fortuits, avec M. March, le marquis de Luca de Tena et le comte de Los Andes, surtout au domicile de ce dernier, quand ce n'était pas chez moi. Je ne les ai jamais vus agir en tant qu'éléments directeurs d'une conspiration... »

Ces personnes ont-elles apporté une aide, y compris de nature financière? J'en signale la possibilité dans mon livre, bien que j'ignore si elle s'est produite effectivement et encore plus le montant. J'ai écrit clairement que M. March s'est montré disposé à apporter une aide concrète. Ce que j'ignore, c'est s'il l'a fait effectivement.

Or, quand bien même ces personnes eussent apporté une aide économique à une époque où leur vie était en danger imminent, elles n'auraient fait que se situer dans la ligne que des hommes intimement liés à Barcelona Traction ont suivie par la suite, sans toutefois se trouver dans des circonstances personnelles qui les justifieraient de la même manière.

Le Gouvernement espagnol vient de présenter plusieurs documents à la Cour. On y trouvera parmi eux une photocopie d'une attestation dres-

sée par le représentant à Bruxelles du parti unique espagnol (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 8).

Cette photocopie, qui a été trouvée soigneusement cachée dans les sous-sols du siège social de Barcelona Traction à Barcelone, dit littéralement, sous en-tête des emblèmes de la Phalange traditionaliste espagnole et des J.O.N.S. :

« Le chef provincial (régional) de F.E.T. et des J.O.N.S. de Belgique, [atteste], que Monsieur Henri Speciael, de nationalité belge, âgé de 48 ans, administrateur délégué de Sidro, a remis, au cours de la guerre de libération, plusieurs sommes importantes d'argent en faveur de la Cause, et a observé envers l'Espagne nationale une conduite digne des plus grandes louanges.

Fait à Bruxelles, le 19 février 1940, sur la demande de l'intéressé et en accord avec les antécédents qui figurent dans ces bureaux sur ledit M. Speciael.

Le chef provincial. Signé: G. Cantelli. »

Mais il existe d'autres témoignages faisant foi de l'aide apportée par Barcelona Traction au mouvement contre-révolutionnaire de 1936.

Le 25 septembre 1936, M. Lawton écrivait une lettre à M. Senillosa, employé de Barcelona Traction, partisan fervent de la contre-révolution, qui se trouvait alors en Italie :

« si vous allez en Espagne pour collaborer avec les insurgés, vous pourriez porter vos efforts à les orienter tout particulièrement dans la zone qui nous intéresse, afin de leur indiquer la façon la plus efficace de couper le courant, s'ils le désirent, sans causer de grands dommages dans nos centrales ». (Nouv. doc. 1969, vol. II, p. 1.)

Le terme *insurgés* était alors appliqué aux troupes du général Franco, et la coupure de courant était destinée à priver d'énergie électrique une des zones vitales de la résistance républicaine.

C'est sans doute la raison pour laquelle les hommes de Barcelona Traction se sentaient si sûrs lorsqu'ils ont rendu visite à Burgos au général Jordana, ministre des affaires étrangères de Franco, un an avant la fin de la guerre civile. M. Lawton, qui lui rendit visite en compagnie de l'avocat de l'entreprise, M^c Tornos, raconte ce qui se produisit dans une lettre très intéressante tout le 5 mai 1938 adressée à M. Hubbard, dont le Gouvernement espagnol vient de déposer une copie à la Cour. Cela vaut la peine d'en lire le paragraphe suivant :

« Il [le général Jordana] déclara dès le début de la conversation que notre société n'avait pas montré de bonnes dispositions à l'égard de la cause nationaliste. Je l'interrompis en lui disant que nous avions montré notre sympathie en refusant de collaborer avec les rouges et en retirant tout le personnel étranger dès le début de la guerre. Que l'on avait maintenu des contacts étroits avec le duc d'Albe [ambassadeur du général Franco à Londres] qui pourrait confirmer notre aide à une période qui n'était pas aussi favorable à leur cause que celle actuelle... » (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 3 et suiv.).

Les événements se précipitent et la guerre civile touche à sa fin. Barcelone tombe aux mains des troupes nationalistes et M. James, de Barcelona Traction, laisse éclater son enthousiasme dans une lettre du 2 février 1939

adressée à M. Senillosa, qui avait reçu les instructions relatives à la coupure d'énergie électrique en Catalogne. Ces termes sont les suivants: « Permettez-moi de vous féliciter de la magnifique victoire de vos forces armées, la défaite des rouges a été foudroyante et est digne de toutes louanges » (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 6).

Quelle merveilleuse et radicale évolution des esprits, Monsieur le Président, Messieurs les juges! En septembre 1936, alors que le dénouement du conflit était douteux, les forces du général Franco sont qualifiées dédaigneusement d'insurgées. En 1939, lorsque les insurgés triomphent, la défaite fulgurante des « rouges » est digne des plus grands éloges.

Mais la capacité de changement des dirigeants de Barcelona Traction est pratiquement sans limites. Preuve en est la lettre que M. Lawton a adressée à M. Correa, gouverneur civil de Barcelone, le 2 mars 1942, et dont une copie est jointe aux nouveaux documents présentés à la Cour par le Gouvernement espagnol. On peut y lire le paragraphe suivant, que je cite littéralement:

« Votre Excellence n'ignore pas l'intervention qui fut la mienne pendant la guerre, à laquelle le généralissime a si brillamment mis un terme, les ordres donnés à tout le personnel étranger des entreprises que je dirigeais de se refuser à apporter la moindre collaboration aux marxistes, et d'abandonner la zone « rouge », la collaboration économique très importante et technique très étroite avec les services électriques de l'Armée dès l'instant même de la conquête des centrales de Capdella, Tremp et Camarasa... » (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 10.)

Et cette lettre, écrite trois ans après la fin de la guerre civile, M. Lawton, enthousiaste, ne la termine pas par la formule de politesse habituelle, mais en saluant le gouverneur le bras levé.

Je ne prétends pas accorder à ces documents une portée supérieure à celle qu'ils ont en réalité. Les représentants des grands groupes financiers internationaux, ceux qui ont introduit dans le monde les règles les moins défendables du capitalisme à outrance, qui ont servi d'instrument au colonialisme économique, qui ont étendu leurs ramifications tentaculaires aux pays les plus divers, ont pour norme une bonne entente avec tous les systèmes et tous les régimes. On pourrait presque dire qu'ils sont, par nature et par définition, gouvernementaux sous tous les gouvernements. Le groupe Barcelona Traction et les sociétés belges qui réunissent les soi-disant actionnaires de Barcelona Traction ont une grande expérience dans ce domaine et je ne pense pas leur en faire spécialement un grief.

Mais alors, pourquoi une telle indignation à l'égard d'une éventuelle aide économique de M. March, et surtout pourquoi prétendre déduire d'un fait aussi logique que non prouvé une conclusion aussi gravement offensante que celle d'une collusion gouvernementale due à la gratitude?

J'aborde maintenant l'examen du deuxième point: à savoir la prétendue phobie ressentie en Espagne à l'égard de la Belgique.

Cette allégation est également dépourvue de tout fondement.

La réaction momentanée que les résolutions de l'ONU de 1946 ont pu produire auprès du peuple espagnol, soumis aux privations les plus sévères par suite de la guerre et de l'isolement, a une justification humaine que personne, doué d'un minimum de bonne foi, ne saurait discuter.

Mais cette réaction n'a pas été durable, elle n'était pas spécialement anti-belge, et elle n'a eu aucune répercussion dans le monde des affaires.

Je n'ai aucune intention d'épuiser cette matière, mais je souhaite bien établir que la participation belge dans des affaires espagnoles, tant avant qu'après la faillite de Barcelona Traction, a été et est toujours très forte.

Il suffit de lire des ouvrages qui, je l'espère, ne seront pas contestés par la Partie adverse, tels que la *Morphologie des groupes financiers*; *Les trusts en Belgique*; *l'Anuario Financiero y de Sociedades Anónimas de España*, année 1962-1963; le *Recueil financier* de 1962 et *l'International Financial Statistical*, juillet 1968, pour montrer la participation de capitaux belges dans les sociétés suivantes: Real Compañía Asturiana de Minas; Minas de Potasa de Suria; Solvay et Compagnie; Hispavic, S.A.; Química de Mieres; Industrias Químicas de Luchana; Union Comercial Belgo-Española; Cellophane Española; Asland; Fábricas Remy; Ceplástico; S.I.C.O.P.; Hidroeléctrica Española; Regadíos y Energía de Valencia; Vallehermoso; Madrid-Palace Hôtel; Sociedad Financiera de Industrias y Transportes; Cobra, S.A.; Mototrans; Urbanizaciones y Transportes; Hierros y Aceros Industriales; Minas de Cabrales et Compagnie Internationale des Wagons-Lits.

Sofina, qui joue un rôle si important dans l'offensive contre l'Espagne, a, d'après les rapports des exercices 1948 à 1968 — dernière année dont on possède des renseignements —, dans son portefeuille de titres, des valeurs espagnoles, ce qui prouve, surtout si l'on tient compte de ses dernières acquisitions, que le fameux complot contre les prétendus intérêts belges de Barcelona Traction n'a pas ébranlé sa confiance dans les investissements en Espagne.

Elle avait d'ailleurs raison.

La société belge Madrid-Palace Hôtel exploitait également l'hôtel Continental de Saint-Sébastien. Un arrêt de la cour d'appel de Pampe-lune avait décidé que l'option d'achat que la société avait sur l'immeuble devait prendre pour point de départ le prix réévalué d'après l'étalon-or. La société belge s'est pourvue en cassation, et le Tribunal suprême espagnol, que les conseils belges traitent si durement, s'est prononcé en faveur de la société belge le 6 juin 1959 en révoquant la décision de la cour d'appel (Aranzadi 1959, n° 3026).

Barcelona Traction elle-même est un témoin exceptionnel quant au fait que le traitement qu'elle a reçu en Espagne n'a pas été le moins du monde influencé par cette prétendue hostilité envers la Belgique. Les membres de Barcelona Traction se sont vantés d'être parvenus à débloquer plus d'argent que toute autre entreprise, et jusqu'en février 1948 la société, maintenant faillie, a obtenu normalement et sans aucun retard les autorisations nécessaires au paiement des obligations en pesetas.

Rien de tout cela ne semble compatible avec ces déferlements de passion anti-belge, sur lesquels nos distingués adversaires ont prétendu bâtir une explication purement romanesque.

Les affirmations relatives à un nationalisme espagnol, qui se traduirait par la législation de 1939 et de 1947 (R., V, par. 792), sont tout aussi dénuées de fondement.

Lors de l'ouverture de la procédure orale, M. Rolin (VIII, p. 16) a assuré qu'au cours des années immédiatement antérieures à la faillite de vifs sentiments d'orgueil, voire de supériorité nationale, et un vif désir d'indépendance dominaient dans le pays. Ces sentiments se seraient exprimés dans la loi du 24 novembre 1939 qui restreignait la participation

étrangère à l'industrie nationale et dont on trouverait difficilement l'équivalent dans d'autres pays.

Il me coûte de devoir montrer ici que la passion, dans ce cas, a été une bien mauvaise conseillère pour mon illustre collègue.

En effet, comme nous allons le voir, la législation de 1939 est loin d'inaugurer en Espagne une ère d'une politique d'orgueilleuse autarcie, de constituer une exception dans le monde et d'être le point de départ d'une politique de nationalisation des entreprises.

a) 1939 n'a pas marqué en Espagne le départ d'une politique à tendance nationaliste, surtout dans le secteur le plus proche de l'affaire qui nous occupe. L'idée de restreindre les participations étrangères dans l'économie nationale se trouvait déjà dans le cahier des charges général des marchés de travaux publics du 7 décembre 1900; dans la loi du 13 juin 1916 qui prévoyait que les sociétés de navigation ne devaient pas disposer d'un capital étranger supérieur à 25 pour cent du total; dans la loi du 26 mars 1908 sur les chemins de fer secondaires et stratégiques; dans le décret-loi du 12 juillet 1924 sur la construction et l'exploitation de chemins de fer; dans la loi de protection et d'encouragement de l'industrie nationale du 2 mars 1917; dans le décret sur la navigation aérienne du 25 novembre 1919; dans ceux du 14 juin 1921 en matière de concessions minières et d'exploitations hydro-électriques... Mais à quoi bon continuer cette énumération? Toutes ces dispositions sont en effet antérieures à la guerre civile et, par conséquent, à la législation de 1939.

b) L'ouvrage du professeur Friedman, de la Columbia University, sur les aspects légaux des investissements étrangers, édité à Londres en 1959, qui se trouve dans la bibliothèque du palais de la Paix, fait état des diverses législations nationales en matière de protection économique.

Je ne ferai pas un exposé détaillé de cette étude, qui souligne qu'aussi bien dans les pays industrialisés que dans ceux en voie de développement il existe fréquemment des dispositions légales ayant pour objet de limiter la participation d'étrangers à certaines activités économiques, telles que les banques, les transports, la radio, la télévision, la presse, les services publics, l'agriculture, l'exploitation de richesses naturelles, l'industrie de l'armement et la propriété immobilière. Des limitations de nature générale, applicables à la majorité des activités économiques, sont moins fréquentes; on les trouve toutefois dans les législations du Mexique, du Brésil, de la République arabe unie, de l'Inde et du Pakistan, sans compter, bien entendu, les pays socialistes. Les législations de la Suède, de la Finlande et des Philippines comportent également d'importantes limitations. En Belgique, enfin, les travaux publics financés par l'Etat ne peuvent pas être confiés à des sociétés dans lesquelles des étrangers posséderaient plus du tiers du capital social (loi du 3 février 1947).

Comme on peut le constater, la loi espagnole de 1939 n'est guère originale.

c) Je serais enfin reconnaissant au Gouvernement belge s'il pouvait fournir la preuve de ce qu'il avance, à savoir que cette législation a marqué le début d'une phase de nationalisation des entreprises. Or, l'Espagne est justement l'un des pays qui a procédé au moins grand nombre de nationalisations. Je me souviens seulement de celles de la *Compañía Telefónica Nacional de España*, *Minas de Río Tinto*, *Red de Ferrocarriles (RENFE)* et des branches sociales des compagnies d'assurance, ce qui n'a pas manqué de susciter des critiques de la part des défenseurs de certains courants idéologiques.

L'affaire qui nous occupe a été présentée dès les premiers jours, par la Partie adverse, d'une manière fondamentalement fausse. Et ce qui est pire on y a insisté avec une réelle obstination. Au sein des plaidoiries belges, le nom de M. March a été répété des centaines de fois et on en a fait le *deus ex machina* des tragédies grecques, dont l'intervention suffisait à donner à l'intrigue théâtrale une orientation décisive. Cette manière de répéter plusieurs fois ce qui est prouvé être inexact rappelle la tactique du ministre tristement célèbre de la propagande hitlérienne, selon laquelle la répétition systématique d'un mensonge finit par en faire une vérité.

Le problème de la Barcelona Traction se pose en des termes à la fois simples et différents: on se trouve face à un débiteur qui n'a jamais voulu payer ses dettes et à des créanciers qui, logiquement, ont voulu toucher leurs créances. Il suffira, pour ne pas se perdre au milieu des complications de ce procès, de suivre cet authentique fil d'Ariane.

La Barcelona Traction n'a jamais voulu payer ses dettes, parce qu'elle a été créée virtuellement en état d'insolvabilité et parce qu'elle a adopté une structure qui, d'après elle, lui permettait de déjouer systématiquement ses créanciers. Enfin, parce qu'à l'abri de cette structure, elle a pratiqué une politique constante de dissimulation de ses bénéfices, de fraudes fiscales, de simulation de dettes à l'étranger, de ruses à l'égard des autorités administratives espagnoles et de mépris de la juridiction du pays qu'elle avait choisi pour exercer ses activités.

Lorsqu'elle a réalisé qu'elle se trouvait face à une faillite qui atteignait une effectivité à laquelle elle ne s'attendait pas, elle s'est fixé la ligne de conduite suivante:

1. Il ne fallait pas s'exposer à devoir discuter, devant les tribunaux espagnols, de problèmes qui mettraient en évidence le caractère congénital et incorrigible de sa nature frauduleuse.
2. Il fallait susciter intentionnellement une grande quantité de décisions judiciaires internes, susceptibles de servir de base à une allégation artificieusement construite de dénis de justice.
3. Il fallait porter sur le plan international les problèmes dont on ne voulait pas discuter sur le plan du droit interne.
4. Il fallait chercher la possibilité de justifier une demande d'indemnité globale qui, en cas de succès, ferait de la faillite une véritable affaire pour les prétendus actionnaires belges.

Les moyens employés tout au long de la procédure depuis 1948 jusqu'à nos jours sont les mêmes. Ils consistent à utiliser les structures et l'activité frauduleuse de la société et à formuler sur les adversaires les appréciations méprisantes et les accusations les plus graves, parfois masquées derrière des réserves et des ironies qui n'entament en rien la force des accusations. On voudrait extraire le dard sans toutefois sortir le venin.

Dans cette phase initiale des plaidoiries du Gouvernement espagnol, ma mission n'est pas d'expliquer chacune des étapes de la faillite. Cette tâche reviendra à d'autres conseils qui parleront après moi.

Je n'ai pas non plus la prétention de donner des leçons de droit qui seraient déplacées.

Le rôle qui me revient est beaucoup plus humble: il consiste à exposer, le plus clairement possible, certains faits fondamentaux, à les interpréter conformément aux règles élémentaires de la logique et à en déduire les conséquences inévitables.

Le premier fait qui saute aux yeux est la passivité de la Barcelona Traction dès le début de la procédure.

Après la déclaration de faillite *inaudita parte debitoris* par le juge, conformément à la loi espagnole et à celle d'un grand nombre d'autres pays, et l'adoption des mesures nécessaires à la sauvegarde de l'intégralité de la masse de la faillite, un délai non prorogeable de huit jours — qui, compte tenu des jours fériés, se portait à onze — commençait à courir pour la Barcelona Traction, délai au cours duquel et uniquement au cours duquel celle-ci pouvait faire opposition à la faillite.

À cet égard, les dispositions de la loi espagnole sont catégoriques. Le délai ne peut être prorogé. Si on le laisse expirer sans s'opposer à la déclaration, celle-ci devient irrévocable et ouvre la voie à une procédure absolument irréversible qui ne peut aboutir qu'à un des deux résultats suivants : un concordat approuvé par les créanciers ou la vente des biens de la masse.

Peu importe, à cet égard, que la faillite soit prononcée à juste titre ou non ; que les conditions requises pour la déclarer soient réunies ou non ; que la publication doive se faire ici ou là. Tout cela doit être allégué dans le délai fixé par la loi. Tout cela peut et doit être discuté dans le cadre de l'opposition. Si on n'y procède pas, il n'est pas possible de revenir sur la question — et cela pour d'évidentes raisons de sécurité juridique —, à moins que l'on n'ait recours à la procédure extraordinaire de révision qui, dans l'affaire de la Barcelona Traction, n'a jamais été utilisée.

Etant donné l'extraordinaire importance de la décision judiciaire qui déclare la faillite, la passivité de la Barcelona Traction ne saurait se justifier.

Les explications qui ont été données par les dirigeants de la Barcelona Traction et par le Gouvernement belge dans ses plaidoiries ne sauraient convaincre personne.

À ce sujet, je dois de vifs remerciements à M. Rolin pour l'aveu précieux que contenait sa dernière plaidoirie si brillante.

De l'avis de cet illustre professeur (VIII, p. 17), Barcelona Traction n'aurait pas fait opposition à la déclaration de faillite parce qu'elle connaissait l'existence d'un arrêt d'un tribunal anglais d'après lequel la comparution devant un juge espagnol pouvait impliquer l'acceptation de la juridiction et la compétence des tribunaux de ce pays. Ainsi, n'ayant pas osé le faire en février 1948, elle se serait décidée, quatre mois plus tard, à courir ce risque.

Je ne parviens pas à m'expliquer ce que M. Rolin a voulu soutenir.

Tout d'abord, parce que je vois mal comment les juristes espagnols, que la Barcelona Traction a sans aucun doute consultés dans un cas aussi délicat, ont pu lui dire que l'arrêt britannique constituait un précepte applicable en Espagne.

Deuxièmement, parce que pour éviter à la fois ce risque d'accepter la juridiction et la compétence tout en faisant opposition dans le délai légal la Barcelona Traction disposait d'un moyen que connaît l'avocat espagnol le moins expérimenté : introduire le déclinatoire dans les huit jours et, en demande additionnelle à cette pièce écrite, formuler catégoriquement l'opposition à la déclaration de faillite.

Je doute fort que M. Rolin lui-même soit arrivé à se convaincre de sa propre explication.

La passivité de Barcelona Traction ne saurait s'excuser même par le manque de temps pour préparer sa défense ni par le fait que ses directeurs

ou conseils ne se fussent pas parfaitement rendu compte de l'importance de la décision judiciaire et de ses conséquences.

La première hypothèse est inexacte. La deuxième inconcevable.

Il convient tout d'abord de rappeler qu'il a été prouvé, documents à l'appui, dans le cadre de la procédure écrite, que l'idée d'une faillite éventuelle est née plus d'une fois dans l'esprit des dirigeants de Barcelona Traction entre 1915 et 1946.

Dans une lettre du 12 février 1915, que la Cour trouvera dans les annexes au contre-mémoire, volume IX (p. 378), M. Comulada donnait au général Milan del Bosch une explication détaillée de la désignation d'un *receiver* pour la Barcelona Traction :

« Le fait est qu'un groupe d'obligataires peu important, voyant que la Barcelona Traction ne pouvait pas payer le coupon, crut l'occasion propice pour un chantage en règle et menaça de demander la désignation d'un contrôleur judiciaire; pour éviter qu'un contrôleur dangereux ne fût nommé, un groupe d'obligataires dévoués à la société prit les devants et obtint la nomination d'un contrôleur qui nous était acquis; l'intérêt de la société étant ainsi protégé et celle-ci se voyant à couvert de toute tentative de mauvaise foi. Voilà ce qui s'est passé et c'est logique, jusqu'à ce que l'on trouve un arrangement avec les obligataires au sujet du paiement du coupon. Mais voir dans cette circonstance quelque chose dans le genre d'une faillite ou d'une liquidation serait simplement absurde. »

Cette explication est précieuse et nous y trouvons déjà tous les éléments essentiels de la mauvaise foi congénitale de la Barcelona Traction :

1. Un coupon qui déjà en 1915 n'a pas pu être payé.
2. Des obligataires qui se voient traités de maîtres chanteurs simplement parce qu'ils désirent toucher leur dû.
3. Une direction d'entreprise qui, face au danger de voir agir les créanciers, s'empresse d'obtenir, grâce à des obligataires de confiance, la désignation d'un *receiver* dont la docilité lui est acquise.
4. Des négociations avec les obligataires, pour qu'ils se résignent à ne pas percevoir tout leur dû, après que la société a été mise à l'abri de toute manœuvre de mauvaise foi, c'est-à-dire de toute tentative de lui faire payer ses dettes.
5. Et, bien entendu, la perspective d'une faillite, évitée par l'habile manœuvre des dirigeants du groupe et l'aide précieuse des obligataires cointéressés.

Tout cela, je le répète, Monsieur le Président, Messieurs les juges, se passe en 1915, alors que l'entreprise existe depuis un peu plus de trois ans, à une époque où M. March ignorait certainement l'existence de la Barcelona Traction, et où n'était intervenu ni un refus de devises, ni aucun cas de force majeure, ni fait du prince!

Trois ans s'écoulent et la perspective d'une éventuelle faillite ne disparaît pas de l'horizon de la Barcelona Traction.

L'avocat, M^e Riera y Soler, que la banque Arnús-Garí, étroitement liée à la Barcelona Traction, avait consulté au sujet des conséquences que pourrait avoir le rejet d'un accord par les obligataires, émit le 11 mai 1918 l'opinion selon laquelle « *la Compagnie, dans l'impossibilité de faire*

face à ses engagements tombe de nouveau aux mains du receiver et arrive à se déclarer en état de faillite » (A.C.M., vol. IX, p. 305).

M. Speciael fut plus catégorique. Dans une lettre du 28 février 1941, il synthétisait la situation avec la sincérité suivante: « Trop d'argent dans les banques nous expose au vol; trop peu, risque de provoquer la faillite de la société » (nouv. doc. 1969, vol. III, p. 130).

Dans une lettre adressée au ministre espagnol de l'industrie et du commerce, le 7 décembre 1946 — quinze mois avant la déclaration de faillite —, l'administrateur délégué de Sidro écrivait que si la Barcelona Traction ne recevait pas de devises elle courrait le risque de tomber entre les mains d'un receiver, pour un délai plus ou moins long, être mise en vente aux enchères publiques avec des difficultés illimitées (A.C.M., vol. VI, p. 332).

J'insiste sur le fait que tout cela fut écrit avant que la faillite ait été demandée et avant que les négociations de Bâle montrent la volonté de M. March de voir tous les créanciers, et non seulement les obligataires de son groupe, toucher leur dû. Si, depuis 1915, les dirigeants de la Barcelona Traction entrevoyaient si clairement le danger d'une faillite, la prudence la plus élémentaire recommandait qu'ils aient préparé leur défense et envisagé toutes les éventualités.

En février 1948, la déclaration de faillite fut instantanément connue dans le monde entier. La presse et certains parlements ont traité de l'affaire quelques heures plus tard. *Le Financial Times* du 15 février 1948 se fit l'écho de déclarations formulées deux jours auparavant par le président de la Barcelona Traction lui-même, donc au lendemain de la décision judiciaire.

Mais à ce sujet on n'a guère besoin de présomption. M. Rolin nous a fourni en effet un témoignage décisif au cours de la procédure orale sur les exceptions préliminaires. Il a dit :

« il n'est jamais entré dans la pensée du Gouvernement belge de soutenir ... que la société n'aurait pu faire opposition dans les huit jours qui ont suivi la publication de la décision déclarant sa faillite » (III, p. 627).

Il est donc totalement évident que la Barcelona Traction pouvait s'opposer à la faillite. Pourquoi ne l'a-t-elle pas fait ?

L'audience est levée à 13 heures

VINGT-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (21 V 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. GIL-ROBLES: Je me suis arrêté hier sur cette affirmation que Barcelona Traction aurait pu s'opposer à la déclaration de faillite en temps voulu et dans les formes requises, et je terminais sur cette question: Pourquoi ne l'a-t-elle pas fait?

Et maintenant je me demande: les conseils et avocats de Barcelona Traction ne se seraient-ils pas rendu compte de la portée de la décision judiciaire? Une telle hypothèse est absurde. Parmi ses conseils, Barcelona Traction comptait quelques-uns des plus grands noms du barreau espagnol; j'en prends pour témoin la liste qui figure au paragraphe 213 des observations et conclusions du Gouvernement belge et qui comprend les personnalités éminentes qui prêtaient alors leurs services à la société faillie. Nulle, parmi elles, ne pouvait ignorer les conséquences d'un jugement de faillite irrévocable.

Ont-ils cru, comme l'ont soutenu nos contradicteurs, notamment M. Rolin dans sa dernière intervention, que le délai de huit jours ne commençait à courir qu'après publication au Canada de la déclaration de faillite?

Les documents écrits espagnols ont démontré que cette thèse était insoutenable, ce que d'autres conseils se chargeront de souligner dans leurs prochaines interventions.

Deux observations me viennent toutefois à l'esprit.

La déclaration de faillite n'a jamais été publiée au Canada. Par conséquent, elle ne l'avait pas non plus été en juin 1948 lorsque Barcelona Traction s'est rendu compte de l'erreur qu'elle avait commise en ne faisant pas opposition auparavant à la faillite. Si donc, comme on nous l'a dit par la suite, la publication au Canada était indispensable pour pouvoir entamer un recours, il est inexplicable que Barcelona Traction ait fait en juin 1948 ce qu'elle avait négligé en février.

La deuxième observation est que la Partie adverse pourrait tout au moins nous accorder que le problème de la publication au Canada était un point controversé. Pour nous, il ne l'est pas; mais dès l'instant où deux thèses s'affrontent, il existe doute et controverse. C'est bien pourquoi j'ose affirmer qu'aucun avocat responsable rencontrant un point controversé ne se risquerait, ni en Espagne ni dans aucun autre pays au monde, à perdre une occasion de recours qui ne pourra plus se présenter à l'avenir.

Il est donc indéniable — j'évite d'employer le terme évident qui a le don de tant irriter les conseils du Gouvernement belge — que la Barcelona Traction n'a pas voulu faire opposition à la déclaration dans le délai unique et improrogable de huit jours établi par la loi. Cette inaction, aux conséquences pratiquement irréparables, a été totalement délibérée et consciente.

Cette conduite n'a qu'une explication rationnelle.

La Barcelona Traction a vu venir la faillite en toute sérénité. Elle y pensait comme à quelque chose qui tôt ou tard devrait se produire, mais qui, en fin de compte, pourrait aussi bien être inoffensif. La structure de

l'entreprise, conçue et mise en œuvre pour empêcher les réclamations des créanciers de triompher, pouvait aussi servir à cette occasion.

S'il en était ainsi, il ne fallait pas courir le risque, dans le cadre du recours en opposition, de voir un passé si trouble et compromettant surgir en pleine lumière.

A cet égard, je ne puis négliger totalement ce que M^e Rolin a dénommé, presque avec mépris, la préhistoire de la Barcelona Traction (VIII, p. 11).

Dans la vie d'une société commerciale, le passé conditionne le présent, et on ne peut pratiquer entre l'un et l'autre des coupures radicales si pratiques pour répudier un héritage, dont on a bénéficié. Dans le cas de la Barcelona Traction, la structure originelle de la société faillie et l'action frauduleuse au cours d'un tiers de siècle — avant et après la participation controversée belge — sont si intimement liées qu'il serait inutile de prétendre les dissocier.

J'ai dit que le passé conditionne le présent, idée que M. Maurice Frère, président de Sofina, a soutenue lors de l'assemblée générale qui s'est tenue récemment à Bruxelles, il y a à peine un mois, lorsqu'il a dit: « J'en suis persuadé, le passé est le gage de l'avenir. » Je comprends qu'une telle notion ne soit guère agréable à M^e Rolin, si l'on considère que le passé frauduleux de Barcelona Traction a engendré la faillite présente.

Les faits ont une force indiscutable.

Le 12 septembre 1911, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited s'est constituée à Toronto et, deux mois plus tard, a passé un accord avec Spanish Securities, en vertu duquel cette société lui transférait ce qui suit:

une concession hydro-électrique en Espagne;
des droits sur d'autres concessions;
des plans et des rapports pour l'exploitation des concessions;
des actions et obligations d'une société, Ferrocarriles de Cataluña, S.A., qui n'avait pas encore été constituée.

Rien d'autre. La valeur de cet apport était à l'époque nulle et sa valeur potentielle dépendait de l'effort économique qui serait réalisé par la suite.

Et pourtant, en paiement de ces apports qui n'avaient qu'une valeur potentielle, Barcelona Traction a versé 25 millions de dollars canadiens en actions qui lui étaient propres, entièrement libérées, et 750 000 livres sterling en obligations de la société.

Le jour même, Barcelona Traction transférait à Ebro Irrigation and Power Co., Ltd. la plupart des concessions, plans et rapports fournis par Spanish Securities, et recevait en paiement 2 500 000 dollars canadiens en actions représentant la totalité du capital social d'Ebro ainsi que 4 666 000 dollars en obligations de cette société.

De ces faits, dont on ne saurait mettre en doute l'exactitude, on peut tirer deux conclusions. La première, que la totalité du capital social initial de Barcelona Traction et d'Ebro s'est trouvée libérée sans aucun versement numéraire et effectif, moyennant des apports *in natura* d'une très faible valeur réelle. Et bien plus, Barcelona Traction est née en état d'insolvabilité en raison de la remise qu'elle fit des 750 000 livres sterling en obligations sans une contrepartie équivalente de sa valeur nominale.

La deuxième conclusion est que, manquant d'un capital réel et effectif, les sociétés ont dû avoir recours au marché des capitaux à la recherche de

fonds leur permettant de réaliser leurs affaires, moyennant les émissions d'obligations de Barcelona Traction qui devaient être garanties par des titres dépourvus de contrepartie réelle.

Il sied donc de bien considérer ce fait indiscutable: Barcelona Traction est née avec un capital purement comptable et une charge initiale qui la plaçaient dans une situation d'insolvabilité congénitale.

Cette manœuvre ne devait pas tarder à produire ses fruits. Avant même que s'écoulât la troisième année de son existence, Barcelona Traction se trouvait déjà dans l'impossibilité de payer le premier coupon de ses obligations en circulation. Ainsi, le paiement du premier coupon des obligations mises en vente au cours de l'été de 1914, pour un montant de 1 586 060 livres sterling, n'a même pas été effectué.

Puis vinrent les insolvabilités successives de Barcelona Traction qui devaient donner lieu à quatre réductions des droits des obligataires, que l'on a pudiquement qualifiées d'arrangements.

Le premier imposait aux obligataires la suspension, pendant quatre ans, du paiement en espèces des coupons et le recul dans leur classement des obligations *First Mortgage* au profit de nouvelles obligations privilégiées.

Le deuxième arrangement, concernant les obligations *First Mortgage*, augmentait le taux d'intérêt, mais prévoyait que seuls 2% de l'intérêt seraient payés en espèces, le reste n'étant payé que si les bénéfices de la compagnie le permettaient. Quant aux obligations *Prior Lien « B »*, l'intérêt fut diminué et le paiement prévu en bons pour la moitié des obligations en circulation, pendant trois ans.

Le troisième augmentait à nouveau l'intérêt des obligations *First Mortgage*, tout en maintenant le paiement de 2% seulement en numéraire. Le reste de l'intérêt n'était payé que si les bénéfices de la société le permettaient. Il ne semble pas nécessaire de dire que ce surplus de bénéfices ne s'est pas produit. La société fut également autorisée à échanger les bons remis à la place des intérêts contre des obligations *First Mortgage*, dans des conditions qui supposaient, pour leurs titulaires, une perte de 80% des montants qu'ils auraient dû percevoir.

Enfin, le quatrième arrangement plaçait les obligataires dans la nécessité d'accepter en échange des bons, qui remplaçaient les intérêts, des obligations *First Mortgage*, ce qui impliquait pour lesdits obligataires une perte qui, capitalisée jusqu'au 1^{er} décembre 1947, se montait à 13 474 173 livres sterling.

D'autre part, la modification du mode de paiement imposé en vertu de cet arrangement, qui s'ajoutait à la décision unilatérale de ne payer que 50% des intérêts correspondant aux obligations en pesetas pendant la durée de la guerre civile espagnole, représentait pour les obligataires une perte qui, capitalisée jusqu'au 1^{er} décembre 1947, se montait à 4 583 414 livres sterling.

Dans l'ensemble, la non-exécution des conditions primitives de l'émission des obligations impliquait pour les porteurs d'obligations un sacrifice indu de 18 057 587 livres sterling à la date indiquée plus haut, c'est-à-dire à la date qui précède immédiatement la faillite.

On prévoyait, de plus, un échange volontaire d'obligations *First Mortgage* contre des actions privilégiées de la Barcelona Traction. Celles-ci n'ayant payé aucun dividende, très peu d'obligataires indépendants se prêtèrent à cet échange. En revanche, la Sidro, qui était mise dans le secret des dieux, y accourut massivement et acquit 127 032 actions, ce qui

lui permit de réaliser un bénéfice équivalent à 1 692 275 livres sterling, par rapport à la valeur nominale des actions privilégiées de la Barcelona Traction qui lui furent délivrées.

Le miracle se produisit alors. La Barcelona Traction, qui n'avait jusque-là payé aucun dividende, commença à en verser, ce qui a permis à la Sidro de réaliser dans cette acquisition un bénéfice équivalent à 1,7 fois le montant que lui ont coûté les obligations qu'elle a échangées.

Qu'il me soit permis ici d'ouvrir une parenthèse et de demander si cette manœuvre de spéculation scandaleuse a donné aux actionnaires belges à travers la Sidro une situation actuellement dominante dans la Barcelona Traction, qui justifie la protection du Gouvernement belge.

En aucune façon, et lorsque l'on examinera les exceptions préliminaires les conseils du Gouvernement espagnol prouveront que la thèse du contre-mémoire et de la duplique reste entière.

Je désirerais uniquement, à l'heure actuelle, faire connaître les procédés utilisés par la Sidro pour obtenir une position forte au sein de la Barcelona Traction. Nous ne savons pas si cette position existe toujours aux dates critiques de la déclaration de la faillite et de la réclamation devant la Cour.

Un des inconvéniens des structures financières pyramidales qui, comme dans le cas présent, s'étendent des filiales et sous-filiales jusqu'à la Sofina, en passant par les échelons de la Barcelona Traction, des *nominees* et de la Sidro, c'est que la pyramide ne peut être tronquée à la hauteur désirée. Aussi il n'est pas facile pour le Gouvernement belge d'échapper à ce qu'il appelle le formalisme des personnalités juridiques, lorsqu'il tente d'invoquer un intérêt susceptible d'être protégé internationalement. Les efforts de nos adversaires pour pouvoir montrer, à la fin de leur pénible voyage, cette modeste épargne belge qu'ils prétendent défendre, ont été nombreux, intelligents, mais aussi stériles. En ce qui me concerne, du moins — et je l'avoue en toute humilité —, je n'ai pas encore pu savoir quels sont les véritables actionnaires belges qui, au travers de la Sofina et de la Sidro, contrôlaient la Barcelona Traction aux dates critiques. En ce qui concerne la Sidro, j'ai pu entrevoir quelque chose; je ne suis toutefois pas parvenu à rien découvrir auprès de la Sofina qui, en fin de compte, contrôle l'ensemble.

Je doute fort que toute l'habileté déployée par M^e Grégoire dans la manipulation des chiffres et des noms, avec une adresse qui frisait la virtuosité, ait pu convaincre qui que ce soit de ce que le capital de la Sofina, qui était autrefois allemand, et dont personne ne parvient à découvrir la véritable nationalité, au travers de cet entrelacs de participations croisées, l'abstentionnisme d'actionnaires et des contrôles minoritaires, soit de majorité belge.

Le contraste cruel qui existe entre le traitement accordé aux actions privilégiées, après la constitution de la Sidro, et celui que les obligataires ont dû supporter, se traduit par les chiffres suivants:

- a) chaque action privilégiée (ou son équivalent en actions sans valeur nominale après la réorganisation de 1930) a touché des dividendes pour un montant de 60,25 dollars canadiens;
- b) les obligataires ont dû, après le 1^{er} juin 1914, subir une réduction de 71,55% des intérêts qu'ils auraient eu le droit de percevoir si les conditions primitives d'émission des obligations avaient été remplies; de plus, il convient de signaler la dépréciation inévitable sur le marché

de la valeur de l'obligation qui, pour les obligations *First Mortgage*, a été de plus de 50%.

Il faut remarquer que les cessations de paiements ont commencé avant que n'existent les conjonctures défavorables qui furent notoirement exagérées à des fins polémiques. En réalité, le mal était inhérent à la structure économique même de l'entreprise et à la politique financière suivie par ses administrateurs. En effet, quelle influence le prétendu refus de devises pouvait-il avoir sur toutes les séries de cessations de paiements qui se sont produites depuis un demi-siècle?

Veillez me permettre, Monsieur le Président, Messieurs les juges, de souligner un fait dont l'exposé me dispensera à lui seul de tout commentaire. Pendant tout ce temps, à la baisse de valeur des obligations correspondait la hausse proportionnelle des actions. C'est dire que ceux que l'on appelle actionnaires belges et qui se posent aujourd'hui en victimes s'enrichissaient grâce aux manœuvres de la Sidro au même rythme que les obligataires s'appauvrirent.

On peut se demander: comment est-il possible que pendant un tiers de siècle ces manœuvres se soient succédé sans que la société soit déclarée en faillite? La réponse est très simple.

Pendant de longues années, les obligataires ont constitué une masse dispersée dans une quantité de pays différents. Dans ces conditions, qui, parmi eux, aurait osé se dresser contre ce colosse de la finance, retranché comme il l'était derrière une structure ingénieuse et complexe, qui le mettait à l'abri — tout au moins c'est ce que croyaient les dirigeants de la Barcelona Traction — des réclamations les plus légitimes?

Ce sentiment d'orgueilleuse supériorité sur des pygmées a inspiré le commentaire que l'on trouve dans l'acte par lequel Barcelonesa, l'une des sociétés constituant l'entreprise, voulut, bien que n'ayant pas qualité pour agir, faire partiellement opposition au jugement déclaratif de faillite:

« Que la volonté de ce groupuscule imperceptible puisse non seulement provoquer une gêne ou une pauvre égratignure, mais encore la faillite totale d'un colosse de l'ampleur de la Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd. est la chose la plus énorme que l'on ait jamais ouï raconter » (A.D., vol. III, n° 115, p. 122).

Cette attitude olympienne s'explique. Les dirigeants de la Barcelona Traction étaient habitués à considérer les obligataires dispersés comme de doux agneaux que l'on pouvait tondre périodiquement.

Aussi, lorsque la situation se fut aggravée, lorsque l'Etat espagnol se refusa à fournir les devises faute d'avoir reçu des renseignements suffisants, la Barcelona Traction, loin de se laisser intimider, élaborait au moyen de plusieurs formules inadmissibles le plan dit d'arrangement.

Ce plan, que d'autres confrères examineront plus amplement et avec plus de compétence que je ne pourrais le faire, aurait, s'il avait été mis en pratique, supprimé ce qui suit:

a) Une nouvelle diminution des créances des obligataires de 2 608 860 livres sterling, à savoir 39,58% des dites créances. Les obligataires perdaient en outre les intérêts des intérêts arriérés.

b) La transformation des dettes fictives que l'Ebro avait comptabilisées en représentation de prétendues obligations et d'une dette inexistante envers l'International Utilities, en de nouvelles obligations et actions de l'Ebro pour les valeurs suivantes: 367 millions en obligations

en pesetas et 13 842 966 en obligations en dollars canadiens, ou leur équivalent en livres sterling et 47 620 307 dollars canadiens, ce qui laissait subsister encore une prétendue dette envers l'International Utilities dont l'équivalent dépassait 1 400 000 dollars canadiens.

c) La suppression du risque de voir découvrir les manœuvres dolosives grâce auxquelles l'entreprise transférait clandestinement à l'étranger des bénéfices obtenus en Espagne.

d) Un gain de plus de 140 millions de pesetas pour les instigateurs et les collaborateurs de l'opération.

Une telle audace a échoué non seulement en raison de l'opposition du Gouvernement espagnol, mais également de celle du Gouvernement britannique qui n'a pas voulu se faire le complice de telles irrégularités. Le Gouvernement belge passe sous silence cette petite circonstance, qui le gêne évidemment. Il néglige de même une autre circonstance, aussi significative, à savoir que, dans la déclaration tripartite de juin 1951, les Gouvernements britannique et canadien ont considéré que le Gouvernement espagnol avait refusé à juste titre les devises demandées par l'Ebro.

La Barcelona Traction a observé la même conduite frauduleuse dans le domaine fiscal. Sa structure de société holding, habilement utilisée, lui a permis pendant des années et des années de se soustraire à la contribution sur les bénéfices, tant dans le pays d'origine de ceux-ci que dans celui du siège social.

En Espagne, pays d'origine de tous ses bénéficiaires, elle a tout particulièrement pris soin d'apparaître comme une entreprise ayant ses affaires à l'étranger, dépourvue d'établissements et de représentation en territoire espagnol, ce qui lui a permis d'échapper à la contribution.

Tels sont les arguments que les conseils du Gouvernement belge ont constamment eus à la bouche dans leurs plaidoiries. Ils oublient cependant que M. Spéciael avait lui-même souligné, dans une lettre adressée au ministre espagnol de l'industrie et du commerce, le 7 décembre 1946, quatorze mois avant la déclaration de la faillite, « la valeur nette énorme des avoirs de la Barcelona Traction en Espagne » (A.C.M., vol. VI, p. 333).

Au Canada, où elle n'avait en tout et pour tout que son siège social, elle a déclaré que toutes ses affaires se trouvaient à l'étranger, pour ne pas avoir à payer d'impôts sur les bénéfices.

La Barcelona Traction apparaît de la sorte comme un cas type d'évasion fiscale internationale.

Le montant des sommes frauduleusement soustraites au fisc espagnol par le truchement de l'Ebro (la fraude consistait à ne pas payer l'impôt sur les bénéfices) s'est monté à 177 224 759 pesetas, ce qui, joint à d'autres fraudes fiscales, permet de chiffrer les profits illicites résultant de fraude fiscale à 211 795 567 pesetas, ce qui a d'ailleurs été établi avec documents à l'appui (A.D., vol. I, p. 128), soit l'équivalent de 5 371 706 livres sterling: cette somme, capitalisée au taux et dans les conditions établis pour le paiement des intérêts des obligations *First Mortgage* lorsqu'elles ont été émises, constituait à la fin de 1947 une fraude capitalisée de 9 427 502 livres sterling.

Cette fraude s'est étendue sur la période 1912-1947, c'est-à-dire depuis la préhistoire de la Barcelona Traction jusqu'à l'époque contemporaine de la faillite, depuis que le bienfaiteur, M. Pearson, a initialement conçu l'entreprise jusqu'après l'intervention purificatrice des prétendus actionnaires belges que l'on voudrait aujourd'hui défendre.

D'un point de vue historique, on pourrait dire que ce long processus a démarré lors de la constitution de l'entreprise et s'est prolongé jusqu'en 1948.

Outre les preuves déjà très abondantes fournies par l'Espagne dans ses écritures, il en est d'autres dans les documents qui viennent d'être présentés à la Cour, dont certains contiennent des affirmations hautement révélatrices.

Dans sa note intitulée « Réserves pour dépréciation », du 15 décembre 1943, M. Menschaert soulignait le danger — je cite — qu'« à l'occasion d'inspections ultérieures, les agents du fisc pourraient bien exiger de nous plus de détails et nous demander notamment la production des divers éléments... » (nouv. doc. 1969, vol. III, p. 132).

Le 11 septembre 1947 (*ibid.*, p. 144), six mois exactement avant la déclaration de la faillite, le même M. Menschaert, dans une longue lettre adressée à M. Speciael; faisait l'observation suivante: le fait d'exprimer dans le bilan de l'Ebro une valeur réajustée d'intérêts arriérés sur les *General Mortgage Bonds* (qui produiraient un bénéfice, bien qu'il ne soit pas apparu jusqu'à présent) — je cite textuellement — « conduirait indubitablement le fisc espagnol à vouloir nous taxer sur ce bénéfice. Cela représenterait de 5 à 6 millions de pesetas. Tout le monde a bien été d'accord en définitive pour ne pas opérer ce réajustement. » Merveilleuse sincérité, en vérité!

Ce « tout le monde » était l'ensemble des personnes qui, tant à Barcelone qu'à Toronto et à Bruxelles, de même qu'à Lisbonne, New York et Londres, travaillaient avec acharnement à l'élaboration laborieuse des bilans des filiales, et tout particulièrement de l'Ebro, pour assurer la continuité de la fraude fiscale. Cette besogne difficile et très particulière, dont on peut suivre les incidents à travers la correspondance que j'ai précédemment citée, explique le commentaire savoureux fait par M. Speciael à M. Hopper, le 4 octobre 1947 (*ibid.*, p. 151): « Il est bien difficile de s'entendre quand tant de cuisiniers travaillent à la préparation du même plat. » Eu égard à la signification toute particulière qu'a le terme « cuisine » dans un contexte comme celui-ci, j'oserais ajouter, en guise de commentaire de la magnifique sincérité de M. Speciael, que « certes, la cuisine financière de la Barcelona Traction aurait dû être confiée au savoir-faire d'un grand maître queux plutôt que d'être abandonnée à des gargotiers ».

Avant de poursuivre, je désire bien préciser un point fondamental. Si j'ai résumé l'existence irrégulière de la Barcelona Traction, ce n'est pas que je prétende justifier sa faillite par sa conduite frauduleuse qui planait sur toute l'existence de Barcelona Traction, encore qu'en vérité celle-ci soit à l'origine de celle-là. La faillite n'est pas une procédure répressive mais une procédure d'exécution universelle. Si je l'ai fait c'est essentiellement parce que l'on peut tirer de cette histoire trois conséquences que je souhaite souligner.

La première est que la Barcelona Traction s'était elle-même plusieurs fois mise dans le cas de suspendre ses paiements. Lorsque la procédure de faillite fut entamée, le rapport de la société débitrice prouvait que la nouvelle suspension durait depuis onze ans. Comme, en droit espagnol, ce n'est pas l'insolvabilité, mais la cessation des paiements qui détermine la faillite, le juge était bien obligé de la déclarer. Il aurait dû le faire quand bien même la cessation des paiements eût été due à un motif de force majeure, ce qui, d'ailleurs, n'était pas le cas, comme nous l'avons déjà vu. Si elle avait existé, cette force majeure aurait seulement justifié que la

faillite fût qualifiée fortuite. Mais, de toute façon, il y aurait eu lieu à déclaration de faillite.

La deuxième conséquence est que le risque d'irrévocabilité de la déclaration de faillite paraissait à la Barcelona Traction moins sérieux que le danger qu'il y avait à ce que les débats qui se seraient instaurés sur une opposition régulièrement engagée fissent découvrir le pot aux roses. Dans ces conditions, il lui a paru plus prudent de ne pas faire opposition à la déclaration de faillite.

La troisième était que le risque d'une éventuelle déclaration de faillite semblait minime aux dirigeants de la Barcelona Traction. Il ne les a certainement pas empêchés de dormir. La Barcelona Traction s'estimait invulnérable parce qu'elle s'était, à cette fin, constituée sous forme de société holding possédant, médiatement ou immédiatement, la totalité des actions de tout un réseau de sociétés filiales et sous-filiales au nom desquelles s'effectuaient les affaires de l'entreprise. Ces affaires en territoire espagnol — il convient de ne pas l'oublier — étaient les seules qui composaient l'activité du groupe. L'entreprise Barcelona Traction n'avait d'autres bénéfices que ceux qu'elle retirait de l'exploitation de ses affaires en Espagne ou en Angleterre. Elle n'avait au Canada qu'un siège social à seule fin de continuer à se prévaloir d'une nationalité canadienne purement formelle ainsi que les titres des filiales, dans le seul but de les placer hors de la portée matérielle des organes d'une faillite déclarée en Espagne ou en Angleterre.

C'est là le contraire, tout le contraire de ce que soutient le Gouvernement belge.

J'entends maintenant aller au-devant d'une éventuelle objection en précisant qu'une entreprise constituée en tant qu'organisme ramifié ou à structure pyramidale n'est pas mauvaise en soi. C'est même là une forme courante dans le monde des activités financières. Si on considère ainsi les choses, la structure de la Barcelona Traction n'appelle pas en soi la critique. Cependant, la critique s'impose lorsque cette structure est conçue et utilisée en vue de la réalisation d'activités illégitimes. C'est précisément ce qui s'est passé dans le cas de la Barcelona Traction depuis sa constitution.

Son organisation était conçue en vue d'aboutir aux résultats suivants :

1. Pour que les filiales et sous-filiales, entièrement contrôlées par la Barcelona Traction, fissent des affaires exclusivement dans l'intérêt de la société mère et suivant ses instructions.

2. Pour fournir à la Barcelona Traction des capitaux au moyen de l'émission d'obligations garanties par des sûretés grevant les biens appartenant aux filiales, qui avaient été dotées d'une personnalité propre, utilisée en vue des manœuvres frauduleuses précédemment décrites, en abusant manifestement des formes juridiques.

3. Pour avoir ainsi les mains libres pour imposer à ses créanciers des remises répétées et des réductions d'intérêts.

4. Pour que tout le patrimoine de la Barcelona Traction fût constitué par les actions et les obligations des filiales, dont les titres seraient par précaution transférés en lieu sûr, afin d'éviter leur intégration à la masse au cas où le holding serait déclaré en faillite.

5. Pour sortir clandestinement des fonds d'Espagne, en simulant des dettes, en dissimulant des bénéfices, déjouant ainsi aussi bien les lois fiscales que celles qui régissent le régime des devises.

A l'abri de cette ingénieuse structure, la Barcelona Traction a cru pouvoir afficher son indifférence à l'égard de la faillite entamée devant le juge de Reus.

Je prie respectueusement la Cour de bien vouloir me permettre de souligner ici une coïncidence extraordinairement révélatrice.

De 1948 à nos jours, aussi bien dans les actions judiciaires, intentées en Espagne à tort et à travers, que dans celle dont votre haute juridiction est maintenant saisie, la Barcelona Traction et ses dirigeants ont invoqué en leur faveur une argumentation qui s'harmonise avec le plan esquissé dès 1911 : prétendue incompétence de la juridiction saisie en raison d'un siège social choisi pour se mettre à l'abri de toutes responsabilités ; personnalité indépendante des filiales ; impossibilité de saisir les titres situés à l'étranger. On peut observer une continuité parfaite en 1911, 1948 et 1969 entre Spanish Securities et la Sidro ; entre la structure conçue par M. Pearson et les arguments aujourd'hui invoqués par les conseils du Gouvernement belge. Continuité grâce à laquelle une structure, conçue pour mener à bien des visées illicites, fournit d'habiles arguments utilisés devant cette Cour.

Mais la Barcelona Traction n'avait pas prévu que cette invulnérabilité, qu'elle avait mise au point avec un soin si jaloux, s'effondrerait dès que la faillite serait déclarée par un juge qui se bornerait purement et simplement à appliquer correctement le droit espagnol.

Ce que la Partie adverse considérait comme une protection naturelle efficace (R., V, p. 16) s'est révélé en pratique inefficace, car elle reposait sur deux principes qui, dans ce cas, n'étaient ni nouveaux ni pertinents : les titres-valeurs et la personnalité juridique.

En droit espagnol, la relativité de ces deux principes était reconnue, en théorie et en pratique, bien avant que ne fût entamée la procédure de faillite de la Barcelona Traction.

C'est ainsi que j'indiquerai — tout en laissant à un autre collègue le soin de justifier pleinement cette thèse — qu'un arrêt du Tribunal suprême, du 17 avril 1917 (A.D., vol. II, n° 72, app. I, p. 557 et suiv.), dont M^e Van Ryn s'est, en vain, efforcé de dénaturer les termes au cours de son intervention, admettait déjà la possibilité de saisir des actions sans appréhension matérielle des titres.

D'autre part, une décision de la direction générale des registres, du 11 avril 1945 (A.D., vol. II, n° 74, app. 2, doc. 1), soutenait la théorie selon laquelle un juge pouvait, sur la demande d'une partie ou même d'office, prendre les mesures nécessaires à la répression d'une fraude réalisée sous le couvert de sociétés anonymes unipersonnelles, ce qui correspondait aux caractéristiques des filiales de la Barcelona Traction.

Nous aboutissons ainsi à une conclusion très nette. Sans rien inventer, en se bornant à appliquer les règles légales en vigueur, le juge a adopté les mesures nécessaires pour rendre la faillite effective. Il a, de la sorte, évité que la procédure se limitât à poursuivre des fantômes dans le royaume des ombres — selon l'expression imagée de M^e Grégoire (VIII, p. 315) —, ce qui eût correspondu à une faillite faite à la mesure du désir de la Barcelona Traction.

Les organes de la faillite se sont trouvés investis des droits inhérents aux actions dont la Barcelona Traction était titulaire, ce qui a fait disparaître la fameuse protection naturelle qui consistait à conserver les titres au Canada.

En même temps, le jugement déclaratif a fait sauter le deuxième élé-

ment de protection qui reposait sur l'interposition de personnes juridiques entre les créanciers de la Barcelona Traction et les biens de celle-ci.

J'espère, Monsieur le Président, Messieurs les juges, arriver à m'exprimer avec toute la clarté nécessaire pour dissiper l'équivoque que les conseils du Gouvernement belge ont cultivée avec un soin tout particulier, et cela jusqu'à la plaidoirie finale de M^e Rolin.

Les mesures décidées par le tribunal n'impliquaient aucunement la négation de la personnalité juridique des filiales. Le juge aurait peut-être pu déclarer cette personnalité éteinte, mais il ne l'a pas fait. Il est totalement inexact que les actifs des filiales aient été traités, dans la procédure de faillite, comme des biens appartenant à la société faillie. A tout moment, la personnalité juridique des filiales a subsisté et a continué de produire ses effets dans le cadre d'une administration normalisée. C'est pourquoi, tout au long de la faillite, on a considéré que les actifs des filiales appartenaient à celles-ci et non pas à la société mère. C'est pourquoi on n'a pas vendu aux enchères les actifs des filiales, comme on l'eût fait si la personnalité des filiales eût été déclarée éteinte.

Le juge s'est borné à prendre des mesures conservatoires sur les actifs des filiales pendant le temps nécessaire pour permettre aux organes de la faillite, en exerçant les droits de la Barcelona Traction qui avaient été saisis, de normaliser la vie des sociétés et d'empêcher que la procédure ne soit stérilisée, ce qui aurait été le cas si les biens des filiales avaient pu être vendus, cédés ou grevés d'hypothèque.

Il n'y a donc eu aucunement saisie fictive des titres ni saisie indue des actifs, comme on l'a si souvent prétendu en faisant fi de la vérité. Ce qui s'est produit c'est une saisie effective des droits inhérents aux actions et l'adoption de mesures conservatoires et transitoires à l'égard de biens qui étaient menacés de dilapidation.

Il n'existe aucune contradiction entre ce que je viens d'exposer et le fait que le juge ait considéré que les biens hypothéqués en Catalogne appartenaient de façon médiate à la faillie, qu'il ait qualifié incidemment les sociétés filiales d'appartenance (*pertenencia*) de celle-ci; le juge ne pouvait pas oublier que la société faillie avait disposé des biens des filiales comme s'ils lui appartenaient. Rappelons que ces biens avaient été donnés par la Barcelona Traction en garantie des obligations qui étaient impayées au moment où la procédure de faillite fut ouverte. La valeur de ces biens conditionnait, par conséquent, l'effectivité de la garantie constituée en faveur de tous les obligataires et pas seulement de ceux qui avaient entamé la procédure de faillite. Aussi, le juge ne pouvait-il se soustraire à l'obligation formelle que la loi lui faisait d'adopter les mesures nécessaires pour conserver la valeur des biens donnés en garantie.

Il est inutile que les avocats du Gouvernement belge prennent la peine d'éplucher la décision du tribunal à la recherche d'éventuelles déficiences doctrinales. Leur obstination à vouloir présenter les arguments développés dans nos écritures comme la rectification d'erreurs qui auraient été commises lors de la déclaration de la faillite et de l'adoption des mesures de saisie est tout à fait stérile.

Les décisions du juge, en effet, se justifient de par leur fondement même; mais à supposer même le contraire et quand bien même, au cours de la procédure, les juridictions supérieures auraient trouvé des arguments plus pertinents pour confirmer la décision du tribunal de première instance, comme cela se produit quotidiennement dans les annales judiciaires de tous les pays du monde; quand bien même le Gouverne-

ment espagnol aurait trouvé des justifications complémentaires ou de remplacement mieux fondées, une réalité indiscutable s'imposerait toujours: que la décision du juge était correcte et que, par là même, aucune responsabilité ne peut lui être imputée. En effet, si le résultat obtenu est celui qu'impose la loi, la plus ou moins grande rigueur scientifique des motifs retenus par le tribunal devient une question de second ordre.

En Espagne, la personnalité des filiales a été conservée, ce qui produit une première conséquence de grande importance. Les droits — je dis bien les droits — afférant à la Barcelona Traction à l'égard des filiales ayant été saisis, les organes de la faillite exerçaient par là même automatiquement un contrôle total sur celles-ci. Exerçant les droits dont était investi l'actionnaire unique, ils ont pu faire relativement aux filiales tout ce que la Barcelona Traction pouvait faire avant la faillite, alors surtout que, ce faisant, ils mettaient fin à une situation scandaleuse.

La Barcelona Traction pouvait-elle tenir des assemblées universelles d'actionnaires, modifier les statuts, désigner des administrateurs, conférer et révoquer des pouvoirs, remplacer les récépissés provisoires ou les anciens titres par de nouveaux titres? Elle pouvait certes le faire, puisqu'elle possédait la totalité du capital social.

Or, c'est là exactement ce que les organes de la faillite, d'abord, puis les syndicats pouvaient faire, et ils en ont usé avec suffisamment de sagesse pour effectuer les démarches strictement nécessaires afin de normaliser la vie des filiales et d'éviter que leurs actifs ne se volatilisent.

Le séquestre dépositaire se devait d'agir dans la défense de la masse, sous peine d'encourir une grave responsabilité. Au cours de la brève période qui s'est écoulée entre la déclaration de la faillite et l'entrée en fonctions du séquestre dépositaire, les dirigeants de la Barcelona Traction, qui avaient été les instruments de sa politique de fraude, ont eu le temps de soustraire des documents des archives, de renoncer à des droits, ce qui entraînait un préjudice économique pour la masse, et d'annoncer leur volonté de faire obstacle aux mesures adoptées par le juge. Aussi les conseils d'administration nommés par le séquestre dépositaire ne pouvaient-ils permettre qu'une telle situation se prolongeât. Et l'exercice d'un droit indiscutable a fait l'objet des plus vives critiques. Pour mes illustres confrères belges, le fait de défendre les intérêts de créanciers semble être monstrueusement antijuridique.

C'est dans la même perspective que s'inscrit ce que les conseils du Gouvernement belge s'obstinent à qualifier d'émission de faux titres et qui, à leurs yeux, aurait constitué le moyen de dépouiller intégralement la société faillie.

Mais, sur ce point encore, les arguments de la Partie adverse ne constituent qu'un enchaînement audacieux de sophismes, qu'il est facile de démonter.

La Barcelona Traction avait l'obligation de remettre ses titres ainsi que ses livres, documents, etc., aux organes de la faillite. En effet, du moment où le failli est dessaisi et frappé d'incapacité *ope legis*, il ne peut conserver par-devers lui un bien que la loi a transféré en d'autres mains. L'argument de nos honorables contradicteurs, selon lequel la loi espagnole ne comporterait aucune disposition obligeant expressément le failli à procéder à cette remise (VIII, p. 218), ne soutient pas l'examen le plus superficiel. La loi espagnole considère la soustraction de livres et de documents aux organes de la faillite comme un des motifs pour déclarer celle-ci

frauduleuse, ce caractère frauduleux entraînant lui-même des conséquences sur le terrain du droit pénal. Je me permettrai de faire appel ici à une comparaison qui me semble concluante. L'homicide et le vol sont réprimés dans tous les pays du monde, sans que les lois aient à préciser au préalable que l'on ne peut tuer ni voler.

Si la Barcelona Traction s'obstinait à conserver les titres au Canada, elle pouvait les vendre à un tiers de bonne foi. Les organes de la faillite devaient prévoir, ce risque éventuel qui, sans préjudice du principe de la territorialité de la faillite, aurait pu aboutir à des réclamations et à des litiges, quelque téméraires qu'ils fussent.

Il est absolument faux de prétendre que l'émission des nouveaux titres aurait été destinée à préparer la vente des actions de la Barcelona Traction qui eût été impossible autrement.

Le fait et le seul fait exact est que les titres n'ont jamais été vendus. Le mémoire belge reconnaît d'ailleurs (I, p. 98) qu'« aucune mention expresse n'est faite des titres nouveaux [dans le cahier des charges] ». En effet, ce qui a été vendu est exclusivement ce qui est décrit et spécifié dans le cahier des charges. On n'a pas vendu et on ne pouvait pas vendre de titres, ni anciens ni nouveaux, qu'ils fussent au Canada ou en Espagne. Ce qui a été mis aux enchères et adjugé c'étaient et c'étaient uniquement les droits inhérents aux actions dont la Barcelona Traction était titulaire. Toute autre explication n'est qu'une équivoque destinée à embrouiller ce qui est parfaitement clair.

Les syndics ont agi conformément à la plus stricte légalité. Mais, en outre, la Barcelona Traction n'avait pas jusqu'à présent contesté leur action. Il semble donc impossible de leur imputer la moindre responsabilité. C'est ce que le Gouvernement de Bruxelles a d'ailleurs reconnu, à un moment donné, dans la lettre que l'ambassadeur de Belgique à Madrid adressa le 13 juillet 1951 au ministre espagnol des affaires étrangères (A.M., vol. IV, n° 254) et qui se trouve à la disposition de la Cour. Comment peut-on donc vouloir rendre maintenant l'Etat espagnol responsable de ce qui s'est produit?

L'attitude noble et loyale pour la Barcelona Traction aurait consisté à reconnaître ses propres fautes. Elle avait choisi une structure particulière destinée à lui permettre de frauder ses créanciers. Elle a, à cet effet, placé au sommet de la pyramide un pouvoir de contrôle absolu sur l'ensemble, sans se rendre compte que ce très large pouvoir pourrait un jour, à l'occasion d'une procédure de faillite, tomber justement aux mains de ses créanciers. Les armes redoutables dont ceux-ci ont disposé pour leur défense ont été coulées dans les moules mêmes de la structure frauduleuse que s'était donnée la Barcelona Traction.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Dès que le jugement déclaratif de faillite et les mesures conservatoires adoptées par le tribunal ont fait pressentir aux dirigeants de la Barcelona Traction que la protection naturelle, élaborée avec tant de soin, menaçait de s'effondrer, ils se sont empressés de mettre en pratique le plan de rechange prévu que j'ai cité précédemment : internationaliser la procédure en la sortant de ses limites naturelles, et chercher ainsi à faire de la faillite une bonne affaire. La Barcelona Traction a constamment compté sur l'appui du Gouvernement belge pour développer son plan conformément aux directives suivantes :

1. S'abstenir d'engager certaines procédures essentielles devant les juges et tribunaux espagnols.

2. Remplacer celles-ci par d'autres dont elle savait qu'elles étaient nécessairement vouées à l'échec, tout en lui permettant d'alléguer une masse considérable de prétendus dénis de justice.

3. Centrer tout son effort d'abord sur les pressions diplomatiques, puis chercher à débattre, devant la juridiction internationale, de problèmes juridiques qui n'ont pas été soumis aux tribunaux espagnols.

4. Mettre en œuvre, dans la réalisation de ce plan, tout un arsenal de contradictions notoires, déformer les faits, calomnier les personnes et, au besoin, intervertir les rôles et même mutiler les textes légaux.

Ces points devant être étudiés en détail dans d'autres plaidoiries, je me bornerai ici à en indiquer quelques-uns à titre d'exemple :

A. Abstention relativement à certains actes de procédure essentiels

Je n'insisterai pas sur l'étonnante passivité dont la Barcelona Traction a fait preuve à l'égard du jugement déclaratif de faillite, mais j'indiquerai sommairement ce qu'elle aurait pu faire et qu'elle n'a pas fait dans le cours de la procédure de faillite.

a) A aucun moment, la Barcelona Traction n'a proposé de concordat à ses créanciers, alors que si un concordat avait été proposé et accepté, il aurait mis fin à la faillite sans qu'il fût besoin de vendre les biens de la masse.

b) Lorsque certains créanciers ont demandé que des syndics fussent nommés, puisque la convocation de l'assemblée des créanciers n'était pas visée par la suspension de la procédure, la Barcelona Traction s'est opposée à cette prétention ; mais elle n'a nullement songé à demander que la suspension fût levée pour permettre à son opposition, formée hors délai et en dépit du bon sens, d'être instruite.

c) Dans la dernière phase de la faillite, lorsque, après la levée de la suspension de la procédure, son opposition au jugement de faillite fut déclarée irrecevable comme formée hors délai, la Barcelona Traction a acquiescé à cette décision et ne s'est pas pourvue contre elle.

d) Elle ne s'est pas non plus pourvue contre l'arrêt du 8 juin 1963, qui rejetait l'incident de nullité d'actes de procédure introduit par la société faillie.

e) Alors qu'elle aurait pu le faire, la Barcelona Traction n'a pas présenté directement de déclinatoire de compétence. Elle n'a pas non plus contesté le fond du cahier des charges de la vente aux enchères, qui devait être ensuite qualifié de machiavélique dans les écritures. Puisque la Partie adverse en est à user d'un tel qualificatif, disons, en ce qui nous concerne, qu'il y a de sa part beaucoup plus de candeur que de machiavélisme à prétendre justifier par le manque de temps la passivité de la Barcelona Traction.

f) Lorsque le déclinatoire Boter fut rejeté par la cour d'appel de Barcelone, la Barcelona Traction, qui s'y était jointe, ne s'est pas pourvue en cassation.

g) Dans la branche de la procédure consacrée à la qualification, la Barcelona Traction n'a pas voulu intervenir le moins du monde et,

lorsque la faillite fut déclarée frauduleuse, elle n'a pas fait la moindre opposition à l'arrêt qui portait une aussi grave condamnation.

h) La Barcelona Traction n'a jamais intenté le recours en revision qui aurait nécessairement prospéré si la preuve avait été faite d'une collusion entre le juge et les demandeurs à la faillite.

i) D'autre part, ni la Barcelona Traction, ni les filiales, ni les personnes qui étaient à leur service n'ont formé un seul des recours que la loi mettait à leur disposition contre les décisions administratives espagnoles qui sont aujourd'hui qualifiées d'abus de droit.

Je désire consacrer quelques mots à ces deux derniers points.

Le Gouvernement belge déjà, dans ses écritures, et M^e Rolin, dans la plaidoirie du 14 mai, ont soutenu que le recours en revision ne pouvait être interjeté, car il ne peut l'être que contre un jugement et non pas contre un *auto*, forme que revêt la décision prononçant une déclaration de faillite en droit espagnol (VIII, p. 600).

Cette explication purement formaliste est insoutenable. L'action en revision peut être intentée contre toute décision judiciaire quelconque obtenue par des moyens illicites, dès lors qu'elle est irrévocable. Le jugement déclaratif de faillite est irrévocable, et si la Barcelona Traction n'a pas fait usage de l'action en revision c'est parce qu'elle n'a pas pu alléguer et encore moins prouver l'existence d'une machination frauduleuse. C'est pourquoi, bien que la faculté d'interjeter le recours en revision figurât expressément dans la *procuracion* faite en faveur des avoués de la Barcelona Traction, cette faculté ne fut pas exercée, ni le recours interjeté.

La réplique a bien dû reconnaître qu'il n'y avait eu ni manœuvre dolosive ou frauduleuse, ni subornation, ni corruption (V, p. 618), et M^e Rolin lui-même l'a confirmé dans son intervention. Toutefois, les accusations gratuites demeurent et les termes que nous avons entendus en cette Cour, de la bouche même de M^e Grégoire, constituaient une accusation qui, si elle était exacte, tomberait sous le coup du droit pénal.

Avec tout le respect que m'inspirent mes illustres collègues, si les imputations formulées à l'encontre des magistrats espagnols sont maintenues sans toutefois que l'on en tire les conséquences logiques, on ne peut alors que constater conjointement l'abandon du recours et la réitération d'allégations insidieuses.

Quant à la non-utilisation des recours administratifs et contentieux administratifs, l'attitude de M^e Rolin est assurément curieuse. Il ne convenait pas, dit-il, d'épuiser la voie hiérarchique car, à son avis, on ne pouvait s'attendre à une rectification de la part du ministre, M. Suanzes, en raison de la partialité qu'aurait exprimée son discours devant les Cortes; d'autre part, le recours contentieux administratif n'aurait pas été ouvert au motif qu'il s'agissait d'une mesure gouvernementale de nature discrétionnaire.

Je déplore que mon distingué confrère belge ait été si mal renseigné par ses experts espagnols!

L'épuisement de la voie hiérarchique s'impose avant de pouvoir saisir le Tribunal suprême d'un recours contentieux administratif. Aussi importe-t-il peu que le supérieur hiérarchique soit ou non passionné puisque c'est au Tribunal suprême de dire le dernier mot.

Le recours contentieux administratif serait-il inapplicable, la matière étant de nature discrétionnaire? M^e Rolin a tranché la question avec une désinvolture charmante. Dans une matière comme celle-ci, la question de

compétence de la haute juridiction se pose précisément quotidiennement. Mais c'est le Tribunal suprême qui en est saisi et qui se prononce dans chaque cas. Dans le cas qui nous occupe, M^e Rolin se l'est posée à lui-même et l'a lui-même souverainement tranchée. S'érigeant en Tribunal suprême espagnol, notre honorable collègue a décidé, dans un arrêt irrévocable, que s'agissant de matière discrétionnaire le recours ne devait pas être formé.

Cette abstention de la société défenderesse de soulever certaines questions fondamentales traduisait, de sa part, l'intention systématique d'éluder la discussion, devant les tribunaux espagnols, des questions essentielles de la faillite.

B. Actions judiciaires non pertinentes en Espagne

A cette passivité concernant les questions essentielles, s'oppose la prolifération d'actions qui ne pouvaient pas avoir la moindre chance d'aboutir dans le cadre du droit espagnol.

Je ne citerai ici que les plus marquantes :

a) Comme j'ai eu précédemment l'occasion de l'expliquer, Barcelona Traction n'a pas voulu faire opposition à la déclaration de la faillite dans le délai préfixé prévu par la loi. En revanche, elle a lancé ses filiales à l'assaut.

Or, celles-ci, d'une part, n'étaient pas créancières et, d'autre part, n'avaient pas été déclarées en état de faillite: par conséquent, elles n'avaient pas qualité pour former opposition.

De plus, elles n'ont pas contesté la déclaration de faillite mais seulement les mesures conservatoires qui les visaient, elles filiales. Elles n'ont contesté ni la juridiction, ni la cessation des paiements, ni la publication prétendument irrégulière, ni la *no-action clause*. Elles ont négligé de combattre la cause et ont prétendu s'opposer aux effets. Elles ont en outre cherché à tromper le juge, en cachant que Barcelona Traction était propriétaire de toutes leurs actions.

Ayant conservé leur personnalité juridique, elles étaient des tiers dans la procédure et cependant elles n'ont pas voulu suivre la voie que le juge leur a indiquée comme étant la seule pertinente: l'action en revendication dite *tercería de dominio*.

b) Lorsque, quatre mois après que le jugement de faillite fut devenu irrévocable, Barcelona Traction s'est décidée à intervenir, elle l'a fait par l'annonce d'une opposition qu'elle n'a jamais effectivement formée. Par la prétention même qu'elle formulait, qui n'était pas d'introduire un déclinaoire, elle acceptait la juridiction espagnole.

c) Barcelona Traction a fait introduire par National Trust un déclinaoire de compétence hors délais, commettant ainsi la double erreur suivante: d'abord de ne pas l'introduire elle-même au moment voulu, et ensuite de la faire présenter par la société canadienne qui, en tant que *trustee*, ne pouvait être considérée comme partie à la procédure.

d) Le 7 février 1953, Sidro a saisi le juge de première instance n° 14 de Madrid (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 40 et suiv.) d'une action dite de *mayor cuantía*, du chef de fraude procédurale. Sidro savait pertinemment que ce juge était incompétent, puisqu'elle avait elle-même appuyé la requête par laquelle Ebro demanda et obtint la désignation d'un juge spécial compétent pour connaître de la faillite et de ses incidences sur tout le territoire espagnol.

La requête devait nécessairement être rejetée *in limine litis* et c'est, en effet, ce qui se produisit. Toutefois, Sidro s'est pourvue en appel et en cassation, et ces deux recours se sont soldés inévitablement par des arrêts de rejet. La décision de juge incompétent, entérinée par l'instance supérieure, indiquait à Sidro le chemin à suivre, qui était d'entamer la même action devant le juge spécial. Mais Sidro n'a pas voulu le faire et a ainsi prouvé son obstination à suivre une voie erronée et son refus d'emprunter le droit chemin.

e) Une attitude analogue, voire identique, fut adoptée par National Trust, qui déposa une plainte le 8 septembre 1951 contre M. Juan Alegre devant le tribunal n° 5 de Barcelone (A.C.M., vol. IX, p. 115) et le 22 mars 1956 contre M. Enrique Larragán et autres devant le tribunal n° 4 de Madrid (A.C.M., vol. IX, p. 128); et par International Utilities, qui intenta le 6 avril 1956 une action contre Riegos y Fuerza del Ebro, S.A. et Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A. devant le tribunal n° 9 de Barcelone (A.C.M., vol. IX, p. 84) — cf. la demande dont Ebro a saisi le tribunal n° 9 de Barcelone le 6 juillet 1949 (A.M., n° 118, vol. II, p. 427).

En formant leurs demandes, tous ces plaideurs savaient qu'il existait un juge spécial, chargé de la faillite et de toutes ses incidences, et que, par conséquent, toutes les actions intentées ailleurs que devant lui l'étaient devant des juges incompétents. C'est ce qu'ils ont cependant fait. J'avoue n'être pas parvenu à trouver une explication satisfaisante à une telle façon de faire.

f) C'est à cette même catégorie d'actions inadéquates qu'appartiennent les requêtes formées par Barcelona Traction contre une personne étrangère à la faillite et contre les syndics en tant que personnes privées, le 27 octobre 1954 (A.C.M., vol. IX, p. 55) et le 28 février 1956 (A.C.M., vol. IX, p. 73) respectivement; trois actions en nullité d'actes de procédure entamées par National Trust, et deux autres intentées par MM. Duvivier, Mathot et Brementhal, coïntéressés de Barcelona Traction.

On ne peut trouver pour toute explication rationnelle de cette activité procédurale absurde, qui s'est exercée essentiellement à plus de 70% après la vente aux enchères des biens de la société faillie, que la volonté bien arrêtée de collectionner toute une série de décisions nécessairement défavorables qui, utilisées avec suffisamment d'habileté, pourraient donner la fausse impression d'une hostilité systématique de la part des autorités judiciaires espagnoles et permettraient de construire artificiellement une allégation de déni de justice. Le Gouvernement belge n'a-t-il pas qualifié ces actions judiciaires d'illusoirs, dans ses documents écrits? S'il en est ainsi, pourquoi les a-t-il entamées?

C. Efforts visant à internationaliser le problème

L'activité diplomatique exercée sur les instances de la société faillie a débuté dès qu'elle a pu comprendre, par les mesures adoptées par le juge, qu'il ne lui serait pas possible de considérer la faillite à la légère en se contentant d'y réagir avec une douce hilarité.

La veille du jour où expirait le délai légal d'opposition à la faillite, la première intervention diplomatique — celle du Gouvernement britannique — eut lieu (A.E.P., n° 87, p. 920).

Le 27 mars 1948, le Gouvernement belge entre en jeu (A.C.M., vol. VIII, p. 170-172). Bien qu'un peu plus de quarante jours seulement se fussent écoulés depuis la déclaration de la faillite, il s'est empressé de

dénoncer de nombreux dénis de justice. La voie était déjà nettement tracée.

Il s'agissait, tout d'abord, d'exercer une pression sur le Gouvernement espagnol par des menaces de scandale et l'annonce de périls pour le crédit de la nation, pour qu'il fit à son tour pression sur les tribunaux afin que ceux-ci missent fin à la faillite.

Ici, Monsieur le Président, Messieurs les juges, je me permets d'attirer respectueusement votre attention sur le fait suivant qui est particulièrement insolite: on a cherché à faire en sorte que le Gouvernement espagnol portât atteinte à l'indépendance de ses tribunaux, mais, ce qui est encore plus insolite, c'est que le Gouvernement belge lui-même se soit prêté à une telle tentative, lui qui accuse les tribunaux et les magistrats espagnols de manquer d'indépendance.

Les pressions diplomatiques exercées et les raisons qui les inspiraient font l'objet de preuves très abondantes dont la Cour dispose. Par souci de brièveté et à titre d'échantillon, je rappellerai seulement les notes du Gouvernement canadien du 21 juillet 1949 (A.E.P. 1960, n° 170 (10)) et du 22 décembre 1951 (A.C.M., vol. VI, p. 103); l'acte présenté le 26 février 1948 au bureau du Tribunal suprême, qui demandait la désignation d'un juge spécial (A.C.M., vol. VIII, p. 166); l'allocation de M. Heineman à l'assemblée générale d'actionnaires de Sofina, du 28 avril 1949 (nouv. doc. 1969, vol. III, p. 154); les campagnes de presse qui se sont prolongées jusqu'au jour même où nous écoutions dans cette enceinte les éloquentes plaidoiries du Gouvernement belge, etc.

L'obstination à vouloir internationaliser la procédure interne ne s'est pas manifestée uniquement aux premiers temps de la faillite. Le Gouvernement belge a traité devant cette haute juridiction de toute une série de problèmes que ni Barcelona Traction, ni ses filiales, ni ses coïntéressés n'avaient jamais soulevés devant les tribunaux espagnols, ou qui n'ont été abordés que de façon à éviter toute discussion devant un juge compétent.

J'énumérerai rapidement quelques-unes des questions qui ont été évoquées ici, mais dont les juges et tribunaux espagnols n'ont pas pu connaître, parce que telle était la volonté formelle de Barcelona Traction:

- a) les prétendues irrégularités de la procédure d'enquête (*información testifical*);
- b) la prétendue infraction aux règles spéciales régissant la faillite des sociétés concessionnaires de services publics;
- c) la prétendue violation dénoncée avec insistance de l'article 918 du code de commerce qui aurait été commise au mépris des droits de *trust* de National Trust du fait de la saisie des actions des filiales;
- d) la méconnaissance, par les organes de la faillite, de la personnalité juridique des sous-filiales;
- e) ce qu'on a appelé l'abus du principe «le criminel tient le civil en état»;
- f) la constatation de l'irrévocabilité du jugement déclaratif par les ordonnances des 2 (A.M., vol. II, n° 75, p. 324) et 17 (A.C.M., vol IX, p. 130) mars 1948, qui sont aujourd'hui qualifiées d'erreurs grossières et tangibles;
- g) la dénonciation du fait que le commissaire n'avait pas dressé la liste nominative des créanciers;

- h) la reconnaissance prétendument illégale et discriminatoire du droit de gage faite dans le cahier des charges;
- i) comme je l'ai indiqué précédemment, les problèmes de la juridiction, de la publication et de la *no-action clause*.

A quoi bon continuer?

Tous ces problèmes, sans exception, existaient avant que votre haute juridiction ne fût saisie de l'affaire Barcelona Traction. Tous, sans exception, auraient pu et auraient dû être soulevés devant les juges et les tribunaux espagnols.

En agissant comme il le fait, le Gouvernement belge dénature les données du problème et méconnaît ce qui constitue en réalité l'essence de la juridiction de la Cour, qui n'a pas à connaître de questions dont le cadre propre est celui du droit interne des Etats. Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que plusieurs des plaidoiries des conseils du Gouvernement belge que nous avons entendues ces derniers jours ressemblent à des plaidoiries qui auraient été prononcées devant une cour d'appel nationale beaucoup plus qu'à celles qu'on est accoutumé d'entendre devant la plus haute juridiction du monde.

Barcelona Traction et ses dirigeants sont ainsi parvenus à leurs fins et ont réalisé la manœuvre que je dénonçais au début de ma plaidoirie. Lorsque la procédure était instruite dans le cadre du droit interne, Barcelona Traction et ses protecteurs n'ont pas voulu soulever en Espagne de tels problèmes. Maintenant que celle-ci est posée devant la Cour internationale, ils s'efforcent de débattre essentiellement ces questions de droit espagnol.

A ces déformations regrettables s'ajoute — soit dit en passant avec tout le respect que m'inspirent les personnes — l'absence de toute la correction souhaitable dans les raisonnements.

Les premières notes diplomatiques étaient déjà loin de refléter la vérité, ce qui peut s'expliquer par une connaissance insuffisante des faits aux premiers temps de l'affrontement. Mais ce qui est grave, c'est que le Gouvernement belge n'ait pas abandonné cette tactique, alors qu'une preuve indiscutable, avec documents à l'appui, mettait en évidence la conduite frauduleuse de Barcelona Traction.

Il existe, en effet, entre les attitudes des divers gouvernements intéressés au départ dans l'affaire de la Barcelona Traction, un contraste qui n'aura certainement pas échappé à l'observation et à la perspicacité de la Cour.

Barcelona Traction a recherché l'appui d'autres gouvernements, outre le Gouvernement belge, et le fait est qu'elle l'a obtenu dès les premiers instants, du moins en ce qui concerne ceux de Londres, de Washington et d'Ottawa. Toutefois, après la déclaration tripartite de juin 1951, la situation va changer. Et je me permets d'attirer respectueusement l'attention de la Cour sur le fait que les gouvernements en question ont radicalement changé d'attitude dès qu'ils eurent pris connaissance de la vérité qu'ils ignoraient. Un Etat ne peut décemment défendre quelqu'un qui n'est pas digne de sa protection. Il est plus grave encore que cette tendance se soit accentuée dans la phase actuelle de la procédure. Les plaidoiries des conseils du Gouvernement belge fournissent des éléments de preuve très abondants. Malheureusement, la marge de temps réduite dont je dispose ne me permettra d'en utiliser qu'une petite partie.

Mais surtout la conduite procédurale de la Partie adverse se caractérise

par le profond mépris et l'animosité qu'elle professe à l'égard des demandeurs à la faillite et de leurs représentants.

Le nom de M. March a été répété, sans crainte de la monotonie, des dizaines voire des centaines de fois tout au long des plaidoiries belges, accompagné de qualificatifs méprisants destinés à créer une atmosphère beaucoup plus qu'à fonder rationnellement une thèse. « Les hommes de paille de March », « les marionnettes de March », les « instruments de March », la « docilité des juges toujours prêts à servir l'ambition spoliatrice de March »... Celui qui, sans rien connaître de l'affaire, aurait voulu s'en faire une idée d'après ce que l'on a pu entendre ici pendant un mois, aurait été persuadé qu'un homme tout puissant, dominant les personnalités et les institutions officielles par son argent et par la crainte que sa puissance inspirait, avait, sans le moindre titre pour ce faire, fait irruption dans le procès tel un bandit armé jusqu'aux dents qui aurait cherché à s'emparer d'un trésor.

Ce spectateur non prévenu aurait ainsi méconnu la réalité qu'aujourd'hui la Cour connaît, à savoir : que M. March était l'un des créanciers légitimes les plus importants de la Barcelona Traction, qui a acquis de ses deniers d'importants paquets des obligations non payées émises par la société faillie; que sa volonté de percevoir son dû, ainsi que de voir les autres créanciers percevoir le leur, et d'éviter que les dirigeants habitués à mener leur affaire en marge de la loi continuent leur politique de fraude, l'a amené à conduire de nombreuses négociations avant, pendant et après la procédure de faillite; et que ces négociations, qui ont exercé une grande influence sur le déroulement de la procédure, n'ont échoué que par la faute de l'intransigeance de Barcelona Traction, dont l'ambition demeurait de ne pas payer ce qu'elle devait. Ce fait fondamental, qui était l'origine de la faillite, les avocats du Gouvernement belge essaient aujourd'hui de le faire oublier en multipliant les expressions qui se veulent ironiques lorsqu'elles ne sont pas injurieuses. C'est, bien entendu, un procédé très commode. Malheureusement pour les défenseurs de la thèse belge, c'est un procédé beaucoup plus commode qu'efficace.

Le mépris du Gouvernement belge à l'endroit de M. March atteint également ses représentants et ses collaborateurs. Avec un manque de goût caractérisé, les plaidoiries de la Partie adverse ont systématiquement réservé les qualificatifs les plus péjoratifs aux demandeurs à la faillite ainsi qu'à tous ceux qui sont intervenus au procès à l'encontre de Barcelona Traction. C'est à eux que sont réservées les épithètes dédaigneuses et blessantes. Au contraire, à l'égard de ceux qui sont intervenus en faveur de la Barcelona Traction ou à ses côtés, les conseils du Gouvernement belge font immanquablement preuve de la plus grande déférence et considération. Ainsi, les adversaires de Barcelona Traction ne sont que des *hommes de paille ou des marionnettes*. En revanche, les alliés de la Barcelona Traction sont des « cointéressés ». C'est même le cas de ce brave M. Teixidor qui, dans une lettre adressée à M. Torrents, l'un des syndics (A.D., vol. III, p. 88), explique qu'il n'a joué aucun rôle véritable dans la faillite; qu'il a été amené au cabinet de M. Bertrán y Musitu, avocat de Barcelona Traction, où on lui a fait signer un certain nombre de procurations et donner un blanc-seing; qu'il n'a été au courant de rien jusqu'en 1951, époque à laquelle il a reçu paiement de ses obligations au Banco Español de Crédito.

Mais rien de tout cela n'a d'importance aux yeux de nos adversaires. Prêtez son aide, sous quelque forme que ce soit, à Barcelona Traction,

c'est comme prendre un bain de purification dans les eaux du Jourdain. Ces attaques ne pouvaient évidemment épargner l'avocat qui a rédigé et signé la requête demandant la mise en faillite et qui a continué de diligenter la procédure dans ses premières étapes. Je regrette profondément que Me Van Ryn n'ait pas trouvé, dans l'arsenal inépuisable de ses ressources linguistiques, d'autre qualificatif que celui de « conseiller astucieux » pour décrire M. Joaquin Dualde, avocat illustre et l'un des plus grands d'Espagne jusqu'à sa mort ; professeur éminent de droit civil à l'Université de Barcelone, où il a formé de nombreuses promotions d'étudiants et qui avait su gagner le respect de tous tant pour sa science que pour son irréprochable honnêteté.

Je suis certain qu'un très grand nombre d'avocats espagnols auraient considéré comme un honneur d'apposer leur signature au bas de la demande de faillite de Barcelona Traction qui a fait ici l'objet de tant de sarcasmes. Pour ma part, moi qui n'ai jamais été avocat de M. March et qui vivais en exil lorsque la faillite a été demandée, je n'aurais pas hésité une minute à signer cette demande.

Qu'il me soit ici permis de rendre un hommage ému autant que mérité à la mémoire du confrère au barreau, du collègue à l'université, du ministre de l'époque républicaine qui, malheureusement pour nous, n'est plus ici pour se défendre.

Les attaques de la Partie adverse deviennent particulièrement violentes lorsqu'il s'agit du juge de Rcus qui a déclaré la faillite, en prenant soin de cacher que ledit magistrat, qui a mené une vie normale et honorable avant et après la faillite, assume toujours les fonctions correspondant à son échelon actuel au sein du corps.

L'idée que, par sa vénalité, il n'aurait été qu'un instrument entre les mains des demandeurs à la faillite imprègne toute l'argumentation de la Partie adverse, encore qu'elle n'ait pas eu le courage de la formuler aussi clairement et aussi crûment que je viens de le faire.

Ce genre de procédé est inadmissible. Si une telle accusation était le moins du monde fondée, Barcelona Traction non seulement aurait pu, mais encore aurait dû agir au pénal contre le juge, ce qui, en cas de succès, lui aurait permis d'intenter, avec les plus grandes chances de succès, le recours extraordinaire en revision. Si l'accusation n'est pas fondée, si elle ne trouve pas à s'appuyer sur le moindre indice, alors la seule chose à faire est de se taire, tout autre comportement étant illicite.

Le Gouvernement belge entend-il soutenir que la déclaration de faillite était absurde et aberrante, bien qu'il n'ose pas dire clairement qu'elle était délictueuse? Eh bien! dans ce cas aussi la législation espagnole offrait à Barcelona Traction un moyen efficace d'obtenir réparation : l'action en responsabilité prévue par l'article 903 du code de procédure civile, qui prévoit le cas des magistrats qui, dans l'accomplissement de leurs fonctions, violent la loi par suite d'une négligence ou d'une ignorance inexcusable. Il est évident que cette action aurait supposé que Barcelona Traction attaquât en temps voulu et dans les formes requises la déclaration de faillite ; il est également clair que la Barcelona Traction n'a jamais entendu en aucune façon intenter une telle action. S'il en est ainsi, Barcelona Traction est vraiment malvenue à se plaindre car c'est volontairement qu'elle s'est abstenue d'agir.

À l'audience du 21 avril (VIII, p. 124), Me Van Ryn a cité comme preuve de la collusion du juge avec M. March une déclaration sous serment faite par M. Donald Duncan, lors du procès Sidro de Londres en 1949. D'après

cette déclaration, M. Duncan aurait rencontré plusieurs fois M. March en 1948, et la dernière de ces rencontres aurait eu lieu dans le cabinet de M^e Chapaprieta, en présence de ce dernier. C'est là que M. Duncan aurait dit à M. March que la faillite était une erreur et qu'il fallait l'annuler. M. Duncan ajoute que M. March aurait alors parlé quelque temps à M^e Chapaprieta en espagnol, « langue que pour ma part — dit Duncan — je ne comprends pas ». M. Duncan affirme que M^e Chapaprieta se serait alors tourné vers lui et lui aurait dit (je cite ici la phrase même qui a été lue par M^e Van Ryn) : « March a dit que la faillite de la Barcelona avait été obtenue par lui d'une manière et par une méthode au sujet desquelles nous n'avons pas besoin d'en dire davantage et que, si la procédure était levée, il ne pouvait être certain qu'il pourrait obtenir un nouveau jugement de faillite... »

Négligeons le fait que ce témoignage est dépourvu de toute valeur probante, puisqu'il est unique et qu'il émane d'un dirigeant de Barcelona Traction. Laissons également de côté l'in vraisemblance qui s'attacherait à un tel aveu que M. March aurait prétendument fait à un dirigeant de Barcelona Traction. Ce que je voudrais ici faire ressortir c'est que M. Duncan n'a pas fait moins de trois déclarations sous serment à ce sujet. Dans une déclaration sous serment faite le 29 septembre 1949 (*Receivership*, vol. II, p. 345) à l'occasion de la *receivership* canadienne, il a déclaré la même chose que lors du procès de Londres. Mais dans une autre déclaration toujours sous serment, faite à l'occasion de la même *receivership* le 7 mars 1950 (*Receivership*, vol. III, p. 505), M. Duncan a relaté de façon sensiblement différente ce qui s'était passé. Il a dit alors, et je cite textuellement la traduction en français de ses paroles :

« A plusieurs reprises, alors que j'étais en Espagne, j'ai rencontré ledit M. March et, lors de la dernière de ces rencontres qui a eu lieu dans le cabinet de M^e Chapaprieta, avocat espagnol de la société défenderesse [ceci veut dire qu'il s'agit bien du même entretien auquel a fait allusion M^e Van Ryn] je lui ai répété que la procédure de faillite était une erreur et qu'elle devrait être levée. A cette occasion, M. March a alors dit en ma présence à M^e Chapaprieta que si la procédure de faillite était levée, il ne serait pas certain de pouvoir obtenir une nouvelle déclaration de faillite et que, par conséquent, la faillite devait suivre son cours. »

Il y a des nuances différentielles entre ce qui a été déclaré sous serment par M. Duncan en juillet 1949 et le 7 mars 1950 dont il faut tenir bien compte. Si l'on se fie au premier serment, il y aurait eu une prétendue intervention de M^e Chapaprieta faisant office d'interprète, ce dont il n'est aucunement question dans la deuxième déclaration.

Mais ce qui est encore plus important, c'est que dans la déclaration sous serment faite en 1950, M. Duncan ne reproduit pas un mot de la phrase sur laquelle s'appuie M^e Van Ryn pour prétendre qu'il y aurait eu collusion entre le juge de Reus et M. March, de cette phrase dans laquelle M. March aurait reconnu que — je cite — « la faillite avait été obtenue par lui d'une manière et par une méthode au sujet desquelles nous n'avons pas besoin d'en dire davantage ». Cette reconnaissance ou cet aveu a complètement disparu du deuxième « affidavit ».

On pourrait peut-être observer que dans l'année qui s'était écoulée entre-temps, M. Duncan avait pu oublier cet aveu de M. March, en dépit de son importance. Mais on doit alors observer que M. Duncan, qui était

à cette époque président de Barcelona Traction, a fait également le 13 décembre 1948, soit peu de temps avant la première déclaration sous serment invoquée par M^e Van Ryn, une déclaration devant les actionnaires de Barcelona Traction que le mémoire du Gouvernement belge a reproduite dans son annexe 47. M. Duncan a alors rendu compte aux actionnaires de ses rencontres avec M. March et, bien qu'il les ait informés des réponses faites par M. March (A.M., vol. I, n^o 47, p. 249), il n'a pas davantage fait état du prétendu aveu qu'aurait fait M. March quant aux méthodes inavouables par lesquelles la déclaration de faillite aurait été obtenue. Peut-on un instant imaginer que le président d'une société ait pu omettre de communiquer aux actionnaires une information de cette importance si celle-ci avait été exacte?

Je n'entends pas par là affirmer ni même insinuer que M. Duncan aurait prêté un faux serment. L'explication la plus probable est qu'il a dû y avoir des malentendus dus à des difficultés de langue. Ainsi que le reconnaissait M. Duncan dans sa déclaration aux actionnaires, « votre président [c'est-à-dire Duncan] ne parle ni ne comprend l'espagnol et Juan March... ne comprend ni ne parle anglais ».

Je ne pense pas non plus, Monsieur le Président, que M. Chapaprieta ait pu être un interprète hors pair.

J'ai été l'ami personnel de M. Chapaprieta, j'ai fait partie avec lui de deux gouvernements, ce qui m'a donné l'occasion de constater sa solide formation de financier et de juriste. Je ne saurais cependant en dire autant de ses qualités de linguiste. Je ne crois pas que sa connaissance pratique de l'anglais ait atteint le niveau que le fameux romancier portugais Eça de Queiroz appelait l'emploi d'une langue étrangère « avec une imperfection toute patriotique ».

Si je me suis quelque peu étendu sur cet épisode, c'est pour faire ressortir devant la Cour les procédés employés par nos distingués contradicteurs. On reproche au juge de Reus des faits constitutifs du délit le plus grave qu'un juge puisse commettre dans l'exercice de ses fonctions, et la seule preuve que l'on puisse invoquer devant la Cour est le témoignage d'un témoin unique — *testis unus, testis nullus* — au surplus suspect de partialité en raison de ses liens avec Barcelona Traction et dont les déclarations successives et invraisemblables font apparaître des faits contradictoires et des omissions inexplicables.

La même tactique qui conduit les conseils du Gouvernement belge à calomnier tous ceux qui ont concouru, d'une façon ou d'une autre, à la déclaration de faillite de Barcelona Traction, les amène à exagérer sans mesure les mérites de ses collaborateurs et amis.

Ainsi, par exemple, lorsqu'un avocat prête ses services à Barcelona Traction ou au Gouvernement belge, ses opinions sont marquées du sceau de l'infailibilité et les thèses soutenues par eux ont la vertu de devenir de véritables sources du droit. C'est ce qu'on a pu observer à propos des références faites à MM. Garrigues et Serrano Suñer ainsi que des citations d'un ouvrage de M. Ramirez.

Je n'ai pas la moindre difficulté à traiter de cette question avec tout le respect que je porte à ces personnes, et l'estime que j'ai pour mes confrères du barreau m'impose ce devoir que j'accomplis bien volontiers.

Je n'entends donc discuter ni la loyauté ni la formation de M. Garrigues non plus que l'autorité dont jouissent ses œuvres. Mais il est quelques données que je dois rappeler, car je les considère comme essentielles dans le présent débat.

1. Les opinions de M. Garrigues, qui ont été citées par la Partie adverse, ne sont pas, du moins dans leur grande majorité, celles qu'il a défendues dans ses œuvres doctrinales, lesquelles ont été écrites sans référence à un litige concret, mais celles qu'il a développées dans une consultation rendue à la demande de Sidro sur les points en litige.

2. Cette consultation a été rédigée alors que M. Garrigues intervenait depuis longtemps comme avocat du soi-disant groupe belge et elle l'a été avec la véhémence et la passion que trahissent la consultation et les actes de procédure de faillite où il est intervenu; elles portent une grave atteinte au bon renom de la magistrature espagnole, dût le prestige mérité du consultant en souffrir.

3. Pour toutes ces raisons, le témoignage de M. Garrigues que nos distingués contradicteurs invoquent comme un argument fondamental ne peut être considéré comme une déclaration faite en toute sérénité *pro veritate*, mais doit au contraire être pris pour ce qu'il est: un plaidoyer passionné fait *pro defensa*.

Le Gouvernement espagnol, pour sa part, n'a pas invoqué, comme si elles avaient été des sources du droit, les opinions opposées à celles de M. Garrigues soutenues par les professeurs Uría, Polo, Guasp et García Valdecasas, ainsi que par le doyen Escobedo et exposées dans des consultations qui se trouvent dans la bibliothèque du palais de la Paix en espagnol et en français et qui ont été données alors que leurs auteurs n'étaient avocats ni des demandeurs à la faillite, ni des syndics, ni de Fecsa.

Pour ma part, je ne me serais jamais permis d'invoquer une modeste consultation que j'ai donnée en 1957, à la suite d'une demande formulée dans des termes tout à fait impartiaux et à une époque où je n'avais jusqu'alors pas eu la moindre relation avec la faillite de Barcelona Traction.

Nous pourrions en dire autant de la consultation de M. Serrano Suñer. Dans son cas, cependant, l'autorité de professeur et d'homme de science qui s'attachait à M. Garrigues était remplacée par ses caractéristiques politiques et personnelles et par les services professionnels qu'il a prêtés au groupe à partir de septembre 1942, c'est-à-dire après sa sortie du ministère. Il est assurément curieux que l'une des consultations qui lui fut demandée — février 1943 — portât justement sur l'application de la loi du 5 décembre 1941 « Régularisation des charges financières » à la « Sociedad Electra Reusense », qui est de Reus.

Ce en quoi M. Serrano Suñer égalait et même dépassait M. Garrigues c'était dans la passion qui l'a poussé à prendre une initiative jusqu'alors inédite dans l'histoire de la procédure espagnole. M. Serrano Suñer a en effet demandé la récusation de tous les membres de la chambre civile de la cour d'appel de Barcelone, y compris celle d'un magistrat qui n'avait encore participé à aucune des décisions prises dans le procès de la Barcelona Traction.

En ce qui concerne M. Ramírez, dont je crois que l'autorité n'a encore été invoquée par personne devant les tribunaux espagnols, je me bornerai à une observation. Son œuvre a paru plusieurs années après la faillite de la Barcelona Traction et les citations qui ont été faites devant la Cour pour démontrer qu'il partageait les vues de Garrigues n'ont pas été prises dans ses ouvrages de doctrine mais bien dans la consultation qu'il a rédigée à la demande de Sidro.

Je crois que je ne mériterai pas à mon tour le qualificatif de passionné

si j'affirme que le livre de M. Ramírez a été publié, du point de vue de la présente affaire, *in tempore suspecto*.

Si l'on devait donner aux consultations citées la portée que prétend leur attribuer le Gouvernement belge, il faudrait conclure que les opinions des auteurs sont des sources de droit toutes les fois qu'elles coïncident avec les thèses de la Barcelona Traction.

D'un autre côté, c'est un des procédés favoris des conseils du Gouvernement belge que de chercher à faire endosser par l'autre Partie la responsabilité de leurs propres actes.

Les exemples en sont nombreux, mais nous ne pourrions en signaler ici que quelques-uns parmi les plus édifiants.

Sous forme de répétitions blessantes, qui constituent une forme d'éloquence très respectable lorsqu'elles traduisent une vérité, mais une arme efficace de tromperie dans le cas contraire, on a affirmé à de nombreuses reprises que la Barcelona Traction avait été dépouillée, sans être entendue, qu'on lui avait interdit l'accès du prétoire, qu'elle avait été remise, pieds et mains liés, entre les mains de ses ennemis. Voilà ce que l'on assure avec le plus grand aplomb et la plus grande emphase, alors que l'on a dit dans une autre plaidoirie que c'est sur le conseil de ses avocats que la Barcelona Traction n'a pas fait opposition au jugement de faillite.

Peut-on sérieusement soutenir, Monsieur le Président, Messieurs les juges, que l'Etat espagnol est responsable de ce que la Barcelona Traction a laissé la déclaration de faillite devenir définitive parce que ses avocats le lui conseillaient ou — ce qui est plus vraisemblable — parce que la passivité constituait une des pièces essentielles du plan consistant à donner à l'affaire un caractère international qu'elle n'a pas? Quel est le juge ou quel est le tribunal qui a interdit l'accès du prétoire à un plaideur qui s'est abstenu, volontairement et délibérément, de comparaître dans les délais légaux?

Voyons maintenant un autre exemple de ce système consistant à faire endosser aux autres la responsabilité de ses propres fautes.

Au cours de l'une de ses brillantes plaidoiries, M^e Grégoire a violemment critiqué l'absence de liste de créanciers et la réunion tardive de l'assemblée chargée de désigner les syndics.

Je ne vois pas le moindre inconvénient à reconnaître que la réunion de l'assemblée a eu lieu tardivement, que le juge s'est trompé et que quoi qu'elle ait rectifié l'erreur commise, la cour d'appel n'a pas pu faire reculer le temps pour que l'assemblée ait lieu dans le délai de trente jours prévu par la loi.

Dans une procédure aussi complexe et longue que celle de la faillite de la Barcelona Traction, il est inévitable que des erreurs puissent être commises, que l'instance supérieure est d'ailleurs là pour corriger. La loyauté exige que l'on reconnaisse ses fautes lorsqu'elles sont réelles.

En l'espèce, l'erreur commise puis corrigée n'a d'ailleurs porté préjudice qu'aux créanciers qui étaient les principaux intéressés à une nomination rapide des syndics. Barcelona Traction n'éprouva aucun préjudice du fait de ce retard.

Je suis certain que la Cour n'a oublié ni les termes catégoriques ni le ton solennel adoptés par M^e Grégoire lorsqu'il exposait le magnifique raisonnement suivant : le commissaire a le devoir de dresser la liste des créanciers sur la base des indications résultant du bilan, du grand livre ou, à défaut, d'autres registres ou documents du failli ainsi que des renseignements donnés par le failli ou ses employés.

Or, dans la faillite de la Barcelona Traction, le commissaire ne disposait d'aucun de ces éléments, puisqu'ils se trouvaient tous au Canada.

Mon distingué confrère a ensuite répété à trois reprises sur un ton triomphant :

« Il était matériellement impossible pour le commissaire de se conformer à ces dispositions impératives de la loi, puisqu'il n'y avait en Espagne, dans le chef de la Barcelona, ni bilan, ni grand livre, ni livres, ni papiers, ni employés de la Barcelona » (VIII, p. 311).

Trois semaines se sont écoulées depuis que j'ai entendu, puis lu ces termes, et j'éprouve encore un sentiment de stupeur mêlée d'admiration devant une pareille désinvolture. Il y avait par conséquent un « chef » de Barcelona Traction en Espagne, affirmation qui constitue une nouveauté chez nos contradicteurs. Mais en outre, il existait à Barcelone des employés de Barcelona Traction. Il y avait à Barcelone des archives de Barcelona Traction contenant de nombreux documents importants de cette société. C'est de ces archives que proviennent de nombreux documents parmi ceux présentés à la Cour, non seulement par le Gouvernement espagnol mais aussi par le Gouvernement belge lui-même.

Il est assurément vrai que le commissaire n'avait pas à sa disposition la totalité de ces éléments. Mais qui est donc responsable de cette lacune, si ce n'est la Barcelona Traction elle-même? N'est-ce pas elle qui a violé l'obligation de collaborer avec les organes de la faillite que la loi impose à tout failli? N'est-ce pas la faillite de la société que protège le Gouvernement belge qui a été qualifiée de frauduleuse, notamment parce que les livres de comptabilité avaient été soustraits à l'action du commissaire et du séquestre-dépositaire? Tous les documents importants n'ont-ils pas été emportés hors de Barcelone?

Si la théorie belge devait être admise, il suffirait à un commerçant de mauvaise foi de mettre ses livres et documents bien à l'abri pour rendre sa faillite impossible. Splendide leçon en vérité que celle que cette nouvelle école belge du droit de la faillite offre aux commerçants peu scrupuleux!

L'audience est levée à 12 h 55

VINGT-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (22 V 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. GIL-ROBLES: J'ai conclu la deuxième partie de ma plaidoirie d'hier sur des exemples illustrant la tactique des conseils du Gouvernement belge, qui s'obstinent inutilement à vouloir faire assumer au Gouvernement espagnol la responsabilité des fautes des protégés dudit gouvernement.

Les conseils du Gouvernement belge ont déployé de remarquables efforts dialectiques pour présenter à la Cour la destitution des administrateurs des filiales, le remplacement des avoués et le désistement des actions entamées par les sociétés contrôlées comme d'inqualifiables violations.

La tâche d'établir la régularité de ces décisions, d'un point de vue strictement juridique, incombe à d'autres conseils du Gouvernement espagnol. Je voudrais seulement souligner combien le problème se trouve monstrueusement déformé dans l'exposé du Gouvernement belge.

Rappelons, à cette fin, un certain nombre de points essentiels.

La Barcelona Traction avait placé tous les biens qu'elle avait en Espagne — les seuls qu'elle eût — au nom de filiales et de sous-filiales pour pouvoir opposer la personnalité juridique de celles-ci à toute tentative de saisie ou, ce qui revient au même, pour empêcher que ses créanciers impayés ne trouvent, au moyen d'un procès de faillite, des biens leur permettant de réaliser leurs créances. En même temps, forte du pouvoir qu'elle exerçait sur ses filiales grâce à la détention de toutes les actions, la Barcelona Traction plaça à leur tête des administrateurs et des fondés de pouvoir à sa dévotion. Elle fit en outre nommer des avoués qui devaient intervenir auprès des tribunaux conformément à ses instructions. Ce mécanisme avait été mis en place pour permettre à la Barcelona Traction d'imposer constamment sa volonté.

Mais la faillite survint. La Barcelona Traction fut dépossédée des droits inhérents aux actions des filiales qui furent dès lors exercés par le séquestre-dépositaire dans un but diamétralement opposé.

Alors que l'édifice échafaudé par la Barcelona Traction avait pour but de soustraire les biens aux créanciers, le séquestre-dépositaire devait, ainsi que l'y obligeait la loi, empêcher que les biens ne disparaissent et que la faillite ne soit vidée de son contenu économique. Il était non seulement licite mais obligatoire qu'il écartât de la direction et de l'administration des filiales les personnes qui avaient démontré qu'elles n'étaient que les instruments et les complices de la société faillie. Il était tout aussi indispensable qu'il nommât à leur place d'autres personnes dignes de sa confiance.

L'avoué est un mandataire, qui peut et doit être destitué lorsqu'il ne jouit pas de la confiance de son mandant. Les avoués des filiales étaient, lors de la déclaration de la faillite, des hommes de confiance de la Barcelona Traction. Ils avaient reçu et exécuté des instructions dont l'objet était de soustraire les biens à l'empire des créanciers. Il était naturel que les nouveaux conseils d'administration désignés dans l'intérêt des créanciers frustrés mettent un terme à la manœuvre et désignent de nouveaux

avoués en leur donnant mandat de se désister d'actions qui étaient, par ailleurs, téméraires et hors de propos.

Le Gouvernement belge, apparemment convaincu de ce que les créanciers ne devaient pas toucher leur dû, voit dans ces mesures de précaution élémentaires une infraction très grave aux règles fondamentales de la justice. La déformation des faits apparaît dans toute son énormité, si l'on tient compte des deux circonstances essentielles suivantes :

1. Les avoués n'ont pas été remplacés par les organes de la faillite, mais bien par les conseils d'administration, et ce sont ces derniers, et exclusivement eux qui leur ont donné l'ordre d'abandonner les actions entamées. Je comprends dès lors mal quel genre de responsabilité ce remplacement peut entraîner pour l'Etat espagnol.

2. Si Barcelona Traction — et c'est là l'essentiel — avait fait opposition à la faillite — ce qui était normal — et n'avait pas utilisé les filiales pour essayer de la « stériliser » — ce qui était anormal —, la substitution d'avoués dont se plaint le Gouvernement belge n'aurait pas pu avoir lieu. Toute société faillie conserve son conseil d'administration, conformément à ce que prescrit l'article 929 du code de commerce, et ni le dépositaire ni les syndics ne peuvent le destituer, ni exiger le remplacement des avoués chargés d'intervenir devant les tribunaux. Les avoués de Barcelona Traction auraient continué à agir dans la défense de leur mandante.

Monsieur le Président et Messieurs les juges, permettez-moi, au vu de ce qui précède, de renvoyer aux conseils du Gouvernement belge la responsabilité qu'ils ont tenté de faire assumer à l'Etat espagnol.

Les véhémentes protestations de la Partie adverse au sujet du blocage et de la paralysie des recours constituent également une tentative pour faire assumer à autrui ses propres responsabilités. Il sera procédé plus tard à l'analyse détaillée de ces problèmes. J'espère toutefois que vous voudrez bien me permettre quelques considérations préliminaires au sujet des faits les plus marquants.

Le déclinatoire García del Cid a donné lieu à une première suspension de la procédure. Elle n'a duré que quelques semaines, n'a exercé aucune influence pratique sur le cours de la procédure et n'aurait pas pu faire obstacle à l'opposition de Barcelona Traction au jugement de faillite. Il ne vaut donc pas la peine de perdre du temps à son sujet.

Le déclinatoire Boter, auquel fut jointe par la suite une action en contestation de la qualité pour agir des demandeurs de la faillite, témérairement introduite par les agents de la Barcelona Traction, a joué un rôle plus important.

Le déclinatoire était dénué de fondement. Le juge devait toutefois l'admettre *a tramite*, bien que le jugement de faillite fût irrévocable. Le Gouvernement belge l'a reconnu lui-même par la bouche de M^e Rolin, lors des exceptions préliminaires (III, p. 1001-1003). Le fait qu'il ait motivé son opinion par des raisons autres que les nôtres ne change rien à l'identité des conclusions. La décision du juge était donc bien correcte.

Le déclinatoire Boter a permis au Gouvernement belge d'imaginer une nouvelle théorie offensante et de soutenir que les tribunaux espagnols, toujours en accord avec le groupe March, auraient utilisé la suspension pour paralyser ou bloquer les recours de la société faillie et poursuivre, pendant ce temps, la procédure jusqu'à la vente.

Cette affirmation, qui n'est évidemment étayée par aucune preuve, n'est pas seulement offensante. Elle est encore incompatible avec la thèse

principale du Gouvernement belge et contraire aux faits et au plus élémentaire bon sens.

D'après le Gouvernement belge — et on aura l'occasion d'y revenir —, M. March, dont les demandeurs à la faillite et les syndics n'auraient été que les instruments, aurait eu pour seul but de s'emparer du patrimoine de la Barcelona Traction et il aurait compté pour ce faire sur l'appui inconditionnel des juges et des tribunaux. On ne voit dès lors pas pourquoi il aurait retardé de plus de trois ans le dénouement de l'affaire. La déclaration de faillite était en effet irrévocable et le mécanisme de la procédure était irréversible.

Prétendre expliquer ce phénomène, comme l'a fait Me Rolin, par la présence de juges qui manquaient de courage, soucieux de se laver les mains à la manière de Ponce Pilate, relève de la plaisanterie et défie les règles les plus élémentaires de la logique (VIII, p. 22).

Le mouvement de la procédure est imposé par les parties et le juge ne peut pas s'abstenir de trancher même s'il le désire. Sans faire inutilement montre de couraage, pleinement conscients de ce qu'ils faisaient, les juges et les tribunaux se prononçaient en fonction des questions soulevées par les parties. Ou bien nos adversaires auraient-ils l'audace de soutenir que les demandeurs à la faillite restaient inactifs tant qu'ils n'avaient pas la certitude de pouvoir compter sur l'appui inconditionnel d'un juge spécial, d'une cour d'appel ou d'un tribunal de cassation? Si tel est le fond de leur pensée, il conviendrait qu'ils le disent clairement et, en outre, qu'ils le prouvent. Les allusions de cette nature ne sont pas admissibles, surtout devant la Cour, si elles ne sont pas étayées par des preuves.

La thèse espagnole est confirmée par une simple considération de bon sens. Toute faillite — et celle de la Barcelona Traction n'était pas une exception — prend fin sans qu'il soit besoin de vendre les biens, si le créancier propose un concordat qui obtient l'approbation des créanciers. Plus la vente était retardée, plus la Barcelona Traction avait de temps pour proposer un concordat acceptable avec l'aide des sociétés qui s'étaient déclarées disposées à assurer la réalisation du plan d'arrangement.

L'incontestable réalité est donc que la Barcelona Traction avait plus que quiconque intérêt à ce que la procédure se prolonge. Les conseils du Gouvernement belge auraient-ils oublié que la Barcelona Traction a avoué, dans son mémoire du 11 avril 1953: « Ce n'est pas parce que nous sommes anxieux de voir se terminer cette affaire »? (A.M., vol. IV, p. 887 et suiv.)

Je n'élabore pas une thèse à partir d'une phrase isolée, mais en me fondant sur une série de faits que l'on ne saurait mettre en doute.

1. Barcelona Traction a demandé la suspension de la procédure dès juillet 1948 lors de l'introduction de l'incident en nullité d'actes.

2. Barcelona Traction s'est jointe au déclinatoire Boter. Elle n'avait aucune nécessité de le faire, mais elle l'a fait et a ainsi allongé la procédure.

3. Elle a, par l'intermédiaire de MM. Andreu, Sagnier et Lostrie, que j'appellerai « coïntéressés » de Barcelona Traction, pour reprendre l'euphémisme utilisé par le Gouvernement belge, contesté par voie d'incident la qualité pour agir de Boter. Cet incident ne peut s'expliquer que par le désir d'introduire une nouvelle complication dans la procédure.

4. Barcelona Traction a refusé de communiquer des papiers et des documents qui, s'ils avaient été présentés, auraient rendu inutile le délai

extraordinaire de preuve accordé dans le cadre des incidents Boter et Genora. Elle a ainsi provoqué un nouveau retard de plusieurs mois.

5. Le comportement insensé des « cointéressés » Andreu, Sagnier et Lostrie a rendu inévitable le dépôt d'une plainte pénale qui, conformément aux dispositions impératives de la loi, a paralysé la procédure.

Un incident intervenu dans le cadre de cette procédure mérite d'être souligné.

Dès la parution, dans le *Journal officiel* de la province, de la citation du juge invitant M. Lostrie à comparaître pour la notification de sa mise en prévention, le consul de Belgique à Barcelone fit savoir au juge que M. Lostrie était domicilié à Bruxelles et que c'est là qu'il devait être cité par voie de commission rogatoire. C'est ce que fit le juge en envoyant successivement quatre commissions rogatoires qui restèrent toutes sans réponse. Le Gouvernement belge le reconnaît et il précise même que la quatrième commission rogatoire, celle du 18 juin 1959, est restée sans suite en raison de la réclamation internationale présentée devant la Cour.

Je crois superflu d'attirer l'attention de la Cour sur la volonté de paralyser la procédure que révèle cette manière d'agir.

Il est tout d'abord anormal que le consul de Belgique ait pris l'initiative de demander l'envoi d'une commission rogatoire dont l'exécution impliquait, dans le meilleur des cas, un retard de plusieurs mois dans le déroulement de la procédure. Il eût été bien plus simple et plus rapide que M. Lostrie soit informé sans délai de la citation et se présente spontanément devant le juge.

Il est encore plus inexplicable que les quatre commissions rogatoires aient été systématiquement laissées sans réponse. Le Gouvernement belge aurait-il l'audace de soutenir que ce retard était une nouvelle manœuvre dilatoire dont la responsabilité incombe à l'Etat espagnol?

En vérité, on trouve la preuve de la tactique dilatoire de la Barcelona Traction dans la déclaration où son avocat, M^e Roberto Sánchez Jiménez, écrit que ses clients lui ont donné pour instruction de « gagner du temps » à l'approche de la vente; dans celle où il affirme qu'il lui sera possible de retarder l'affaire pendant un mois et où il indique qu'il a donné dans ce but des instructions pour l'introduction de toute une série d'appels; et dans celle où il se vante du résultat obtenu en des termes si éloquents que je ne puis résister à la tentation de vous les lire :

« In accordance with the instructions received from the clients in the sense to hinder the sale proceedings, I did everything possible to gain time with a more favourable result than I had considered obtainable at the beginning ... the series of appeals referred to produced the desired effect ... and achieved the practical paralysation of any activity ... during a period of almost three months » (*Receivership*, vol. V, folios 802 et suiv.).

Cet aveu est de taille et il révèle une attitude qui s'inscrit dans la logique des événements. C'est cette même logique qui a incité, il y a quelques semaines, le professeur Mann à insinuer la possibilité pour la Cour d'ordonner une enquête sur des faits survenus il y a vingt ans. C'est enfin cette même tactique qui a inspiré M. Lauterpacht lorsqu'il a suggéré l'application de l'article 50 du Statut de la Cour, tout en précisant qu'il la jugeait superflue. L'idée d'un nouvel ajournement n'en avait pas moins été lancée.

Le problème du prétendu blocage des recours a été manifestement gonflé dans le but délibéré de créer une atmosphère favorable à la position belge. Mais la vérité finit toujours par apparaître, quoi que l'on fasse pour la dissimuler. Tant M^e Van Ryn que M^e Grégoire ont indiqué la raison véritable de ces blocages dans lesquels la Barcelona Traction a joué un rôle si important : la volonté de gagner du temps pour pouvoir entamer des négociations qui empêcheraient la vente des biens.

Si la suspension de la procédure permet de négocier, ce sont évidemment ceux qui veulent à tout prix éviter la vente des biens de la masse qui ont le plus d'intérêt à faire durer la suspension. La règle d'interprétation fondée sur le principe *cui prodest* est incontestablement applicable dans ce cas.

Deux conséquences très nettes découlent de cette situation :

1. Bien que les deux Parties aient utilisé divers moyens pour suspendre ou retarder la procédure et permettre ainsi des négociations, l'essentiel de ces suspensions ou retards doit être imputé à la Barcelona Traction ; c'est en effet elle qui était vraiment désireuse d'éviter la vente.

2. Si M. March a accepté de négocier, non pas une mais bien plusieurs fois, avant et après le début de la procédure internationale, c'est parce qu'il ne voulait pas s'emparer du patrimoine de la Barcelona Traction. Si telle avait été son intention, toute négociation aurait été superflue, surtout si, comme le prétend le Gouvernement belge, dans une accusation aussi grave que fautive, il avait disposé de juges et de tribunaux qui étaient prêts à mener la faillite à son terme inévitable dès qu'il le voudrait.

La cause de l'échec des négociations ne nous intéresse pas ici, quoi qu'elle soit en réalité bien facile à deviner. Si M. March voulait que soit réglé tout ce qui était dû à lui-même et aux autres créanciers, il n'avait que fort peu de chances d'arriver à un accord avec la Barcelona Traction, qui avait rayé depuis plusieurs années le mot « payer » de son vocabulaire. Si M. March voulait empêcher que les actionnaires belges ne continuent à manœuvrer frauduleusement l'entreprise, les négociations étaient vouées à l'échec.

Nous ne voulons cependant pas discuter de cette question maintenant. Ce qui nous importe ici c'est de constater que le grief fondé sur le blocage des recours n'est qu'une construction fictive, puisque la paralysie de la procédure a été voulue et provoquée par la Barcelona Traction qui y avait tout intérêt.

Toutes les plaidoiries sont en général caractérisées par ce que l'on pourrait appeler une imperméabilité marquée aux arguments espagnols et tout particulièrement à ceux de la duplique. On y répète mainte et mainte fois les affirmations du mémoire et de la réplique, comme si elles n'avaient pas été réfutées ou comme si les arguments sur lesquels repose cette réfutation pouvaient être écartés de façon presque dédaigneuse par d'habiles sophismes et par l'affirmation répétée de faits radicalement faux.

Les plaidoiries consacrées à la vente fournissent d'abondants exemples de ces procédés dialectiques.

M^e Grégoire, dont j'ai plaisir à reconnaître l'habileté polémique, a élaboré toute une théorie de défaut de défense de la Barcelona Traction fondée sur l'impossibilité de vendre les biens de la masse tant que le jugement de faillite ne serait pas devenu irrévocable.

Or, Monsieur le Président et Messieurs les juges, s'il est un point de la

procédure de la Barcelona Traction que l'on ne puisse discuter, car il est absolument évident, c'est que le jugement déclaratif de faillite était irrévocable et définitif du fait que la Barcelona Traction avait négligé d'y faire opposition dans le délai unique et improrogable de huit jours prévu par la loi.

La décision judiciaire était devenue ferme et irrévocable du fait de l'écoulement du délai. Les tribunaux espagnols ont en outre déclaré à plusieurs reprises que le jugement de faillite était passé en force de chose jugée et devenu irrévocable, l'opposition n'ayant pas été formulée dans le délai préfixé prévu par l'article 1028 du code de 1829.

Barcelona Traction n'a formé aucun recours contre ces décisions. Le jugement est donc définitif en application d'une disposition impérative de la loi, et son irrévocabilité a été constatée par des décisions judiciaires qui n'ont fait, elles non plus, l'objet d'aucun recours.

Le recours hors délai de juin 1948, conséquence d'un remords tardif pour la faute de procédure commise, n'a rien pu changer à une situation légale irrévocable. Ce n'est qu'en raison de l'exception du déclinatoire que l'opposition tardive n'a été rejetée qu'au bout de plusieurs années. Sans cette exception, le rejet eût été immédiat mais tout aussi catégorique. Les manœuvres dilatoires d'un plaideur ne peuvent en effet rien changer à une situation irréversible en application d'une disposition légale impérative.

Le jugement était définitif le 24 février 1948 à minuit, et aucun des arguments fondés sur la négation de son caractère irrévocable ne résiste au moindre examen.

La délégation de l'Etat espagnol n'invoque pas l'irrévocabilité du jugement pour se soustraire à l'examen de la correction des mesures judiciaires postérieures. La preuve en est que certains de ses conseils se chargeront d'étudier en détail les accusations du Gouvernement belge et démontreront qu'aucune irrégularité constitutive d'un déni de justice n'a été commise sous le couvert de l'irrévocabilité de la déclaration de faillite.

Ils seront contraints de le faire, vu l'obstination du Gouvernement belge à porter devant la Cour des problèmes de droit espagnol. Le Gouvernement espagnol ne peut en effet laisser sans réponse les explications belges, même si elles concernent des questions qui n'auraient pas dû être débattues devant la Cour.

Toute l'habileté de nos adversaires se heurte à un fait incontestable: la vente pouvait être valablement effectuée au moment où elle a été décidée et réalisée, étant donné les circonstances de fait de l'affaire et parce qu'il n'existait, dans la procédure, aucun empêchement à ce que les syndics exerçassent la fonction qui leur était propre.

On comprend dès lors mal comment on peut soutenir sérieusement que la faillite a été détournée de son but légal. Ce but, qui n'est autre que le paiement des créanciers, a été au contraire pleinement atteint. Grâce à la faillite et grâce à elle seulement, tous les créanciers pouvaient toucher et ont touché intégralement leurs créances, et cela dans la monnaie venue. Voilà ce que ni la Barcelona Traction ni le Gouvernement belge ne pardonnent aux demandeurs à la faillite.

La vente des biens de la société faillie était possible et d'ailleurs obligatoire.

Barcelona Traction se refusant à proposer un concordat acceptable, la vente était le seul moyen de payer les créanciers. Les syndics administrent

les biens et les vendent pour payer les créanciers, car ils interviennent dans la phase d'exécution de la faillite. Ils n'ont pas seulement le droit mais l'obligation de vendre, surtout lorsque leur inaction entraînerait un risque raisonnablement prévisible de dépréciation des biens saisis.

On ne saurait nier de bonne foi que ce risque existait en l'espèce.

L'entreprise avait une trésorerie insuffisante.

La Cour dispose de très nombreuses preuves, dont je me bornerai à citer un certain nombre.

Dès 1931 — lettre du 13 mars de M. Speciael à M. Cambó, président de Chade —, M. Speciael avouait que « la situation de Barcelona Traction, comme vous pouvez le penser, n'est pas très florissante » (nouv. doc. 1969, annexe PMM, n° 1).

M. Speciael était encore plus explicite dans sa lettre du 8 février 1940 adressée à M. Hubbard. Ses termes, que je citerai littéralement, sont catégoriques :

« Si vous vous reportez aux prévisions de trésorerie annexées à la lettre de M. Lawton ... du 15 janvier, vous verrez que toutes les disponibilités présentes seront rapidement épuisées et qu'en outre, au 31 décembre 1940, l'entreprise se trouvera devant un déficit de quelque 26 millions de pesetas ... Riegos n'est donc pas tellement riche » (*ibid.*, annexe PMM, n° 10).

Une note de M. Menschaert à M. Speciael, du 27 octobre 1944, est tout particulièrement révélatrice :

« Nous devons nous souvenir que Riegos, proprement dite, n'a rien construit depuis la guerre civile (et ne pourra plus construire dans l'avenir de nouvelles installations hydrauliques, ni affermer même semblables installations. » (*Ibid.*, annexe PMM, n° 19.)

Un fait indiscutable met en évidence cette déficience de l'exploitation de ses possibilités de production d'énergie hydro-électrique par la Barcelona Traction. Lors de la faillite, l'entreprise avait en portefeuille dans le bassin de la Ribagorzana plusieurs demandes ou concessions non exploitées : la chute d'eau de Maña, celle de Pleyán, la chute d'eau de Fet y Caserres et celle de Santa Ana. Aucune de ces chutes d'eau n'a été construite ni même commencée. Il n'est donc pas étonnant que, par suite de cette inaction des concessionnaires qui violaient grossièrement les obligations que leur imposaient leurs contrats, toutes ces concessions aient passé à la réserve de la Empresa Nacional Hidro-eléctrica del Ribagorzana, créée par le Gouvernement espagnol pour pallier l'inactivité paralysante de l'industrie privée. Le groupe de la Barcelona Traction a, d'autre part, laissé périmer les concessions des chutes d'eau de Fayón, Mequinenza, Ribarroja, Ascó, Mora et Cherta dans l'exploitation de l'Ebro; Saltos del Segre a ainsi perdu celles de Seo de Urgel, Adrall y Anserall; Energía Eléctrica de Cataluña, celle de Tabescán; Productora de Fuerzas Motrices, celles de Sarroca, Senterada, Viñola y La Torrasca. Ces déchéances furent décidées après 1940.

Je ne crois pas nécessaire d'insister sur le fait que le manque de trésorerie était une triste réalité. L'entreprise que défend le Gouvernement belge a laissé périmer diverses concessions parce qu'elle ne pouvait pas réaliser les travaux, et ceci bien qu'elle n'honorât même pas le paiement des intérêts des obligations.

Nos adversaires soutiennent que l'entreprise n'avait pas à s'inquiéter du danger de sanctions fiscales qui, en fait, ne sont jamais intervenues.

Cet argument est totalement insoutenable. Le montant des sommes que l'entreprise de la Barcelona Traction avait frauduleusement soustraites au fisc espagnol atteignait, comme je l'ai déjà indiqué, 211 795 567 pesetas. Les syndics ne pouvaient pas savoir si les impôts, majorations et amendes correspondant aux années non touchées par la prescription seraient exigés.

Il en va de même en ce qui concerne l'amende pour délits monétaires. Le délit avait été commis et il était possible que la sanction maximale soit appliquée. Il existait une perspective tout aussi alarmante provenant du fait que la saisie portait sur le montant maximum que pouvait atteindre l'amende.

Il est vrai que l'amende effectivement payée par Ebro a été passablement inférieure au maximum légal. Une considération morale importante a certainement joué dans la détermination de la sanction économique — domaine où le juge des délits monétaires dispose d'un très large pouvoir d'appréciation. Le délit monétaire avait été commis par les dirigeants de la Barcelona Traction qui s'étaient prudemment soustraits à l'action de la justice en passant la frontière.

Il y avait donc des risques réels qui pouvaient, d'un moment à l'autre, dévaloriser complètement la masse. Les syndics étaient dès lors obligés de vendre pour des raisons d'urgence.

Il faut rappeler que le dépositaire peut ordonner la vente en cas d'urgence, même si le jugement de faillite n'est pas encore irrévocable. Si ce pouvoir est accordé à un organe de la faillite qui n'intervient que dans la phase conservatoire, il appartient a fortiori aux syndics qui sont chargés de diriger jusqu'à la fin la phase proprement exécutive.

Les syndics peuvent donc vendre pour cause d'urgence, en toute occasion, et surtout ici où le jugement déclarant la faillite était définitif et irrévocable.

L'étude méticuleuse du cahier des charges de la vente aux enchères, à laquelle le Gouvernement belge a procédé pour le présenter comme une source inépuisable d'irrégularités, apporte une nouvelle preuve de l'obstination des conseils belges à faire de la Cour une espèce de troisième instance chargée de se prononcer sur l'application du droit espagnol jusque dans ses détails les plus infimes.

Je laisserai à d'autres conseils espagnols la tâche aisée de montrer que ces irrégularités ne se sont pas produites. Il me suffira, dans cet exposé préliminaire, de faire observer que le cahier des charges de la vente aux enchères n'a fait l'objet d'aucune contestation sur le fond, de la part de la Barcelona Traction, devant les tribunaux espagnols. Si la Barcelona Traction estimait que le cahier des charges était entaché d'irrégularités, elle pouvait et devait en faire état en Espagne, où elles auraient été rectifiées dans la mesure où elles étaient réelles. Quelles qu'en soient les raisons, la Barcelona Traction n'a rien fait. Ressusciter maintenant ce problème constitue une tentative inadmissible.

L'une des objections belges concerne un point sur lequel nos adversaires ont insisté à maintes reprises, sur un ton triomphant : le vil prix auquel le patrimoine opulent de la société faillie a été mis aux enchères.

Je ne procéderai pas à une analyse quantitative, pour éviter à la Cour les ennuis d'une répétition, puisque d'autres conseils traiteront ce point avec tout le soin qu'il requiert.

Je me limiterai à rappeler des faits, à certains desquels nos estimés adversaires n'ont pas fait la plus petite allusion, et j'en tirerai des conclusions de simple bon sens.

Dans une vente aux enchères, le prix minimum n'est qu'un point de départ. Le prix de l'adjudication est celui qui résulte du libre jeu des enchères. Un prix minimum bas peut même être intéressant, car il est susceptible d'attirer un plus grand nombre d'amateurs.

Le prix n'est pas monté, car il ne s'est pas présenté d'enchérisseurs, à l'exception de Fecca. Mais qui était responsable de cette situation si ce n'est la Barcelona Traction elle-même, qui avait lancé toute une campagne de scandales et de menaces à l'endroit des enchérisseurs éventuels; ses dirigeants sont même allés jusqu'à intervenir en Espagne auprès du conseil supérieur bancaire pour lui demander d'interdire la vente aux enchères.

Je me permets d'attirer respectueusement l'attention de la Cour sur un fait que je dois qualifier de scandaleux. Le 21 décembre 1951, les membres du conseil d'administration de la Sidro ont donné à des avoués une procuration spéciale pour « sommer les personnes qui assisteraient aux ventes aux enchères, ou dont on suppose qu'elles pourraient y assister, de s'abstenir d'y prendre part sous peine de faire l'objet de toutes actions et poursuites jugées pertinentes » (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 25).

La question est très claire, Monsieur le Président et Messieurs les juges. Pour empêcher que des enchérisseurs ne prennent part à la vente, pour éviter que le vil prix ne soit dépassé, les dirigeants de la Barcelona Traction ont eu recours aux procédés les plus condamnables et n'ont pas hésité à produire un acte authentique qui constituait un acte préparatoire d'un incontestable délit de contrainte.

La vente aux enchères eut normalement lieu le 4 janvier 1952. Le seul enchérisseur fut la Fecca, société fondée quelques jours plus tôt, avec la participation de divers obligataires de la Barcelona Traction, et qui indiquait dans ses statuts le but pour lequel elle avait été constituée.

Pour Me Van Ryn, ce fait, dans lequel il ne voit que l'ombre obsédante de M. March, est un exemple de cynisme. Je regrette très sincèrement que mon honorable confrère n'ait pas eu dans ce cas assez de sensibilité pour distinguer entre sincérité et cynisme. Je regrette également qu'il ait oublié, dans sa plaidoirie devant la Cour, un fait qui mérite d'être rappelé. L'acte de constitution de Fecca a été signé par les présidents des conseils d'administration du Banco Central, du Banco de Santander, du Banco Pastor et du Banco March, ainsi que par un administrateur du Banco de Valencia et un du Banco de Aragon. Donc par des personnalités représentatives de très importantes institutions bancaires qui, depuis lors et jusqu'à maintenant, ont été constamment membres du conseil d'administration de la Fecca. Peut-on donc affirmer, avec un minimum de sérieux, que ces messieurs ont été des hommes de paille de M. March et qu'ils le sont toujours, sept ans après sa mort?

Je comprends que la double option donnée à la Barcelona Traction puis à la Sidro pour récupérer ses biens après la vente sans autre effort que celui de payer le même vil prix que l'adjudicataire et pas un centime de plus soit quelque peu embarrassante pour le Gouvernement belge.

Elle aurait pu être subrogée aux droits et obligations de l'adjudicataire, en vertu d'une stipulation expresse du cahier des charges. Elle aurait pu les acquérir plus tard en répondant à l'offre télégraphique que la Fecca fit à la Sidro (A.C.M., vol. VIII, p. 370).

La Sidro a refusé et ce refus réduit à néant toute l'argumentation tendant à justifier la demande d'indemnité par l'opposition entre la valeur prétendument énorme des biens mis aux enchères et le montant infime du prix d'adjudication.

Si le patrimoine vendu était si énorme, si l'affaire que l'adjudicataire allait faire était si bonne, pourquoi le groupe de la Barcelona Traction, qui comptait en Espagne et hors d'Espagne des éléments aussi puissants que ceux qui étaient prêts à rendre possible le fameux plan d'arrangement, n'a-t-il pas fourni les fonds permettant de payer le vil prix et d'éviter ainsi que les biens vendus ne passent définitivement aux mains de la société adjudicataire?

Est-il admissible que le Gouvernement belge parle constamment de spoliation, alors que le groupe qu'il protège a eu la possibilité de ne pas se défaire de ses biens?

Le fait est inexplicable. Ou, pour mieux dire, l'explication est évidente.

Payer le vil prix c'était payer les créanciers, payer les intérêts des obligations, rembourser leur capital.

Or, payer ses dettes, cette chose si simple pour celui qui veut tenir ses engagements, la Barcelona Traction n'a pas voulu la faire. Elle n'a pas voulu payer. Ni avant la faillite, ni pendant la faillite, ni après la faillite. Le fil d'Ariane, dont je parlais au début, nous conduit à la conclusion logique annoncée dans la très simple présentation du problème.

Il est une autre conclusion tout aussi logique: M. March ne voulait pas spolier la Barcelona Traction, mais toucher ce que celle-ci lui devait.

S'il avait voulu s'approprier l'affaire, il n'y aurait pas eu d'option permettant à la Sidro d'acquérir les biens au même prix que l'adjudicataire.

Aucune argumentation, si habile soit-elle, ne peut masquer cette évidence.

La Barcelona Traction n'a pas fait usage de l'option parce qu'elle avait un projet qui pouvait se révéler rentable et auquel elle songeait depuis 1942: laisser l'adjudicataire de la vente aux enchères payer toutes les dettes du groupe, inventer un déni de justice, puis tenter d'obtenir, sur le plan international, une indemnité pour les prétendus actionnaires belges. Non pas pour la modeste épargne belge, que nous n'avons pas réussi à découvrir dans cette affaire, mais pour les actionnaires inconnus qui, à l'abri d'une organisation pyramidale conçue à des fins illicites, avaient spéculé sur l'achat d'actions aux dépens des obligataires et dirigé pendant de longues années l'activité frauduleuse de l'entreprise dont ils avaient rendu la faillite inévitable.

Les dirigeants de la Barcelona Traction et, naturellement, les conseillers du Gouvernement belge, n'étaient intéressés que par l'obtention d'une indemnité. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer la subtile évolution des écrits du Gouvernement belge qui ont imperceptiblement passé d'une demande principale de *restitutio in integrum* à une réclamation d'indemnité en espèces.

Dans le mémoire du Gouvernement belge, la demande principale était la *restitutio in integrum*. Mais ses auteurs ont vite compris qu'une telle prétention présentait deux grandes faiblesses. Elle impliquait tout d'abord une demande de restauration intégrale d'un mécanisme conçu pour frauder la loi. Or, cela était vraiment trop demander à la Cour. Elle impliquait, d'autre part, la remise sur pied d'une Barcelona Traction écrasée sous le poids des dettes impayées qui l'avaient menée à la faillite.

Il était, dès lors, indispensable de changer d'orientation pour des

raisons évidentes d'opportunité. Et c'est pourquoi l'on a vu le Gouvernement belge donner de plus en plus d'importance à l'indemnité, jusqu'à ce que, dans la réplique, la *restitutio in integrum* disparaisse sans laisser de trace.

L'indemnité augmente dans une mesure et en raison de postes qui défient toute qualification. Compensation globale calculée sur des bases totalement dénuées de fondement; frais concernant des procédures pour la plupart absurdes, inutiles et même préjudiciables, auxquelles l'État espagnol n'a presque jamais été, ni directement ni indirectement, partie. Le Gouvernement belge est même allé jusqu'à réclamer la contre-valeur d'obligations que la Sidro et la Sofina n'ont pas voulu présenter au remboursement à la société adjudicataire, oubliant ainsi que les autres obligataires, National Trust y compris, ont présenté leurs obligations au remboursement et que la Fecsa n'a jamais refusé de payer, même après l'expiration du délai fixé dans le cahier des charges de la vente aux enchères.

Je ne procéderai pas à l'examen des montants. Le Gouvernement espagnol a déjà présenté une expertise qui montre l'absence de fondement des réclamations belges.

Je répète que je ne veux pas discuter de chiffres. Pour moi, le problème est extrêmement simple. L'Espagne ne doit pas payer. Parce que ses autorités n'ont commis aucune irrégularité susceptible d'engager sa responsabilité internationale et parce qu'il est inadmissible qu'un groupe financier qui, sous la direction de la Barcelona Traction, a frauduleusement lésé les obligataires et le Trésor espagnol et qui prétend, sans l'établir, représenter l'épargne belge, réclame maintenant comme récompense une indemnité aux dépens des Espagnols.

Dans sa plaidoirie, M^e Rolin a traité la question des accusations belges contre des juges et des magistrats espagnols et il n'a pas hésité à prétendre que le Gouvernement espagnol se trompait lorsqu'il pensait que les critiques formulées contre certaines décisions de ses tribunaux attentaient à l'honneur ou au prestige de toute la magistrature espagnole.

Cette affirmation n'a pas empêché le Gouvernement belge de renouveler ses attaques contre la justice espagnole au cours des plaidoiries, y compris celle de M^e Rolin. M^e Grégoire, avec la combativité qui le caractérise, a résumé ces accusations en une phrase que je désire citer: « La victime — c'est-à-dire la Barcelona Traction — avait été judiciairement bâillonnée tandis que, par la même voie judiciaire, de nouvelles armes avaient été fournies à ses agresseurs. » (VIII, p. 307.)

Il est vain, Monsieur le Président et Messieurs les juges, de prétendre maintenant atténuer la gravité de cette accusation en affirmant qu'elle concerne les fonctionnaires judiciaires qui sont intervenus dans la faillite et non pas toute la magistrature espagnole. Nous ne devons pas tolérer, Messieurs les juges, que l'hypocrisie s'ajoute à l'insulte. A l'époque à laquelle M^e Grégoire faisait allusion, la faillite de la Barcelona Traction avait déjà fait l'objet de décisions de plusieurs juges, de plusieurs cours d'appel et même de la cour de cassation.

Affirmer qu'au sein d'un corps chargé de la mission sacrée d'administrer la justice on commet, on tolère sans les sanctionner des faits aussi graves que le bâillonnement judiciaire d'un plaideur et la fourniture des armes nécessaires à la poursuite de l'agression de ses adversaires, c'est jeter l'ignominie sur l'ensemble de ce corps.

Il ne s'agit plus, Monsieur le Président et Messieurs les juges, d'attribuer à un juge ou à un tribunal une erreur, toujours possible chez tout

être humain. Non. Ce que l'on attribue aux juges c'est l'intention délibérée de violer les principes les plus élémentaires de l'équité, la volonté de commettre des actes gravement dolosifs et de servir non pas les principes de la justice, mais les intérêts inavouables d'un spoliateur.

Nous n'avons pas non plus affaire à une phrase isolée, lâchée par inadvertance dans le feu de l'improvisation — cela serait d'ailleurs impensable de la part de quelqu'un qui, comme M^e Grégoire, démontre au cours de ses interventions une maîtrise enviable de la langue. Il s'agit, bien au contraire, d'une phrase prononcée de propos délibéré, qui illustre l'attitude polémique du Gouvernement belge et symbolise une agressivité dont tous les conseils ont fait preuve dans toute la procédure écrite et dans toutes les plaidoiries. J'ai ainsi pu relever, dans les plaidoiries belges, deux cent quarante-deux expressions offensantes ou méprisantes envers la justice espagnole.

En distillant goutte à goutte leurs accusations offensantes dans l'oreille des auditeurs, les conseils belges prétendent faire admettre une thèse qui serait insoutenable devant n'importe quel tribunal et à plus forte raison devant la Cour : ils veulent faire croire à un déni de justice systématique commis par des juges complaisants et partiaux et amener ainsi votre Cour à rendre un arrêt qui constituerait, aux yeux du monde, la condamnation de l'administration de la justice d'un pays.

L'agent du Gouvernement espagnol a protesté en termes dignes et catégoriques. Je me joins sans réserve à cette protestation.

Mais je voudrais ajouter quelque chose.

M^e Rolin a fait allusion, au début de sa première plaidoirie, à mes déclarations à un journaliste à qui j'avais indiqué que ma participation dans cette affaire était le sommet de ma carrière.

C'est exact. C'est le sommet de ma carrière professionnelle, parce que j'ai l'honneur de plaider devant votre Cour et parce que je peux proclamer, devant la plus haute juridiction du monde, l'indépendance, l'intégrité, la dignité de l'administration de la justice espagnole. Cela signifie pour moi plaider pour la dignité et l'indépendance de ma patrie.

Je ne suis venu défendre ici ni une politique, ni un régime, ni un gouvernement. Fidèle à une position politique, que j'ai maintenue sans défaillance tout au long de trente-trois années de douleurs et d'épreuves, je viens ici tout simplement pour défendre l'Espagne. Je ne pourrais imaginer un meilleur terme pour une vie consacrée au service du droit !

C'est sans peine que je pourrai défendre la justice de mon pays, car le Gouvernement belge me fournit lui-même des armes très efficaces.

Tout d'abord, parce qu'il a présenté son accusation d'une manière qui le conduit nécessairement à des conclusions absurdes.

La faillite de la Barcelona Traction a été soumise à l'examen de divers représentants du ministère public à tous ses échelons, d'une douzaine de juges ordinaires et spéciaux, de deux cours d'appel et d'une chambre de cassation du Tribunal suprême. Comme les membres de ces tribunaux se sont renouvelés au cours des nombreuses années pendant lesquelles la procédure a duré en Espagne, cela représente au total plus d'une centaine de fonctionnaires judiciaires, dont plusieurs étaient parvenus au sommet de leur carrière et au terme d'une vie honorable consacrée au service de la justice. Peut-on sérieusement prétendre que tous ces magistrats se sont faits les complices d'intérêts bâtards, dans l'oubli de leurs devoirs sacrés et au mépris des lois qu'ils avaient la mission d'appliquer ?

Triste idée de la justice que celle de nos adversaires !

M^e Rolin a voulu couronner sa dernière plaidoirie par des citations injurieuses pour la justice espagnole qu'il a extraites des écrits présentés par les avocats de la Barcelona Traction dans les diverses procédures instruites en Espagne.

Je le regrette sincèrement et pour M^e Rolin et pour la cause qu'il défend.

Les allégations injurieuses et sans mesure ne renforcent pas une thèse. Elles l'affaiblissent. Le bon droit d'une partie est presque toujours fonction inverse de la violence du langage qu'elle emploie pour sa défense.

Je ne suivrai pas M^e Rolin sur la voie douteuse où il s'est aventuré en récitant avec complaisance une véritable anthologie de dépits.

Je préfère terminer ma plaidoirie en remerciant sincèrement la Cour pour la patience avec laquelle elle m'a écouté et en traitant la Barcelona Traction mieux qu'elle ne le mérite.

J'espère, Monsieur le Président, vous avoir convaincu que la déclaration de faillite de la Barcelona Traction n'a pas été le point de départ d'une manœuvre de spoliation, mais bien l'aboutissement inévitable d'une course insensée vers l'abîme.

La Barcelona Traction n'a pas été la victime d'ennemis imaginaires.

La Barcelona Traction a succombé écrasée sous le poids de ses propres fautes.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

PLAIDOIRIE DE M. GUGGENHEIM
CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. GUGGENHEIM: Le Gouvernement belge a prétendu, tout au long de l'affaire qui nous occupe, que les autorités judiciaires et administratives espagnoles auraient commis des actes illicites au regard du droit des gens, actes qui entraîneraient la responsabilité internationale de l'Espagne à l'égard de la Belgique.

Le Gouvernement belge estime qu'il y a lieu de distinguer entre un certain nombre de catégories d'actes illicites imputables à l'Etat espagnol. Celles-ci sont en partie formulées aux pages 307 à 309 de la réplique, V, et elles ont été répétées, avec certaines variantes, dans la plaidoirie du professeur Rolin du mardi 15 avril (VIII, p. 11-34). Ainsi les griefs belges visent à la fois des cas d'usurpation de compétence, des dénis de justice et des abus de droit. Toutefois, étant donné que, comme le Gouvernement espagnol a eu l'occasion de l'indiquer au cours de la procédure écrite, les griefs que le Gouvernement belge fait rentrer sous le titre de dénis de justice relèvent de deux catégories bien distinctes, il convient de constater qu'on se trouve à l'heure actuelle devant quatre catégories de griefs.

La première catégorie d'accusations belges qui doit être prise en considération est celle qui se réfère à certains actes des autorités espagnoles qui auraient violé les règles de droit international relatives à la compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux. Il s'agirait en l'espèce d'une prétendue usurpation de compétence de la part des tribunaux espagnols. Cette accusation revêt un double aspect. En premier lieu, la Partie adverse estime que l'Espagne est responsable d'une telle usurpation de compétence du fait que ses tribunaux se sont déclarés compétents pour prononcer la faillite de la société canadienne Barcelona Traction. En deuxième lieu, il y aurait eu de la part des tribunaux espagnols une prétendue extension des effets de la déclaration de faillite de Barcelona Traction au territoire canadien.

La deuxième catégorie d'accusations belges vise certains actes judiciaires espagnols qui auraient violé les règles prescrivant aux Etats d'ouvrir aux étrangers l'accès aux tribunaux et de ne pas les soumettre à des délais absolument injustifiés (R., V, n° 446, p. 307).

Ce grief a été appelé par la Belgique « déni de justice formel » et M. Rolin, dans sa plaidoirie du mercredi 16 avril (VIII, p. 44), a indiqué qu'il consisterait dans un refus d'audience ainsi qu'en des retards injustifiés dans la procédure.

La troisième catégorie de griefs belges sanctionne des erreurs manifestes dans l'interprétation du droit national ou des illégalités grossières (appelées par le Gouvernement belge « déni de justice substantiel »).

Indépendamment de ces trois catégories, il en existerait une quatrième, celle qui se réfère à l'abus de droit.

Monsieur le Président, avant de démontrer l'inexistence de la responsabilité internationale de l'Espagne pour avoir commis des actes soi-disant illicites qui lui sont reprochés par la Belgique, il est nécessaire d'éclaircir quelques problèmes d'un caractère plus général qui se posent

dans ce procès et qui se rapportent à la totalité des griefs belges. En effet, le Gouvernement belge, convaincu de la difficulté d'articuler ses griefs sur la base rigoureuse du droit international en vigueur, a dû recourir, en vue de dissimuler le manque de consistance de sa demande, à certains procédés qui ont obscurci les problèmes d'un litige déjà en lui-même vaste et compliqué.

A ce sujet, les précisions suivantes s'imposent: déjà au stade de la procédure écrite, c'est-à-dire au sein du mémoire et de la réplique, le Gouvernement belge a présenté l'affaire à la Cour comme si n'importe quelle erreur des juges espagnols pouvait être prise en considération par le juge international et comme si, par conséquent, votre Cour devait trancher et se prononcer sur de simples questions de droit espagnol prétendument controversées. Ainsi, comme on l'a déjà dit à maintes reprises, le Gouvernement belge tend à transformer la Cour de La Haye en un organe judiciaire d'appel ou de cassation pouvant fonder le dispositif de son arrêt sur les infractions de droit interne comme tel.

La Cour appréciera elle-même le contenu et l'étendue de ses fonctions, mais vous, Monsieur le Président et Messieurs les juges, serez les premiers à admettre que les fonctions de juge d'appel ou de juge de cassation ne sont pas celles de votre Cour, qui se substituerait ainsi aux tribunaux nationaux. Cette remarque est importante. De l'avis du Gouvernement espagnol, la Cour doit donc nettement distinguer entre les griefs belges qui se rapportent à une violation du droit interne espagnol et ceux qui se rapportent au droit international. En effet, votre haute juridiction n'agit pas comme un organe de droit interne appliquant en l'espèce le droit national espagnol. Cette manière de voir était également adoptée en principe par nos honorables contradicteurs, entre autres, explicitement par M. Lauterpacht, dans l'audience du 8 mai 1969 (VIII, p. 461). Si le juge international est amené à prendre en considération le droit interne, c'est de manière incidente, c'est simplement en vue d'examiner si l'application et l'interprétation adoptées par le juge interne comportent ou non une violation du droit international.

Le Gouvernement belge n'a guère tenu compte de la fonction de la Cour. C'est ainsi que, pour citer un exemple, la Partie adverse, en examinant l'ordonnance du juge de la faillite qui a déclaré recevable la requête des créanciers, l'a estimée entachée d'illégalité au regard de la législation espagnole relative aux conditions administratives d'acquisition des obligations (M., I, n° 83, p. 44). Cette prétendue illégalité ne trouverait donc nullement son fondement dans une violation du droit des gens, mais dans une violation du droit espagnol. Or, il est clair que, manquant de l'élément de gravité, si cette illégalité avait existé elle serait, dans le cadre du droit espagnol, un cas de mal-jugé qui ne saurait entraîner la responsabilité internationale de l'Espagne. La confusion entre griefs relatifs au droit interne et griefs relatifs au droit international créée par la Partie adverse est augmentée du fait que, dans d'autres passages des écritures belges, le Gouvernement belge reconnaît

« qu'il n'a jamais entendu défendre la thèse ... suivant laquelle il existerait une « obligation internationale qui impose à l'Etat de garantir que les étrangers ne soient pas victimes de décisions simplement erronées... »

Et il ajoute:

« Il va de soi que n'importe quelle erreur de fait ou de droit, com-

mise à l'égard d'un étranger par les tribunaux d'un Etat, n'engage pas la responsabilité de celui-ci et qu'il n'entre pas dans la compétence normale du juge international de contrôler le « bien-jugé » des tribunaux nationaux. » (R., V, p. 313, n° 461.)

Le fait est qu'en procédant de cette manière le Gouvernement belge a porté tort à la clarté et à l'économie de la procédure, car il aboutit à de longs exposés de controverse de doctrine et de jurisprudence de droit interne espagnol.

Le Gouvernement belge n'a pas seulement, en agissant ainsi, attribué à votre Cour la fonction d'un tribunal d'appel et d'une cour de cassation, il a aussi fait valoir devant votre haute juridiction certains nouveaux griefs qui n'avaient pas été soulevés et caractérisés d'actes illicites dans le cadre de la procédure du droit interne espagnol. La Cour pourra facilement le constater en se rapportant à la liste qui a été dressée aux pages 778 et 779 de la duplique (VII, sous le n° 748) et qui n'est, d'ailleurs pas exhaustive. Aucun de ces griefs n'a été formulé devant les tribunaux internes. Dans le cadre de cette plaidoirie, le Gouvernement espagnol désire en extraire deux exemples: la réplique parle d'excès de pouvoir et de violation de la loi lorsque le juge de la faillite a autorisé les créanciers à prouver par témoins les rapports qui existaient entre Barcelona Traction et ses filiales (R., V, n° 479). Cette prétendue irrégularité n'a jamais été invoquée dans le cadre des procédures internes. De même, on n'a pas allégué devant les tribunaux espagnols une violation de la loi, du fait que la preuve testimoniale ait été pratiquée sans citation du tiers intéressé et sans que le greffier ait déclaré connaître les témoins ou ait exigé la présence de témoins connus (*ibid.*).

Or, la possibilité de soulever de nouveaux griefs représente une échappatoire à la règle de l'épuisement des recours internes. Le fondement de cette règle est de permettre aux tribunaux de l'ordre interne de faire justice d'une accusation d'acte illicite avant qu'elle ne soit portée devant l'ordre juridique international. Toutefois, si le gouvernement demandeur appuie certains de ses griefs sur des arguments qui n'ont pas été soulevés par les particuliers protégés devant les tribunaux de l'Etat défendeur, ceux-ci — les tribunaux — n'ont pas pu les examiner et donc empêcher éventuellement par leur décision de porter le grief sur le plan international. Cette manière de voir a été exprimée de façon pertinente par l'arbitre suédois Bagge dans la bien connue affaire des *Navires finlandais* (voir D., VII, n° 743, p. 775).

Le Gouvernement espagnol en a amplement parlé dans la duplique. La phrase la plus importante et la plus pertinente de cette décision paraît être la suivante:

« Mais ... tous les arguments pertinents invoqués par le Gouvernement demandeur dans la procédure internationale ... qu'ils soient erronés ou non ... doivent, selon l'opinion exprimée par l'Arbitre, avoir été soumis aux tribunaux internes pour satisfaire à la règle de l'épuisement des recours internes avant que l'Etat défendeur puisse être contraint de poursuivre plus avant la procédure internationale. » (*Ibid.*, p. 776.)

Dans son ouvrage sur la Convention européenne des droits de l'homme (Paris, 1964), M. Karel Vasak rappelle que la Commission européenne des droits de l'homme a établi qu'il était nécessaire que tous les griefs soulevés par le requérant aient été portés devant les tribunaux internes

avant d'être portés devant la Commission; et ceci est le cas non seulement pour les recours devant les tribunaux ordinaires, mais aussi pour tout le système de recours légaux (*legal remedies*) disponibles dans l'Etat en question (p. 118 et suiv.). Tous les recours accessibles au requérant doivent donc être épuisés. Les quelques observations de mon honorable contradicteur, le professeur Rolin, dans la séance du mardi 13 mai (VIII, p. 570) n'arrivent pas à contester que le système de l'épuisement des recours légaux est aujourd'hui — surtout à la suite de la décision *Ambatielos* — plus perfectionné que dans un passé plus ou moins récent, et M. Rolin doit lui-même admettre que, « dans l'application de la règle [de l'épuisement du recours interne], la Commission s'est montrée relativement exigeante ». Cette exigence correspond, contrairement à ce que pense M. Rolin, au droit international général auquel la Convention de Strasbourg renvoie explicitement.

Mais les sources d'équivoque et de confusion provoquées par la Partie adverse ne s'arrêtent pas là.

Le Gouvernement espagnol a montré, au cours de la procédure écrite, qu'une des conditions nécessaires pour que le contenu d'une décision judiciaire contraire au droit interne puisse engager la responsabilité internationale est l'existence de l'élément subjectif de la mauvaise foi et de l'intention discriminatoire du juge. Le Gouvernement belge a contesté en ligne de principe la nécessité de cet élément subjectif (voir R., V, n^{os} 461 et 471, et plaidoirie de M. Rolin du mercredi 16 avril, VIII, p. 45-49). Ceci ne l'a pas empêché de prétendre prouver l'existence de cet élément subjectif dans ce qu'il appelle « les indices de partialité des autorités judiciaires » (R., V, n^o 787 et suiv., p. 579 et suiv.). De même, l'élément subjectif est de nouveau avancé dans le contexte du grief global lorsque le Gouvernement belge soutient que les autorités administratives et judiciaires espagnoles ont prêté leur concours actif au plan conçu par le groupe March en vue de spolier à son profit les actionnaires de Barcelona Traction (*ibid.*, p. 583 et suiv., et VIII, p. 49-54). En revanche, dans le cadre de l'exception de non-épuisement des recours internes, le Gouvernement belge affirme qu'il

« n'a jamais soutenu et ne soutient pas, parce que, pas plus que la Barcelona Traction, il n'en a la preuve, que le jugement déclaratif de faillite ait été obtenu grâce à une « manœuvre dolosive ou frauduleuse »;

qu'il

« n'a jamais prétendu [c'est-à-dire le Gouvernement belge] non plus, parce que, pas plus que la Barcelona Traction, il n'en avait la preuve, qu'il y ait eu subornation, corruption ou concert frauduleux auquel le juge de Reus aurait été mêlé »

et

« qu'il n'impute à aucun magistrat espagnol une intention frauduleuse ou malhonnête » (R., V, n^o 854, p. 618).

N'y a-t-il pas une nouvelle contradiction dans l'exposé belge? D'une part, le Gouvernement belge fait abstraction, pour la définition de ce qu'il appelle déni de justice substantiel, de l'élément subjectif. D'autre part, les accusations du Gouvernement belge se confondent souvent avec celles de manœuvres dolosives et frauduleuses, donc avec l'élément subjectif. *Les hésitations et les sinuosités du Gouvernement belge, en ce qui*

se rapporte à l'élément subjectif de mauvaise foi, placent le Gouvernement espagnol dans une situation qui a pour conséquence qu'il ne sait pas exactement quelles sont les accusations dont il doit se défendre et qui l'oblige à assurer cette défense sur plusieurs terrains (voir aussi D., VII, p. 919).

La clarté et l'économie de la procédure internationale ont été enfin gravement atteintes par le fait que le Gouvernement belge n'a pas toujours présenté ses griefs en fonction d'une répartition élaborée sur la base de quatre catégories d'accusation. C'est un fait qu'il a étendu le déni de justice au sens propre du terme ou formel en y englobant des griefs qui ont leur place dans une autre catégorie, c'est-à-dire dans la catégorie de la responsabilité en raison du contenu de la décision. C'est ainsi que les griefs concernant d'une manière générale la suspension de la procédure résultant du déclinatoire de García del Cid et surtout Boter, ainsi que ceux relatifs aux décisions déclarant les recours des filiales irrecevables ou y faisant définitivement obstacle, ont été présentés par la Belgique comme constitutifs d'un refus d'audience, c'est-à-dire comme l'une des manifestations du déni de justice au sens propre du terme (voir R., V, n° 612 et suiv., p. 461 et suiv., et plaidoirie de M. Rolin des 28 et 29 avril, VIII, p. 267-324). Lesdits griefs, la suspension de la procédure et l'irrecevabilité des recours des filiales ne concernent cependant pas des dénis de justice au sens formel, mais ils se rapportent au contenu des décisions pour lesquelles la responsabilité n'existe que si les trois conditions indiquées sont réunies : violation grossière et inexcusable du droit, absence de bonne foi, décision de dernière instance.

Ayant ainsi terminé ces considérations générales, le Gouvernement espagnol va maintenant examiner les critères de droit applicables à chacune des quatre catégories de griefs qui ont été indiqués, à savoir : l'usurpation de compétence, le déni de justice au sens propre du terme, la responsabilité en raison du contenu des décisions et, enfin, l'abus de droit.

Quelques considérations sur le grief global qui, de l'avis même de la Partie adverse, ne saurait être considéré comme une catégorie de griefs clôtureront cet exposé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans le cadre de l'usurpation de compétence du point de vue du droit international, le Gouvernement espagnol a été accusé par la Belgique de deux sortes d'actes illicites.

En premier lieu, d'après la Partie adverse, la déclaration de faillite aurait violé des prétendues règles de droit international relatives à la compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux.

En deuxième lieu, le Gouvernement belge prétend que les tribunaux espagnols se seraient rendus coupables d'avoir étendu les effets du jugement de faillite en dehors du territoire espagnol. Le grief semble être défini d'une manière tout à fait générale comme une violation du principe de droit international qui

« interdit aux Etats de poursuivre en territoire étranger l'exécution de leurs décisions administratives ou de leurs jugements » (R., V, n° 454, p. 311).

La Partie adverse maintient explicitement les deux catégories d'usurpation de compétence dans la procédure orale (voir l'exposé de M. Rolin : VIII, p. 26 et suiv., et l'exposé de M. Mann : VIII, p. 419 et suiv.).

Il importe tout d'abord de revenir au premier de ces griefs, c'est-à-dire à celui d'une prétendue usurpation de compétence des tribunaux espagnols pour avoir déclaré en faillite la Barcelona Traction. D'après le Gouvernement belge,

« pour qu'un Etat puisse soumettre ... au pouvoir juridictionnel de ses tribunaux un fait juridique donné ... il doit exister entre cet Etat et le fait en question un lien sérieux de rattachement »
(R., V, n° 450, p. 309).

Cette affirmation a été confirmée par M. Rolin (VIII, p. 27). Toutefois, M. Mann semble être plus restrictif puisque dans sa plaidoirie (VIII, p. 427) il a insisté sur le fait que deux seuls critères de rattachement justifieront la compétence des tribunaux espagnols pour déclarer en faillite une société étrangère, à savoir l'existence d'une succursale ou des biens à saisir. C'est bien revenir à la position qui avait déjà été soutenue dans le mémoire (I, p. 165, n° 333).

Il est vrai que M. Mann semble justifier son point de vue en affirmant que le lien de rattachement doit être plus étroit en matière de faillite que dans le cadre de la juridiction pénale et civile ordinaire (VIII, p. 415). Il importe de souligner que cette affirmation de notre éminent contradicteur n'a guère été prouvée; les conventions qu'il a mentionnées à l'appui de sa thèse ne se rapportent pas aux règles de droit international en matière de faillite. Elles excluent même explicitement cette matière du *domaine d'application desdites conventions*. A ce propos M. Mann mentionne de récentes conventions sur la juridiction internationale et sur la reconnaissance des jugements en matière civile (*ibid.*). Nous n'examinerons à ce sujet, pour gagner du temps, que la convention de La Haye du 26 avril 1966 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

Il est vrai, sans doute, que l'article premier de la convention de La Haye de 1966 exclut la faillite de son domaine d'application. Mais cette exclusion ne saurait en rien appuyer la thèse du Gouvernement belge d'après laquelle les liens de rattachement en matière de faillite devraient être plus étroits que dans le cadre de la juridiction civile. En effet, la convention exclut également, à côté de la faillite, bien d'autres matières de nature civile comme, par exemple, la matière successorale, celle relative aux obligations alimentaires, l'existence ou la constitution des personnes morales, etc.

En tout état de cause, la convention ne serait pas opposable au Gouvernement espagnol, car, en dépit de l'affirmation de M. Mann que l'Espagne serait devenue partie à la convention (VIII, p. 418), elle ne l'a pas ratifiée.

En répondant à cette accusation d'usurpation de compétence, le Gouvernement espagnol se placera, comme l'a d'ailleurs indiqué M. Mann (VIII, p. 414) sur le seul terrain des principes du droit international applicables en la matière. Il appartiendra à mon éminent collègue, sir Humphrey Waldock, de réfuter les griefs relatifs à cette accusation sur le plan des faits et aux prétendues violations du droit interne espagnol.

Le Gouvernement espagnol n'aura pas de difficulté à prouver que la prétendue usurpation de compétence, en raison de la mise en faillite en Espagne de la Barcelona Traction, n'existe pas. Dans ce but, le Gouvernement espagnol va démontrer :

a) Qu'aucune règle de droit international ne défendait aux tribunaux espagnols de déclarer la faillite de Barcelona Traction, étant donné que l'existence d'une telle règle n'est pas consacrée en droit des gens.

b) Que, si on affirme au contraire, et à tort, que le droit international exigeait la présence d'un lien réel et sérieux entre l'Etat espagnol et la Barcelona Traction pour déclarer la faillite de cette dernière, ce lien existait. En effet, cette exigence de rattachement se trouvait abondamment satisfaite dans le cas de la société canadienne Barcelona Traction dans ses relations avec l'Espagne.

En ce qui concerne le premier grief, le Gouvernement espagnol est d'avis que la compétence des juridictions nationales n'est en général pas réglée par le droit international. La compétence des juridictions nationales est laissée par le droit international à la compétence discrétionnaire de chaque Etat, sauf limitations spécifiques par la coutume ou par une convention internationale.

Dans l'état actuel du droit international, la règle générale admise est donc celle du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, qui ne peut être limitée que par une règle internationale prohibitive. La thèse que le Gouvernement espagnol soutient se trouve en plein accord avec ce que déclare la jurisprudence internationale.

Dans ce domaine, la doctrine affirmée par la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus* ne peut être ni plus claire, ni plus catégorique, ni plus généralement reconnue. La Cour nous permettra de la reproduire aussi dans cette procédure orale; la voici:

« Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. » (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 19.)

La même opinion a été partagée par un juge dissident — dans l'affaire *Lotus* — de nationalité américaine, John Bassett Moore, le célèbre rédacteur du grand *digest* de droit international des Etats Unis, qui a déclaré (*ibid.*, p. 94): « un Etat jouit, sur son territoire national, de pouvoirs exclusifs de juridiction ».

M. Rolin semble trouver quelque peu vieillie la manière de voir de la Cour permanente, et il affirme qu'il a tout lieu de croire que la Cour, pas plus que lui-même, « ne verra dans l'arrêt du *Lotus* l'état dernier de la jurisprudence internationale en cette matière » (*VIII*, p. 27).

Il se trouve pourtant que, dans le dernier arrêt que la Cour a rendu récemment, la 20 février 1969, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 44), elle s'est référée à l'affaire du *Lotus*, ce qui montre que, de l'avis de la Cour, cette affaire n'a pas vieilli. Il est vrai que le renvoi de l'affaire du *Lotus* ne portait pas spécifiquement sur le point qui nous intéresse dans cette discussion. Toutefois, il est donc certain qu'à l'heure actuelle encore la conception relative à la délimitation de la compétence de juridiction sur le plan international est exprimée par la décision du *Lotus*.

M. Rolin, en vue de renforcer sa thèse relative à la nécessité d'un lien de rattachement sérieux pour pouvoir procéder à la déclaration de faillite

d'une société étrangère, mentionne aussi l'affaire dite des *Pêcheries* de 1951. Dans cette affaire, ce que la Grande-Bretagne contestait, c'était la licéité de certaines mesures adoptées par la Norvège quant à la délimitation de sa mer territoriale. Votre Cour s'est prononcée à cet égard en signalant que :

« La délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international, [et qu']elle [ladite délimitation] ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 132.)

Par conséquent, la Cour a dit : « la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international » (*ibid.*).

M. Rolin cherche à transposer cette manière de voir — prévue pour le cas de la délimitation de la mer territoriale — à la délimitation de la compétence judiciaire. Et il affirme :

« je crois être en droit de constater que l'acte de détermination de l'étendue de la sphère de compétence des Etats est nécessairement un acte unilatéral, mais que la validité de cette détermination à l'égard des Etats tiers relève du droit international, en sorte que s'il est causé préjudice aux ressortissants de ces Etats tiers, la responsabilité de l'Etat auteur du préjudice sera engagée si le dommage a été causé par un de ses organes dans l'exercice d'une compétence qui, suivant le droit international, ne pouvait lui appartenir » (**VIII**, p. 28).

Cette manière de voir est une pure pétition de principe. Dans l'affaire des *Pêcheries*, on discutait devant la Cour de la validité de la délimitation unilatérale des espaces maritimes norvégiens. La validité de cette délimitation des limites maritimes est une question réglée exclusivement par le droit international. Elle n'est pas abandonnée au pouvoir discrétionnaire individuel des Etats qui procèdent à la fixation de la frontière maritime. Dans l'affaire qui est *sub judice*, la question porte sur l'extension de la compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux et qui est réglée par le droit national, sauf exception prévue par le droit coutumier et le droit conventionnel international.

Enfin, l'affaire *Nottebohm*, jugée en 1955 par la Cour internationale de Justice et également mentionnée par nos honorables contradicteurs (R., V, p. 309, n° 450, et VIII, p. 29) n'est guère pertinente pour l'étude du lien de rattachement en matière de juridiction. L'arrêt *Nottebohm* s'occupe de la nécessité d'un « lien substantiel en matière de nationalité » et des conséquences qui résultent de l'inexistence de ce lien (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 23). Il est nécessaire de retenir de l'affaire *Nottebohm* dans ce contexte que l'absence d'un lien substantiel en matière de nationalité n'entraîne pas la responsabilité internationale de l'Etat qui l'a octroyée : l'absence d'un lien effectif de rattachement en matière de nationalité entraîne seulement l'inopposabilité de la nationalité ainsi acquise à l'égard des Etats tiers. En conséquence, la règle relative à la nécessité d'un lien de rattachement en matière de nationalité dans l'affaire *Nottebohm* n'a aucun rapport avec la règle relative à la responsabilité internationale établie par la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*.

Selon la décision de la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*, la violation de la règle prohibitive relative à la compétence judiciaire entraîne la responsabilité internationale de l'Etat qui l'usurpe à tort,

tandis que la violation de la règle du lien effectif de nationalité examiné dans l'affaire *Nottebohm* n'entraîne que l'inopposabilité de la nationalité à l'égard des Etats tiers, *donc aucune conséquence en matière de responsabilité internationale.*

Le Gouvernement belge a aussi essayé de justifier l'existence « d'un lien sérieux de rattachement », en se référant à l'ouvrage de M. Mann, « *The Doctrine of Jurisdiction in International Law* » (*Recueil des cours, 1964-I, vol. 111*). Le passage cité dans la réplique (V, p. 309, n° 450) ne vise cependant en premier lieu que les limites de la compétence législative de l'Etat (p. 49) et non les limites de sa compétence juridictionnelle (p. 61). D'autre part, lorsque M. Mann parle de la compétence juridictionnelle, il est acculé à la confession suivante (p. 10):

« It is no doubt evidence of the rudimentary state of international law and a matter for regret that international jurisdiction is almost always concurrent. »

D'ailleurs, si le droit international imposait — comme le prétend la Partie adverse — des critères spécifiques pour le rattachement de la compétence judiciaire, il serait impossible qu'il existe une telle diversité et même de telles contradictions entre les différents systèmes étatiques en ce qui concerne la compétence juridictionnelle des tribunaux internes. Contre cette thèse, M. Mann n'a guère apporté de nouveaux arguments dans sa plaidoirie. Il s'est contenté de réaffirmer la nécessité de liens de rattachement consistant dans l'existence d'un établissement commercial ou dans la propriété d'avoirs importants (VIII, p. 427). On peut se demander, toutefois, comment cette manière de voir peut se concilier avec ce qui a été dit par M. Rolin (VIII, p. 27) qui a dû reconnaître que:

« Quant à la compétence de juridiction, assurément les Etats ont en général toute liberté de délimiter à leur guise l'étendue de la compétence de leurs tribunaux comme le champ d'application de leur législation et il est inévitable, dès lors, que des conflits de loi en résultent ».

Et plus loin il devait ajouter que le Gouvernement belge marquait son accord quant à la constatation du Gouvernement espagnol relative à

« la grande diversité des raisons qu'invoquent les Etats pour asseoir la compétence de leurs tribunaux en matière de faillite » (VIII, p. 30).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement espagnol désire maintenant aborder la démonstration de la deuxième affirmation qu'il a faite tout à l'heure. En effet, même si le droit international exigeait la présence d'un lien de rattachement sérieux effectif entre l'Etat espagnol et la Barcelona Traction pour la déclarer en faillite, ce lien existait. Le Gouvernement espagnol peut d'autant plus être bref sur ce point sur le plan du droit qu'il a eu l'occasion de montrer, au cours de la procédure écrite, la diversité des liens de rattachement employés par les différentes législations étatiques en matière de déclaration de faillite, et de démontrer que ces liens existaient entre la Barcelona Traction et l'Etat espagnol (D., IV, p. 230, 234, et C.M., IV, p. 476-480).

La Partie adverse reconnaît que l'existence d'une succursale ou d'un établissement commercial, ainsi que des biens sur le territoire national, sont des critères suffisamment sérieux pour justifier la compétence des

tribunaux d'un Etat pour déclarer en faillite une société étrangère. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. Sans doute, la Partie adverse conteste que ces critères aient existé en fait dans le cas de la Barcelona Traction. Il appartiendra à mon éminent collègue et ami le professeur Waldock d'en faire la démonstration.

La Partie adverse a déclaré (VIII, p. 417) que de nombreux traités ont fait du critère de l'établissement commercial le seul critère susceptible d'être reconnu sur le plan international. Sans vouloir rentrer dans les détails de cette question, il convient de signaler qu'en réalité ces traités n'excluent pas la possibilité de déclarer en faillite un commerçant étranger sur la base d'autres critères. Tel est le cas de la convention signée dans le cadre de l'Union nordique du 7 novembre 1933 ainsi que de la convention de Montevideo de 1940.

Le lien de rattachement consistant en la réalisation d'opérations commerciales en territoire national semble plus contesté par la Partie adverse. Il semble que ce critère de juridiction ne serait admissible que dans la mesure où il y aurait à proprement parler *a place of business* (un lieu d'affaires) (VIII, p. 417). Mais le fait est qu'il existe quelques systèmes qui établissent la compétence de leurs tribunaux pour déclarer la faillite des commerçants étrangers ou des sociétés étrangères réalisant des affaires ou des opérations commerciales sur le territoire national.

Tel est, par exemple, un des critères français de juridiction en matière de faillite. Une étude récente à laquelle la Partie adverse a également fait allusion (VIII, p. 419) montre que d'après la jurisprudence,

« c'est le fait d'exercer un commerce dans un Etat et non l'existence d'un domicile qui doit être attributif de compétence au profit des juridictions de ce pays. Les tribunaux français peuvent donc être saisis lorsqu'un étranger s'est contenté de passer certains marchés sur notre territoire. » (Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, p. 83.)

Le système canadien s'est prononcé dans le même sens. Il a, en effet, été déclaré qu'une société étrangère qui réalise des affaires au Canada peut être déclarée en faillite par les tribunaux canadiens, et ce même lorsque ladite société a déjà été déclarée en faillite par les tribunaux du lieu où elle a été constituée (Duncan-Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, p. 39-40). Dans certains de ces systèmes, il n'est pas nécessaire que cette activité soit directement accomplie par la société en faillite; il suffit que cette réalisation d'opérations commerciales dans le territoire national soit accomplie au moyen d'un représentant ou d'un agent.

Au cours de la procédure écrite, trois autres liens de rattachement ont été indiqués par le Gouvernement espagnol qui n'ont pas été acceptés par la Belgique comme suffisants à eux seuls pour constituer des liens de rattachement. Il s'agit de:

- a) la nationalité des créanciers,
- b) l'appel au crédit,
- c) le lieu de paiement des obligations.

La Partie adverse ayant, dans le cadre des plaidoiries, contesté le critère de la nationalité des créanciers, le Gouvernement espagnol désire revenir un instant sur ce point et prie respectueusement la Cour de se rapporter, en ce qui concerne les autres, à ce qui a été dit dans la duplique (VI, p. 231-234).

Le Gouvernement espagnol avait montré dans la duplique (VI, p. 231-232) en se basant sur l'article 14 du code civil et sur la jurisprudence, que la nationalité des créanciers était considérée en France comme un lien de rattachement suffisant pour déclarer en faillite une société étrangère.

M. Mann (VIII, p. 418) a déclaré que l'article 14 du code civil français ne prenait en considération la nationalité des créanciers que dans la mesure où il y avait en France aussi des biens à saisir. Ainsi, d'après la Partie adverse, la nationalité des créanciers ne constituerait pas à elle seule un lien de rattachement suffisant. Cette affirmation est entièrement contredite par les citations de la jurisprudence française qui ont été faites par les professeurs Batiffol et Francescakis (*Encyclopédie juridique*, Dalloz, Répertoire de droit international, Paris, 1968, p. 429, n° 45) et qui montrent la portée générale de cet article 14 et que la nationalité française des créanciers suffit pour déclarer en faillite une société étrangère.

Parvenu à ce point, Monsieur le Président, il est clair que le *forum conveniens* pour déclarer en faillite la Barcelona Traction était le juge espagnol. Tel est le cas, même si l'on est d'avis, comme le Gouvernement belge (VIII, p. 417), que le *forum conveniens* n'est pertinent que dans les cas où il s'agit d'opérer un choix entre deux juridictions et de décider à laquelle des deux doit être accordée la préférence. Selon l'opinion du Gouvernement espagnol, cette préférence devait être donnée à la juridiction espagnole. En effet, c'est en Espagne que se trouvaient les biens physiques et les concessions de l'entreprise qui constituaient le gage réel des obligataires en vertu duquel le crédit qui a permis d'ériger ces installations lui a été accordé. Ensuite, parce que la Barcelona Traction avait demandé et obtenu du Canada le bénéfice de l'exonération fiscale consentie par la loi qui déclare non imposable « le revenu des sociétés anonymes dont les affaires sont réalisées et les biens situés en totalité hors du territoire du Canada », pays où s'est constituée la société. En outre, Barcelona Traction n'exerçait pas la moindre activité hors d'Espagne, et son but statutaire était d'exploiter en Catalogne des sources d'énergie hydraulique, des chemins de fer et des tramways. Enfin, tous les revenus de Barcelona Traction provenaient d'Espagne et le crédit qu'elle possédait et dont elle se servait pour émettre des obligations reposait sur ces exploitations.

Ainsi on ne saurait d'aucune manière affirmer

« [qu']en l'absence de tout lien de rattachement sérieux entre la société faillie et l'ordre juridique espagnol, le droit international n'autorisait pas les tribunaux espagnols à déclarer la faillite d'une société étrangère... » (R., V, n° 481, p. 328)

et que

« le Gouvernement espagnol n'a nullement réussi à démontrer que l'Espagne constituait le *forum conveniens* pour la déclaration de faillite de la Barcelona Traction » (R., V, n° 484, p. 331).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement espagnol désire maintenant rencontrer le grief relatif à la prétendue usurpation de compétence en raison de l'extension du jugement de la faillite en dehors du territoire espagnol. Le grief de l'extension abusive de la compétence judiciaire semble être défini d'une manière tout à fait générale par la

Belgique comme une violation du principe de droit international qui «interdit aux Etats de poursuivre en territoire étranger l'exécution de leurs décisions administratives ou de leurs jugements» (R., V, n° 454, p. 311).

Selon le Gouvernement belge, dans la procédure écrite, l'application de ce principe serait très large. Il s'étendrait au cas où un Etat prend des mesures qui seraient appelées à être consommées ou requièrent soumission dans un Etat étranger (R., V, n° 455, p. 312). L'argumentation orale de M. Rolin (VIII, p. 26) à ce sujet n'est pas plus heureuse. Il parle, en effet, de moyens «imaginés» par les tribunaux espagnols pour atteindre des biens qui se trouvent hors du territoire espagnol, grâce auxquels une sorte d'exécution forcée fut réalisée.

Le Gouvernement espagnol a, de son côté, démontré au cours de la procédure écrite (D., VI, p. 237-243; C.M., IV, p. 489-497) non seulement le caractère vague et général de cet obscur *topic* dont parle M. Mann dans son cours de La Haye (p. 128), mais il a montré aussi le manque de pertinence de ces principes d'interdiction d'exécution pour le cas d'espèce.

Monsieur le Président, le Gouvernement espagnol reconnaît naturellement que la souveraineté territoriale de l'Etat implique l'interdiction absolue pour tout Etat d'exercer une action de coercition sur le territoire d'un autre Etat, et partant, l'obligation de s'abstenir de tout acte de caractère coercitif en ce qui concerne l'exercice de la justice. L'exercice d'actes d'exécution sur le territoire d'un autre Etat est défendu par le droit international dans l'intérêt exclusif de cet autre Etat.

Dans le cas d'espèce, toutefois, l'Espagne n'a jamais exercé sa puissance publique soit au Canada, soit en Belgique, soit dans n'importe quel autre pays étranger.

La saisie et la vente portèrent sur les droits de Barcelona Traction qui se trouvaient exclusivement en Espagne, et non pas sur certains titres, documents et registres comptables qui se trouvaient au Canada (D., VII, p. 624 et suiv.). Mes distingués collègues, MM. Uriá et Carreras, reviendront plus en détail sur cette question.

De plus, il est évident qu'un Etat peut requérir soumission aux mesures exécutoires exercées sur son propre territoire de la part des particuliers qui se trouvent dans le territoire d'un Etat étranger, si une telle demande n'a pas été assortie d'autres actes de puissance publique ou de mesures coercitives.

Ce droit de compétence judiciaire a été clairement reconnu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*. La Cour déclare, en effet, que le droit international n'interdit pas, mais laisse une grande liberté «aux Etats d'étendre leur loi et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire...» (C.P.J.I. série A n° 10, p. 19).

L'expression remarquablement vigoureuse du juge Wendel Holmes citée par M. Mann (VIII, p. 421) selon laquelle la juridiction est basée sur le pouvoir du souverain et son fondement est la puissance physique, ne dit pas autre chose. Ce que le droit international ne permet pas, c'est, comme nous l'avons déjà dit, de recourir à la coercition sur le territoire d'un autre Etat, sans le consentement de ce dernier.

Je me rapporte ici au passage célèbre dans les motifs de l'affaire du *Détroit de Corfou*. Votre Cour n'y a pas admis que l'opération de déminage opérée dans les eaux albanaises par la marine britannique puisse être justifiée comme une mesure d'autoprotection (C.I.J. Recueil 1949, p. 35).

En d'autres termes, un ordre juridique donné peut aussi soumettre à son pouvoir juridictionnel certains actes qui se passent en dehors de son domaine d'exécution. En tous les cas, il est certain que le grief de violation de souveraineté territoriale ne pourrait être soulevé, le cas échéant, que par l'Etat dont le territoire a fait l'objet d'une mesure de coercition par l'autre Etat. Or, cet autre Etat ne serait en aucun cas la Belgique. En ce qui concerne le Canada, il n'a soulevé aucune accusation de ce genre.

Quant à la question de savoir si l'émission des nouveaux titres des sociétés filiales était du point de vue du droit des gens une de ces mesures coercitives exercées sur le territoire d'un autre Etat, la réponse ne fait pas de doute. Il n'y a eu aucune mesure du Gouvernement espagnol sur le territoire canadien qui puisse être qualifiée de coercitive.

Il n'a donc jamais été question de requérir d'une façon coercitive les titres pour leur saisie effective au lieu où ils se trouvaient. M. Mann aboutit à une autre interprétation uniquement pour la raison qu'il nie la compétence judiciaire espagnole sur les avoirs de la Barcelona Traction et la reconnaît au Canada. Il oublie toutefois que le Canada n'a jamais prétendu à une telle violation de sa souveraineté territoriale. Dans ces conditions, la question de la transmission de documents se trouvant au Canada par l'intermédiaire d'une procédure rogatoire ou par une autre procédure d'exécution ne se posait pas.

Le Gouvernement espagnol n'avait pas non plus, du point de vue du droit international, une obligation à l'égard de la Belgique ou du Canada, qui n'est d'ailleurs pas en cause, de rendre impossible l'émission en Espagne de nouveaux titres afférents aux droits qui se trouvaient en Espagne. Les détenteurs des titres originaires qui se trouvaient au Canada, ne pouvaient, que demander eux-mêmes l'invalidité de l'émission des nouveaux titres ou le dédommagement des anciens titres dans le cadre de la procédure espagnole.

Même dans l'hypothèse extrême où le Canada aurait prétendu à un dommage qui lui aurait été causé par l'émission de nouveaux titres, il aurait incombé au Canada de faire les réclamations à l'Espagne. Mais cela n'aurait pas été un problème d'exécution licite ou illicite de la juridiction espagnole, mais une réclamation pour dommage causé par l'émission de nouveaux titres. Le Canada n'a pas fait valoir une telle prétention. Il est donc complètement inutile de faire de cette question un point de discussion devant la Cour.

A l'appui de la thèse belge, d'après laquelle la justice espagnole aurait commis des actes de juridiction coercitive (*enforcement jurisdiction*) sur le territoire du Canada, en violation des limites posées par le droit international, M. Mann a cru pouvoir se fonder sur la pratique des Etats.

C'est ainsi que le conseil du Gouvernement belge a fait état des protestations émises par certains gouvernements à l'encontre de quelques ordonnances rendues par les autorités des Etats-Unis qui exigeaient des sociétés étrangères la production de documents placés à l'étranger (VIII, p. 423 et suiv.).

Le Gouvernement espagnol tient à signaler que cette pratique est sans intérêt pour la question soumise à votre Cour.

En effet, il existe entre cette pratique et l'accusation belge qui nous occupe trois différences importantes reconnues même par la Partie adverse:

- 1) la pratique concerne « des domaines autres que la faillite »;
- 2) elle « a trait au droit en matière de production de documents » (VIII, p. 423);
- 3) elle vise l'activité législative et non juridictionnelle de l'Etat.

Lors de sa plaidoirie du mardi 29 avril (VIII, p. 423 et suiv.), M^e Grégoire est parti de l'hypothèse que la loi espagnole dispose que le failli aurait l'obligation d'apporter ses livres et papiers dans les bureaux des organes de la faillite. Il s'est alors demandé si une telle compétence conférée par le droit national serait conforme au droit international et si l'Etat espagnol pourrait en imposer le respect à un débiteur étranger et domicilié à l'étranger.

M^e Grégoire a continué en posant la question suivante: serait-il raisonnable d'admettre que l'Etat espagnol pourrait, sans enfreindre les limites de sa compétence sur le droit international, obliger directement une société comme Barcelona Traction à fréter un navire pour expédier à Reus les quelques centaines de tonnes que représentent tous les documents, archives, papiers et livres qu'elle détenait à son siège à Toronto? D'après M^e Grégoire, cette sommation serait sans valeur sur le plan international.

Nous ne comprenons pas, de ce côté de la barre, pourquoi une telle sommation — d'ailleurs tout à fait hypothétique — faite sur le plan du droit interne espagnol, aurait été une usurpation de compétence en droit international aussi longtemps qu'elle n'était pas suivie par des mesures coercitives dans le cadre du territoire canadien et sans l'assentiment des autorités canadiennes. Or, comme nous l'avons déjà dit, un Etat n'usurpe pas la compétence d'un autre Etat tant qu'il se contente de prétendre appliquer ses lois et ses décisions judiciaires au-delà du territoire sans faire suivre de mesures coercitives.

Dans ces conditions, le problème de l'envoi de commissions rogatoires à Toronto, pour récupérer les documents, archives, papiers et livres se trouvant à Toronto, était une question de pure opportunité. L'Espagne n'était pas obligée d'entamer une procédure de saisie au Canada tant qu'elle n'avait pas le désir d'agir dans le cadre du domaine spatial du Canada.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir examiné la catégorie des griefs relative à l'usurpation de compétence, le Gouvernement espagnol désire maintenant étudier la catégorie des griefs concernant le déni de justice au sens propre du terme.

Le Gouvernement belge range sous la dénomination de « dénis de justice proprement dits dans la procédure » quelques-uns des griefs qu'il formule à l'encontre des autorités judiciaires espagnoles. Il s'agit des griefs concernant la suspension de la procédure et les recours des filiales (R., V, p. 461-502, et plaidoirie de M. Rolin sur le prétendu blocage de la procédure, VIII, p. 240-296).

En procédant de cette manière, le Gouvernement belge essaie de ne pas faire rentrer lesdits griefs dans la catégorie qui est la leur, à savoir celle de la responsabilité en raison du contenu des décisions. Il est en effet conscient que la preuve de l'existence d'un déni de justice au sens propre du terme (refus d'accès, refus à statuer et retards injustifiés dans la procédure interne) est plus facile que celle de la responsabilité internationale à raison du contenu d'une décision.

Le Gouvernement espagnol a déjà montré, dans la phase de la procé-

dure écrite, que les griefs en question se réfèrent au contenu de certaines décisions (D., VI, n° 23, p. 211 et 244 et suiv.; A.D., vol. II, n° 45) et que, de ce fait, la responsabilité de l'Espagne ne pourrait être engagée, en ce qui concerne lesdits griefs, que si trois conditions étaient réunies:

- a) une violation flagrante et inexcusable du droit interne;
- b) une intention discriminatoire et la mauvaise foi du juge;
- c) enfin, que la décision attaquée soit une décision de dernière instance.

L'argument, Monsieur le Président, semble avoir porté puisque dans la plaidoirie de M. Rolin du mercredi 16 avril (VIII, p. 45), le Gouvernement belge semble admettre que les griefs qu'il range dans la catégorie de « déni de justice proprement dit » concernent le contenu des décisions. L'aveu est important et nous le retenons. Toutefois, le Gouvernement belge ajoute que, en dépit de cette circonstance, l'examen du bien-fondé desdits griefs ne serait pas subordonné à l'existence des conditions plus rigoureuses exigées par le droit international pour que la responsabilité d'un Etat puisse surgir en raison du contenu des décisions.

Il en résulterait que, d'après le Gouvernement belge, il y aurait lieu de distinguer, parmi les griefs concernant le contenu des décisions, entre (VIII, p. 44 et 45) a) les griefs qui ne seraient pas soumis aux conditions rigoureuses exigées pour la catégorie de responsabilité internationale en raison du contenu des décisions; et b) les griefs qui doivent être soumis aux conditions plus rigoureuses exigées pour la catégorie de responsabilité internationale en raison du contenu des décisions.

M. Rolin, mon éminent contradicteur, caractérise les griefs qui ne seraient pas soumis aux conditions rigoureuses exigées par la catégorie responsabilité internationale en raison du contenu des décisions de la manière suivante:

« En effet, tant le refus d'audience que les retards injustifiés dans l'administration de la justice, voire même les usurpations de compétence ou des violations d'obligations internationales particulières, font très fréquemment l'objet de dispositions spéciales des décisions incriminées. Elles font dans ce cas partie du contenu de ces décisions sans qu'il en résulte que de ce chef l'examen du bien-fondé de ces griefs soit subordonné à l'existence de conditions plus rigoureuses. » (VIII, p. 45.)

Mais quel est alors, d'après M. Rolin, le critère pour distinguer entre le cas de responsabilité du fait du contenu de la décision qui serait soumis aux règles relatives au déni de justice au sens propre du terme et le cas de responsabilité internationale en raison du contenu de la décision qui serait soumis aux conditions rigoureuses indiquées? La réponse de M. Rolin est en tout cas peu claire: l'obligation d'assurer aux ressortissants étrangers la protection d'une administration de la justice répondant à un *standard minimum* serait une « obligation de résultat », dont la violation existerait dès que le résultat ne serait pas atteint, c'est-à-dire dès qu'il y aurait un manquement aux garanties essentielles que comporte le procès équitable (*fair trial*): indépendance et impartialité du juge, respect du droit de la défense, non-discrimination, etc. Et M. Rolin arrive à la conclusion inattendue que tout cela est relatif au contenu des décisions (VIII, p. 45), ce qui entraîne cette autre conclusion que le déni de justice au

sens propre du terme englobe aussi certains actes qui rentrent dans la catégorie de la responsabilité internationale en raison du contenu de la décision comme, par exemple, les manquements à l'organisation judiciaire et de procédure.

Le Gouvernement espagnol est de l'avis que ces affirmations sont sans précédent en droit des gens et ne se fondent que sur l'imagination de nos contradicteurs.

L'audience est levée à 12 h 50

VINGT-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (23 V 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69; M. Ammoun, *juge*, absent.]

M. GUGGENHEIM: Dans ma plaidoirie d'hier matin j'ai estimé qu'il y a lieu de distinguer entre quatre catégories de griefs belges. Après avoir examiné le premier grief — l'usurpation de compétence — j'ai commencé à parler de la deuxième catégorie des accusations belges qui se rapportent au déni de justice au sens propre du terme.

Le raisonnement de M^e Rolin au sujet du critère pour distinguer entre le cas de responsabilité du fait du contenu de la décision qui serait soumise aux règles relatives aux dénis de justice au sens propre du terme et le cas de la *responsabilité internationale en raison du contenu* de la décision qui serait soumise aux conditions rigoureuses est en tout cas peu clair. Les dénis de justice au sens propre du terme envelopperaient aussi, selon le professeur Rolin (VIII, p. 45), certains actes qui entrent dans la catégorie de la responsabilité internationale du contenu de la décision, comme par exemple, les manquements à l'organisation judiciaire et de procédure.

Comme je l'ai déjà dit, le Gouvernement espagnol est de l'avis que les affirmations du professeur Rolin sont sans précédent en droit des gens.

Les règles sanctionnant les dénis de justice au sens propre du terme visent un refus d'accès, un refus de statuer et un retard dans la procédure au détriment d'un étranger, et rien de plus. Or, du moment que l'on prétend que la responsabilité internationale de l'Etat est engagée du fait du contenu d'une décision judiciaire définitive, c'est que l'on a reconnu à l'étranger l'accès aux tribunaux. Il ne peut plus être question d'un déni de justice au sens propre du terme. Il est certes possible que le contenu de la décision judiciaire interne ait pour conséquence pratique d'empêcher que le ressortissant étranger poursuive son procès. Tel est, par exemple, le cas lorsque le juge se déclare incompétent à l'égard d'une requête d'un ressortissant étranger ou lorsqu'une décision interlocutoire rejette définitivement une demande. Dans ce cas, l'Etat du ressortissant étranger pourra faire valoir la responsabilité internationale en raison du contenu de la décision, si celle-ci a violé grossièrement le droit interne et si elle est malveillante et définitive. En d'autres termes, du moment qu'une décision judiciaire est rendue, qu'elle soit de fond ou de procédure, qu'elle ait ou non l'effet pratique d'empêcher la poursuite du procès, elle ne peut faire que l'objet d'un grief incriminant son contenu. Et pour que le contenu de la décision ne soit pas conforme au droit international, il faut absolument que les trois conditions rigoureuses et déjà indiquées soient réunies.

Il convient d'ailleurs de signaler que lorsque le Gouvernement belge a exposé son point de vue officiel à la Conférence de codification de La Haye de 1930 (D., VI, p. 212), il n'a pas fait, au sujet de la responsabilité en raison du contenu d'une décision judiciaire, la distinction qu'il préconise aujourd'hui. Il a soutenu, purement et simplement, que:

« La responsabilité de l'Etat se trouve engagée, si le contenu d'une décision judiciaire est inspiré par la malveillance à l'égard des étrangers comme tels ou comme ressortissants d'un Etat déterminé. »

Notre éminent confrère a donc tort lorsqu'il prétend (VIII, p. 45) que le grief de déni de justice au sens propre du terme s'étend aussi au contenu de décisions qui seraient soumises à un régime particulier, comme par exemple, dans les cas de manquements aux garanties essentielles que comporte le procès équitable (*fair trial*), à l'indépendance et l'impartialité du juge, au respect du droit de la défense, à la non-discrimination des étrangers, etc. La Partie adverse admet, d'une part, que tous ces griefs sont relatifs au contenu des décisions, et, d'autre part, elle désire les incorporer dans la catégorie du déni de justice au sens propre du terme. Le Gouvernement belge n'arrive cependant à apporter aucune preuve et aucun indice de preuve qu'une telle pseudo-catégorie de déni de justice au sens propre du terme soit consacrée par le droit international positif.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, le Gouvernement espagnol, toutefois, ne craint pas de se placer sur le terrain choisi par la Partie adverse. Sans préjudice de la plaidoirie de mon collègue M. Jiménez de Aréchaga sur le blocage des recours, le Gouvernement espagnol démontrera maintenant que même si on admet que lesdits griefs doivent être rangés dans la catégorie du déni de justice au sens propre du terme, ils ne seraient pas non plus fondés. Ainsi, même en prenant pour point de départ subsidiaire la thèse belge, le Gouvernement espagnol prouvera que ni la suspension de la procédure ni le sort accordé aux recours des sociétés n'ont eu pour effet d'empêcher la Barcelona Traction et les autres sociétés du groupe de se faire entendre normalement par les tribunaux espagnols et qu'il ne s'agit donc pas d'une violation du droit de la défense.

Aux fins de cette démonstration, il convient d'avoir à l'esprit deux considérations importantes: l'une de fait, l'autre de droit.

La première — la considération de fait — concerne d'une façon générale la conduite de la Barcelona Traction dans la procédure de faillite suivie en Espagne. Barcelona Traction, en effet, ne s'est pas défendue conformément aux principes fondamentaux applicables en l'espèce et, dans ces conditions, il n'a pas pu y avoir une violation des droits de la défense. La deuxième considération est une considération de droit. Elle se fonde sur le principe que la prétendue violation des droits de la défense d'un plaideur étranger ne peut être envisagée que d'après la *lex fori*, c'est-à-dire en tenant compte seulement des moyens spécifiques de défense accordés par ladite loi.

En ce qui concerne la considération de fait, il a été prouvé dans la phase écrite de la procédure que Barcelona Traction n'a pas essayé de se défendre d'une manière normale ni correcte contre le jugement de la faillite. Loin de se servir du moyen de défense prévu par la loi, à savoir le recours d'opposition, elle a, d'une part, déclenché des interventions diplomatiques, en vue de provoquer l'intervention du Gouvernement espagnol dans une procédure judiciaire dont elle redoutait les conséquences. D'autre part, sur le plan judiciaire, elle a essayé d'exclure de la saisie les actifs d'Ebro et des autres sociétés. C'est ainsi que Barcelona Traction entraîna les sociétés d'exploitation à former des recours dont le but n'était pas, à proprement parler, la révocation du jugement de faillite, mais celui de vider la procédure de sa substance économique. De cette manière, les obligataires auraient été découragés et il aurait été facile de leur imposer un arrangement désavantageux pour eux, mais avantageux pour la Barcelona Traction. Pour la réalisation de ce plan, toutes les précautions avaient été prises, notamment le transfert au Canada, en

1947, de tous les titres-actions d'Ebro et des autres sociétés d'exploitation. Les détails de ce plan ont été expliqués de façon minutieuse dans la phase écrite de la procédure (D., VIII, p. 744 et suiv. et p. 829-831), et le Gouvernement espagnol n'a qu'à se rapporter à tout ce qui a été dit à ce sujet.

La deuxième considération — la considération de droit — se fonde sur le principe selon lequel la prétendue violation des droits de la défense — et particulièrement les soi-disant retards dans la procédure — doit être envisagée d'après la *lex fori*, en tant que loi régissant la procédure, c'est-à-dire en ne tenant compte que des moyens de défense spécifiques qu'accorde ladite loi. Il y a deux raisons, en l'espèce, d'appliquer la *lex fori*, c'est-à-dire, dans le cas d'espèce, la loi espagnole: a) Le principe du droit international privé espagnol, d'après lequel la *lex fori* régit la procédure; b) dans le cas d'espèce, en vertu de l'article 11 du traité entre l'Espagne et l'Angleterre de 1922, dont les effets ont été étendus au Canada par un échange de notes des 12 et 19 juillet 1928, qui subordonne le droit des compagnies canadiennes à ester devant les tribunaux espagnols à leur soumission aux lois espagnoles. S'il n'en était pas ainsi, la porte serait ouverte à toutes sortes de fraudes et d'irrégularités.

Les intéressés n'auraient qu'à faire mine de se défendre au moyen d'une procédure autre que celle prescrite par la loi en s'abstenant de mettre en œuvre la procédure pertinente pour faire valoir ensuite l'impossibilité de se défendre et demander la protection diplomatique. Cette idée a été exprimée notamment par la General Claims Commission entre les Etats-Unis et le Mexique dans l'affaire *Venable*. Dans cette affaire, le plaideur étranger, « agissant conformément à l'avis de son conseil mexicain, n'avait pas pris les mesures exigées par le droit mexicain de la manière exigée par le droit mexicain et avait pris d'autres mesures qui, conformément aux lois de procédure et de faillite, ne pouvaient jamais lui faire atteindre son but ». Devant cette situation, la commission déclarait ce qui suit :

« Il est très regrettable d'avoir à dire qu'il [le plaideur étranger] a été victime soit de l'insuffisance des connaissances soit du défaut de zèle de son conseil; toutefois, le Mexique ne saurait être tenu pour responsable de ce chef. Le plaideur étranger avait toujours eu à sa disposition les moyens d'intenter une action contre une telle saisie; et s'il n'intenta pas cette action de la manière prévue par le droit mexicain, son défaut, son ignorance ou sa négligence ne peuvent pas être imputés aux autorités ou au Gouvernement du Mexique. » (N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 226 et suiv.)

Il est à noter que cette manière de voir a été exposée dans le contre-mémoire (IV, p. 541-547) et le Gouvernement belge n'y a répondu ni dans la réplique ni dans les plaidoiries.

En tenant compte de cette manière de voir, et afin de démontrer qu'il n'y a pas eu violation des droits de la défense, le Gouvernement espagnol va examiner les possibilités de défense que la loi espagnole, en tant que *lex fori* régissant la procédure, accordait à la Barcelona Traction et à ses coïntéressés.

En ce qui concerne, en tout premier lieu, Barcelona Traction, il a été prouvé qu'elle a renoncé à faire valoir ses griefs contre le jugement de faillite moyennant le recours pertinent, le recours d'opposition. Il n'est pas question de revenir sur ce vice fondamental.

Il est vrai que, le 5 juillet 1948, la Barcelona Traction a introduit une

demande incidente de nullité des actes de la procédure, demande qui fut développée dans sa pièce de procédure du 31 juillet de la même année. Mais le Gouvernement espagnol a démontré dans la phase écrite de la procédure (cf. notamment C.M., IV, p. 355 et annexes y mentionnées) que, d'après la loi espagnole, cette demande était affectée de vices de nullité. Au surplus elle était irrecevable,

« car c'est un principe fondamental qu'un recours extraordinaire comme le recours en nullité n'est recevable que si le recourant a préalablement épuisé les recours ordinaires » (C.M., IV, p. 355).

Il en résulte que Barcelona Traction n'essaya pas de se défendre moyennant le recours pertinent et que, par contre, elle fit mine de se défendre moyennant un recours entaché de vices de nullité et qui n'était pas recevable. Le Gouvernement belge est donc mal venu à invoquer une violation des droits de la défense à l'égard de Barcelona Traction puisque cette société ne s'est pas défendue par les moyens que prescrivait la *lex fori*, en l'espèce la loi espagnole.

De toute manière il est incontestable que les tribunaux espagnols ont examiné et repoussé les griefs que Barcelona Traction fit valoir contre le jugement de faillite et les autres décisions judiciaires connexes.

En effet, la société faillie n'étant pas en mesure de présenter ses griefs en temps et dans les formes voulues, du fait qu'elle s'était abstenue de former le recours d'opposition, mit à profit l'occasion que lui fournissaient les recours contre les décisions du juge spécial du 27 août 1951 et 27 septembre 1951 autorisant la vente pour formuler de façon étendue et systématique tous les griefs de fond qu'elle avait contre le jugement de faillite et les décisions ultérieures (D., VII, p. 619 et suiv.).

Or, le juge spécial d'abord (jugement du 27 septembre 1951, A.C.M., chap. III, n° 153, doc. 2) et la cour d'appel de Barcelone ensuite (jugement du 5 février 1952, *ibid.*, doc. 3), loin de s'abriter derrière le fait que toute cette argumentation n'avait aucune pertinence dans cette phase du litige et dans la section de la procédure où elle était présentée, entreprirent d'examiner au fond ces allégations tardives et les rejetèrent dans deux longues décisions abondamment motivées.

Le Gouvernement belge, conscient de ce que lesdites décisions judiciaires sont favorables au Gouvernement espagnol, a objecté que les décisions furent hors de propos, c'est-à-dire qu'elles ne furent pas rendues au moment et au lieu les plus appropriés du point de vue de la procédure. Or, il est évident que le Gouvernement espagnol ne saurait en être tenu pour responsable. En effet, si les choses se passèrent ainsi, ce fut uniquement parce que la société faillie elle-même n'avait pas formé en temps utile le recours d'opposition et qu'en revanche elle invoqua ces arguments et ces objections lorsqu'elle fit opposition à la vente. L'attitude passive qu'avait prise initialement la société faillie, circonstance qui est à la clé de toute la procédure de faillite, a eu pour effet de déformer toute la procédure.

Le Gouvernement espagnol croit ainsi avoir démontré qu'il n'y a pas eu violation des droits de la défense en ce qui concerne la Barcelona Traction.

Le Gouvernement espagnol démontrera maintenant qu'il n'y a pas eu non plus violation des droits de la défense en ce qui concerne Ebro et les autres sociétés d'exploitation. Dans ce but il s'appuiera à nouveau sur la conception déjà exposée, à savoir que la question doit être envisagée

d'après la *lex fori* et en ne tenant compte que des moyens spécifiques de défense qu'accorde ladite loi.

Dans la mesure où les actifs d'Ebro et des autres sociétés d'exploitation étaient atteints par le jugement de faillite, le code de procédure civile espagnol leur accordait un moyen de défense spécifique: la *tercería de dominio*. Les tribunaux espagnols allèrent jusqu'à leur indiquer cette voie (jugement du 17 mars 1948, A.M., vol. II, n° 91, p. 360).

Mais ce moyen de défense n'a jamais été utilisé et l'on comprend donc mal comment le Gouvernement belge peut se plaindre de violation des droits de la défense à l'égard d'Ebro et des autres filiales.

Le Gouvernement belge est d'ailleurs lui-même si bien convaincu de l'exactitude de cette affirmation qu'il a essayé, par tous les moyens, de démontrer qu'Ebro aurait entamé une procédure de *tercería de dominio*. Il s'agissait de l'action de *mayor cuantía* introduite par Ebro le 15 septembre 1949 et qui, d'après la réplique (V, n° 657, p. 490) « constituait par ailleurs une véritable *tercería de dominio* ».

Mais le Gouvernement belge n'est guère convaincu sur ce point de ce qu'il affirme. Il suffit, en effet, de relire le passage de la réplique (V, n° 660, p. 492), qui dit que le recours introduit était « une action complexe comportant, d'abord, des demandes de nullités ... puis une demande en restitution » et qui ajoute que « la seule action de *tercería de dominio* n'eût pas été adéquate, puisqu'il ne s'agissait pas de revendiquer des biens saisis par erreur ... mais de s'en prendre aux dispositions du jugement lui-même ».

Il y a là une reconnaissance explicite de ce qu'il ne s'agissait pas d'une *tercería de dominio*. Cependant, le Gouvernement espagnol tient à ajouter, comme il l'a déjà montré dans la phase écrite de la procédure (C.M., IV, n° 152, p. 343), qu'au mois de septembre 1949, lors de l'exercice de l'action en question, il n'y avait plus matière à l'exercice d'une action de *tercería*, les actifs des filiales ayant été restitués auxdites filiales en avril 1948.

Il est donc clair qu'Ebro et les autres sociétés filiales ne se sont pas défendues en utilisant le moyen spécifique que leur accordait la loi espagnole. Bien au contraire, Ebro a essayé de faire valoir des moyens de procédure pour lesquels elle n'avait pas qualité. C'est ainsi qu'elle a formé un recours en rétractation (16 février 1948) contre le jugement de déclaration de faillite dans la mesure où il la concernait. C'est ainsi également qu'elle a fait opposition au jugement déclaratif de faillite (23 février 1948), également dans la mesure où il la concernait. Les autres sociétés d'exploitation ont fait exactement la même chose.

En ce qui concerne la question des désistements des avoués d'Ebro et des autres sociétés filiales, le Gouvernement belge prétend qu'il y aurait eu « une scandaleuse violation des droits les plus élémentaires de la défense » (R., V, n° 141, p. 81).

Il a déjà été dit dans la phase écrite de la procédure que les tribunaux espagnols ne pouvaient qu'accepter ce désistement (C.M., IV, p. 325, n° 130; D., VII, p. 496 et suiv.). Le Gouvernement espagnol se rapporte à tout ce qui a été dit à ce sujet et il tient à ajouter ce qui suit.

Il est connu qu'avant la déclaration de faillite de Barcelona Traction cette société possédait toutes les actions d'Ebro et des autres filiales et qu'en conséquence elle dominait entièrement lesdites sociétés. Avant la faillite, Ebro et les autres sociétés filiales manquaient de volonté propre et dépendaient entièrement de Barcelona Traction. Par conséquent, la

déclaration de faillite de la société mère et le transfert inhérent aux organes de la faillite des droits de ladite société sur Ebro et les autres filiales ont eu pour conséquence que les sociétés filiales furent entièrement dominées par les organes de la faillite. Et de même qu'avant la faillite Barcelona Traction pouvait imposer aux sociétés filiales une certaine conduite judiciaire — par exemple introduire une action ou s'en désister — de même, après la faillite, les organes de la faillite pouvaient imposer une conduite judiciaire déterminée aux filiales.

Or, comme les membres du conseil d'administration d'Ebro avaient été légalement changés, c'étaient les nouveaux administrateurs qui déterminaient le comportement que la société devait avoir en justice.

D'après le Gouvernement belge, le rejet — faute de qualité pour agir — des recours formés par les dirigeants des sociétés filiales révoqués par le commissaire, ainsi que des recours formés par les membres du conseil d'administration révoqués par le séquestre-dépositaire, constituerait « un brutal refus d'audience » (M., I, n° 348, p. 172).

Dans ce cas non plus il n'y a pas eu la moindre violation des droits de la défense.

En effet, les personnes révoquées comparurent dans la procédure de faillite et formèrent des recours contre les ordonnances en question. Mais les tribunaux espagnols rejetèrent ces recours sur la base du manque de qualité des recourants. L'essentiel de l'argumentation de la justice espagnole était que les auteurs du recours n'étaient pas des créanciers, ne représentaient aucun créancier, et qu'ils pouvaient faire réparer le dommage que leur aurait causé le commissaire par la procédure adéquate, et non dans le cadre de la procédure de faillite dont le but n'est autre que de déclarer légalement la situation économique du failli (A.C.M., vol. VIII, chap. III, n° 91, p. 62).

Si les personnes en question se croyaient injustement révoquées, elles auraient dû actionner par la voie déclarative les sociétés dont elles dépendaient, quelles que fussent les personnes administrant ces sociétés. C'était le moyen de défense spécifique accordé par la loi espagnole. Les tribunaux espagnols eux-mêmes indiquèrent cette voie aux recourants :

« si les auteurs du recours qui n'ont et ne peuvent avoir d'intérêts dans la faillite, ont subi une lésion dans leurs droits ... motivée par des actes du commissaire, ce n'est pas dans cette instance — qui ... leur est étrangère — mais dans l'instance déclarative correspondante qu'ils peuvent voir réparer le dommage causé » (A.C.M., vol. VIII, chap. III, n° 91, p. 61).

Mais la procédure adéquate ne fut jamais utilisée.

En ce qui concerne enfin National Trust, il est absolument faux que le défaut de qualité pour agir, dont fait grief le Gouvernement belge (R., V, p. 78-79) ait été déclaré en raison d'une attitude hostile de la part des tribunaux espagnols, qui auraient opposé à cette société un « refus d'audience » systématique.

Tout au contraire, l'attitude des tribunaux espagnols à l'égard de ladite société a toujours été conditionnée par les qualités et les droits qu'invoquait National Trust.

Ainsi, cette société comparut pour la première fois devant les tribunaux espagnols le 27 novembre 1948, en opposant un déclinatoire de compétence en faveur du Tribunal suprême d'Ontario. A cette occasion, elle n'invoqua pas la qualité de créancière ordinaire ou celle de créancière

gagiste de la société faillie, mais elle basa sa demande sur la qualité de *trustee* des obligations émises par Barcelona Traction. Or, comme l'institution du *trust* était inconnue par la *lex fori*, c'est-à-dire la loi espagnole (C.M., IV, n° 185, p. 365), comme National Trust elle-même le reconnaissait dans sa demande, la justice espagnole refusa à la société la qualité d'être partie à la procédure de faillite.

En septembre 1949 (D., VII, p. 516) National Trust comparut à nouveau à la faillite et particulièrement à l'assemblée des créanciers. Comme cette fois-ci elle invoquait la qualité de créancière ordinaire, elle fut admise à ladite assemblée où elle a pu exercer ses droits sans la moindre restriction.

Mais National Trust comparut encore une fois devant les tribunaux espagnols, en introduisant le 3 janvier 1952 (A.C.M., vol. IX, n° 181, doc. 1, p. 125), justement à la veille de la vente aux enchères des biens de Barcelona Traction et dans le but de l'empêcher, une action en revendication dite *terceria*. Cette fois, par un coup de baguette magique, National Trust s'était transformée. Elle n'était plus ni *trustee* des obligations de Barcelona Traction ni créancière ordinaire. Elle était à ce moment la propriétaire de la totalité ou d'une partie des actions et de la totalité des obligations d'Ebro. Et puisque le document dans lequel National Trust prétendait fonder son droit ne satisfaisait nullement les exigences de la *lex fori* (D., VII, p. 520-524) — car National Trust ne réussit pas à démontrer dans la forme voulue qu'elle était propriétaire des biens qu'elle revendiquait —, le juge rejeta la demande.

Il est donc clair que, tant que National Trust a invoqué une qualité qui devait être acceptée d'après la *lex fori* — celle de créancière ordinaire —, elle a été en mesure de se faire entendre par les tribunaux espagnols.

En tout cas, le droit espagnol accordait à National Trust, en tant que créancière, un moyen spécifique de s'opposer à la faillite de Barcelona Traction: le recours d'opposition, que ni elle ni personne n'a voulu utiliser, et pour cause.

Le Gouvernement espagnol a ainsi démontré que, dans la procédure de faillite de Barcelona Traction, il n'y a pas eu la moindre violation des droits de la défense, soit de la société faillie, soit de l'un de ses cointéressés.

Dans ces conditions, même si l'on accepte par hypothèse que les griefs belges concernant d'une manière générale la suspension de la procédure et les recours des filiales devaient être examinés à la lumière des principes régissant le « déni de justice au sens propre du terme », lesdits griefs n'auraient pas le moindre fondement.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, le Gouvernement espagnol désire maintenant examiner la troisième catégorie d'actes du pouvoir judiciaire pouvant entraîner la responsabilité internationale de l'État, à savoir la responsabilité du fait du contenu des décisions judiciaires.

Le Gouvernement espagnol vous a indiqué auparavant que dans cette affaire le Gouvernement belge a surtout insisté sur des prétendues violations du droit interne espagnol. Toutefois, étant donné la nature des griefs belges, il apparaît nécessaire de revenir sur les principes de droit international applicables à cette catégorie d'actes du pouvoir judiciaire pouvant entraîner la responsabilité internationale de l'État.

Le Gouvernement espagnol tient tout d'abord à souligner que la responsabilité internationale d'un État du fait du contenu d'une décision judiciaire ne peut être qu'exceptionnelle. Comme l'a dit à ce propos

l'éminent auteur et ancien juge des deux Cours internationales Charles De Visscher :

« C'est assez dire qu'en principe, et dans l'immense majorité des cas, l'Etat ne peut être rendu responsable des mérites intrinsèques de la sentence rendue. Le droit moderne de la responsabilité internationale s'en tient donc au point de vue qui prévalait déjà dans l'ancien droit des représailles et que lord Mansfield a résumé en disant : « Quand les juges sont laissés libres et décident selon leur conscience, leur jugement, même s'il est erroné, ne peut donner ouverture aux représailles. » Formule exacte et prudente [ajoute De Visscher] : elle pose le principe et fait pressentir l'exception. » (« Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye*, 1935, vol. 52, p. 399 et 400.)

Il est donc normal que les conditions dans lesquelles la responsabilité internationale à raison du contenu d'une décision judiciaire est engagée soient particulièrement rigoureuses.

En effet, le droit international exige que trois conditions soient réunies cumulativement pour que la responsabilité d'un Etat soit engagée du fait du contenu d'une décision judiciaire, à savoir :

- a) une violation flagrante et inexcusable du droit interne;
- b) la mauvaise foi ou des intentions discriminatoires de la part des tribunaux à l'égard des étrangers (élément subjectif);
- c) une décision de dernière instance, tous les recours accordés par le droit interne ayant été épuisés.

Le Gouvernement espagnol a déjà expliqué dans le contre-mémoire et la duplique la nature et la portée de chacune de ces conditions. Il tient à ajouter maintenant les considérations suivantes.

La première condition — la nécessité d'une violation flagrante et inexcusable du droit interne —, n'a pas été vraiment contestée par le Gouvernement belge. Il s'est limité à dire qu'il n'est pas compréhensible, que si la violation du droit interne a été volontaire ou commise de mauvaise foi, elle devrait en outre être flagrante et inexcusable (R., V, n° 460, p. 313). La raison est pourtant claire.

En effet, il est unanimement admis qu'en matière de responsabilité internationale du chef du contenu des décisions judiciaires il existe une présomption très importante : celle qui proclame la conformité des décisions judiciaires internes avec le droit interne et avec le droit international. Il convient de noter que le Gouvernement belge n'a pas contesté cette présomption. Elle signifie que, comme l'a dit Grotius :

« en cas de doute la présomption bénéficie au juge (*nam in dubia re presumptio est pro his, qui ad iudicia publica electi sunt*) (éd. Carnegie en anglais, p. 627)

ou, selon l'expression de mon compatriote Emer de Vattel, que

« dans tous les cas susceptibles de doute, un souverain ne doit point écouter les plaintes de ses sujets contre un tribunal étranger, ni entreprendre de les soustraire à l'effet d'une sentence rendue dans les formes » (éd. Carnegie en anglais, p. 230).

Cela veut dire que si la décision judiciaire incriminée a appliqué le droit interne d'une manière discutable, il faut présumer que ladite décision est conforme au droit interne et par conséquent au droit international. Pour que la prétendue violation du droit interne ne soit pas couverte par ladite présomption, il faut que la violation soit claire, manifeste, incontestable. Sans violation flagrante et inexcusable du droit interne, la première condition pour la responsabilité internationale ferait défaut et il ne serait pas question de se demander si les autres conditions pourraient exister. Telle est la portée de la première condition posée par le Gouvernement espagnol.

Mais pour la question de savoir si la décision judiciaire incriminée comporte, oui ou non, une violation flagrante et inexcusable du droit interne, le juge international peut tenir compte d'autres éléments de droit que ceux utilisés dans la sentence incriminée. Il est possible, en effet, de prendre en considération non seulement des arguments de droit employés par les juges internes, mais aussi d'autres arguments qui justifient également les résultats auxquels sont parvenus ces juges. La réplique elle-même a reconnu cette possibilité (R., V, n° 73, p. 42; D., VI, n° 50, p. 222).

De même, pour l'appréciation de cette première condition — si le droit interne a été enfreint d'une manière flagrante et inexcusable —, il faut tenir compte du droit et de la jurisprudence comparés, comme l'a fait le tribunal arbitral qui a tranché l'affaire *Martini* (D., VI, n° 51, p. 222).

Il en résulte que le Gouvernement espagnol est en droit d'appuyer les résultats auxquels les juges sont parvenus en employant soit des arguments de droit interne non utilisés par lesdits juges, soit des arguments de droit comparé.

Si, en réalité, la Partie adverse ne conteste pas vraiment la nécessité de la première condition, c'est-à-dire la violation flagrante et inexcusable du droit interne, il n'en est pas de même en ce qui concerne la deuxième, c'est-à-dire la mauvaise foi ou l'intention discriminatoire du juge de droit interne.

De l'avis du Gouvernement espagnol, pour qu'il y ait responsabilité internationale, il faut que la violation flagrante et inexcusable du droit interne s'accompagne d'une intention malveillante et discriminatoire à l'égard des étrangers.

De l'avis du Gouvernement belge, la violation flagrante et inexcusable suffit et il conteste en ligne de principe la nécessité de l'élément subjectif, de mauvaise foi et de l'intention discriminatoire.

Le Gouvernement espagnol a eu l'occasion d'indiquer, au cours de la procédure écrite, que la thèse actuelle du Gouvernement belge contredisait celle qu'il avait soutenue lors de la Conférence de La Haye de 1930 (D., VI, p. 212-213). Le professeur Rolin a cru bon de revenir sur ce point (VIII, p. 46), en essayant de montrer que la réponse du Gouvernement belge au questionnaire préalable à la Conférence de codification de La Haye n'avait pas un caractère limitatif et que, partant, elle pouvait inclure la violation grossière du droit interne. Cette thèse ne saurait être acceptée et force est de revenir sur cette question. Ledit questionnaire posait aux gouvernements, en ce qui concerne les actes relatifs aux fonctions judiciaires, cinq questions.

Les trois premières n'étant pas pertinentes pour le point en discussion, il convient de s'arrêter sur les deux dernières.

La quatrième question disait :

« La responsabilité d'un Etat se trouve-t-elle engagée dans le cas... [d'une] décision judiciaire dont le contenu est inspiré par la malveillance à l'égard des étrangers comme tels ou comme ressortissants d'un Etat déterminé? » (Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, vol. III, p. 160.)

A cette question le Gouvernement belge répond par l'affirmative sans mentionner le moins du monde la possibilité qu'une violation flagrante du droit interne puisse à elle seule engager la responsabilité de l'Etat (*ibid.*, p. 181). La cinquième question ajoutait: « Dans quelle autre hypothèse peut-on admettre la responsabilité internationale de l'Etat dont les tribunaux auraient rendu un jugement injuste? » (*Ibid.*, p. 160.)

Or, que répond le Gouvernement belge à cette question? Mentionne-t-il, ne fût-ce qu'à titre d'exemple, une nouvelle catégorie de responsabilité internationale qui découlerait d'une violation grossière du droit interne? Pas du tout, il déclare:

« On peut également admettre, que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée, par exemple, si la prévarication du juge étant établie, la législation nationale ne permettait pas de réformer la sentence » (*ibid.*, p. 181).

Ainsi donc, dans l'esprit du Gouvernement belge, c'est toujours l'élément de malveillance qui joue le rôle essentiel. Il en résulte que, contrairement à ce qu'affirme mon honorable contradicteur, il existe bien une contradiction entre la thèse soutenue aujourd'hui par la Partie adverse et celle qu'elle a soutenue il y a trente-neuf ans.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le point de vue du Gouvernement espagnol, selon lequel l'élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire doit s'ajouter à la violation flagrante et inexcusable du droit interne pour entraîner la responsabilité de l'Etat, est partagé par la doctrine et la jurisprudence.

En ce qui concerne la doctrine, le Gouvernement espagnol a donné dans la duplique (VI, p. 213-214) toute une série de citations d'auteurs comme Borchard, sir Gerald Fitzmaurice, Eagleton, Verdross, Rousseau, García Amador, qui ont insisté sur l'importance de la mauvaise foi et de l'intention malveillante. L'idée a été bien exposée, récemment, par O'Connell, dans le deuxième volume de son *International Law* (1965, tome II, p. 1027), où il s'exprime ainsi:

« la première question à résoudre est celle de savoir si une injustice fondamentale a été infligée au réclamant à la suite de manœuvres judiciaires; la seconde de savoir si ces manœuvres ont vraiment abouti à une paralysie de la procédure judiciaire et sont extrinsèques par rapport au bien-fondé de la réclamation. C'est la mauvaise foi et non pas l'erreur judiciaire qui semble être au cœur de la question et cette mauvaise foi peut être révélée par des entorses déraisonnables aux règles de preuve et de procédure. »

Quant à l'étude de la jurisprudence arbitrale, elle vient confirmer le point de vue de la doctrine. La Partie adverse l'a contesté avec une opiniâtreté digne d'une meilleure cause et c'est en interprétant les arrêts cités en fonction de ses désirs qu'elle arrive à la conclusion que l'élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire n'est pas nécessaire

pour constituer la responsabilité internationale en raison du contenu de la décision.

Pour cette raison, le Gouvernement espagnol se voit contraint de revenir rapidement, avec votre permission, Monsieur le Président, sur cette question de la jurisprudence. Le Gouvernement espagnol a cité dans le contre-mémoire (IV, p. 508-509) et dans la duplique (VI, p. 214-216) toute une série de décisions de la commission générale de réclamations entre le Mexique et les Etats-Unis. Il s'agit des affaires *Chattin, Neer*, auxquelles peuvent s'ajouter les affaires *Gordon* et *García y Garza*. Dans tous ces cas, les membres de la commission étant les mêmes, la formule employée est à peu près la suivante :

« le traitement des étrangers, pour constituer un fait illicite international, doit consister en un outrage ou en une atteinte à la bonne foi, en une négligence volontaire de ses devoirs par le juge ou en une insuffisance de l'action gouvernementale si éloignée des standards internationaux que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait immédiatement cette insuffisance ». (Affaire *Neer*, N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 61-62.)

Lorsqu'on nous dit que pour qu'il y ait responsabilité internationale il faut un outrage, une atteinte à la bonne foi, une négligence volontaire des devoirs, il nous semble vraiment difficile de soutenir que l'élément subjectif de mauvaise foi n'est pas indispensable. La Partie adverse (VIII, p. 49) a feint d'ignorer le passage de ces arrêts pour mettre l'accent sur la dernière partie de la phrase disant :

« [ou] une insuffisance d'action gouvernementale à ce point éloignée du standard international que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait rapidement son insuffisance ».

Or, il est clair que cette phrase, loin de contredire la nécessité de l'élément subjectif, vient la renforcer et compléter harmonieusement le passage précédent. En effet, si toute personne raisonnable et impartiale, c'est-à-dire toute personne de bon sens, peut reconnaître l'insuffisance d'une action, c'est que celle-ci ne peut s'expliquer par aucune considération juridique, mais qu'elle est inspirée par la malveillance contre l'étranger. Et que l'on ne vienne pas nous dire que dans ce cas cette partie de la phrase serait inutile, parce qu'elle constituerait une répétition de la première partie de la phrase.

La première partie de la phrase, en effet, vise l'action dirigée contre l'étranger et le tort commis doit équivaloir à outrage, mauvaise foi ou négligence volontaire des devoirs ; la deuxième partie, par contre, vise l'inaction des autorités locales et cette inaction ne peut s'expliquer que par l'animosité contre l'étranger.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'étonner que ce passage des décisions de la commission des réclamations vise à la fois l'action et l'inaction si l'on considère que, dans la plupart de ces affaires, les Etats-Unis et le Mexique étaient justement accusés de ne pas avoir puni les coupables d'un acte illicite (affaires *Neer*, *Gordon*, *García y Garza*).

Tout aussi claire est l'affaire *Gotesworth and Powell*, que la Partie adverse essaie de déformer pour les besoins de la cause. Après avoir dit que

« ce n'est que dans les hypothèses où justice a été refusée, où une injustice palpable et évidente a été commise, ou encore les règles ou

les formes ont été ouvertement violées, ou encore où des discriminations odieuses ont été commises au préjudice de ses ressortissants que le Gouvernement d'un étranger peut intervenir» (Moore, *International Arbitrations*, p. 2081; IV, p. 508, n° 108),

le tribunal a retenu comme motif de condamnation « l'attitude éminemment criminelle du juge » interne (D., VI, p. 215, n° 32).

A l'appui de sa thèse, le Gouvernement belge s'était surtout retranché derrière l'affaire *Martini* (R., V, p. 317-318). A la suite des observations du Gouvernement espagnol (D., VI, p. 218-220), on constate à l'heure actuelle un accord entre les deux gouvernements sur le fait que cette affaire vise en réalité une violation directe du droit international et qu'en conséquence l'élément de mauvaise foi ne saurait jouer aucun rôle.

Dans le cadre des plaidoiries (VIII, p. 47), la Partie adverse a cru découvrir dans l'affaire *Chevreau* un cas de jurisprudence qui montrerait que l'élément de mauvaise foi du juge est inutile. En réalité cette affaire ne saurait être d'aucune aide pour le Gouvernement belge. En effet, la détention de Chevreau ne fut pas la conséquence d'une décision judiciaire. Aucun tribunal interne n'a eu à se prononcer sur l'arrestation et la déportation de cette personne. Dans ces conditions, on voit mal comment cette affaire pourrait servir à déterminer quelles sont les conditions pour que la responsabilité d'un Etat puisse surgir du fait du contenu d'une décision judiciaire.

L'affaire *Brown* (N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 120 et suiv.) vient enfin confirmer, s'il en est besoin, la nécessité de l'élément subjectif. Si, en effet, le tribunal arbitral est arrivé à la conclusion qu'il M. Brown avait été victime d'un déni de justice, c'est parce que, dans la période troublée que vivait l'Afrique du Sud, le pouvoir judiciaire était soumis à l'exécutif.

Le professeur Freeman, dans son livre — sa thèse de l'Université de Genève (Institut universitaire de hautes études internationales) — *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, a effectivement émis certaines réserves en ce qui concerne l'élément subjectif de mauvaise foi. Toutefois, les phrases citées par le Gouvernement belge dans la réplique (V, p. 318) et dans les plaidoiries (VIII, p. 48), doivent être replacées dans leur contexte général. On se rend compte alors que la pensée de cet auteur est autrement nuancée que la Partie adverse ne veut le faire croire.

Il est vrai que cet auteur, tout au début de son exposé concernant la responsabilité à raison du contenu des décisions, met l'accent sur les difficultés de la preuve de la mauvaise foi du juge. Mais cela n'est qu'une affirmation provisoire à laquelle il ne s'arrête pas.

En effet, après avoir mis l'accent sur les difficultés de la preuve de la mauvaise foi, Freeman examine (p. 326 et suiv.) le critère de « l'injustice manifeste », critère qui revient en somme à celui proposé par le Gouvernement belge d'après lequel la seule « erreur grossière et manifeste suffit à engager la responsabilité de l'Etat sans qu'il faille en dégager les causes » (R., V, n° 471, p. 319).

Dans cette analyse, Freeman souligne — en authentique élève du professeur Kelsen — l'incertitude du critère de l'injustice manifeste. Il dit que « le caractère fuyant et incertain de ce critérium » le rend critiquable et qu'« il n'est jamais parvenu à revêtir un sens technique précis »; « mieux encore », ajoute-t-il, « il est hautement improbable qu'il en acquière

jamais un » (p. 327). Quelques lignes plus bas (p. 328), Freeman fait remarquer que ce critérium est

« superficiel et non concluant, car il ne fournit aucun standard praticable par lequel l'injustice pourrait être mesurée et ses éléments constitutifs analysés. Et il se révélera souvent embarrassant pour celui qui cherche à en faire une application pratique s'il veut en même temps respecter la règle de la non-responsabilité pour erreur judiciaire qui est consacrée par le même code. »

Freeman conclut que

« d'un point de vue pratique il est aussi impossible d'appliquer une notion aussi vague que celle d'« injustice » à une décision judiciaire qu'il l'est d'apprécier une telle décision à la lumière des « obligations internationales » de l'Etat. Cette considération à elle seule devrait suffire à condamner la doctrine dominante selon laquelle la responsabilité devrait dépendre du caractère « injuste » de la décision judiciaire. » (P. 330.)

Après cela, Freeman prend une position qui coïncide tout à fait avec celle avancée par le Gouvernement espagnol. Il dit — et je m'excuse de la longue citation importante :

« on peut penser qu'une analyse de la pratique internationale est de nature à permettre de mieux poser le problème du mal-jugé résultant de l'application qui a été faite de la loi interne. Les principes gouvernant la solution de cette question peuvent être résumés comme suit : bien qu'il n'y ait indiscutablement aucune responsabilité au cas de simple erreur judiciaire ou d'erreurs « réparables », la preuve certaine d'une erreur grave à laquelle s'ajouteraient des éléments additionnels tels que la malveillance à l'égard de l'étranger qui peut être démontrée par le fait que le tribunal « en faisant une application volontairement erronée de la loi ou en déclarant l'existence d'un fait qu'il avait précédemment reconnu ne pas exister ou en niant l'existence d'un fait qui existe de toute évidence » ou, pour s'exprimer négativement, l'absence de bonne foi aura pour conséquence de rendre responsable l'Etat dans lequel il a été porté une atteinte substantielle aux droits des étrangers. Lorsqu'il n'est pas possible d'établir l'influence de la corruption, de la partialité ou de la malveillance sur l'issue du procès, la responsabilité de l'Etat peut encore être engagée lorsque la décision judiciaire est si grossièrement erronée qu'aucune juridiction composée de juristes compétents n'aurait pu honnêtement consacrer une telle solution ; ou, comme le dit De Visscher, lorsque l'impéritie du juge atteint un tel degré que sa décision ne peut être expliquée par aucune raison de fait ou par aucune considération de droit valable. » (P. 330-331.)

Mais cette thèse est justement celle soutenue par le Gouvernement espagnol dans sa duplique (VI, p. 216-222). Car, en effet, la thèse espagnole concernant l'élément subjectif peut se résumer dans les trois propositions suivantes.

Primo, bien que le contenu d'une sentence interne de dernière instance, violant le droit interne d'une manière grossière et inexcusable, puisse donner lieu à une responsabilité internationale, l'élément subjectif de mauvaise foi est toujours nécessaire.

Deuxièmement, la mauvaise foi doit être prouvée par le gouvernement demandeur.

Tertio, dans les seuls cas où la violation du droit interne atteindrait une énormité exceptionnelle, une gravité monstrueuse, il y aurait lieu de présumer la mauvaise foi ou la faute lourde des juges. Mais il doit s'agir des cas où, selon l'expression de De Visscher reprise à ce sujet par Freeman, « on ne puisse expliquer la sentence rendue par aucune raison de fait ou par aucune considération de droit valable ».

Il est important de souligner, Monsieur le Président, Messieurs les juges, que la conception espagnole est très différente de celle soutenue par la Partie adverse, notamment dans la plaidoirie de M. Rolin du mercredi 16 avril (VIII, p. 47). Cette dernière thèse consiste à dire qu'une décision judiciaire comportant une violation du droit interne d'une certaine gravité pourrait entraîner *per se* une responsabilité internationale.

Selon la thèse espagnole, une telle violation du droit interne ne pourrait engager la responsabilité internationale que si le gouvernement demandeur réussissait à démontrer la mauvaise foi des juges par des circonstances extrinsèques à la décision judiciaire elle-même.

Pour que la mauvaise foi puisse être démontrée *in re ipsa*, c'est-à-dire pour qu'il y ait présomption de mauvaise foi ou de faute lourde des juges, il faudrait une violation du droit interne beaucoup plus grande, une violation d'une monstruosité exceptionnelle, une violation non susceptible d'explication par aucune considération de fait ou raison de droit valable.

En tout état de cause, le Gouvernement espagnol n'a pas peur de la thèse contraire. En admettant aux seules fins dialectiques que la violation grossière et manifeste du droit interne n'aurait pas besoin de la mauvaise foi des juges pour engager la responsabilité internationale, la demande belge ne serait pas non plus fondée, car on a démontré, au cours de la procédure écrite, et on le verra à nouveau au cours de ces plaidoiries, qu'aucune des décisions rendues lors de la faillite de Barcelona Traction ne comporte de telles violations.

La troisième condition qui doit être remplie pour que la responsabilité d'un Etat intervienne du fait du contenu d'une décision judiciaire est que tous les recours internes soient épuisés.

Le Gouvernement belge n'a d'ailleurs pas contesté que le droit international prévoit qu'un Etat, dont un tribunal aurait pu commettre à l'égard d'un étranger un acte illicite, doit avoir la possibilité de faire revoir cette décision par un organe supérieur.

La règle de l'épuisement des recours internes, telle qu'elle a été exprimée par la Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 79) implique que l'action internationale ne peut être intentée qu'après l'échec de l'action préalable intentée par le justiciable devant l'autorité locale.

Le Gouvernement espagnol a déjà montré dans le contre-mémoire (IV, p. 585-636) et dans la duplique (VII, p. 775-780 et p. 875-932) que Barcelona Traction n'avait pas épuisé les recours internes et que de ce fait déjà une des conditions nécessaires venait à manquer. Mon collègue et ami, le professeur Malintoppi, reviendra sur cette question et, pour ne pas alourdir les débats, je prie respectueusement la Cour de se référer à ses développements.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, indépendamment des trois

catégories de griefs judiciaires — usurpation de compétence, déni de justice au sens propre du terme, responsabilité internationale en raison du contenu de la décision judiciaire — le Gouvernement espagnol désire maintenant examiner une dernière catégorie de griefs formulés par la Partie adverse. Il s'agit de celle qui porte actuellement sur la notion de l'«abus de droit».

Il nous faut d'abord constater que ce grief a subi certaines modifications jusqu'à ce qu'il ait trouvé sa dénomination actuelle dans la plaidoirie de M^e Rolin du 16 avril 1969 (VIII, p. 35).

En effet, alors que dans sa requête du 19 juin 1962 le Gouvernement belge parlait de «mesures administratives manifestement arbitraires ou discriminatoires» (I, p. 18) et dans le mémoire de «déni de justice substantiel résultant d'un traitement injuste et discriminatoire des autorités administratives» (I, n° 332, p. 165 et p. 174 et suiv.), il mentionnait, dans la réplique (V, p. 570 et suiv.), ses accusations sous la rubrique générale «Les dénis de justice volontaires des autorités administratives».

Le Gouvernement belge abandonne maintenant cette manière de présenter le grief. M. Rolin a trouvé, en effet, cette appellation «peu satisfaisante» (VIII, p. 35). Il la substitue par la notion d'«abus de droit».

Simultanément le Gouvernement belge étend la notion d'abus de droit à «l'exercice par les tribunaux espagnols de leur compétence juridictionnelle» et à ce qu'il appelle la «compétence d'exécution» (VIII, p. 36). Il convient aussi d'ajouter que la Partie adverse, peu confiante peut-être dans la conception de l'abus de droit, cherche à l'étayer par d'autres notions juridiques, telles que l'abus de pouvoir, l'arbitraire et surtout le détournement de pouvoir.

Le Gouvernement espagnol regrette que la Partie adverse n'ait pas donné une définition concrète de l'abus de droit tel qu'il l'entend. On a, en effet, l'impression que le Gouvernement belge utilise la notion de l'abus de droit telle qu'elle est conçue par certains ordres juridiques nationaux. Nos honorables contradicteurs semblent considérer comme acquis que la notion de l'abus de droit a été admise dans l'ordre juridique international, avec le même contenu, la même signification, la même portée que dans les ordres juridiques internes. Toutefois, rien ne permet d'affirmer que la doctrine et la jurisprudence internationales aient transposé une certaine notion de l'abus de droit du domaine du droit interne dans celui du droit international dans les mêmes termes et avec la même signification.

En réalité, la doctrine de droit international est loin d'être unanime quant à l'admission de cette notion, son contenu et son application à des cas précis. Certaine doctrine, dont la Partie adverse semble s'être fait l'écho, en use si démesurément que l'on pourrait rappeler les termes du commentateur du code civil suisse, Gmür, sur la modération avec laquelle les tribunaux ont utilisé cette notion, contrairement à la tendance des plaideurs à en faire une «bonne à tout faire» («In der Praxis wird denn auch Art. 2 von den Parteien oft zu Unrecht, quasi als «Mädchen für alles» angerufen») (Gmür M., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. I, 2^e éd., Berne, 1919, p. 56). Il s'agit de l'article 2 du code civil suisse.

En ce qui concerne l'abus de droit en droit international, le Gouvernement espagnol tient simplement à constater que le Gouvernement belge, en dehors de son grief relatif au contrôle des changes par les autorités administratives, n'a pas utilisé la notion d'abus de droit pour essayer de prouver qu'il existait, dans les cas incriminés, une situation qui pourrait

être qualifiée d'abus de droit. La Partie adverse s'est contentée d'affirmations purement verbales.

Il convient de plus de souligner que le Gouvernement belge a prétendu assimiler la notion de détournement de pouvoir à la notion d'abus de droit et qu'il a affirmé que le détournement de pouvoir serait de nos jours une institution du droit international général. Le Gouvernement espagnol ne le pense pas, mais il ne croit pas nécessaire ni utile d'examiner cette question de plus près. La notion de détournement de pouvoir joue un rôle pratique au sein de certaines organisations internationales et régionales et dans des procédures qui ressemblent plutôt à celles du droit administratif qu'à celles du droit civil ou à la plupart de celles connues du droit international. Le Gouvernement belge semble être du même avis, car les conseils du Gouvernement belge reconnaissent eux-mêmes qu'il y a des difficultés à introduire la notion du détournement de pouvoir en droit international. M. Rolin, en effet, affirme :

« il demeure vrai que tant la doctrine que la jurisprudence internationales se servent exclusivement du terme « abus de droit » ... jamais du terme « détournement de pouvoir » sauf lorsqu'il s'agit du contrôle exercé sur des agents ou des organes d'une organisation internationale » (VIII, p. 41).

Nous pensons que ces quelques observations suffisent dans le cadre de cette procédure pour démontrer que le détournement de pouvoir ne joue aucun rôle en l'espèce. Le Gouvernement demandeur devrait d'ailleurs expliquer comment il est possible de formuler l'accusation de détournement de pouvoir sur le plan du droit international sans avoir épuisé la voie de recours interne pertinente: celle du contentieux administratif devant les tribunaux espagnols.

Dans ces conditions, il reste dans le cadre de cette plaidoirie un mot à dire à propos d'une idée exprimée par le professeur Mann au début de la plaidoirie du 16 avril 1969.

Il déclare que :

« un Etat ... se rend coupable d'un préjudice international lorsqu'il applique sa réglementation des changes aux étrangers d'une manière qui constitue un abus de droit, qui est arbitraire ou discriminatoire » (VIII, p. 56 [trad.]).

D'après la Partie adverse « établir une distinction entre un abus, un acte arbitraire et une discrimination » est une opération « assez vaine ». Elle ajoute : « ces termes sont souvent utilisés les uns pour les autres... » (VIII, p. 58 [trad.]).

Ainsi et d'une manière assez vague, deux autres pseudo-griefs sont donc simultanément suggérés par la Partie adverse, celui de l'acte arbitraire et celui de la discrimination.

Comme le Gouvernement belge ne fournit à ce sujet aucune précision, il paraît inutile de les examiner en détail.

Il suffit de rappeler, en ce qui concerne le grief de discrimination, l'opinion du juge Tanaka dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain* (C.I.J., Recueil 1966, p. 305). Il s'est exprimé de la manière suivante :

« Appliquer mécaniquement un même traitement à des situations différentes serait aussi injuste qu'appliquer un traitement différent à des situations semblables. »

Il va sans dire que la preuve de l'existence de cet élément — le fait que les situations sont comparables ou équivalentes — incombe au gouvernement qui cherche à fonder une accusation de responsabilité internationale sur une prétendue discrimination.

Dans le cas d'espèce, comme on l'a dit dans la duplique (VII, p. 803 et suiv.), il n'y a jamais eu, de la part de ressortissants ou de sociétés espagnols, la moindre demande comparable de près ou de loin à celles du groupe de la Barcelona Traction.

Un exemple entre plusieurs vient confirmer cette affirmation. La Partie adverse a présenté comme un cas de discrimination le refus des autorités espagnoles d'approuver la troisième version du plan d'arrangement en la comparant à l'autorisation accordée à M. March pour l'acquisition des quelque 64 millions de pesetas nécessaires au remboursement des obligations 6% en pesetas de la Barcelona Traction (VIII, p. 96). La différence entre les deux situations interdit toute comparaison. Le plan d'arrangement était une opération complexe qui concernait les trois espèces d'obligations de la Barcelona Traction et supposait en outre le transfert à des sociétés étrangères des obligations en livres d'Ebro (D., VII, p. 789-799), ce qui impliquait la reconnaissance d'une dette extérieure que les autorités monétaires espagnoles considéraient comme insuffisamment justifiée. Le plan d'arrangement supposait enfin le transfert desdits 64 millions de pesetas d'Ebro à la Barcelona Traction sans aucune entrée de devises étrangères en Espagne.

Par contre — et cela montre bien la différence de situation — l'autorisation demandée par M. March entraînait au contraire l'entrée dans le territoire espagnol de près de 2 millions de dollars (C.M., IV, p. 222). D'ailleurs, l'Institut espagnol de monnaie étrangère n'a pas cédé de pesetas à M. March comme ce dernier l'avait demandé. L'Institut espagnol de monnaie étrangère s'est, au contraire, limité, après une enquête administrative compliquée qui a duré six mois et au cours de laquelle de nombreux justificatifs ont dû être fournis, à autoriser l'acquisition des pesetas en question sur le marché libre des devises de la Bourse de Madrid avec les dollars correspondants importés de l'étranger.

D'autres accusations précises de discrimination que le Gouvernement belge a reprises dans la procédure orale seront examinées ultérieurement sur le plan des faits.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Au cours de sa plaidoirie du 16 avril 1969, mon honorable contradicteur et ami, le professeur Rolin, s'est expliqué à propos du grief global. Il a notamment déclaré qu'en formulant le grief global le Gouvernement belge n'a pas prétendu « faire admettre par la Cour une cause de responsabilité distincte et indépendante » des autres griefs spécifiques qu'il adresse à l'encontre des autorités espagnoles (VIII, p. 50-54). C'est ainsi que le grief global ne serait plus le déni de justice en quelque sorte global, dont on parle dans la réplique (V, p. 586, par. 798), mais il constituerait « un examen d'ensemble », « un procédé technique indispensable à tout juge ou arbitre appelé à apprécier le caractère culpeux d'une série d'actes connexes... » (VIII, p. 52).

Le Gouvernement espagnol prend acte avec satisfaction de cette explication, puisqu'elle comporte en réalité un abandon de positions antérieures, mais il avoue ne pas comprendre les raisons pour lesquelles on

appellerait « grief » ce qui, de l'avis de la Partie adverse, n'est pas un « grief ».

De toute manière, la thèse du Gouvernement belge se heurte à une difficulté majeure. Les griefs dont le bien-fondé entraînerait la responsabilité internationale d'un Etat sont caractérisés chacun par l'existence de certains éléments. Une fois que tous les éléments constitutifs de chaque grief existent, il y a violation du droit international entraînant la responsabilité internationale.

L'adjonction d'un nouvel élément qui n'est pas un des éléments constitutifs des griefs n'ajoute rien au bien-fondé des griefs. On ne peut donc pas prendre en considération un résultat final en soi, ni un soi-disant résultat d'ensemble pour apprécier une violation du droit international affirmé dans le grief individuel. Ceci pour la bonne raison que le grief global n'ajoute rien pour appliquer et interpréter le grief individuel formulé. La situation ne s'améliore pas en faveur du Gouvernement belge lorsque ce dernier prétend (VIII, p. 51) que plusieurs déviations de l'interprétation du droit interne opérant dans le même sens défavorable à Barcelona Traction et à ses actionnaires faciliteraient une présomption en faveur de la responsabilité internationale de l'Espagne. Si même tel était le cas, aucune preuve ou aucun indice de preuve ne serait ajouté qui aurait pour conséquence de renforcer les éléments qui forment les griefs applicables en la matière.

Le Gouvernement espagnol tient encore à souligner que la Partie adverse est particulièrement mal venue de prétendre à une appréciation d'ensemble de l'affaire soumise à la Cour. En effet, le Gouvernement belge s'est efforcé de contester la pertinence de certains faits — ceux constituant ce qu'il appelle la « préhistoire » de l'entreprise — qui sont tout à fait nécessaires pour comprendre la situation de la « faillite latente » dans laquelle se trouvait la société Barcelona Traction, ainsi que le déroulement et le résultat de la procédure de faillite.

En tout état de cause, le Gouvernement espagnol désire montrer les risques et les faiblesses de cet examen d'ensemble que la Partie adverse dénomme « grief global ». D'après le Gouvernement belge, ce grief reposerait, en effet, sur l'idée d'un complot tripartite entre le groupe majoritaire des obligataires, les autorités administratives et les autorités judiciaires espagnoles en vue de faire passer audit groupe les biens de Barcelona Traction. Autrement dit, il y aurait eu une « machination particulièrement complexe et astucieuse » du groupe espagnol pour se rendre maître des entreprises électriques de Barcelona Traction, machination qui aurait trouvé l'appui constant des autorités espagnoles. Ce serait cette idée qui, d'après le Gouvernement belge, expliquerait et donnerait un sens aux griefs particuliers.

Or, il suffirait qu'une seule des bases de ce prétendu complot tripartite tombe pour que l'explication d'ensemble de la Partie adverse ne soit plus valable. De ce point de vue, le seul fait de démontrer que le but poursuivi par le groupe March n'était pas celui de se rendre acquéreur des entreprises de Barcelona Traction, mais bien de recouvrer ses créances, fera perdre tout son sens non seulement au prétendu « grief global » mais aussi aux griefs particuliers. Il en va de même en ce qui concerne la preuve que les actes des autorités administratives et de change espagnoles n'avaient pas pour but de spolier la Barcelona Traction de ses biens, au profit du groupe obligataire espagnol, mais bel et bien la protection de l'économie espagnole tout en se conformant à la loi.

C'est mon collègue et ami le professeur Jiménez de Aréchaga qui, au cours de sa plaidoirie sur l'inexistence du soi-disant « grief global », se chargera de faire cette démonstration.

Monsieur le Président, Messieurs les juges, étant arrivé à la fin de ma plaidoirie, je vous adresse mes sentiments de remerciement pour votre patiente attention.

ARGUMENT OF SIR HUMPHREY WALDOCK

COUNSEL FOR THE GOVERNMENT OF SPAIN

Sir Humphrey WALDOCK: Mr. President and Members of the Court, in opening, may I be permitted to say how sorry I have been that owing to what I may call a certain "dédoublement fonctionnel" I have not been able to be present to listen to the speeches of several of the learned counsel on the other side of the bar.

As the Court may be aware the work of the Vienna Conference on the Law of Treaties, after some moments of difficulty, has now been successfully completed, and I have been informed that the meeting for the signing of the Convention has been fixed for 4 p.m. on this very day. That event will, I believe, be a matter of personal satisfaction not only to a number of counsel taking part in your proceedings but also to several Members of the Court who, at different stages of the work, have made their own valuable contribution to the task of codification. I should like in this connection to express my particular pleasure at seeing on the Bench today the distinguished Judge *ad hoc* nominated by the Government of Belgium who played such a specially helpful role at the session of the Conference last year. Not the least cause of satisfaction, Mr. President, you may think, is the acceptance by the international community, in the Convention, of procedures for the settlement of disputes concerning the invalidity or termination of treaties and, above all, of the compulsory jurisdiction of this Court in regard to disputes concerning the application of rules which have the force of *jus cogens*.

Mr. President, at this third and, it is to be hoped, final stage of these marathon proceedings, I have the honour to address you on the liability of Barcelona Traction to the bankruptcy jurisdiction of the Spanish courts—a matter which inevitably involves the activities of the Barcelona Traction group in Spain.

Belgium, as the Court knows, has levelled bitter complaints against the Spanish Government in regard to the case which it has presented concerning the complex structure and the irregular conduct of the Barcelona Traction enterprise. She did so during the oral hearings on the preliminary objections. She has done so in the written pleadings on the merits, and has repeated her complaints, if in muted terms, at these hearings.

We are told that our allegations regarding the irregularities of the Barcelona Traction group are irrelevant and a mere diversionary manoeuvre, and have three motives:

First, by these allegations against the private interests to distract the Court's attention from the Belgian complaints against the Spanish authorities; secondly, to discredit the directors and shareholders of Barcelona Traction after the event in the hope of mitigating what Belgium is pleased to call the particularly shocking character of their spoliation; and thirdly, to persuade the Court that, even if the Belgian complaints against the Spanish authorities were well-founded, nevertheless the losses suffered by the supposed Belgian private interests resulted from the defaults and frauds of the directors or promoters of the Barcelona Traction enterprise.

We dealt with these complaints fully and faithfully in Chapter I of Part I of our Rejoinder (VI). We pointed out that even if the case in the Belgian Memorial were assumed to be well founded the illegalities committed by the enterprise over a period of almost 40 years to the grave prejudice of the Spanish State would be material in assessing the legal consequences of the alleged wrongful acts of the Spanish authorities.

Our answer to the accusations was, however, far more fundamental. We set out in our Rejoinder a whole series of basic issues in the case, some concerned with the merits and some with the preliminary objections, to which the structure and conduct of the Barcelona Traction enterprise have the most direct relevance.

I do not propose to recall those issues individually because they may be found in our Rejoinder, VI, pages 24 to 26, and because the relevance of our allegations to those issues will appear all too clearly in the arguments which I and my colleagues address to you.

We feel, Mr. President, that the Belgian Government's attitude is somewhat extraordinary. It makes an international matter out of the bankrupting of the Barcelona Traction enterprise by Spanish private interests in the Spanish courts; it brings Spain before the bar of this Court; it makes the gravest charges against Spanish administrative and judicial authorities of a deliberate abuse by them of their functions for the purpose of furthering a supposed scheme to despoil Barcelona Traction of the enterprise in Spain in bankruptcy proceedings; it specifically depicts Barcelona Traction's condition of bankruptcy in February 1948 as engineered by the Spanish monetary authorities, not as resulting from the acts or course of conduct of those who directed the enterprise; it depicts the bankruptcy proceedings and the sale of the assets to Spanish interests as wholly artificial, not as resulting naturally from the actions of the enterprise before and in the bankruptcy proceedings. Yet it tells you that the actions of the enterprise in Spain are really not relevant.

Spain, in her written pleadings, has put before the Court a tremendous quantity of evidence inescapably leading to the conclusion that the course of conduct pursued by the Barcelona Traction enterprise over a long period of years vis-à-vis Spanish administrative authorities was a prime cause of its foreign exchange difficulties and thus also of its inability to discharge its financial obligations. In other words, the Spanish Government invoked the conduct of the Barcelona Traction enterprise in Spain for the purpose of putting before the Court an alternative and well-documented explanation of the origin and course of the bankruptcy proceedings which throws a very different and innocent light on the acts of the Spanish authorities.

How can our opponents possibly say, Mr. President, that this explanation and that conduct of Barcelona Traction are irrelevant to the issues before the Court? They go to the very root of the Belgian Government's charges against the Spanish authorities and are, at the same time, a cardinal part of the Spanish Government's case in rejection of those charges.

The Court may indeed wonder how the character, circumstances and conduct of a bankrupt individual or, in this case, the structure, circumstances and conduct of a bankrupt company could ever be irrelevant to an examination into the causes and the regularity of the bankruptcy. The Court may therefore feel that the indignation expressed at the Spanish

Government's counter-allegations concerning the structure and conduct of the enterprise is not the indignation of injured feelings but rather that it is a case of "*cet animal est très méchant, quand on l'attaque, il se défend*". At any rate, Mr. President, the Spanish Government owes a clear duty to its own people to present to the Court all the contentions and all the evidence relevant to rebut the infamous charges framed before this Court against both the Spanish administration and the Spanish judicature.

We naturally regret the very large quantity of documents which have had to be filed with the Spanish pleadings, and we appreciate the heavy burden that this has meant for the Court. But it was Belgium, not Spain, which instituted these proceedings vilifying the Spanish authorities; and Spain, as I have said, had no other possible course than to answer the attacks upon her authorities by all the means at her disposal.

The reasons why the documentary evidence is as voluminous as it is we have explained in our Rejoinder, VI, pages 27 to 31. Certainly, Mr. President, it was not the Spanish Government which ordained that Barcelona Traction should be given a complex structure the better to evade Spanish taxes; nor was it the Spanish Government which ordained that the enterprise should proliferate its documents by correspondence between directors and officials in Toronto, London, Barcelona and Brussels. Nor can it be held responsible for the fact that over a long period of years the enterprise pursued a persistent course of misrepresentation and fraud in its relations with the Spanish authorities, the unravelling of which has been so laborious a task.

In short, the responsibility for the large volume of evidence really lies with those who directed the enterprise. Yet when we present the evidence we are accused of trying to create a diversion and when we try to spare the Court a little by keeping down the number of documents relating to a particular matter we are at once told we are being selective with the object of misleading the Court.

Need I say to the Court, on behalf of myself and my learned colleagues, that we have no such object? On the contrary, our object is that you should penetrate to the truth regarding the bankrupting of the enterprise, and the best evidence of that truth is surely to be found in the documents of the enterprise itself.

My primary task, Mr. President, is to reply to the Belgian Government's first ground of complaint, a supposed violation of international law on the part of Spain in that, under international law, so our opponents say, the Spanish courts were wholly incompetent in 1948 to entertain the institution of the bankruptcy proceedings. That done, I propose to examine the denial of justice alleged to be involved in the Reus judge's assumption of jurisdiction with respect to Barcelona Traction.

The first complaint is one which seems to us intrinsically implausible and in any case to be wholly in contradiction with the actual facts. Why do we say Mr. President, that it is intrinsically implausible? First, because the allegation is that the mere exercise by Spanish courts in Spain of their civil jurisdiction in bankruptcy in regard to Barcelona Traction was itself a direct violation of international law.

The Court has already heard my learned colleague, Professor Guggenheim, point out how very large is the discretion left by international law to each State in determining the limits of the jurisdiction of its national courts. The Court has also heard him point out that it is impossible to

deduce from the practice of States any such customary rule limiting a State's exercise of jurisdiction in bankruptcy matters as that for which our opponents contend. It may be, Mr. President, that despite the varied and very extensive scope of the jurisdiction in fact exercised by national courts in regard to foreigners, there is some ultimate limit beyond which they cannot go without being held to encroach upon matters left by international law within the exclusive jurisdiction of another State. But if there is such a limit, it can only be, as the law now stands, that in cases where there is no relevant link between the foreigner and the State claiming to exercise jurisdiction the State may go beyond its competence in international law.

Here, Mr. President, relevant links between Barcelona Traction and Spain simply abound, so that the idea that the mere exercise of jurisdiction by the Spanish courts could conceivably, in itself, be a direct violation of international law, does seem to us rather fanciful.

Secondly, we think this ground of complaint is on its face implausible when there are so many external indications of the connection of the bankrupt company with Spain. Let me mention just a few: the company was one which called itself the Traction Company of Barcelona, the capital of the Spanish province of Catalonia; the company was one incorporated and created in Canada with the very object of carrying on business in Spain; virtually all the company's financial investments and assets were in Spain; fourthly, directors and officers of the company resided in Spain and others went there from time to time on its business; fifthly, large amounts of the company's bonds were in circulation in Spain; sixthly, the company's reports informed its shareholders that all its business was in Spain.

It would only waste time to lengthen the list, Mr. President, because I shall soon be drawing the Court's attention in detail to facts which, in our view, show irrefutably Barcelona Traction's connection with Spain and liability to Spanish jurisdiction.

Thirdly, the implausibility of this complaint seems to appear from the diplomatic correspondence between the Canadian and British Governments, on the one hand, and the Spanish Government on the other. In its first Note of 23 February 1948 (A.P.O., No. 87), that is 11 days after the bankruptcy order of the court of Reus, the United Kingdom Government took no exception to the Spanish courts having assumed jurisdiction with respect to Barcelona Traction.

About a month later on 27 March 1948 (A.P.O., No. 88), the British Embassy in Madrid presented a longer Note on behalf of the Canadian Government, accompanying it with a brief note on behalf of the United Kingdom bondholders in Barcelona Traction, giving its support to Canadian representations. And the Canadian Note did challenge the right of the Spanish courts to exercise jurisdiction. The Canadian Government there stated that Barcelona Traction had been incorporated in Canada and was a Canadian national, that it was a holding company and had no office or direct business in Spain, and that it had not been registered under Spanish law. It went on to assert that the Reus court had no jurisdiction to declare bankrupt a Canadian company which, it said, had no office or business in Spain. Finally, it claimed that under private international law it was beyond the jurisdiction of a Spanish court to issue a bankruptcy order against Barcelona Traction, and that the proper place for a bankruptcy petition against the company was in Canada.

It does not require much imagination, Mr. President, to see where those assertions came from, for they echo the misrepresentations which Mr. Lawton and his staff in Barcelona had for years been making to the Spanish tax authorities, though with ever-increasing nervousness at the possibility of being found out. At any rate, the diplomatic correspondence shows that the Canadian and United Kingdom Governments later dropped their challenge to the competence of the Spanish courts.

So true is this, Mr. President, that in a Note of 26 July 1951 (A.P.O., No. 158), after referring to the famous Tripartite Minute, the Canadian Government expressed its welcome for the statement of the Spanish Government in that Minute that any legitimate interests affected by the activities and position of the company would always find the necessary protection within the framework of Spanish legislation. And in the same Note, it observed that the validity of the bankruptcy proceedings involving Barcelona Traction was still the subject of litigation in the Spanish courts, without appearing to question in any way the competence of the Spanish courts to entertain that litigation. Indeed, in a Note of 28 September of the same year (A.P.O., No. 163), the Court will actually find Canada requesting the Spanish Government to make use of its right to intervene in the bankruptcy proceedings in connection with the tax liabilities of Barcelona Traction and to assist in promoting a settlement between the private interests.

Fourthly, as Professor Guggenheim has pointed out, how can the Belgian Government possibly have a right to complain before this Court of a usurpation of jurisdiction which, even if it could be established, would be a violation of the sovereignty of Canada and not of Belgium?

I do not overlook, Mr. President, the question of the alleged usurpation of jurisdiction with respect to the subsidiary companies. Nor do I overlook the allegation that the court at Reus lacked jurisdiction to entertain the bankruptcy proceedings under Spanish law. Well, we shall deal with those allegations *in due course*.

Now, I am addressing myself solely to the basic allegation that the mere exercise of jurisdiction by Spain over Barcelona Traction was a direct violation of international law.

On this allegation the burden of proof unquestionably lies with Belgium, and there is a certain presumption in international law as to the regularity of an exercise of jurisdiction by national courts. The Belgian Government in our view has made rather little attempt to discharge that burden of proof showing indeed a marked distaste for any very close examination of the evidence. We therefore doubt whether we are, strictly speaking, called upon to say anything more in answer to Belgium on its first ground of complaint.

However, this complaint is also in total contradiction with the facts, and as these facts are also relevant in regard to other issues it will be convenient for me to deal with them here.

The story of Barcelona Traction's connections with Spain is, Mr. President, as you know, a long one, spreading over nearly 40 years, and the volume of material relating to its activities in Spain which we have put before you in the written pleadings and in documents deposited with the Court is as daunting to counsel as it must be to the Court itself. But I must tell you that we naturally rely upon that material as a whole for the purpose of establishing the subjection in principle of Barcelona Traction

to Spanish jurisdiction. We believe that the course most helpful to the Court at the present hearings will be for us to direct your attention only to some of the principal facts showing that subjection to Spanish jurisdiction.

Our opponents maintain that Barcelona Traction was a foreign—Canadian—company, which was purely and simply a holding company, having no representatives, agents or property in Spain, carrying out no commercial activity of any kind in Spain and exploiting no property whatever in Spain, whether in the character of owner, lessee or concessionaire.

Let us then begin, Mr. President, by looking at Barcelona Traction at its Canadian end.

The company, as the Court knows, was incorporated in September 1911 by letters patent in Toronto, which was therein stated to be its chief place of business. The letters patent, which are printed in Counter-Memorial Annexes, Volume II, page 533, authorized the company to do virtually anything connected with a hydro-electric undertaking and provided that its operations might be carried on throughout the Dominion of Canada and elsewhere.

In applying, however, to the Governor of Ontario in December of that year for a licence to do business in the province, Barcelona Traction expressly applied for an extra-provincial licence, stating that no part of its capital either was or would be employed within the province. In fact, the exclusive field of the company's business throughout its history was Spain.

Early in 1912 the company obtained an authorization from the Canadian Parliament specifically to enable it to construct, acquire and operate railways and tramways within the Kingdom of Spain. Furthermore, throughout its history the company claimed and obtained total exemption from Canadian taxes on the basis that it was a public utility having all its business operations and all its property outside Canada. And, in the light of the facts and of the Special Act of Parliament, what could that mean but in Spain? It may be that under Canada's tax legislation Barcelona Traction might carry on its business and hold its property abroad through subsidiary companies and still claim exemption. But the fact remains, Mr. President, that the position taken by Barcelona Traction before its own national authorities in Canada was that all its business operations and all its property were outside Canada, and that could only mean in Spain.

Barcelona Traction presented the same face in its commercial dealings. Thus, in a series of prospectuses for the issue of bonds, published in Paris in 1911 and 1913, Barcelona Traction described itself as a company having its *siège social* in Toronto and its object the exploitation of tramways in Barcelona and in the region as well as in the service and distribution of electric energy. Examples are to be found in Volume II of Counter-Memorial Annexes, pages 544 and 571. In the latter example—a prospectus of 28 February 1913—the Court will see that at the head of the prospectus it was indeed stated that while the company had its *siège social* in Toronto, it possessed *bureaux* in Barcelona, London and Paris. And it will see that four of the persons there named as directors were Spaniards resident in Barcelona.

Similarly, in reports to its share and bondholders in 1913 and 1915 the board of Barcelona Traction informed them that the company had been

formed for the purpose of the development of hydro-electric power in the north of Spain and the exploitation of electric light and power in the province of *Cataluña and surrounding territory*, and also for the purpose of developing the electric railway and tramway system in Barcelona and the surrounding district. The board further told them that Ebro had been formed for the purpose of carrying on these activities in Spain, and had been protocolized in that country, and it explained that it was through this wholly owned company that all of Barcelona Traction's operations are carried out in Spain.

And in the second report it also mentioned the creation of another wholly owned company, *Ferrocarriles de Cataluña*, as its instrument for developing the electric railways and tramways in and around *Barcelona*.

These reports, which are in Volume I of the Counter-Memorial Annexes, pages 87 and 95, show perfectly clearly, Mr. President, that from the beginning Barcelona Traction regarded itself as engaged in operations in Spain and its wholly owned subsidiaries as merely the technical instruments through which Barcelona Traction itself operated in Spain.

So Barcelona Traction was being perfectly consistent when, in its contract of 20 February 1913 for the exploitation of the tramways of Barcelona, it described itself as a company having its *siège social* at Toronto and its *siège d'exploitation* at Barcelona. That contract is in Volume I of the Counter-Memorial Annexes at page 240.

Equally, the first president of Barcelona Traction, when forming the first permanent board of directors in January 1913 and inviting four Barcelona citizens to join it, was stating no more than the simple truth when he telegraphed: "I feel we should have them associated with us on board of parent company which is actually real company under which all business in Spain is being done." The Court will find that telegram in the Auxiliary Volume of the 1963 Preliminary Objection Annexes at page 43.

Now, in the Reply (V) our opponents seem to have conceded that Barcelona Traction did, in its early years, engage in business in Spain, for in paragraph 343 they recognized that Barcelona Traction had itself taken a direct lease of the Tramways of Barcelona undertaking. But they said that the proceedings brought in 1919 by an individual called Ceballos to have Barcelona Traction declared liable to Spanish taxes made Barcelona Traction circumspect on this point, and that by 1919 it had disposed of its interest in the Tramways undertaking. After that date, insist our opponents, Barcelona Traction never again exploited any installations and never again engaged in business in Spain.

Our opponents say, Mr. President, that Barcelona Traction terminated its lease of the Tramways undertaking in 1919. They also say that the Ceballos case alerted Barcelona Traction to the fiscal implications of its being found to be engaging in business in Spain and made its Barcelona staff more wary upon that point. As we explained in our Rejoinder, VI, page 72, whether or not that be true it does not in the least mean that the activities of Barcelona Traction in Spain ceased. On the contrary, Barcelona Traction not only continued but intensified its active participation in the operations of the enterprise in Spain. What did happen, as the evidence abundantly shows, is rather that in Spain Barcelona Traction after 1919 went underground and that the Barcelona office thereafter assiduously sought to cover up Barcelona Traction's operations in Spain.

Indeed, Mr. President, even the so-called termination of Barcelona

Traction's exploitation of the Tramways was largely an illusion, like so much else in this enterprise. If the Court turns to page 105 of Volume III of our Counter-Memorial Annexes, it will find a legal opinion of 21 August 1917 given to the company concerning the problem raised by Barcelona Traction's exploitation of Tramways. In that opinion the company was in effect advised that, although after having acquired the Tramways concession Barcelona had transferred its exploitation to Ferrocarriles de Cataluña, the fact that Barcelona Traction had reserved to itself a 95 per cent. interest in the profits of the exploitation made it difficult for Barcelona Traction to deny that it was indirectly engaging in business in Spain through its subsidiary. Having escaped from the Ceballos case by the skin of its teeth and by somewhat devious means, the company abandoned its Tramways concession—so we are informed. But what did it also do? It arranged for Tramways to assign the exploitation of the concession to Electricista de Cataluña, another Barcelona Traction subsidiary, by a contract under which the subsidiary was to receive 2 per cent. of the net profits and the remainder were to go to Tramways. Then a second so-called complementary contract provided for 75 per cent. of the net profits to be payable by Tramways to Barcelona Traction. In other words, Barcelona Traction's interest in Tramways was now given a much more complicated wrapping; but underneath the wrapping you still found Barcelona Traction exploiting the Tramways, while hiding behind a different Spanish subsidiary company.

Indeed, Mr. President, among the documents deposited with the Court, there is a letter from Mr. McMurtry to Mr. Hubbard of 3 February 1923 (New Doc. 1968, Vol. 1) which throws a shatteringly clear light upon the Tramways transaction. We have had photostats made for the convenience of the Court and I am asked by the Agent to say that he has in mind to bring together any of these deposited documents to which we refer in a *Red Book* similar to the *Blue Book* that our opponents so conveniently produced. Now, by 1923 the contracts that I mentioned were in operation and the question had arisen as to the process by which the 75 per cent. of the profits of the exploitation should be paid over to Barcelona Traction. Mr. McMurtry wrote to Mr. Hubbard that the current year's payment would be made by Tramways direct from Barcelona to London, and would be classed as "operating expenses". Explaining that he, Mr. Lawton and Mr. Cretchley all thought that in future the payments should be made by instalments but that otherwise the same procedure should be adopted, Mr. McMurtry then continued as follows:

"We all thought that this would be the best procedure to follow and the one that offered most chances of escaping taxation. At first Sr. Foronda rather demurred to the plan on the ground that it would be difficult for the Tramways Company to justify the payments in the event of the Spanish fiscal authorities demanding explanations thereof. But he withdrew his objections *when we told him that it would be easy, in the event of explanations being demanded by the local authorities, for the Canadian and General Finance Company to furnish a statement of account against the Tramways Company which would be about 98% fabrication and 2% truth setting forth work done, services rendered, etc., etc., in London and elsewhere by Canadian & General Finance Company on behalf of the Tramways Company.*"

So there you have it, Mr. President! Under the arrangements by which we are told that Barcelona Traction put an end to its exploitation of Tramways, the contracts in fact provided for 75 per cent. of the net profits of the exploitation to be paid directly to Barcelona Traction by Tramways and 98 per cent. of gross falsehoods to be passed indirectly to the Spanish authorities by Canadian & General Finance—that point in Barcelona Traction's web where sat Mr. Hubbard himself, as I shall shortly show.

That letter, Mr. President, is by no means what our opponents like to call "prehistory". It talks of men whose names repeat themselves constantly in the continuous frauds practised by Barcelona Traction on the Spanish authorities during the next 25 years. It talks of policies and methods of deceit—and I hope the Court will read the whole of that document, the concealment of Barcelona Traction behind another company, the purveying of falsehoods, bogus entries in accounts, etc., which characterized the dealings of Barcelona Traction with the Spanish authorities continuously to the date of the bankruptcy. And, secure behind its fabricated screen, Barcelona Traction continued to take 75 per cent. of the net profits from its participation in the exploitation of Tramways until eventually they disposed of their interests.

In our Counter-Memorial, IV, pages 30 to 94, and in our Rejoinder, VI, pages 59 to 88, we have shown the Court how, while using the mantle of Ebro, Barcelona Traction from start to finish itself conducted the whole enterprise in Spain and how Barcelona Traction also undertook certain important forms of activity in Spain on its own account. The evidence on both these points, in our submission, is quite overwhelming in its volume and completely decisive. To anyone acquainted with the main structure of the enterprise, Mr. President, and with the names and positions of its principal officers, almost every document in the first five volumes of our Counter-Memorial Annexes and in the first half of Volume II of our Rejoinder Annexes testifies to the truth of what we say on these points. Indeed, Mr. President, anyone who takes up the single Auxiliary Volume of our Preliminary Objections and reads in a desultory manner through its documents cannot fail to see both the direct participation of Barcelona Traction in the operations of Ebro in Spain and Barcelona Traction's engagement, itself, in operations there on its own account.

At this stage of the case we believe that we shall best help the Court if, first, we indicate briefly the principal clues to the structure of the enterprise in relation to the issues before you, together with the names and positions of the principal *dramatis personae* found in the evidence concerning Barcelona Traction and, secondly, if we recall the principal evidence showing Barcelona Traction's direct participation in Ebro's operations and also Barcelona's activities in Spain on its own account.

Now the structure of the enterprise we have set out with some fullness in pages 16 to 30 of the Counter-Memorial, IV, where, on pages 24 and 25, there is a diagram of all the main companies and subsidiary companies. I now confine myself to a few of its basic features. At its birth, the enterprise entered the world, as the Court knows, as a troika of Canadian companies: Spanish Securities, Barcelona Traction and Ebro. The first named, Spanish Securities, was a manifestation of the financial interests promoting the enterprise and its name appears on a number of early contracts and inter-company agreements. But, its promotional function

having been exhausted, that company was dissolved in 1923 and vanished from the scene.

Meanwhile, however, purely as a tax-dodge to defraud the Spanish Treasury, another Canadian so-called finance company had been set up in 1922, namely International Utilities, which has already achieved considerable notoriety in the written pleadings. This company was nothing but a vehicle for manipulating accounts between Ebro and Barcelona Traction, and for bogusly translating the form in which Ebro's profits passed out of Spain from taxable dividends into non-taxable payments of interest on bonds. International Utilities was not, therefore, one of the instruments by which Barcelona Traction actually operated in Spain. But, as I shall show later, it played a vital role as a means of hiding Barcelona Traction's participation in the business in Spain from the Spanish authorities. Moreover, the representation made by the Barcelona office to the authorities that International Utilities was an independent finance company was a complete falsehood; and the fact that the Barcelona office dared not explain the true relation between Ebro, International Utilities and Barcelona Traction was, as Professor Reuter will demonstrate later, one prime cause of Barcelona Traction's difficulties with the authorities and the bondholders.

Accordingly, for the purpose of the present case the company is certainly an essential element in the structure of the enterprise. The enterprise did indeed include yet another Canadian company, the Catalonian Land Company, formed in 1912 and protocolized at Barcelona as a foreign company operating in Spain. But its role was a very minor one since it was used merely as the nominal owner into whose name titles to lands and buildings acquired for the enterprise were conveyed. Accordingly, this company is not, for present purposes, an essential feature in the structure of the enterprise.

Focussing for the time being, as I have said, exclusively on the question of Barcelona Traction's activity in Spain, we can therefore reduce the complex structure to a very few basic elements. The first is of course Barcelona Traction itself, the owner of the enterprise. It was not protocolized in Spain and our opponents, as I have said, ask you to believe it was a mere holding company possessing shares in companies operating in Spain but not itself engaging in any business there after 1919. The second element is Ebro incorporated in Canada simultaneously with Barcelona Traction and having its head office in Toronto, but protocolized at Barcelona under the Spanish name of Riegos y Fuerza del Ebro and having in that city a large office and staff which was the *siège d'exploitation*, the operational office of the enterprise.

Ebro and Riegos y Fuerza del Ebro were not, of course, different companies. They were one and the same company, Riegos being merely Ebro's other self in Barcelona. But if Ebro and Riegos were not separate companies, they were separated, Mr. President, and separated by an international frontier. At first only by a political and customs frontier and later, on the introduction of foreign exchange control, also by a monetary frontier. And this political, customs and monetary frontier of course interposed itself equally between Barcelona Traction, the owner of the enterprise, and Riegos, the operational branch and only substance of the enterprise. I underline that point in passing because it was to prove a major factor in Barcelona Traction's long and unhappy financial history.

That, Mr. President, was the basic set-up of the enterprise: in Canada Barcelona Traction, the parent company, and Ebro, its wholly owned subsidiary, and in Spain the Barcelona office operating under the title of Riegos y Fuerza del Ebro and in the guise, as I say, of Ebro's Spanish office. But one or two further elements require mention as they are essential to the understanding of the evidence and of Barcelona Traction's techniques for operating in Spain.

The first is that the enterprise acquired or created a considerable number of Spanish companies operating in Catalonia. All but one of these was wholly owned by Barcelona Traction, either directly or through Ebro, and the one exception—Productora—was over 80 per cent. owned by Barcelona Traction and wholly under its direction and control.

The majority of these Spanish companies were subsidiaries of Ebro, but three of them—Unión Eléctrica, Electricista Catalana and Electra Reusense—were direct subsidiaries of Barcelona Traction itself. Even the latter companies, however, were placed wholly under the direction of Ebro's Barcelona office being linked operationally to Ebro by a variety of inter-company agreements; and in that way their profits as well as those of Ebro's own subsidiaries were all channelled into the coffers of the Barcelona office.

Now such in outline was the company-structure of the enterprise with which the Court is concerned. Our opponents insist that there was nothing in that structure which might justify the conclusion that Barcelona Traction itself had any branch, agent or representative in Spain or the conclusion that it in any way itself engaged in business there. They accuse us of disregarding the separate legal personalities of the companies and, in effect, demand that you, Mr. President, should look only to the form of the enterprise and not to how it operated and acted. But if we now ask you to look beyond the bare form to the realities, it is not because the Spanish Government takes a light view of the principle of corporate personality. On the contrary, not possessing the evidence of Barcelona Traction's activity in Spain, the Spanish authorities until a late stage of Barcelona Traction's career accorded a respect to the separate personalities of Barcelona Traction and Ebro which those companies were very far from deserving.

But we now have the evidence and we now know that from start to finish the separate personalities of the companies of the enterprise were cynically abused by Barcelona Traction itself. Having been the victim of Barcelona Traction's deceptions on this point for nearly 40 years, the Spanish Government considers that it has every justification for asking this Court now to proceed on the basis of the real facts and not of the make-believe of form and fiction on which the enterprise's relations with Spain were at that time based.

What then, Mr. President, are the realities regarding the operation of the enterprise? Barcelona Traction and Ebro, of course, each had its board of directors. Meetings of these boards were held from time to time in Toronto and some matters, such as the issue of bonds, clearly needed the imprimatur of the appropriate Toronto board. The evidence before the Court contains some resolutions of the Barcelona Traction board mainly relating to the issue of Barcelona Traction bonds or to the participation of Barcelona Traction in some legal proceedings in Spain. There are also occasional references in the letters to the approval of the Barcelona

Traction board and some letters and inter-company agreements signed by officers of Barcelona Traction in Toronto. If the matter had rested there, the idea that Barcelona Traction was in fact as well as theory exclusively a holding company might even seem plausible. But the true picture, Mr. President, is utterly different.

The Court rose at 12.55 p.m.

VINGT-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (27 V 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

DÉCLARATION DE M. ROLIN

CONSEIL DU GOUVERNEMENT BELGE

M. ROLIN: Monsieur le Président, Messieurs les juges, avant que sir Humphrey Waldock ne reprenne le cours de sa plaidoirie, je désire m'associer au nom des conseils du Gouvernement belge aux paroles qu'il a prononcées au début de sa plaidoirie, au cours de la dernière audience, pour célébrer l'importance de la conférence de Vienne qui se terminait le même jour et dont les travaux l'avaient pendant tout un temps retenu éloigné de nos débats.

Il n'est pas un internationaliste qui ne reconnaisse l'importance considérable de la codification du droit international dans la matière du droit des traités. Et c'est une source additionnelle de satisfaction pour nous tous d'avoir appris qu'une initiative des délégués du groupe afro-asiatique avait fait adopter par la conférence une clause de règlement judiciaire obligatoire dans une catégorie de différends particulièrement importants.

Sir Humphrey Waldock a, à juste titre, reconnu l'importance du rôle qu'avaient joué dans ce succès les membres et anciens membres de la Commission du droit international ainsi que ceux qui avaient participé à la première phase de la conférence, mais il n'est que juste que les adversaires de sir Humphrey Waldock dans cette affaire soulignent l'importance du rôle que lui-même et le président de la conférence, M. Ago, ont eu dans le succès qui a finalement couronné plusieurs années d'effort.

Je remercie M. le Président de m'avoir donné l'occasion de faire publiquement cette déclaration.

Le PRÉSIDENT: La Cour n'a pas encore reçu les documents de la conférence de Vienne. En attendant, elle prend note de la déclaration que vient de faire M. Rolin.

QUESTIONS BY JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE¹

Judge Sir Gerald FITZMAURICE: Sir Humphrey, there are two things connected with the part of the case you are covering which I do not quite understand and about which I should be glad of any help which you, or perhaps later one of your colleagues, can give me.

The first is this: in the statement you made last Friday you said—speaking of the company known as International Utilities—that it is “nothing but a vehicle for manipulating accounts between Ebro and Barcelona Traction, and [and here I cite from p. 112, *supra*] for bogusly translating the form in which Ebro’s profits passed out of Spain from taxable dividends into non-taxable payments of interest on bonds”.

But as I understand it, Sir Humphrey, Spanish tax was payable, or at any rate was deductible, by Ebro just as much on bond interest payments as on dividend payments.

I must confess that I have found the relevant passages in the Spanish written pleadings exceptionally confusing and difficult to understand on this topic and therefore perhaps I have misunderstood the matter, but may I refer you to, for instance, paragraphs 129 and 132 of Part I, Chapter I, of the Spanish Rejoinder, VI, pages 92 and 94. I propose to cite from paragraph 132. About a third of the way down that paragraph there occur the following three sentences, and I quote from the English translation. It says:

“Ebro was required to pay the tax on profits (Third Schedule of the Income Tax) since, as we are dealing with funds transferred to the foreign parent company, the law prohibits the deduction of the amount of interest in the assessment of the profits liable to the said tax. It is the amounts which should have been remitted to the tax authority as payment of this tax which are the subject of the frauds committed by Ebro. *In addition*, Ebro should have retained at the source the tax, to which the Reply refers, on the interest on its bonds and its debts on current account, that is to say the distribution tax on the income of the company’s creditors (Second Schedule of Income Tax).”

Now if that is a correct statement of the position under Spanish tax law, then my point is this, that I fail to see how it could help Ebro to avoid tax on their profits by paying them over as interest on bonds rather than as dividends on shares, and I wonder if you can explain that.

I come next to my second point which concerns the process by which Barcelona Traction is said to have tried to disguise its participation or its interest in the undertaking in Spain. Here again may I quote from your statement of last Friday, Sir Humphrey, at page 112, *supra*. Speaking of International Utilities once more, you said that although that company was not used by Barcelona Traction for operating in Spain it nevertheless “played a vital role as a means of hiding Barcelona Traction’s participation in the business in Spain from the Spanish authorities”.

Now, in the Spanish written pleadings, it is stated that one of the chief

¹ See *infra*, p. 398.

reasons for this process was to get round the Spanish law, the Royal Decree of 14 June 1921, the object of which was to confine to Spanish entities the right to carry on public utility enterprises in the field of the supply of electrical power, and to exclude non-Spanish entities. This, it is said, was one of the main reasons why Barcelona Traction interposed a chain of subsidiaries between itself and the undertaking in Spain, and why Barcelona was never paid direct by the Spanish operating companies but always through an intermediary. Thus, and here I approach my point, Ebro in Spain did not pass on its profits, in whatever form, to Barcelona Traction. It paid them over to its parent company in Canada, Ebro Canada, and the latter paid Barcelona Traction, or else Ebro Spain paid International Utilities which passed on the payments to Barcelona Traction either directly or via Ebro Canada.

Now what I would like to know is how this process helped to disguise the foreign element, so to speak, seeing that just like Barcelona Traction itself, Ebro Canada and International Utilities were equally Canadian companies and therefore foreign and non-Spanish entities. Unless these companies could claim, as Barcelona Traction claimed, not to be operating in Spain at all—and Ebro at any rate certainly seems to have been operating in Spain—payments to them, to Ebro Canada for instance, were just as liable to reveal a foreign presence as payments to Barcelona Traction direct. The process might have helped to disguise the presence of Barcelona Traction itself as such but, from the point of view of the Spanish decree prohibiting foreign participation, it made no difference whether it was Barcelona or any other non-Spanish entity. So I ask myself why these elaborate precautions to keep Barcelona Traction out of the picture, when it is obvious that Ebro was operating in Spain and Ebro was just as much a Canadian company as Barcelona. I think you said on Friday, Sir Humphrey, that Ebro Spain and Ebro Canada were one and the same company. Ebro Spain under the name of Riegos y Fuerza del Ebro being only the Spanish office of Ebro Irrigation and Power Company, Limited, Canada.

I would like to know therefore whether there may not be some other explanation of all this than the one which is being suggested on the Spanish side. What did the Spanish authorities imagine, I wonder, that obviously non-Spanish personalities like Mr. Lawton and Mr. Hubbard were doing in Spain? Their presence certainly could not be concealed and at least after 1931, when exchange control was imposed, the authorities must have known exactly to whom payments were being made. What did they think when they saw Ebro Spain making payments to Canadian companies in Canada, even if these were not Barcelona Traction itself?

Well, those are my questions, Sir Humphrey. You may be able to answer them at once, but if you prefer to do so later or if they touch on matters not directly within your own personal knowledge and you would prefer one of your colleagues to answer, that will, of course, be quite in order.

ARGUMENT OF SIR HUMPHREY WALDOCK (cont.)

COUNSEL FOR THE GOVERNMENT OF SPAIN

Sir Humphrey WALDOCK: If I might first state my position in regard to Sir Gerald Fitzmaurice's question, I think that on any question involving tax law it will be wise to reflect and I think that on his second question, where he refers to a number of texts, it would be only prudent for me to examine the relevant texts before trying to formulate any reply and, therefore, I will naturally wish also to consult the Agent. So it would be better if we defer our answer until a little later.

I would like to begin, Mr. President, by thanking the learned Agent for Belgium for his gracious words in connection with the Vienna Conference.

May it please the Court, when you adjourned on Friday I was recalling the myth put out by Barcelona Traction that it was exclusively a holding company and I broke off my speech with the comment that the true picture is utterly different. I therefore now pass at once to the actual facts regarding Barcelona Traction.

From March 1912 until about the end of 1920, Barcelona Traction was registered in England and maintained a London office in its own name, first in Bishopsgate and then at No. 3 London Wall Buildings. Thereafter, it used this office continuously as an instrument for exercising the higher direction and management of the business. The Court may, indeed, recall from paragraph 65 of our Rejoinder that as early as 1915 Mr. Porter, Assistant Secretary of Barcelona Traction, was writing to the Barcelona office stressing that the London office was "for all practical purposes the head office of Barcelona Traction" (A.Rej., Ann. 6, Doc. 3, p. 147). In that year Mr. Pearson, the founder and first president was drowned in the sinking of the *Lusitania*, to be succeeded as president by Mr. Peacock, with Mr. Hubbard as vice-president. These two top officers were installed in Barcelona Traction's office at 3 London Wall Buildings, from which they intervened constantly in the business in Spain.

Thus, the Spanish annexes contain a number of documents of the years 1918 and 1919 written from Barcelona Traction in London to the Barcelona office and vice versa. Some can, for example, be found in Volume I of the Counter-Memorial Annexes, pages 378 to 403, and also in Volume II of the Rejoinder Annexes, pages 142 to 163.

In January 1921, Mr. Hubbard wrote to the Registrar of Companies in London, stating that Barcelona Traction had ceased to have a place of business in the United Kingdom and requesting that its name should be removed from the Register and after that date Barcelona Traction sent no further notices, balance sheets or other documents to the Registrar. But, as was expressly held by an English judge in 1946, it was not true that Barcelona Traction ceased to have a place of business in the United Kingdom after 1920. What happened was that instead of maintaining its London office at 3 London Wall Buildings under the name of Barcelona Traction, Light and Power Company, it did so at the same address under the name-plate of Canadian and General Finance Company.

Now even before 1920 Canadian and General, another company incorporated in Canada by the same financial group, was acting as Barcelona Traction's purchasing agents in the United Kingdom.

In 1920 Mr. Hubbard, for reasons which he seems in 1946 to have been a little reluctant to explain to the English court, informed the board of Barcelona Traction that in his opinion it was advisable that the company should cease to do business in the United Kingdom and that Canadian and General should act as Barcelona Traction's representative and agent.

A resolution was passed by the board to that effect; Barcelona Traction's entry in the register was cancelled and its name-plate disappeared from 3 London Wall Buildings. But that was all. Otherwise, as the English judge pointed out, nothing changed. Mr. Peacock, president of Barcelona Traction, and Mr. Hubbard, then a vice-president, and their staff at 3 London Wall Buildings continued to maintain the registers of Barcelona Traction's sterling bonds, to deal with transfers of Barcelona Traction shares in the United Kingdom and generally to act as agents for the company in the United Kingdom. And the president and vice-president of Barcelona Traction in London continued, above all, directly to control and manage the business in Spain from what was in substance, if not in name, Barcelona Traction's London office.

Into this aspect I shall go a little further in a moment. But I must first ask the Court to look more closely at the judgment of Mr. Justice Roxburgh in the English case to which I have been referring, namely *Walford v. Barcelona Traction, Light and Power Company*. The judgment and other documents in the case will be found in Volume I of the Counter-Memorial Annexes at pages 100 to 142.

Now this case was concerned with the Plan of Compromise and it was tried in the summer of 1946—that is about a year and a half before the institution of bankruptcy proceedings against Barcelona Traction in Spain. The action was started by a bondholder in the United Kingdom who served the writ on Barcelona Traction by post addressed to Mr. Hubbard at Canadian and General Finance. In England, Mr. President, as afterwards in Spain, Barcelona elected to adopt the posture that it was a Canadian company not carrying on business within the jurisdiction of the court and therefore not liable to be brought before it.

In England, unlike in Spain, Barcelona Traction did not contumaciously disregard the court. It did what it could perfectly well have also done in Spain: it appeared before the court for the purpose of objecting to the jurisdiction. And what, Mr. President, was the outcome?

Mr. Justice Roxburgh was called on to apply the relevant provisions of English law and the critical question was whether Barcelona Traction continued to have an established place of business within Great Britain after 1920.

Evidence was given that Canadian and General had authorized an entry in the Stock Exchange Yearbook in which it described itself as British and purchasing agents for Barcelona Traction. In his judgment which begins on page 130 of the volume I mentioned, Mr. Justice Roxburgh said that he would be prepared to hold that this was of itself sufficient proof of an established place of business in the United Kingdom. He added however that there was much other evidence. This other evidence included the various activities of Canadian and General on behalf of Barcelona Traction; its handling of share transfers for transmission to Canada, its maintenance of registers of Barcelona Traction

bonds, and its acting as a point of contact for anyone in the United Kingdom wishing to communicate with Barcelona Traction.

It further included the presence in the United Kingdom of directors of Barcelona Traction, one of whom was the president, and also the clear indications in the evidence that these directors seemed to possess a considerable power to make decisions on behalf of Barcelona Traction without prior reference to Canada.

On the basis of considerations such as these the learned judge held that Barcelona Traction had never ceased to have an established place of business in the United Kingdom, and rejected its contention that it was not liable to the jurisdiction of the English courts.

We are well aware, Mr. President, that English law is not Spanish law. But there are some pertinent analogies between Barcelona Traction's conduct and legal posture in England and its conduct and legal posture in Spain. And, in our opinion, it cannot fail to interest the Court that an English judge, confronted by Barcelona Traction with the same kind of formalist legal arguments as those used by Barcelona Traction with the Spanish authorities, rejected them out of hand without a moment's hesitation.

At any rate, Mr. President, when the English High Court had not the slightest hesitation in assuming jurisdiction over Barcelona Traction in the circumstances which I have described, one might have thought that our opponents would have been a little more cautious about representing the bankruptcy proceedings in Spain as a flagrant usurpation of jurisdiction and a direct violation of international law.

Nor is it without significance that Mr. Justice Roxburgh both commented upon the apparent reluctance of the chairman of Barcelona Traction to provide the court with—as he said—“a full and accurate picture of events”, and ended by expressing his complete disbelief of the evidence tendered to him by the company. In the documents before you, Mr. President, you will find much to reinforce the English judge's impression of Barcelona Traction's reluctance to provide a full and accurate picture of its affairs.

Before turning to the evidence of Barcelona Traction's activities, I must mention one further development in the company's organisation which occurred in 1925. In that year the statutes of the company were changed so as to provide for a chairman as well as a president. Moreover, under the new statutes it was the chairman who became the head of the management of the company. The chairman was expressly entrusted by the new statutes with the direction of the finances of the company and the general supervision of the other business and activities of the company.

At the same time the president was expressly entrusted with the general direction and management of the business of the company subject to the duties and supervision entrusted to the chairman.

These two top officers of Barcelona Traction were, therefore, invested by the statutes themselves with very considerable powers of direction and management of the business of the company. And as we pointed out on page 83 of our Rejoinder (VI), acts done by them within the scope of their ostensible authority under the statutes would generally be binding upon the company under Canadian law.

I underline this development in the organization, Mr. President, because in 1926 Mr. Hubbard in London was appointed chairman.

Moreover, Mr. Lawton, managing director of Ebro and head of the Barcelona office, was at the same time appointed president of Barcelona Traction. From then on Mr. Hubbard remained chairman of Barcelona Traction until almost the eve of the bankruptcy proceedings, sending day by day to Mr. Lawton and his staff a continuous stream of directions and decisions regarding the management of the business in Spain.

In 1931, it is true, Mr. Lawton handed over the presidency of Barcelona Traction to Mr. Spéciael. But he continued as a vice-president or director of Barcelona Traction and as head of the Barcelona office right up to the date of the bankruptcy. All that happened in 1931 was really that the management of the business became a triumvirate rather than a dyarchy.

I now come to the evidence of Barcelona Traction's activities in Spain and of its numerous links with Spanish jurisdiction. Our opponents take the position that Barcelona Traction itself had no legally authorized representative, no office, no installation, no establishment, no branch, *no agency, no domicile, no property* in Spain, and that it did not itself carry on any commercial activity in Spain. Indeed, I propose, Mr. President, to begin with the position of Mr. Lawton and of the Barcelona office in relation to Barcelona Traction. This will allow me to deal at one and the same time with the questions whether Barcelona Traction had a legally authorized representative in Spain, whether it had an office, installation, establishment, branch, agency or domicile there, and whether it engaged in commercial activity there.

In this way I may be able to save the time of the Court and to economize in my references to the evidence. Our learned opponent, Dr. Mann, at VIII, page 411, of the record of the fifteenth day, expressed the belief that it is common ground that Barcelona Traction did not have its own establishment. I must, therefore, make it clear at the very outset that the only point of common ground is that Barcelona Traction never admitted that it had an establishment in Spain.

The Barcelona office, I have explained, carried on all the business of the Barcelona Traction enterprise in Spain, directing and managing the operation of all the companies.

Mr. Lawton, managing director of Ebro, was the head of the Barcelona office and, as I have recalled, he was continuously from 1926 onwards president, vice-president or director of Barcelona Traction. Our opponents insist that, in relation to Barcelona Traction, Mr. Lawton was legally nothing more than one member of its board and could not act as its representative in Spain without the specific authorization of the board. They say that on a few isolated occasions Mr. Lawton did receive specific powers from the board to act as Barcelona Traction's legal representative in Spain, but that these few cases occurring at long intervals were wholly insufficient to give him the character of Barcelona Traction's representative in Spain.

We freely concede that this was the posture adopted by Mr. Lawton and his staff in Spain, and that it was a posture which, by concealing the true facts, they were successful in imposing upon the Spanish authorities right up to the time of the bankruptcy. But neither the Spanish Government nor this Court is bound by the misrepresentations of Barcelona Traction.

This Court, Mr. President, has to ask itself the same question as the English judge asked himself in the *Walford* case and answered in the negative: Was the position asserted by Barcelona Traction vis-à-vis the

authorities in fact true? And the answer found in the evidence, as Mr. McMurtry would say, is 98 per cent. fabrication and 2 per cent. truth.

Under the company's statutes and under Canadian law, as the Court has already seen, Mr. Hubbard in his capacity as chairman had very large powers to act on behalf of Barcelona Traction. That is why Mr. Lawton, and in some cases other senior officials of the Barcelona office; did not normally require specific resolutions of the board or specific powers of attorney to authorize them to act on behalf of Barcelona Traction. They were acting on behalf of Barcelona Traction with the authority and in most cases on the express instructions of the chairman of the company.

In some cases, such as the issue of Barcelona Traction bonds or the purchase of shares of subsidiary companies, a formal resolution of the board was no doubt either necessary under Canadian law or desirable from the point of view of the chairman's relations with his board. But the production in Spain of a power of attorney or other specific evidence of authority to act for Barcelona Traction was necessary only in those cases where, as in the protocolization of Barcelona Traction bonds or in the defence of Barcelona Traction in legal proceedings, legal formalities in Spain prescribed it. In other cases—and there is ample evidence of this—Mr. Lawton and his staff acted for Barcelona Traction simply on the instructions or with the approval of Mr. Hubbard, its chairman.

There are many documents in our Annexes which testify to the correctness of what I have just said. A good many relate to the use of Mr. Lawton and of others in the Barcelona office as Barcelona Traction's representative for dealing in various connections with the bankers Arnús-Garí. One document to which I would ask the Court to refer is a letter from Mr. Lawton to Mr. Hubbard dated 6 January 1926 and printed on page 181 of Volume II of our Rejoinder Annexes. Now this letter concerns a purchase of concessions by Barcelona Traction from a certain Mr. Rivera Montoro which we have analysed in the Rejoinder, VI, pages 74 to 77. This letter, you may think is almost by itself enough to discredit our opponents' case on the question of Barcelona Traction's having no representative and engaging in no business in Spain.

Writing to the chairman of Barcelona Traction, Mr. Lawton there begins:

“With reference to the purchase of concessions from Sr. Rivera Montoro, it has been arranged that the concessions should be purchased by Messrs. Arnús-Garí who will transfer them to whatever company the Barcelona Traction Light & Power Co. wishes.” (A. Rej., Vol. II, Ann. 6, Doc. 21.)

It may be helpful to the Court if I recall that the purchase of these concessions had been negotiated by Mr. Lawton and his staff on behalf of Barcelona Traction directly with the owner of the concessions and that Arnús-Garí had been brought in as a nominal buyer merely in order to circumvent the Spanish law regarding the acquisition of public utility concessions by foreigners. But I am at the moment concerned only with the role of Mr. Lawton and his staff in the transaction. Mr. Lawton's letter then continues:

“Yesterday I gave Messrs. Arnús-Garí instructions in the name of the Barcelona Traction company to pay Sr. Rivera Montoro Ptas.

160,000 on account, the balance of Ptas. 240,000 to be paid by the 1st February at the latest, by which time he will have everything in order for the transfer. It is expected, however, that the transfer and final payment will be made about the middle of this month.

I think it would be as well if you were to write to Messrs. Arnús-Garí confirming the instructions I have given and requesting them to take my orders with regard to the transfer of the concessions to one of our companies later on. It may be possible to have the transfer made direct to one of our companies and so save expense."

Now those two paragraphs make it crystal clear that Mr. Lawton conceived himself to be representing Barcelona Traction itself in concluding that particular transaction with Arnús-Garí in Spain and that he considered the approval of Barcelona Traction's chairman to be all the authority which he needed for acting in Spain in the name of Barcelona Traction. Both these points are made equally clear in other documents relating to this transaction which are printed a little out of chronological order in Volume I of the Counter-Memorial Annexes at pages 501 to 504 and pages 494 to 500. Moreover, a letter from Arnús-Garí to Mr. Lawton on 5 January 1926 printed on page 498 of that volume shows that Arnús-Garí on its side also viewed Mr. Lawton as representing Barcelona Traction in the transaction for the letter opens with the words:

"We beg to acknowledge receipt of your letter of today's date commissioning us to purchase on behalf of Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, a group of concessions..."

Indeed, Mr. President, the correspondence relating to this transaction provides proof of yet other points.

First, two of the letters in the Counter-Memorial Annexes, at pages 494 and 501, signed by Mr. McMurtry, legal adviser to Mr. Lawton and, as I shall later show, an employee of Barcelona Traction itself, establish that he played a large role in the negotiations on behalf of Barcelona Traction; in other words, they show that the staff of the Barcelona office was used by Barcelona Traction for its transactions in Spain just as if the Barcelona office was its own office and the Barcelona staff its own staff.

Secondly, Mr. Hubbard's letter to Mr. McMurtry of 30 December 1925 makes it evident that he considered the transaction to be one in which it would be quite sufficient to keep his board in Toronto informed, for in the final paragraph he wrote:

"On hearing from you further I will bring the matter to the further consideration of the board in Toronto to whom I have already written on the subject." (A.C.M., Vol. I, p. 504.)

There is no suggestion in his or any other letter that the board's approval might be necessary, and the contract of purchase was in fact *concluded only six days later without any talk of an authorization from Toronto.*

Thirdly, this transaction provides one example among many of Barcelona Traction's use of bankers in Spain as its agents for transacting business on its behalf. Furthermore it is clear from the correspondence that the owner of the concessions was aware that Arnús-Garí was acting for Barcelona Traction in the matter.

I should now like to return for a moment, Mr. President, to the letter

from Mr. Lawton to Mr. Hubbard with which I began and three paragraphs of which I read out to the Court a few moments ago. These paragraphs related to the particular transaction which I have been discussing, but the letter had a fourth paragraph in which Mr. Lawton raised the general question of his future dealings with the bankers Arnús-Garí:

“With regard to matters affecting the Barcelona Traction, Light & Power Co., it might be convenient to advise Messrs. Arnús-Garí about my appointment, and tell them that any instructions I give in connection with that Company can be complied with so as to prevent difficulties in case of urgency.” (A.Rej., Vol. II, Ann. 6, Doc. 21.)

The interesting thing about this paragraph is that it shows Mr. Lawton himself to have had no doubt whatever about his legal capacity to act as Barcelona Traction's representative in Spain without further authority from the board in Toronto. In the matter in hand he had acted as Barcelona Traction's agent and had not in fact met with any difficulties on the part of Arnús-Garí in regard either to his authority to represent Barcelona Traction or to commit it by his signature. He merely suggested in this paragraph that, in order to avoid any possible risk of delay through the points being raised in a future case, Mr. Hubbard should advise Arnús-Garí in advance that they were entitled to assume Mr. Lawton's authority to act for the company in any matter on which he gave them instructions. Is it not therefore absolutely clear both that in 1926 Mr. Lawton regarded himself as legally authorized to act for Barcelona Traction in Spain and that he envisaged himself as likely to be doing so frequently in the future in dealings with Arnús-Garí?

It is therefore interesting to contrast what Mr. Lawton said on this point in his letter to Mr. Hubbard and what he said on the same point to Inspector Canosa of the Ministry of Finance. Mr. Lawton's statement to the Inspector is recorded in the latter's report in a passage which appears on page 365 of Volume I of our Counter-Memorial Annexes. And the Court will see that in that statement it was the principle of 98 per cent. fabrication and 2 per cent. truth which was applied.

The transaction for the purchase of concessions which I have just mentioned took place in 1926, some six years after the date when, according to our opponents, Barcelona Traction is supposed to have altogether ceased to engage in business in Spain. But, Mr. President, could any act more clearly prove continuing commercial activity in Spain than a purchase of hydro-electric concessions on Spanish rivers? Could anything be more clearly the act of Barcelona Traction in Spain than the negotiation of such a purchase by the president of the board resident in Spain and duly authorized for the purpose by the chairman of the board?

I think that it may be useful, Mr. President, if at this point I add a few general comments upon the position of Mr. Lawton and his senior officials in relation to Barcelona Traction.

In the Rejoinder, as I have recalled, we underlined both the express powers of the chairman and president of Barcelona Traction under the company's statutes and the ostensible authority which would necessarily attach to them under Canadian law unless specifically negated by the company's statutes or by board resolutions of which the persons dealing with them had notice. In our two written pleadings and the annexes to them, we pointed to a mass of documents apparently evidencing Mr.

Lawton's possession of wide powers to act on behalf of Barcelona Traction under the direction of Mr. Hubbard.

In their speeches our opponents did not challenge our statement as to the legal position of the chairman and president under Canadian law. And, as we observed in VI, page 83 of our Rejoinder, no evidence of any specific limitations upon the powers of the chairman or president has been put before the Court while the Belgian Government appears to have been reluctant or unable to furnish the Court with the relevant board resolutions.

The only possible conclusion therefore is that, subject to the direction of Mr. Hubbard, Mr. Lawton possessed the extensive powers to act on behalf of Barcelona Traction in Spain, which the evidence before the Court so clearly shows that he in fact exercised. If this were not so, Mr. President, it is really incredible that Mr. Lawton, Mr. McMurtry and Mr. Cretchley were not sacked from their posts by the board of Barcelona Traction.

In the written pleadings, and in the previous oral hearings, our opponents left the Court to understand that Mr. Lawton acted as Barcelona Traction's legal representative in Spain only on rare occasions and at long intervals and they pointed to some four powers of attorney issued for particular transactions long before the bankruptcy.

Well now, even the evidence which we have been able to find in our archives contains quite a number of further powers of attorney, board resolutions and letters or telegrams of authorization empowering Mr. Lawton and members of his staff to act on behalf of Barcelona Traction. In addition, there is a significant letter concerning Mr. Menschaert which has recently come to light and which is before the Court as one of the deposited documents (New Doc. 1969, Vol. III, p. 37).

Now this letter, dated 21 September 1945 and signed by Mr. Puig Domenech, head of Ebro's legal department, concerned the formalities needed for the exchange of Ebro's General Mortgage bonds for peseta bonds as part of the Plan of Compromise. The particular point dealt with in the letter was the power of attorney which Barcelona Traction would have to give to a representative in Spain for the purpose of making an application to the exchange authorities. The passage to which I invite attention reads as follows:

"Nous croyons qu'il serait préférable de donner ces pouvoirs à une personne physique; et si on décidait d'établir la procuration au nom de M. Menschaert, il faudrait prendre grand soin de ne pas indiquer dans les décisions du Conseil qu'il avait déjà été investi de pouvoirs auparavant."

Now there, Mr. President, in those last words, the truth peeps out and with it the reason why you have not seen very many documents from the archives of Barcelona Traction in Toronto.

During the war Barcelona Traction had established an office in Lisbon for the direction of the enterprise in Spain and Mr. Menschaert, a director both of Barcelona Traction and Ebro, was in charge. And the letter tells us not only that he had already been invested with powers of attorney by the board but that knowledge of this fact must at all cost be kept from the Spanish authorities. And need we tell you why, Mr. President?

As to Mr. McMurtry, the head of the legal department, Mr. Cretchley, the chief accountant, and other senior officials, the evidence shows that

they were continuously, completely and directly under the orders of the chairman of Barcelona Traction as well as of Mr. Lawton. Mr. McMurtry, indeed, seems clearly, from his letter of 21 December 1921 to Mr. Hubbard about his leave of absence, to have actually been an employee of Barcelona Traction and not of Ebro. That letter is another of the deposited documents—photostats will be before the Court (New Doc. 1968, Vol. I).

As to the chief accountant, I would ask the Court to be good enough to look at Mr. Hubbard's letter of 5 August 1924, printed on page 356 of Volume I of our Counter-Memorial Annexes. Mr. Hubbard was there writing as chairman of Barcelona Traction to the secretary of Barcelona Traction about a decision to raise the rate of interest payable by Ebro to International Utilities. And, in the middle paragraph, you will see him saying:

"I have settled with Mr. McMurtry and our Treasurer in Spain the form of letter which should pass to accomplish what we desire."

Our treasurer—Barcelona Traction's treasurer—in Spain, Mr. President, and this was of course Mr. Cretchley, Ebro's chief accountant.

In the statutory returns of Barcelona Traction and the other Canadian companies to the registrar in Canada only Ebro recorded the appointment of a treasurer, giving his address as Barcelona. It is moreover clear, from the evidence before the Court, that in practice Ebro's chief accountant, as was only to be expected, had a pivotal position in the accounting of all the companies of the enterprise. No wonder then that Mr. Hubbard spoke of him as *our* treasurer in Spain.

Before leaving the question of Mr. Lawton and his staff, I must say a brief word about the applicable Spanish law.

In the Reply, our opponents sought to persuade you that the Spanish law regarding representation and agency is of a somewhat formalistic character. But, as we pointed out in paragraph 118 of the Rejoinder, that is not the case at all: we referred in this connection to a summary of the applicable principles contained in a judgment of the Supreme Court on 10 February 1967. And we respectfully ask the Court to consult for this purpose the first two paragraphs of that very clear judgment on page 277 of Volume II of our Rejoinder Annexes.

It will see that under Spanish law, no less than under Canadian law, Mr. Lawton's acts on behalf of Barcelona Traction were the kind that must be considered as fixing him with the character of Barcelona Traction's representative or agent in Spain in the transactions in question.

Indeed, if the Court turns to page 103 of Volume I of our Rejoinder Annexes it will see that, for fiscal purposes, the principle of ostensible authority is actually made statutory by Royal Decree of 25 April 1911.

Barcelona Traction's involvement in the enterprise, as our written pleadings show, was both direct and complete. From the beginning, for operational purposes, it treated the Barcelona office simply as if it was an extension of Barcelona Traction in Spain. In general, for fiscal reasons and because of the laws concerning public utility concessions, Barcelona Traction sought to use the name of a subsidiary and to avoid any mention of its own name. In the 1926 transaction, however, it desired to use the concessions as consideration for inflating Ebro's debts to itself and therefore had itself to participate in the transaction, although only in an agreement to be kept off the record.

Much the same thing happened in a later transaction for the purchase

of concessions in 1935, although the technique was somewhat different on that occasion. The technique was then to acquire the concessions through a Spanish intermediary and to have them transferred to a new company incorporated by Spaniards on Barcelona Traction's instructions and deliberately dressed up to look like a Spanish company unconnected with Barcelona Traction. The documents do not make clear exactly why in this transaction Mr. Lawton and his staff dealt with the various Spanish private interests in the name of Barcelona Traction rather than in that of Ebro. But they certainly did so; and, clandestine though the role of the Barcelona office was in the purchase of those concessions, the documents prove that it was expressly in the name of Barcelona Traction that Mr. Lawton and his staff both negotiated with the private parties and entered into secret agreements with them. *I do not propose, Mr. President, to take up the time of the Court by going through the documents of that transaction in detail. I merely ask the Court to refer to our Counter-Memorial, IV, pages 27-28 and 51-52, and, more especially, to our Rejoinder, VI, pages 77-79.*

I need scarcely add, Mr. President, that the documents relating to both these transactions reveal Barcelona Traction not only deceitful but quite ruthless in their attitude towards the Spanish interests and Spanish authorities. Here I want only to underline the clear proof in these documents of Barcelona Traction's own hand in the operations of the enterprise in Spain. They confirm the impression given by a myriad of other documents that Barcelona Traction, through its Barcelona office, was at all times present and active in Spain, even although it did not allow its presence or its activity to manifest itself any more than it could help.

One matter in which Barcelona Traction's activity was virtually continuous from 1918 to 1948 was the raising of loans from the general public—a matter, Mr. President, which would seem to be of very obvious relevance in connection with the bankruptcy jurisdiction of the Spanish courts. Our opponents would have you understand that in this matter Barcelona Traction was not itself an actor in Spain; and that the bankers Arnús-Garí bought and serviced the Barcelona Traction peseta bonds as independent contractors and not as representatives and agents of Barcelona Traction; and that Barcelona Traction cannot therefore be held to have brought itself within the jurisdiction of the Spanish courts by reason of these transactions. We grant that in general the actual contracts for placing the bonds were expressed to be domiciled in London and were concluded by Arnús-Garí as independent purchasers of the bonds. But the documents totally refute the thesis that Barcelona Traction did not itself undertake commercial activity in Spain in connection with the placing, the servicing and conversion of its peseta bonds.

We have given the Court an outline of these transactions in our Counter-Memorial, IV, pages 42-49, analysing them in somewhat greater detail in paragraphs 21 to 41 of a Note printed on pages 512 to 527 of Volume V of the Counter-Memorial Annexes; and we commented upon them further in our Rejoinder, VI, pages 79 to 81. As to these documents, the Court will find a very large number scattered through the first five volumes of our Counter-Memorial Annexes. I may perhaps, however, refer particularly to those printed between pages 369 and 493 of Volume I and pages 127 and 330 of Volume III. These documents fully suffice to establish the continuous nature of the transactions, the procedures used by Barcelona Traction, the role played by Mr. Lawton and others in the

Barcelona Office as agents and representatives of Barcelona Traction and their fears that sooner or later Barcelona Traction would be held by the authorities to have a legal representative and be engaging in commercial activity in Spain. But, Mr. President, they are only a tithe of the documents in the Barcelona office relating to these transactions. Among the additional evidence deposited with the Court there are literally hundreds of letters passing between the Barcelona office and Arnús-Garí or the Westminster Bank or some other bank concerning the payment of coupons on Barcelona Traction bonds, the redemption or exchange of bonds, the replacement of lost bonds, etc., and all these transactions are recorded also month by month in Barcelona Traction's bank accounts with the various banks concerned.

The Court will certainly not wish me to take it all through those documents. I therefore confine myself to points of particular relevance to the issue in this case.

The documents begin in 1918 and show that the staff of the Barcelona office were already acting as representatives and agents of Barcelona Traction even before the appointment of Mr. Lawton as President. Thus, documents printed on pages 375 to 396 of Volume I of our Counter-Memorial Annexes show that on 15 April 1918 the board of Barcelona Traction passed a resolution authorizing its President, then Mr. Peacock, to sell 10 million 7 per cent. Prior Lien Peseta bonds to Spanish bankers on such terms as he considered desirable. The text of that resolution is on page 389, where you will see that the board meeting in Canada consisted of three comparatively insignificant directors. I would then ask you to turn to the next document on page 391 and there you will find, on that very same day—in London, where the sun rises many hours before it does in Toronto—the President of the company, Mr. Peacock, and the powerful Mr. Hubbard were holding a committee of Barcelona Traction bondholders to approve the terms of a draft contract of a sale of these same Prior Lien bonds which the President reported that he had already negotiated with Arnús-Garí. The Court will therefore appreciate the amplitude of the powers of the principal officers of the Barcelona Traction to act on behalf of the company even in such a matter as the issue of bonds. The other documents relating to this transaction then show that the head of the Barcelona office, at that time, Mr. Harrsen, acted on behalf of Barcelona Traction in settling the details of the completion of the contract, in obtaining the signature of Arnús-Garí and in securing from them for Barcelona Traction an advance in Spain of 2 million pesetas.

Documents on pages 394 to 396 and 399 to 404 of the same volume concern a similar placing on the Spanish market of 30,000 6 per cent. Peseta bonds in 1919. By now Mr. Lawton, though not yet president of Barcelona Traction, is head of the Barcelona office and on page 399 the Court will see him referring to a telegram from the President authorizing him expressly to act as the agent of the Barcelona Traction, Light and Power Company in connection with the issue of the bonds.

The Court adjourned from 11.20 a.m. to 11.40 a.m.

Another set of documents, on pages 405 to 424, concern the issue in 1922 of new 7 per cent. 30-year bonds up to 35 million pesetas par value and also arrangements for the conversion of certain previous issues into

these new bonds. This transaction was covered by board resolutions, and the Court will again find Mr. Lawton, as also the head of his legal department, Mr. McMurtry, dealing with both Arnús-Garí and the Barcelona branch of the Westminster Bank in the name of Barcelona Traction on the instructions of its president or Mr. Hubbard in London.

It almost suffices for the Court to turn to the letter of 30 April 1924, printed on page 420, in which Mr. Hubbard, having given detailed instructions to Mr. Lawton regarding the conversion transaction, concluded:

"I think that the transaction is quite a simple and clear one so that Mr. McMurtry can draw up the agreement embodying the terms so that you can settle and sign it with Arnús-Garí without further reference to London. I understand that there are sufficient 7% 30-Year Bonds printed in Spain to enable this transaction to be carried through, and the only point to be sure of is whether there is authority in Spain to countersign the additional bonds required." (A.C.M., Vol. I, Chap. I, Ann. 50, Doc. 12, p. 420.)

Indeed, it seems clear from Mr. McMurtry's letter printed on page 370 that ultimately it was he who, in fact, signed the agreement for Barcelona Traction in Spain. For he there refers to a cable to him from Mr. Hubbard reading: "*You are hereby authorised to sign agreement with bankers as Agent Barcelona Traction Light and Power Co.*" (*Ibid.*, Ann. 44, Doc. 3.)

And you will recall, Mr. President, that Mr. McMurtry was himself an employee of Barcelona Traction.

On pages 371 to 372 of that same volume, the Court will find resolutions of the board of Barcelona Traction which, in their final form, provide for the issue of 45-year bonds to the value of 100 million pesetas; and secondly, for the use of as many of these bonds as might be necessary in order to obtain the withdrawal of the 30-year 7 per cent. bonds by exchange or redemption.

It will also see that the resolutions authorized Mr. Hubbard and Mr. Lawton to do everything necessary for the execution of the resolution on behalf of the company. Then if the Court turns to pages 425 to 460 and pages 486 to 493, it will find a number of documents relating to the execution of the resolutions. These documents which form only a minute part of the whole correspondence concerning these bonds, run from 1927 to the eve of the bankruptcy proceedings. They give the same picture of Mr. Lawton, Mr. McMurtry and others in the Barcelona office dealing continuously with Arnús-Garí and with other banks in Spain on behalf of Barcelona Traction in accordance with the instructions of Mr. Hubbard, its chairman.

I should now like you, Mr. President, to look a little more closely at these dealings regarding the peseta bonds. One point is very clear: Mr. Lawton and his staff were dealing with the business of Barcelona Traction itself and not with that of Ebro. No less clear is the point that they were acting with the authority of Barcelona Traction, on its behalf and in its name. The chain of authority and of instruction in these transactions meets even the most exacting requirements: board resolutions, express delegations of authority from the board to Mr. Hubbard and Mr. Lawton, instructions from Mr. Hubbard to Mr. Lawton or others on his staff to act for Barcelona Traction.

The object was to obtain very large amounts of Spanish capital for Barcelona Traction from the Spanish public. The proceeds were at Barcelona Traction's disposal in Spain. The security for the bonds was ultimately the assets of Barcelona Traction, owned through its subsidiaries, and thus in substance the property and concessions of the enterprise in Spain. The introduction of the bonds into Spain was authorized by Spanish decree, and it was a condition of this authorization that the proceeds of the bonds should be used for the works and installations of the company in Spain. The quotation of the bonds on the Barcelona stock exchange was obtained by a decision of the local Spanish committee. The coupons of the bonds were payable in pesetas in Spain. In short, Mr. President, could anything be more clearly business in Spain than these transactions in which Mr. Lawton and his staff represented Barcelona Traction, acting expressly on its behalf and in its name?

Could anything be more relevant to the assumption by the Spanish courts of bankruptcy jurisdiction over Barcelona Traction than continuous activity by the company in Spain regarding the issuing, servicing and conversion of bonds in that country?

Well, whatever view may be taken of the roles of Arnús-Garí and the other Spanish banks in the transactions, the fact remains that Mr. Lawton and his staff continuously, and with the full authority of the board, represented Barcelona Traction in Spain in negotiating and executing these transactions in the bonds of that company.

The bond transactions, as I have mentioned, included a very large number of operations for the redemption of bonds, or their conversion into a new bond issue. In essence these transactions were a repurchase by Barcelona Traction in Spain of the earlier issues of bonds and they were negotiated with the banks concerned by Mr. Lawton and his staff. For this purpose, the Barcelona office was instructed by Barcelona Traction to make available to the banks from Ebro's funds in Spain any sums necessary for the operation. But it was Barcelona Traction, not Ebro, which acquired the bonds.

Here I would ask the Court to refer to correspondence printed on pages 90-94 and 100-110 of Volume II of our Counter-Memorial Annexes, which also relates to the purchase by Barcelona Traction of its own bonds in Spain. But these were not peseta bonds that had been issued in Spain by Arnús-Garí. These were First Mortgage Sterling bonds issued in London, which had subsequently been acquired by private investors in Spain, just as later on Juan March acquired some of these bonds as an investment.

The first letter from Mr. Hubbard to Mr. Lawton—on page 90—shows that in October 1934 Mr. Hubbard had decided to try and buy in some of these bonds in Spain in the hope both of getting them more cheaply than in London and, as he said, of absorbing some of our funds in Spain. Note the phrase "our funds in Spain". These were, of course, the growing profits of Ebro in Spain. But for the chairman of Barcelona Traction they were "our funds in Spain", to be used by Barcelona Traction for buying in its own bonds; yet one more indication, you may think, of the complete fusion of Barcelona Traction and Ebro which existed in practice.

Mr. Lawton at once got in touch with Arnús-Garí and replied to Mr. Hubbard only two days later that the cost of the bonds might be slightly higher than in London but that it might nevertheless be a convenient method of absorbing what he also referred to as "our peseta funds". He

also pointed out that unless previously cancelled the bonds could not be exported without permission from the exchange control. Subsequent letters show that from time to time Arnús-Garí purchased in Spain, for the account of Barcelona Traction, sterling bonds in small lots as these became available, and that Mr. Lawton and his staff negotiated the purchases expressly on behalf of Barcelona Traction in conformity with instructions given by Barcelona Traction's chairman.

Thus here again, Mr. President, you have Mr. Lawton and his staff acting as duly authorized representatives and agents of Barcelona Traction for the purpose of carrying out commercial transactions in Spain on its behalf.

I may add in passing, Mr. President, that in these transactions Barcelona Traction showed the same readiness to flout Spanish law as in so many other transactions. The purchase of the sterling bonds, as Mr. Spéciael pointed out in a letter printed on page 100, amounted to "un véritable transfert des fonds"; and Mr. Lawton, as already noted, underlined that, unless cancelled, the bonds could not be repatriated to London without exchange control permission. But under the terms of their Trust Deed the bonds could not be cancelled, and the documents reveal that this fact did not deter Barcelona Traction from employing various ways of getting the bonds out of Spain without the permission of the exchange control authorities.

Up till now I have spoken only of Mr. Lawton and his staff as Barcelona Traction's agents for carrying out its bond transactions in Spain. I have done so deliberately in order to underline the complete fusion which existed in practice between the office in Barcelona and Barcelona Traction itself in connection with these transactions concerning first concessions and now bonds. This fusion, in truth, went much deeper, extending over all the business of Ebro and the other subsidiary companies in Spain, a matter to which I shall revert later because of its implications for other issues in this case. But before I leave the bond transactions I must also draw attention to the role of banks in Spain, and more especially Arnús-Garí, as Barcelona Traction's agents in these transactions.

The Barcelona branch of the London County Westminster and Parr's Bank was used by Barcelona Traction as its agents for signing the provisional certificates of its peseta bond issues. On pages 165 and 167 of Volume III of our Counter-Memorial Annexes the Court will find examples respectively of a resolution of the Barcelona Traction board providing for the appointment of that bank as its agents for this purpose and of a power of attorney executed by Barcelona Traction's president in favour of the bank. In the power of attorney Barcelona Traction, professing that they were not carrying on business in Spain, stated that they were desirous of appointing an agent in Spain to sign as their agent and on their behalf the provisional certificates. The power of attorney then appointed the bank as the company's true and lawful attorney to sign the certificates and then deliver them to such persons and under such conditions as Mr. Lawton or three other people on his staff might from time to time direct. In addition Barcelona Traction provided the bank with a seal for use in connection with the latter's signature of the certificates on behalf of Barcelona Traction. The bank duly carried out its functions as Barcelona Traction's agent in connection with the bonds, placing what was in effect Barcelona Traction's signature in Spain on the bonds issued to the Spanish public.

In the *Walford* case in the English High Court the learned judge said at the end of his judgment:

"It might well be held that a company which kept a register of the names of a body of its creditors in London had established a place of business there by that act alone and could not escape service there at the suit of its creditors, but I need not decide that point."

In the present instance, Mr. President, Barcelona Traction did a good deal more in Spain, through the Westminster Bank, than merely keep a register of names. But there is so much other evidence of Barcelona Traction's activity in Spain that equally we doubt whether you need take a very precise position regarding the implications of Westminster Bank's activity on behalf of Barcelona Traction. I need not, therefore, do more than ask you to note this further link between Barcelona Traction and Spanish jurisdiction.

Barcelona Traction's use of Arnús-Garí as its agent for the purchase of concessions in 1926 I have recalled. Its use of Arnús-Garí as its representative and agent in Spain in connection with bond transactions was absolutely continuous from 1918 until a short period before the bankruptcy, when that bank's role was taken over by the Banco Español de Crédito. We have set out some of the salient facts regarding Arnús-Garí's participation in the bond transactions in our Counter-Memorial, IV, pages 42 to 49, and I can limit myself to underlining Arnús-Garí's character as Barcelona Traction's agent in Spain.

In law, Arnús-Garí are no doubt to be considered as having themselves bought the peseta bonds from Barcelona Traction and resold them to the Spanish public. Although in substance they were placing Barcelona Traction's bonds on the Spanish market on a commission basis, we accept that Arnús-Garí were technically acting as principals rather than as agents in the issue of the bonds. But in the servicing, the exchange and the redemption of Barcelona Traction bonds in Spain the position of Arnús-Garí was quite otherwise. When they had resold any bonds on the Spanish market, their character as principals terminated in relation to those bonds and thereafter they acted as Barcelona Traction's agents in Spain for servicing the bonds.

It was Arnús-Garí who, on behalf of Barcelona Traction and in order to meet Barcelona Traction's obligations in Spain, paid and dealt with the coupons as they became due, debiting the amount to Barcelona Traction's coupon account. The bank's ledgers for this coupon account, examples of which are before the Court (New Doc. 1969, Vol. III, p. 32), and the bank's regular reports to and correspondence with Mr. Lawton concerning the payments made by them on behalf of Barcelona Traction in respect of coupons and redemption of bonds testify clearly enough to the fact that in these transactions Arnús-Garí acted as Barcelona Traction's permanent agent in Spain.

May I add that we could even produce the coupons themselves for many parcels and boxes of the discharged coupons were stored by Ebro in their vaults.

I have already pointed out how Barcelona Traction, in the shape of Mr. Lawton and his staff, negotiated the purchase through Arnús-Garí of sterling bonds of Barcelona Traction circulating in Spain. In those transactions Arnús-Garí, who likewise debited the purchase money to Barcelona Traction's coupon account with the bank, was sim-

ply acting as Barcelona Traction's agents to find and buy the bonds.

On a very much larger scale was Arnús-Garí's activity on behalf of Barcelona Traction in connection with the exchange or redemption of the peseta bonds which of course had been placed on the Spanish market by Arnús-Garí themselves.

Indeed, these transactions were almost continuous and here again Arnús-Garí really functioned as Barcelona Traction's permanent representative and agent. That Arnús-Garí had the character of Barcelona Traction's representative and agent is evident really from the nature of the transactions, and you may think it sufficient if I refer you to a contract between Barcelona Traction and Arnús-Garí printed on page 260 of Volume III of our Counter-Memorial Annexes. This contract relates to an operation for the exchange of bonds in 1921 and the opening paragraph reads as follows:

"The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited hereby authorize you to act on its behalf in the matter of carrying through the exchange of its 6% Six-Year Bonds... for the new 7% Bonds. The terms and conditions under which the said exchange will be effected are as follows [and then follow the conditions]."

The position of Arnús-Garí as Barcelona Traction's representative and agent could hardly be put more clearly.

In our Counter-Memorial we pointed out that not only Mr. Lawton and his staff but Arnús-Garí themselves were much preoccupied by the possibility that Arnús-Garí would, sooner or later, be fixed by the authorities with being Barcelona Traction's legal representative in Spain in connection with the servicing of the bonds. We also pointed out that among themselves Mr. Lawton and his staff admitted readily enough that Arnús-Garí were acting as Barcelona Traction's representative. I refer, Mr. President, to paragraphs 60 to 63 of Chapter I of the Counter-Memorial (IV) where we noted some of the relevant documents. These are themselves printed on pages 443 to 460 of Volume I of the Counter-Memorial Annexes, and I shall not take up the time of the Court by referring to them.

The Court may, however, permit me to recall that Arnús-Garí became so anxious upon this point in 1932 that they asked Barcelona Traction, though unsuccessfully, for an indemnity for the liabilities which they would incur if held to be its legal representative in Spain. The Court will find the documents which show this on pages 451 to 458 of the Annexes (A.C.M., Vol. I).

I should also like to recall a document which is printed on page 480 of Volume IV of our Counter-Memorial Annexes. This is a letter of 23 April 1932 from the board of Barcelona Traction in Toronto to Mr. Hubbard in London. It refers to meetings of the advisory committee of Ebro recently held in Barcelona, and then continues:

"On going over these I notice that there is an item on page 3 of the meeting of 25th January in which Lawton announces to the committee the sale of 500 bonds 1927 issue of Barcelona Traction Light & Power Company Ltd., and also on page 3 of the meeting of 24th February the secretary explains to the committee the results of sales of bonds made by the Company to Arnús-Garí, among the items being 500 6% bonds of Barcelona Traction, Light & Power

Company. In view of the various tax questions it would seem inadvisable that the minutes of the advisory committee of... Ebro Company in Spain should contain items of this kind reporting sales of Barcelona Company bonds, and I merely wish to call your attention to this so that if you think it advisable some correction may be made and instructions given to eliminate such items for the future.

This matter may not have any importance but you have been so careful in advising us to take care about these matters that I thought it well to draw your attention to it." (A.C.M., Vol. IV, p. 480.)

The tax question there referred to concerned precisely the point whether Arnús-Garí was Barcelona Traction's legal representative and whether Barcelona Traction was engaging in commercial activity in respect of its bond transactions.

You may wonder, Mr. President, once again how our opponents can possibly bring themselves to charge Spain with a flagrant usurpation of jurisdiction when Barcelona Traction's own board was displaying such nervousness about the company's position on the very matter of its liability to Spanish jurisdiction.

In truth, when Barcelona Traction was made subject to Spanish jurisdiction in the bankruptcy proceedings, what came to pass was only what had long been feared by the company and its staff in Barcelona.

So far, Mr. President, I have been speaking of matters which even nominally were undoubtedly the business of Barcelona Traction itself in Spain. In order to escape Spanish taxes, it was the settled policy of Barcelona Traction to tell the Spanish authorities that it did not itself engage in any business in Spain, had no branch or place of business in Spain, that it kept no agent or legal representative in Spain.

In the case of its bond dealings, Barcelona's operations passed off the acts of the banks operating on their own behalf.

In the case of the purchase of concessions in 1926 and 1935 Barcelona Traction, in order both to defeat a clear prohibition of Spanish law and to conceal its operations in Spain, had recourse to the expedient of secret agreements. In these ways it contrived vis-à-vis the Spanish authorities to keep up the appearance of a holding company not itself engaged in business in Spain. But that appearance was untrue not only in respect of the particular transactions which I have mentioned. It was fundamentally untrue by reason of the completely unified character of the enterprise and of Barcelona Traction's direct participation in the operation of the companies in Spain, and it is to this aspect of Barcelona Traction's relations with Spain that I must now turn.

As the Court knows, the question of the unity of the enterprise has been extensively debated in the written pleadings. Its relevance on the charge of a usurpation of jurisdiction is twofold: first, on the issue whether Barcelona Traction itself engaged in business in Spain and was subject to Spanish jurisdiction; and secondly, on the issue of the inclusion of the property of the subsidiaries in Spain in the bankruptcy of Barcelona Traction. It is also intimately connected with the deliberate policy of deception adopted by the enterprise towards the Spanish authorities, and thus with the causes of Barcelona Traction's bankruptcy. Accordingly, the Court will well understand why we ask it to give this question special attention.

The question has elements both of law and of fact and I take the legal elements first. Our opponents, in the Memorial (I) and above all in paragraphs 231 to 248 of the Reply (V), took us severely to task for what they considered as our disregard, of the separate legal personalities of Barcelona Traction's subsidiary companies; and they there castigated us for what they described as our "méconnaissance complète des réalités juridiques de la vie économique internationale et du rôle — usuel, normal, et parfaitement loyal — joué par les groupes de sociétés".

The Court will find our reply to these criticisms in our Rejoinder, VI, pages 32 to 51 and on pages 59 to 69. We there pointed out that our position on the question of the separate legal personality of companies and on groups of companies was very different from that attributed to us by our opponents. We emphasized that what we call attention to in the Barcelona Traction enterprise is its abuse of the legal forms and techniques current in company practice and, in particular, its use of the separate legal personality of its subsidiaries as an instrument of fraud.

We cited passages from writers and judicial decisions, including a number relied upon by our opponents which show conclusively that in national systems of law the notion of the separate personality of a corporation does not have that absolute character which our opponents seemed to be asking you to give it. For these writers are at one in holding that the separate personality of a corporation is not sacrosanct and may be set aside in certain cases and notably in cases of fraud and where a subsidiary company is so conducted as to make it nothing more than an instrument or accessory of its parent company.

We further took an article in the *Yale Law Journal* by the American writers Douglas and Shanks (Rej., VI, p. 61) which had been relied upon by our opponents and which dealt in some depth with the question of when the operations of a subsidiary are to be considered as in fact and in law the operations of its parent company. And we showed that almost every element mentioned by these writers as potentially indicative of the essential unity of companies is present in the case of the companies of the Barcelona Traction enterprise. In short, Mr. President, we showed that, even according to the scrupulous standards and criteria suggested by the authors of that article, the Barcelona Traction enterprise appears to be a case *par excellence* where the parent and the subsidiary companies are to be considered in fact and in law as a unity.

We might cite numerous other writers and judicial decisions in support of those given in our Rejoinder, but we have no wish to overburden the Court with citations on points which seem to us entirely clear. One further judicial decision has, however, come to our notice which is so apposite that we cannot fail to present it to the Court. This is the judgment of an important court in commercial affairs—the Federal District Court of New York—in the case of *In re San Antonio Land Company*, which was decided in 1916 and reported in 228 *Federal Reporter* at pages 984 to 990. The particular interest of that case, Mr. President and Members of the Court, is that although the circumstances of the bankruptcy were somewhat different, many of its facts bear an astonishingly close resemblance to those in the present case.

The San Antonio Company, Mr. President, may fairly be said to have been the twin of Barcelona Traction. San Antonio was incorporated in Canada in the same city as Barcelona Traction, Toronto, in the same year, 1911, by the same law firm and with the same clerks for its nominal

incorporators. And its promoter and first president was none other than the engineer, Mr. Pearson, the promoter and first president of Barcelona Traction. Again, on the full board of directors being set up, whom do you find among its members, but the familiar figure of Mr. Hubbard? And with him on the board you find Miller Lash, Walter Gow and others who figure in the documents of the Barcelona Traction enterprise. Furthermore, you find a similar three-tiered company structure: first, a promoting company christened this time not Spanish but Pacific Securities; secondly, San Antonio Land constituted to acquire lands and develop an irrigation system in Texas and purporting, like Barcelona Traction, to be purely a holding company; and finally the Medina Valley Irrigation Company, the operating company in Texas filling the role played by Ebro in the Barcelona Traction enterprise.

Nor is that by any means the end of the similarities. The *Stock Exchange Official Intelligence*, Volume 42 (New Doc. 1969, Vol. III, p. 122), tells us that San Antonio Land had as its London agents, Canadian & General Finance Company of 3 London Wall Buildings, that address where afterwards Mr. Hubbard, chairman of Barcelona Traction, sat. The same publication also tells us that the capital of San Antonio Land included First Mortgage sterling bonds secured, as in the case of Barcelona Traction, by a trust deed. True, the trustee was not the National Trust Company of Toronto, which figures in Barcelona Traction's mortgages, but it was a company of the same breed, the Empire Trust Company of New York. Indeed, we also learn that when, like Barcelona Traction, the San Antonio Company soon ran into financial difficulties and a bondholders' committee was set up, on the committee was to be found Mr. Hubbard, who all too often performed the same office for Barcelona Traction; and that the secretary of the bondholders' committee was Mr. Porter, assistant secretary of Barcelona Traction and secretary also of Barcelona Traction's bondholders' committees.

Some of these similarities between San Antonio Land and Barcelona Traction are merely picturesque details which do not concern the substance of the case that Judge Augustus Hand was called upon to decide. If I mention them, Mr. President, it is only to demonstrate that in the San Antonio enterprise the court was confronted with the same company forms and techniques as in the Barcelona Traction enterprise, the same business philosophies, the same directing minds and the same use of a foreign domicile in Canada for the titular head office of an enterprise all of whose assets were outside Canada. Against this illuminating background, I must now ask the Court to look closely at the *San Antonio* case itself.

The judgment, as I said, is in Volume 228 of the *Federal Reporter*. But it is desirable for you, Mr. President, also to have the report of the Special Master of the New York District Court who took the testimony in the case and the text of the order finally made by Judge Augustus Hand. For the convenience of the Court, therefore, and of our opponents, we have made photostats of the judgment and of the other principal documents and we have collected them in our New Documents where they will be found between pages 48 and 123 (Vol. III).

San Antonio Land, as I said, found itself in financial difficulties only a few years after its incorporation. In July 1914 a bondholder applied in the Texas courts for the appointment of a receiver of the company and in September that year a receiver was appointed in Texas. At that point

the Empire Trust Company, as trustee for the bondholders, also instituted proceedings in Texas for a receiver. I need not trouble you, Mr. President, with the slightly complicated details of the proceedings. It suffices to say that in September 1914 the Texan courts definitively asserted their jurisdiction over San Antonio, placing all its property in the hands of a receiver under the law of Texas.

San Antonio, presumably as a defensive or delaying tactic, promptly filed a voluntary petition in bankruptcy in the New York District Court, which duly adjudged the company bankrupt and appointed a trustee in bankruptcy for the company. Thereupon the Texan receiver, in company with certain English bondholders, petitioned the New York Court to have its bankruptcy order set aside. And they did so, Mr. President, on the ground that San Antonio did not have its place of business, residence or domicile within New York, but had its principal place of business in Texas.

In answer, the company contended:

First, it had never had either its principal place of business or any place of business within Texas, and that its principal place of business was at all times in Toronto.

Secondly, it had property within the jurisdiction of the New York Court in the form of securities of other companies pledged to the Empire Trust Company in New York, cash in a bank, and an interest in Texan lands held in trust for San Antonio Land under a declaration of trust which was also in the hands of Empire Trust in New York.

Well those contentions were, of course, directed to the applicable provisions of United States law, but they involved issues very close to those now before the Court.

It is, of course, the first point—whether San Antonio had a place of business in Texas—which has the greatest interest for the present case, and I therefore take it separately. The Special Master, in his report to Judge Hand, had a number of interesting things to say on this point. After noting that in the company's charter of incorporation Toronto was expressed to be the "chief place of business of the company", the Special Master stated that the enterprise in Texas, irrespective of the question by what corporation or corporations it was carried on, clearly appeared to have been one enterprise. Then, saying that he called attention to certain facts as being of weight he observed:

"The foreign Land Company, for some reason satisfactory to itself, never obtained a license from the State of Texas essential to its doing business in its own name openly in the State of Texas." (New Doc. 1969, Vol. III, p. 97.)

And a little later:

"If as a matter of fact, the principal place of business of the Land Company be deemed to be in San Antonio, Texas, it is entirely immaterial whether or not that Company had or had not obtained a license to do business from the State of Texas." (*Ibid.*, p. 98.)

Next, having recalled that, as he said, "the doctrine of corporate entity is not so sacred that the Court looking through the form to the substance may not in a proper case ignore it to preserve the rights of innocent parties or to circumvent a fraud", the Special Master went on:

"Looking through form to substance, I cannot escape the conclusion, on the whole case, that the enterprise in Texas was one enterprise, that it was an enterprise undertaken and carried on by the bankrupt Company, that the three Trustees of the real estate acquired and the two subsidiary Companies (of which the bankrupt Company owned the entire capital stock) were merely agents of the bankrupt Company resorted to because the bankrupt Company as a foreign corporation could not openly and in its own name carry on business in the State of Texas for lack of the license from that State which had never been taken out, and that in law and in fact San Antonio County in the Western District of Texas was and had been at the time of the filing of the petition in the Southern District of New York the principal place of business of the bankrupt Company within Section 2 of the Bankruptcy Act." (*Ibid.*, pp. 98-99.)

I pause there, Mr. President, only to comment that this is precisely the position which the Spanish Government has been taking all along in the present proceedings.

The Court, we believe, will find the further observations of the Special Master no less significant:

"There is no question but that the bankrupt Company was a foreign corporation not having its domicile within the United States but at Toronto in the Dominion of Canada. *This fact does not conflict with the finding which I have just made as to the 'principal place of business' of the foreign corporation.*

It is perfectly clear that the Toronto office, the Board of Directors, etc., was maintained only in pursuance of the requirements of the statutory existence of the corporation under the laws of the Dominion of Canada. *The effective control of the affairs of the corporation plainly was lodged elsewhere than in Toronto* and followed the peregrinations of Dr. Pearson, the master mind." (*Ibid.*, p. 99.)

In our case, Mr. President, when Dr. Pearson was drowned in the sinking of the *Lusitania*, it was Mr. Peacock, Mr. Hubbard, Mr. Lawton and Mr. Spéciael, all in Europe, in whom was vested the "effective control of the affairs of Barcelona Traction".

But the Special Master also had something to say about the management of the business in Texas itself:

"On the ground in Texas the actual management of the business was in the hands of Thomas W. Palfrey who *openly* was the general manager of the Medina Valley Irrigation Company, the President of the Medina Town Site Company, and who *in the correspondence from his superiors* is indiscriminately addressed as agent or general manager of the bankrupt Company." (*Ibid.*, p. 99.)

That is, of course, as agent or general manager of San Antonio Land itself. Substitute Mr. Lawton for Mr. Palfrey and Ebro for the operating companies and is not the picture precisely the one which we have been presenting to you: Mr. Lawton *openly* the president of Ebro but *internally* in the correspondence of the enterprise the agent and general manager of Barcelona Traction in Spain?

Then, Mr. President, the Special Master said that the view which he had expressed concerning the Toronto office was confirmed by San An-

tonio Land's own financial report for the year, which stated two things: first, that only a nominal amount of the company's capital was used in the province of Ontario; and secondly, that the powers of the company exercised in that province were head office only. That was, of course, a reference to the statutory report required from companies having extra-provincial status. As I have explained to the Court earlier in my speech, Barcelona Traction was just such a company and Barcelona Traction made its statutory reports in the same terms: nominal amount of capital, head office powers only. The Special Master also referred to reports and circulars sent by the company to its bondholders as indicating that its real business was in Texas, just as in the present case Barcelona Traction's reports indicated that its business was really in Spain.

I now come, Mr. President, to the judgement of Judge Hand, and it might almost be enough for me to recall that Judge Hand concluded his judgment by saying that, except in one minor point relating to the situs of the shares, he confirmed the Special Master's Report in all respects. Having regard, however, to their obvious pertinence, I would ask the Court to allow me to cite certain passages which seem to us further to illuminate the issues which you have to decide. Having explained that the main question to be considered was where the principal place of business was situated during the six months prior to the filing of the petition, the Judge said—on page 986 of the report:

“This, under the decisions, is determined purely by the facts, and not by intentions of the corporate authorities or recitals in the charter, which, in this case, stated ‘the chief place of business’ was Toronto.” (New Doc. 1969, Vol. III, p. 113.)

Having listed some of the previous judicial precedents, he then observed:

“I can have no doubt that the officers and directors desired in this case to avoid doing business in Texas, and took various steps in an attempt to prevent their acts from having such a legal effect. They incorporated the Medina Valley Irrigation Company to build a dam for irrigation and own the dam site, and the Medina Townsite Company to purchase and sell town sites. If these companies, of which the alleged bankrupt owned the stock, had been its only agencies of operation in the state of Texas, it would perhaps rightly be regarded as a mere holding company, coming within the doctrine laid down in *Peterson v. Chicago, Rock Island & Pacific Ry. Co.*, 205 U.S. 364, 27 Sup. Ct. 513, 51 L.Ed. 841, and similar cases. It is perfectly true that in the absence of fraud or violation of statutory prohibitions, the law will, as a rule, regard corporations as separate entities in every substantial sense, however intimately connected by stock control or common directors. Here, however, both according to the charter provisions of the bankrupt, the prospectus and interim report to the security holders, many letters and statements of its representatives, and the important fact that its bonds were the financial source of supply for all the work in Texas, the bankrupt was in fact in actual control of the business there. The Medina Companies were its creatures and agents. Under these circumstances, under the doctrine laid down in the case of *In re Muncie Pulp Co.*, 139 Fed. 546, 71 C.C.A. 530, it would seem to be reasonable to treat the business activities of the Medina Companies

as those of the San Antonio Land & Irrigation Company, which directed their activities and held all of their stock. Palfrey was their common superintendent, and Dr. Pearson, the president of the Land Company, was the promoter and final director of the entire enterprise.

It is not necessary to regard the subsidiary corporations as nonexistent, or to disregard them in any way which would affect their separate creditors; but it is reasonable, I think, to treat them as agencies of the San Antonio Land & Irrigation Company, Limited." (*Ibid.*, pp. 113-114.)

Again, Mr. President, you could substitute Ebro for the Medina Companies, Mr. Lawton for Mr. Palfrey, Barcelona Traction for San Antonio Land, Spain for Texas and the reasoning of Judge Augustus Hand would still fit the case like a glove.

Judge Hand next referred to the circumstance that certain trustees held lands in Texas on behalf of San Antonio Land. Underlining the purely passive nominee character of this trust, he said: "No clearer case of a mere *alter ego* of the bankrupt, devised in the hope of avoiding Texas law, can be imagined." In this connection, the Court will recall Barcelona Traction's use of banks and secret agreements for the purchase of concessions in Spain.

Judge Hand also dealt with an argument that it had really been Pacific Securities—the promoting Company—which had furnished the finances for the enterprise, saying:

"This is in a sense true; but the funds were procured from sales of the mortgage bonds of the San Antonio Land & Irrigation Company, Limited, and the latter company through its trustees owned the lands and sold a portion of them. The development and sale of these lands was the nature of its business and its ultimate corporate object. The Pacific Securities Company was a mere conduit for the issue and sale of securities. The purchase, development, and sale of lands was the essential business of the San Antonio Land & Irrigation Company, Limited, and that business, which was its only real business, was carried on in San Antonio, Tex. The title deeds and abstracts and all the detailed accounts were at San Antonio. The Pacific Securities Company, after the real business began, was a mere holding company. I cannot, under the circumstances, regard as determinative of the issue of fact that the book entries, the name of the corporation on the door, and other formal appearance in Texas, were so arranged as not to disclose the presence of the San Antonio Land & Irrigation Company, Limited, in that state, because the appearance was not the reality. The lands were purchased from the proceeds of the bonds of the San Antonio Land & Irrigation Company, Limited, and as a final result it owned those lands, subject to the bond issue above mentioned. The cost of the dam and its site, and also the cost of maintenance, were also furnished from the proceeds of these bonds. The Medina Valley Irrigation Company was wholly controlled by the San Antonio Land & Irrigation Company, Limited, through stock ownership." (*Ibid.*, p. 116.)

Having further developed the point that, although San Antonio Land

held its directors' and stockholders' meetings in Canada, its essential operations were principally in San Antonio, the Judge concluded:

"However careful the bankrupt may have been to avoid doing business in Texas, the attempt to secure such a result, in my opinion, was abortive. The belief that legal relations may be sufficiently established by mere technicalities is common enough, but is not often really true. Here the attempt to avoid doing business in Texas was based upon form, but ignored substance. I am convinced that Texas was the place where all the business, except that of the most formal kind, was done, and that the principal place of business was San Antonio. This conclusion establishes that the adjudication in bankruptcy in this district was without warrant and must be set aside." (New Doc. 1969, pp. 116-117.)

In short, Mr. President, the excessively technical and formalist view which our opponents ask you to take of company business did not commend itself to this experienced American judge in 1916 any more than it did to Mr. Justice Roxburgh of the English High Court some 30 years later.

On the second point in the case—whether San Antonio had property within the jurisdiction of the New York court—I can be brief.

Modifying the Special Master's report in this respect, Judge Hand held that the shares and the bond certificates of the Medina companies, owned by the bankrupt but pledged to the Empire Trust in New York, were property within the New York jurisdiction for the purposes of United States bankruptcy law. As the Court will appreciate, this only makes all the more significant the judge's decision to set aside the bankruptcy order of the New York court in favour of the jurisdiction of Texas because, in his view, it was there, in Texas, that the bankrupt company had its principal place of business.

Judge Hand deals with the property point quite shortly on page 990 of that volume of the *Federal Reporter* but, in doing so, he explained the rationale of the law regarding the property of a bankrupt and he did so as follows:

"A bankruptcy proceeding is a kind of equitable attachment, which should be held to reach whatever assets any available judicial process can reach. Consequently, the situs of property is not to be determined by general doctrines, such as 'mobilia sequuntur personam', which may well be applicable in matters like the law of inheritance, but by power of efficient control." (*Ibid.*, Vol. III, p. 117.)

Thus, on the question also of the bankruptcy court's power over a bankrupt's property, the New York court declined to adopt the unduly technical or formalist attitude of our opponents.

The *San Antonio* case, Mr. President, calls for two final comments:

First, like the *Walford* case in the English High Court, it brings into sharp perspective the Belgian Government's complaint that the Spanish courts committed a flagrant usurpation of Canadian sovereignty in assuming bankruptcy jurisdiction over Barcelona Traction. The notion that they might be involving themselves in a usurpation of Canadian sovereignty never seems to have entered the heads either of the Texas courts or of the Special Master or of Judge Hand.

Secondly, it brings into even sharper perspective Barcelona Traction's extraordinary conduct in February 1948 when it declined even to enter an appearance in bankruptcy proceedings instituted against it in a country where the whole of its enterprise was situated, and where it had raised very large amounts of loan capital through the issue of its own bonds, and whose sterling bonds were even directly secured by a charge on the concessions belonging to one of its subsidiaries, Ebro, in Spain.

I may add perhaps, by way of postscript, that on 24 August 1923 Messrs. Blake, Lash, Anglin and Cassels, the law firm of the Barcelona Traction group, wrote to the provincial authorities in Toronto as follows:

"Dear Sirs: *Re San Antonio Land & Irrigation Company, Limited*

We have your letter of the 23rd inst. relative to annual returns by the above Company. We think you have already been advised that this Company has long since gone out of business. All its assets, which were situate in the State of Texas, were taken possession of by a Receiver appointed at the instance of the bondholders in the Texas courts, and a decree of foreclosure has been entered. There will not be nearly enough realised to pay the bonds. The company therefore is completely defunct." (New Doc. 1969, Vol. III, p. 121.)

Barcelona Traction's bondholders were therefore not the only victims of the financial techniques of Dr. Pearson and Mr. Hubbard. The Court will notice that Barcelona Traction's lawyers found it quite natural to refer to as assets situate in Texas, San Antonio Land's 100 per cent. holdings in the Medina Valley Company.

I now pass, Mr. President, to the factual aspect of the unity of the enterprise and to Barcelona Traction's direct involvement in Spain through its operation of the enterprise. I have already covered this point to a considerable extent by what I said earlier concerning the structure and method of operation of the enterprise: Barcelona Traction's total ownership of the shares of Ebro and of virtually all the other subsidiaries in Spain; Ebro's role as Barcelona Traction's operational agency in Spain; Mr. Lawton's and Mr. Hubbard's powers to act on behalf of Barcelona Traction; Barcelona Traction's use of the Barcelona office to put through transactions on its own account; Barcelona Traction's raising of loan capital in Spain from the general public for the use of the enterprise in Spain; the employment of Ebro's funds in Spain as if they were the funds of the enterprise rather than of Ebro. Certainly, Mr. President, these elements would have been quite enough to convince Judge Hand of the essential unity of the Barcelona Traction enterprise.

I emphasize again that, to establish the unity of the enterprise, we rely not merely on the comparatively few documents which I have time to mention at these hearings but on the whole body of evidence from the company's own archives which is before the Court. This evidence shows that there was hardly any activity or aspect of the enterprise in Spain in which the chairman or the president of Barcelona Traction did not directly intervene day by day and month by month. The documents are so voluminous that I must leave them to speak for themselves. I shall only recall some further expressions or symptoms of the unity of the enterprise which appear in the evidence.

First, even persons familiar with the enterprise, like Arnús-Garí and Mr. Spéciael, found it difficult to separate Ebro from Barcelona Traction

in their minds. And although fully aware of the importance, from a fiscal point of view, of maintaining the pretence that Barcelona Traction had no branch, office or representative in Spain, they had repeatedly to be taken to task for addressing correspondence to Barcelona Traction at the Barcelona office as if that was Barcelona Traction's own office in Spain. On this point it will, I think, suffice if I refer the Court to our Rejoinder, VI, pages 68 and 69.

Again, according to the evidence given by the secretary of Ebro in the Sidro action, the staff of the Barcelona office found it difficult to distinguish between Mr. Lawton in his capacity as a member of the board of Ebro and Mr. Lawton in his capacity as a member of the board of Barcelona Traction; in other words, to know whether Mr. Lawton was wearing his Ebro or his Barcelona Traction hat. The Court will also see this point at VI, page 69 of our Rejoinder, where the references to the evidence in the Annexes are set out.

Amongst other expressions or symptoms of the unity of the enterprise is the fact that the Barcelona office regularly made arrangements for the *company meetings of the Spanish subsidiaries of Ebro and of Barcelona Traction alike*, this being yet another matter in which Mr. Lawton acted for Barcelona Traction in Spain. Another is the fact that it was Barcelona Traction, not Ebro, which in its own name took out the insurance in the London insurance market with respect to the property of Ebro and the other subsidiaries in Spain, and also insured against risks to the undertaking and to the staff of the enterprise in Spain arising from the civil war.

At the previous hearings on the Preliminary Objections even our opponents, Mr. President, seemed to recognize the essential unity of the enterprise. Pressed for an explanation of why Barcelona Traction had not at once appeared in the bankruptcy proceedings to oppose them, counsel underlined that Ebro had deliberately been chosen to intervene in the bankruptcy proceedings in place of Barcelona Traction. And he then sought to persuade the Court that Ebro's intervention was perfectly sufficient to meet the requirements of the local remedies rule, putting the matter as follows:

“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 cerveaux 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;...”

Now that passage occurs in the Belgian Government's argument for 21 April 1964, and it is to be found at III, page 621 of the record printed for the use of the Court. Thus, the Court was asked by our opponents to understand that in February 1948 Barcelona Traction itself conducted the defence of its own interests before the Spanish court on the basis that, in its substance, the enterprise was one and the same thing whether it wore the cockade of Barcelona Traction or that of Ebro. That Ebro was merely a different hat which the enterprise wore in Spain we of course agree; for the evidence proves it over and over again. But our opponents' difficulty in regard to the local remedies rule is that, whether it was the

bonnet blanc or the *blanc bonnet* which was in view, the head underneath the *bonnet* was at all times, in reality, the head of Barcelona Traction. And, it was Barcelona Traction wearing its own *bonnet* which had been put into the bankruptcy court. However, that is a matter on which my learned colleague, Professor Malintoppi, will present our arguments to the Court.

The Court rose at 1 p.m.

TWENTY-SEVENTH PUBLIC HEARING (28 V 69, 10 a.m.)

Present: [See hearing of 20 V 69.]

Sir Humphrey WALDOCK: When the Court adjourned yesterday, Mr. President, I was giving the Court indications of the unity of the enterprise, and I had nearly completed those indications. But there is one final one which, in our submission, proves the essential unity of the enterprise and Barcelona Traction's involvement in business in Spain extremely clearly, and that is the falsehoods and the fraudulent concealments to which the enterprise resorted in its dealings with the Spanish authorities.

The evidence of these falsehoods and fraudulent concealments, which we have presented in the written pleadings, is of the most direct and pointed character. This evidence we have explained and analysed in various connections both in our Counter-Memorial and in our Rejoinder, but I should like to refer the Court especially to the Counter-Memorial, IV, pages 30 to 36, 49 to 52 and 69 to 94 and the Rejoinder, VI, pages 32 to 85 and 92 to 116.

Our opponents seem to have thought it politic to attack the motives of the Spanish Government in invoking the evidence of Barcelona Traction's deceits and frauds rather than to deal with the evidence itself, but we make no apologies for the use of this evidence. It is not we who bear the responsibility for any disparagement of the individuals concerned which may occur in these proceedings. It is their own acts and their own documents which expose them, not the Spanish Government.

Furthermore, the idea that we had recourse to this evidence simply in order to divert attention from the matters alleged by the Belgian Government is completely wrong. The policy of deception and concealment almost habitually adopted by the directors and staff of the enterprise in their dealings with the Spanish authorities is a fundamental fact in this case; and it is a fact which is highly relevant in connection with the Belgian allegations of usurpation of jurisdiction with which I am now dealing.

The motive for the deceptions and concealments was either fiscal evasion, evasion of the law regarding the holding of concessions by foreigners, or evasion of foreign exchange control; and their chief aim was, in one or other of these connections, to mislead the Spanish authorities as to the structure of the enterprise and, in particular, as to the links between Barcelona Traction and the business in Spain.

In the written pleadings our opponents have sought to excuse or explain the deceits, concealments and prevarications of Mr. Lawton and his staff as mere peccadillos or as quite natural reactions to a supposed arbitrary or chauvinistic treatment of the enterprise by the Spanish authorities. But that, Mr. President, is a view of Barcelona Traction's conduct in Spain which will not stand the light of day for one moment.

The truth of the matter is very simple. The falsehoods, the concealments, the prevarications, were an indispensable accompaniment to the fiscal policies adopted and progressively developed by Barcelona Traction vis-à-vis the Spanish authorities.

Just as Dr. Pearson and his associates created the San Antonio Land Company and the Medina Valley companies as a single enterprise for carrying on business in Texas, so also they constituted Barcelona Traction, Ebro and the other operating companies as a single enterprise for carrying on business in Spain. Equally, just as for reasons of Texas law, San Antonio Land sought to avoid the appearance of being present or doing business in Texas, so also did Barcelona Traction, for tax reasons, seek to maintain the façade that it neither had any representative, office, agent or branch, nor any business in Spain. So long as this façade, essentially false though it was, could be successfully maintained, Barcelona Traction could refuse to make any tax returns in Spain and Mr. Lawton and the staff of the Barcelona office could decline to furnish any information in regard to Barcelona Traction.

The fiscal consideration on which this policy hinged was the principle applied in the tax laws of Spain, as in those of many other countries, that interest payable on bonds and other loans is deductible from profits before computing liability to income tax. Barcelona Traction financed the development of the enterprise in Spain in the form of loans to Ebro and then Ebro used its heavy liability for interest on its debts to Barcelona Traction as a means of transmitting its profits from Spain to Barcelona Traction free of tax, or free of company tax, in the form of interest upon its current account and upon its bonds, all of which were held by Barcelona Traction.

A new tax law of 1920, however, closed this obvious gap in Spain's tax system by forbidding the deduction of interest paid by a subsidiary to its foreign parent company. There was certainly nothing arbitrary about that tax law, which has its parallel in other countries. But it undermined the Barcelona Traction's tax-evasion strategy and Barcelona Traction's immediate response was to add a further false front to the existing bogus façade of the enterprise. This was, of course, International Utilities, the creation and fraudulent role of which we have explained in the Counter-Memorial, IV, pages 20 and 74 to 78, and in a note on pages 19 to 29 of Volume II of the Counter-Memorial Annexes.

In brief, Mr. Cretchley, chief accountant in the Barcelona office, suggested that Ebro's current account with Barcelona Traction should be transferred to some other company. Mr. Hubbard, Mr. Lawton and his staff then worked out a scheme for the purported sale by Barcelona Traction of its rights in the current account to another company, which, for the moment, they called the "X" company. Then, to fill the place of "X", they got Barcelona Traction's Toronto law firm to create International Utilities—a mere dummy finance company, wholly owned by Barcelona Traction, to which Barcelona Traction soon afterwards purported to sell and transfer Ebro's current account.

Thereafter the Barcelona office substituted the name of International Utilities for Barcelona Traction in Ebro's account books; and, displaying letters which, on their face, appeared to have been written in Toronto between Barcelona Traction and International Utilities and from International Utilities to Ebro, but which the Barcelona office themselves had as often as not concocted, they continued to claim, as a deduction from Ebro's profits, sums sent out of Spain to Barcelona Traction via International Utilities in the guise of interest upon Ebro's debts.

At this point, in view of the question posed by Judge Sir Gerald Fitzmaurice at the hearing yesterday (p. 116, *supra*) it may be convenient

that I should give a brief and interim explanation of the tax benefits aimed at and achieved through the creation of International Utilities.

The most important tax which the enterprise had to consider was the tax under tariff three, namely company profits tax, payable on Ebro's rising profits. There were three relevant rules which they had to have in mind. One, every payment made in the form of dividend or similar distribution was not deductible from profits in computing company profits tax. Secondly, every payment made in the form of normal interest on debts was deductible from company profits before computation for tax. Thirdly, interest on debts paid to a foreign parent company was not deductible under the second rule which I have just mentioned, but was treated as if it was a dividend. A company tax on corporate profits was, as I have said, the substantial tax payable by any company operating in Spain at that time. Thus, the apparent creation of an allowable deduction from company profits gave Ebro a substantial illicit tax advantage. The great object of the creation of International Utilities was to achieve this illicit allowable deduction. The importance attached by the directors of the enterprise to effecting this object will be seen by the Court in many of the documents and in some of the evidence which I am about to discuss.

I should emphasize, Mr. President, that this explanation is only by way of an interim clarification for the purposes of my argument this morning and the Spanish Government will furnish a considered reply to both the questions posed by Judge Sir Gerald Fitzmaurice at yesterday's hearing.

Now International Utilities, the evidence makes clear, was nothing but a tax dodge to circumvent the new law. A name to put in Ebro's ledgers in place of Barcelona Traction, a name to act as a screen between Ebro and its parent company Barcelona Traction, in their respective accounts, a name to be put on documents for use with the Spanish tax inspectors. International Utilities, if it can be given the dignity of being called a company, was a subsidiary of Barcelona Traction and a member of the enterprise, for it had no other role in life than to serve as a conduit pipe for passing money between Ebro and Barcelona Traction.

But if it was to be effective as a tax dodge, it clearly had to be depicted to the tax inspectors as a genuine finance company and not a mere hyphen between Ebro and Barcelona Traction. In other words, the deception of the Spanish authorities was an inherent part of the plan to use International Utilities as a tax dodge. Of the lengths of deception to which the enterprise went in its use of International Utilities, I will speak a little later. Here, I am concerned only with the function of International Utilities as a false front for Barcelona Traction to conceal from the Spanish authorities the true nature of the financial structure of the enterprise.

I need not do more than ask the Court to refer to the five short documents reproduced on pages 304 to 309 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes. Indeed, the first of these documents is really by itself enough for my purpose. This is Mr. Cretchley's letter of 23 March 1932, informing Mr. Hubbard about a visit made to the Barcelona office that very day by Mr. Ridruejo, head of the central exchange office, and some of his staff.

Mr. Cretchley, I may remind the Court, was the man who actually suggested the creation of International Utilities, was one of those who helped to draft the letters for the so-called sale of Barcelona Traction's rights to International Utilities, and was a man who, as chief accountant

of the Barcelona office, knew perfectly well that International Utilities was a mere dummy for Barcelona Traction and had no business of its own. Yet what did he report to Mr. Hubbard that he had said to the exchange officials:

"... They continued to ask many questions regarding the holders of the shares of the Ebro Company and the nature of the business carried on by the International Utilities, also as to whether the latter conducted a regular banking business, and we soon began to suspect that they were really seeking to get information about the Traction Company, although the name of the latter was not mentioned.

In view of the delicate situation at present existing between the Spanish Fiscal authorities and the latter Company, we replied that we were unable to supply them with any more information than that contained in the Ebro Balance Sheet exhibited and pointed out that, as regards Ebro shares, these were bearer shares and that we had no particulars as to who the owners were, and also that we know nothing about the International Utilities apart from the fact that they had advanced us an agreed sum in Dollars on terms explained to them.

Our inability to supply fuller information appeared to exceedingly annoy Sr. Ridruejo, who resorted to indirect threats by stating that if we were not prepared to co-operate by giving the information we could not expect matters to be made easy for us in future [in regard] to exchange requirements." (A.C.M., Vol. VII, pp. 304-305.)

Now that makes it perfectly clear, Mr. President, that when asked by the Spanish authorities in 1932 about International Utilities, Ebro's chief accountant, without temporizing, without referring for instructions, replied with a blank lie. Nor, of course, did he need any instructions on whether to lie, for to tell the truth to the exchange authorities would at once lay bare the misrepresentations which for the past ten years he and the rest of the Barcelona office had been making to the tax authorities concerning International Utilities. Automatically, therefore, and in accordance with the standing policy, he told the whopping big lie that he knew nothing about International Utilities beyond the fact that it had made advances to Ebro.

The chief accountant was bound to lie about International Utilities, not only because of the specific tax frauds for which its name was employed, but also because of the use made of it by the Barcelona office as a screen to obscure the essential unity of the enterprise. I mean, of course, the essential unity of Barcelona Traction with Ebro and its other subsidiaries. Not only Ebro's current account with Barcelona Traction in Spain, but its account in London and Barcelona Traction's mortgage debts were transferred to International Utilities, so that Barcelona Traction's name might disappear entirely from transactions of Ebro in Spain likely to come to the attention of the tax inspectors. In other words, International Utilities had become an integral element in the fundamental falsehood long sustained by the enterprise that Barcelona Traction itself had no business activity whatever in Spain.

In this connection, while the Court has the chief accountant's letter in front of it, I should like to draw attention to another whopping big lie told by Mr. Cretchley to the exchange authorities on that occasion. In

that passage which I read just now, Mr. President, you heard him say that he had—

“...pointed out that, as regards Ebro shares, these were bearer shares and that we had no particulars as to who the owners were...”.

That again was a whopping big lie, because Mr. Cretchley, like Mr. Lawton and Mr. McMurtry, knew perfectly well both that none of Ebro's shares were bearer shares and that every single one of them was owned by Barcelona Traction.

The aim of this lie was evidently to head-off the Spanish authorities from investigating more closely the essential identity of Barcelona Traction and Ebro, the essential unity of the enterprise and the participation of Barcelona Traction in business in Spain. It was, therefore, only a specific, if particularly glaring, example of the fundamentally false picture of itself which the enterprise had presented to the Spanish authorities throughout its existence.

Why then, Mr. President, do I single out that particular falsehood? I do so because, when Ebro on Barcelona Traction's instructions intervened in the proceedings at Reus and contested the seizure of the assets in Barcelona Traction's bankruptcy, it used this self-same whopping big lie about the bearer shares in its application with the evident purpose of misleading the Reus court.

There is, of course, a further point in Mr. Cretchley's illuminating letter which is of the highest relevance to the issue on which my distinguished friend Professor Reuter will address the Court. I mean the strong warning given to Ebro's chief accountant that if the information demanded by the exchange authorities was withheld, this must prejudice their attitude towards Ebro's applications for foreign exchange. It is further clear from the letter, when read as a whole, that Mr. Cretchley was very fully conscious of the link between the suspicions entertained by the tax authority regarding the relations between Ebro and Barcelona Traction and the reserved attitude of the exchange authorities regarding Ebro's applications for foreign exchange. That was an aspect of the Spanish authorities' treatment of Ebro to which our learned opponents did not direct your attention.

Mr. Cretchley's letter of 1932, Mr. President, is only one of many documents which evidence the use made of International Utilities to conceal the unity of the enterprise from the Spanish authorities. Lest our opponents be tempted to suggest that we are being selective, I may perhaps be permitted to mention one further document dated some five years later: a memorandum to which we drew the Court's attention in IV, page 34 of our Counter-Memorial. It concerns one of those auto-contracts which our opponents think us too out of touch with the ways of commerce to be able to comprehend. But I do not think that either we or the Court can have any difficulty in comprehending this one, because it is explained to us in the Memorandum in limpidly clear terms by Mr. Clark, now treasurer of the enterprise in the Barcelona office.

In 1926 Barcelona Traction had held all the shares not only of Ebro but of Barcelonesa, while Ebro's rising profits threatened to attract high taxes. Accordingly, Barcelona Traction transferred its Barcelonesa shares to Ebro at a grossly inflated price as one means of reducing the profits to be shown on Ebro's balance sheet.

Ten years later the heavy price given for the shares received mention

in the Spanish press and Mr. Spéciael asked for information concerning the transaction. Mr. Clark, having recalled the actual facts, suggested possible arguments for explaining the high price, if the need should arise. But he felt bound to add:

"To anybody familiar with the relations between the Barcelona Traction, Ebro and Barcelonesa Companies, *the above arguments of course are exceedingly thin, but it should be remembered that we in Barcelona have always had to feign ignorance of our connection with the Barcelona Traction.* We claim that the Traction Company does no business in Spain, has been dissociated from and had no active connection with us since it transferred its Current Account to the International Utilities." (C.M., IV, Chap. I, p. 34.)

I remind the Court of that document not only because of the reference to International Utilities but also because the auto-contract mentioned in it provides the most pointed evidence of the unity of the enterprise. How else can one explain Ebro's paying a grossly excessive price for the purpose of reducing its own profits and inflating its own debts to Barcelona Traction?

The Court heard our learned opponent, Mr. Van Ryn, thundering about respect for the separate personalities of corporations and their separate corporate estates. But did he, Mr. President, ever ask himself whether the legal personality and the corporate estate of Ebro were respected by Barcelona Traction when Ebro was made to pay a grossly excessive price to its parent company, Barcelona Traction?

A lie, Mr. President, almost always breeds further lies to sustain it, and so it was with Ebro and Barcelona Traction. Ebro was at all times wholly owned and wholly identified with Barcelona Traction; Barcelona Traction at all times had in Ebro an office, branch, agent and representative in Spain through which it continuously engaged in business. Ebro's denials of these facts meant that the picture of itself presented by the enterprise to the Spanish authorities was a complete fake, and the faked character of that picture could only be kept from the Spanish authorities by repeated prevarications, concealments and outright untruths.

We have drawn attention to many of the deceptions in the written pleadings, and I need not trouble the Court with all the details now. I must, however, remind the Court of another basic falsehood—one other whopping big lie—by which the Barcelona office sought to head-off the authorities from arriving at the truth. I do so because this fraud is again a pointed indication of the complete identity—the complete unity—of the enterprise in Spain with Barcelona Traction.

I refer, Mr. President, to the false statement made by Ebro year by year in its tax returns that it was a company which did not have all its business in Spain. The evidence of this falsehood and of its deliberate character in the internal documents of the Barcelona office is clear and irrefutable. We dealt with the matter in paragraphs 100 and 101 of Chapter I of our Counter-Memorial (IV), and in a Note on pages 503 to 508 of Volume V of our Counter-Memorial Annexes. This particular falsehood was of comparatively minor significance from the point of view of savings in tax. Its real significance was as a means of obstructing the Spanish authorities from getting a clear view of Ebro's accounts in relation to the account of Barcelona Traction. It was a constant pre-

occupation of Mr. Lawton and his staff that too many similarities in the items in Ebro's and Barcelona Traction's accounts might lead the authorities to detect the complete identity and unity of the businesses of Ebro and Barcelona Traction.

But so long as Ebro could successfully maintain the fiction that it had some part of its business outside Spain, the tax authorities could not assert the right to investigate the accounts of Ebro's head office in Toronto. This made it possible by using different methods of entering items in the Barcelona and in the Toronto accounts of Ebro to produce the illusion that the Spanish and Canadian businesses of Ebro were not one and the same thing. And this in turn served to hide from the Spanish authorities the identity of the business in Spain with that of Barcelona Traction itself. In short, it was another ideal set-up for applying the formula of 98 per cent. fabrication and 2 per cent. truth.

I have been focussing the Court's attention on the three major falsehoods told by the Barcelona office to the Spanish authorities about the structure of the enterprise and the financial links between Barcelona Traction and the enterprise in Spain. I have done so in order to highlight Barcelona Traction's continuous participation in the business in Spain through the Barcelona office and the complete unity of the companies of the enterprise with Barcelona Traction. In order to complete the picture of Barcelona Traction presented to the Spanish authorities, I ask the Court to refer to our Rejoinder, VI, pages 112 to 116, where we explain in more detail the actual working of the mechanisms for deceiving the Spanish authorities. We there point out that the false façade presented by Barcelona Traction was made the more difficult for the Spanish authorities to penetrate by reason of Barcelona Traction's use of undisclosed nominees, secret agents, paper companies and Spanish proxies at shareholders' meetings in Barcelona.

And we further point out that National Trust's position as trustee or pledgee of shares and bonds was also used by the Barcelona office to obstruct the Spanish authorities' view of Barcelona Traction's true relation to the operating companies in Spain.

Both the tax and the exchange control authorities, who were in close touch with each other, became deeply suspicious of Barcelona Traction's position in relation to the enterprise in Spain. That appears in the documents before the Court. But they were confronted only with Ebro, and always reached a point in their enquiries where they were met by a misrepresentation or prevarication whose untruth they were unable clearly to establish. When the question of Barcelona Traction's subjection to Spanish bankruptcy jurisdiction came before the court at Reus, the position was different. Then, Barcelona Traction's own failure to appear and answer the prima facie case presented by the plaintiff bondholders against Barcelona Traction necessarily led to a finding that Barcelona Traction was subject to Spanish jurisdiction.

I referred a little while ago, Mr. President, to one auto-contract, the sale of the Barcelonesa shares at an inflated price. I must now ask the Court to look more generally at Barcelona Traction's abuse of auto-contracts, because this highlights another important aspect of the unity of the enterprise: I mean Barcelona Traction's treatment of the resources of its subsidiary companies in Spain as if they were those of Barcelona Traction itself.

As I said earlier, our learned opponents in their attack upon the judge

of Reus thunder about respect for the separate personalities of corporations and for their separate corporate estates. But they do not pause to ask you to consider how Barcelona Traction itself treated the personalities of its subsidiaries or their separate estates.

I shall not trouble you, Mr. President, on the early auto-contracts prior to 1920, details of which we gave in our Counter-Memorial, IV, pages 52 to 64, and which are commented upon in Peat, Marwick's report in Annex 2 of the Rejoinder. They have their place in the story of Barcelona Traction's bankruptcy because they established the pattern of the deficit finance employed by the promoters of the enterprise.

Of these early auto-contracts I need only make mention of the Barcelona Traction-Ebro contract of 30 November 1911 which, *inter alia*, obliged Ebro to deliver to Barcelona Traction bonds to the par value of 4,666,000 dollars. I do so because thereby was initiated the creditor-debtor relation between Barcelona Traction and Ebro which dominated the whole financial organization of the enterprise and which I must now explore a little.

I ask the Court rather to begin with the auto-contract between Barcelona Traction and Ebro, dated July 1920 but in fact signed in Toronto in January 1921, by which Ebro's debt of nearly £5 million on current account was revived by Barcelona Traction. This transaction is dealt with by the Spanish Government in the Counter-Memorial, IV, pages 72 to 74, and is further subjected to close analysis by Peat, Marwick in their report printed in the first volume of our Rejoinder Annexes. The relevant pages of that report are pages 328 to 333 where Peat, Marwick also comment upon the contentions of the Belgian Government in the written pleadings. For the purposes of my present argument, Mr. President, the matter may be summarized as follows:

In 1915, in the first of Barcelona Traction's many compromises with its creditors and as part of the compromise, Ebro's debt to Barcelona Traction on current account amounting to £4,945,153 was extinguished and replaced by the issue to Barcelona Traction of Ebro General Mortgage bonds to a nominal value of £8,541,233. By the auto-contract that I am now discussing Ebro's debt to Barcelona Traction on current account was revived in substitution for the mortgage debt. But Ebro's Mortgage bonds were to remain deposited with the National Trust Company as collateral security for Ebro's debts to Barcelona Traction on current account. And Barcelona Traction at the same time retained the right to repurchase the bonds at any time at a discount of 50 per cent. of their nominal value. Furthermore, the revival of Ebro's debt on current account was back-dated two and a half years to June 1918.

Barcelona Traction owned Ebro 100 per cent.—"body and bones" as Colonel Gow once said. Barcelona Traction and Ebro shared the same address in Toronto. They also shared the same secretary, Mr. R. H. Merry, and he signed his name twice on the contract, first on behalf of Ebro and then on behalf of Barcelona Traction. Above his name appeared that of Mr. Wood for Ebro and for Barcelona Traction the name of the omnipresent Mr. Hubbard. An auto-contract, Mr. President, if ever there was one.

And what was there for Ebro in this auto-contract? Absolutely nothing, Mr. President. In the Reply the Belgian Government sought to offer a rational explanation of the contract. But, as Peat, Marwick point out on page 333 of the Annex, this explanation finds no support in the

documents of the period in question. In the first place, it finds no mention in the contract itself, the text of which is reproduced on pages 595 to 598 of Volume I of our Counter-Memorial Annexes. The contract recites a number of matters as the basis of the agreement, but not the consideration now suggested by the Belgian Government. Instead, the contract refers cryptically to "divers valuable considerations moving from and to the Ebro company and the Barcelona company respectively and in further consideration of the sum of one dollar now paid by the Ebro company to the Barcelona company". And as the Court will be aware, in common law contracts the statement of one dollar, one shilling or the like as consideration is a pretty clear indication of the absence or the doubts of the party as to any real consideration in the contract.

Mr. McMurtry's letter of 18 February 1922 to Mr. Hubbard, on the other hand, tells the Court explicitly that this auto-contract was put through by Barcelona Traction simply as a tax-dodging transaction:

"The contract in regard to payment of interest on a current account between Riegos y Fuerza and the Barcelona Traction Company was, of course, [said Mr. McMurtry] merely a subterfuge to absorb the profits made by Riegos y Fuerza del Ebro from its operations in Spain and at the time the contract was signed it was decided that this plan of absorbing the profits offered the most chances of success and the least chances of arousing the suspicion of the Spanish fiscal authorities."

That passage, Mr. President, which is on page 6 of Volume II of our Counter-Memorial Annexes, really needs no comment. This auto-contract, itself wrongly dated, was the starting-point of a long and continuous series of gross frauds perpetrated by the enterprise on the Spanish tax authorities.

But it is another aspect of the contract at which I am asking the Court to direct its attention. By the contract Barcelona Traction required Ebro to resume a debt of nearly £5 million, to leave its mortgage bonds on deposit as security and to accept a potential liability—which was enforced all too soon—to increase its debts to Barcelona Traction to the tune of a further £8,500,000 in return for additional advances of only half that amount. In other words, by this so-called contract Barcelona Traction imposed on Ebro a contingent obligation to accept the depreciation of its capital assets by over £4 million and correspondingly the unrequited transfer of that amount of its capital into Barcelona Traction's own capital assets. Clearly, respect for Ebro's separate corporate estate had no place in that auto-contract.

Even while Messrs. Hubbard, Lawton and McMurtry were busy reviving Ebro's debt on current account, the tax law regarding deduction of interest on debts due to parent companies was being tightened. Their response, as I have already reminded the Court, was to create International Utilities as a dummy front for Barcelona Traction and to transfer Ebro's current account from Barcelona Traction to International Utilities. Here I need only underline the further evidence which this bogus transaction provides of the complete unity of the enterprise; for it was the Barcelona staff of Ebro, the staff of Barcelona Traction's debtor, which suggested the plan and which, in conjunction with Mr. Hubbard, concocted the letters by which Barcelona Traction and International

Utilities were to execute it without arousing the suspicions of the Spanish authorities.

The next step, in 1923, was also to transfer Ebro's current account with Barcelona Traction's London office to International Utilities. Again, the Barcelona staff of Ebro participated in concocting the necessary letters for showing to the Spanish authorities and again the internal correspondence bears clear evidence of the intent to deceive those authorities as to the nature of the transaction. We dealt with these matters in IV, pages 74 and 75 of our Counter-Memorial, Mr. President, and I need not dwell on the details.

It is the subsequent transaction regarding Ebro's debts to Barcelona Traction on which, for present purposes, I want to focus attention. This is the complicated transaction laboriously worked out towards the end of 1925 which we explained to the Court in the Counter-Memorial, IV, pages 76 to 78, and also summarized in a special note on pages 25 to 29 of Volume II of its Annexes. The profits of Ebro and of the other subsidiaries in Spain were continuing to rise and Messrs. Hubbard, Lawton and McMurtry set about increasing Ebro's debts to International Utilities in order to pass these further profits out of Spain in the form of interest upon debts. The transaction involved two major operations: first, the transfer to Ebro's books in Barcelona of a debt of some £2 million from Ebro to Barcelona Traction shown in Ebro's Toronto books and, secondly, the putting into force of Ebro's contingent obligation to allow Barcelona Traction to purchase Ebro's mortgage bonds up to the nominal value of over £8,500,000 at a discount of 50 per cent. In order to carry out the second operation without bringing Barcelona Traction's name onto Ebro's accounts in Barcelona, Barcelona Traction purported to assign its option to repurchase the bonds to its *alter ego*, International Utilities. The latter then exercised the option and afterwards purported to sell the bonds to Barcelona Traction, which deposited them with National Trust as security for Barcelona Traction's own debts.

The detailed figures are given in the Counter-Memorial. The net effect of the whole transaction was to increase the debts of Ebro's Barcelona branch to International Utilities from some £4,750,000 to over £11 million and thus enormously to expand the capacity of the Ebro-International Utilities tax device for passing the profits out of Spain in the form of interest on debts. Moreover, of this £11 million of debt no less than £4,250,000 did not represent moneys advanced to Ebro but simply the so-called discount on the purchase of bonds.

The internal documents relating to this transaction simply reek of deceit, as the Court can see from the passages mentioned in the Counter-Memorial, IV, pages 76 and 77. In the Reply (V) the Belgian Government made an attempt to explain away the 50 per cent. discount. But, as Peat, Marwick again point out on pages 336 to 337 of Volume I of the Rejoinder Annexes, that explanation finds no basis either in reality or in the contemporary documents which are both full and explicit. Indeed, as Peat, Marwick also point out, even 20 years later Mr. Lawton and Mr. Hubbard, two of the principal architects of the transaction, were still at a loss as to how to explain the 50 per cent. discount. For in a letter of 18 September 1946 to Mr. Hubbard in connection with information demanded by the Ministry of Finance, Mr. Lawton wrote:

"The principal point at issue, of course, is the consideration that

the Ebro company received for the issue of these Bonds at 50 per cent. discount. If we cannot show that there was some form of consideration the effect, from the point of view of the funds employed in Spain and the possible repercussion upon our taxation position, might prove serious especially having regard to the fact that the rate of interest [the rate of interest on the bonds] was subsequently increased from 5 to 6½ per cent." (A.C.M., Vol. II, p. 361.)

Barcelona Traction, Mr. President, never did succeed in finding an explanation of the 50 per cent. discount which they could venture to give to the Spanish authorities.

I mentioned a short while ago the evidence of the intention to deceive the Spanish authorities contained in the contemporary documents. My immediate concern is not with the tax-fraud aspects but with the unity of the enterprise. But I may perhaps recall one of those documents because of its bearing upon the point which I am now making. The transaction required the passing of no less than 14 letters between Barcelona Traction, Ebro and International Utilities if it was to be made plausible to the Spanish authorities, and these letters were all concocted by Messrs. Hubbard, Lawton and McMurtry. Commenting on the drafts in a letter to Mr. Hubbard of 16 December 1925, Mr. McMurtry explained that he was enclosing a new draft of letter No. 11:

"In view of the fact that the sale of the bonds at a discount of 50 per cent. is a very onerous obligation as against the Ebro Irrigation and Power Company Limited, we made the letter somewhat more mandatory in tone and have laid the onus of having to proceed with the transaction at the doors of the *International Utilities Finance Corporation*." (A.C.M., Vol. II, p. 38.)

There you have Mr. McMurtry, theoretically Ebro's chief legal adviser, hotting up against Ebro this, and indeed other letters, to be sent to his own company by its creditor. As we pointed out in the Counter-Memorial, the whole transaction was nothing but a charade skilfully prepared and acted by the enterprise to delude the Spanish authorities.

But what was there in the transaction for Ebro? Not nothing, Mr. President; much worse than nothing. By it, Messrs. Hubbard, Lawton, McMurtry and Co. deliberately depreciated Ebro's capital assets to the tune of some £4,250,000, passing that capital via the *International Utilities* channel into Barcelona Traction's own capital. Did any one of the principal officers of either Barcelona Traction or Ebro have the slightest regard for Ebro's separate personality? Did any one of them have the slightest regard for Ebro's separate corporate estate? In short, the sale of Ebro's bonds at 50 per cent. discount, like the other transactions which I have discussed, seems to us inexplicable except on the basis that Barcelona Traction treated corporate estates of the operating companies in Spain simply as parts of its own assets to be shuffled about as it might think fit. This view of the matter is confirmed by other transactions affecting individual companies in Spain. A notable example is the transfer of 30,000 customers from *Energía Eléctrica*, a wholly owned subsidiary of Barcelona Traction, to *Barcelonesa*, another Barcelona Traction subsidiary, for no other reason than that *Energía's* profits were getting too large for income tax purposes. Now this transaction, which

occurred in 1926, is mentioned in the Counter-Memorial, IV, page 35. Clearly, a block of 30,000 customers is an intangible capital asset of considerable value and to transfer it bodily to Barcelonesa was to denude the other company of part of its assets to the prejudice of its corporate estate.

I now come to my last indication of the unity of the enterprise—the manner in which Ebro's current account with International Utilities was operated year by year. I have explained the fiscal significance of Ebro's debts. I have explained the various transactions whereby Barcelona Traction's advances to Ebro on current account were inflated into a monstrous load of debt. I have explained the creation of International Utilities as a false front for Barcelona Traction behind which to operate the tax-evasion mechanism of Ebro's debts. It now remains to describe its actual operation.

The documents are very numerous; but their gist has already been set out in our Counter-Memorial, IV, pages 32 to 34, and I can be comparatively brief. We there showed that the practice was each year for the treasurer to work out the level of Ebro's profits and the rate of interest on Ebro's debts needed to absorb those profits; and that Messrs. Hubbard, Lawton and McMurtry would then concoct suitable letters to be exchanged between Ebro and International Utilities and afterwards exhibited to the tax authorities to justify the rate. In other words, as occasion demanded, the Barcelona office and Mr. Hubbard, Chairman of Barcelona Traction, decided the rate of interest and prepared a little charade of letters to be acted for the benefit of the tax inspectors. We pointed out the anomaly of a situation in which the debtor drafts the letter of its creditor and conspires with its creditor to have the rate of interest on its debts raised. What has that again, Mr. President, to do with separate corporate estates?

We also showed in the Counter-Memorial that in later years Mr. Lawton, managing director of the debtor company, was given a wide discretion by Mr. Hubbard to fix the rate of interest needed to absorb its profits, when these had been worked out, and also to date the letters sent to Ebro by International Utilities after he had received them according as suited him for tax purposes. That appears from a letter written by Mr. Hubbard in 1942 and printed on page 359 of Volume I of our Counter-Memorial Annexes. Of course, that was war-time, Mr. President. But even so, it is clear that by 1942 the cooking of letters by the enterprise for the benefit of the tax inspectors had reached a rather extreme point.

In the text of the Counter-Memorial we referred to only three documents on this matter. We picked them out simply for the purpose of making our points, and there is no question of our having been selective; for the Court will find many other similar documents scattered through the first five volumes of the Counter-Memorial Annexes. The process of consultation and letter-cooking which took place between the Barcelona office and Mr. Hubbard was virtually continuous, as may easily be seen by turning over the pages of the fourth volume of the Annexes from page 492 onwards.

Some of the concocted letters, such as those on pages 492, 499 and 511, designed for use with the exchange control authorities, are most artistic and completely convincing if you do not know who drafted them. Personal letters between Messrs. Hubbard and Lawton, on the other

hand, give the game away. Thus, on page 514 you find Mr. Lawton saying that he will rewrite Ebro's letter if Mr. Hubbard wants it altered. On page 554 Mr. Lawton reminds Mr. Hubbard that he had considered it more natural that the creditor should write to the debtor. On page 567 Mr. Spéciael asks whether it would not be possible to destroy a letter of the previous year and substitute a new one for it.

But the cloven hoof appears perhaps most clearly in a letter of 24 April 1940 (A.Rej., Vol. II, Ann. 6, Doc. No. 43, p. 215) from the chief of Ebro's legal department to Mr. Lawton. Marked "confidential", it speaks for itself:

"With reference to Mr. Hubbard's letter... I have looked over the copies of the letters passed between the various Companies. In this connection, I note that the meetings of the Boards of Directors of the Ebro Irrigation & Power Co., Ltd., International Utilities Finance Corporation, Ltd., and the Barcelona Traction Light & Power Co., Ltd., were all held on the 29th March 1940, and that the certificates for all these Companies were signed by Mr. R. H. Merry. I further notice that the letter addressed by the Ebro Company to International Utilities is dated 26 March 1940; that the letter from International Utilities to the Barcelona Traction Company, which, *inter alia*, states 'lately we have been approached by our debtor, the Ebro Irrigation and Power Company, Ltd....' is dated 26 March 1940. In addition, the letter from the Barcelona Traction Company to International Utilities is dated 26 March 1940, as is also the letter from International Utilities to the Ebro Company.

I am afraid [went on Mr. Strang] that the tax inspectors may draw unfavourable conclusions from the coincidence of dates and signatures, and beg to suggest that on future occasions there should, if possible, be somewhat more variation in both.

When an inspection occurs, we propose to produce only the letter from the Ebro Company to International Utilities, and the latter's reply."

Assuredly, Mr. President, on that occasion Mr. Strang was justified in feeling that perhaps Homer had nodded.

The internal documents to which I have referred establish the completely bogus character of the letters concerning the International Utilities account that were put before the Spanish tax inspectors. But of more immediate significance is the fact that they also provide yet one more clear proof of the complete unity and fusion of the enterprise. And, Mr. President, in their manipulations of those accounts what regard did Messrs. Hubbard, Lawton, McMurtry and Co. ever have for the separate corporate estate of Ebro?

The subsidiary companies in Spain, as we pointed out in the Counter-Memorial, IV, page 35, were all linked to Ebro through a network of inter-company operating contracts designed to channel all the profits of the enterprise into Ebro's coffers. Thus, all the profits of the enterprise in Spain reached Barcelona Traction via Ebro and through the tax-evasion mechanism of the International Utilities account. The magnitude of the tax-frauds achieved by the enterprise through this mechanism may be seen in the report of the experts of the Ministry of Finance, printed as Annex 1 to our Rejoinder. But, for present purposes, it may perhaps be sufficient for me to refer the Court to a statement in Mr. Menschaert's

memorandum of 2 October 1944, which will be found on page 304 of Volume II of our Counter-Memorial Annexes.

In setting out his ideas for reorganizing the enterprise, Mr. Menschaert let fall the following comment:

"It has frequently been said that the structure of our Group is so contrived that, compared with other electrical undertakings in Spain, we pay a ridiculously small sum in Income Tax (i.e., on profits and dividends)." (A.C.M., Vol. II, Chap. I, Ann. 112, Doc. No. 3, App. I, p. 304.)

Now naturally, Mr. President, one asks oneself how the Barcelona Traction enterprise could possibly have achieved that brilliant superiority over all its rivals, and especially when, as our opponents like to tell you, they were confronted all the time by such arbitrary Spanish tax inspectors. Were they just so much more clever than their rivals? Or was it that their methods were just *altogether too clever to be acceptable* to their more law-abiding rivals? Today the Spanish Government and this Court know which of those two explanations is the correct one.

The ridiculously small sum paid in income tax in Spain was one significant outcome of the International Utilities account mechanism. But it is another to which I should like particularly to direct the Court's attention: the fact that Ebro, the profitable, wholly owned subsidiary—the very substance—of Barcelona Traction, never during its whole existence declared a dividend upon its shares. Those shares, of which our learned opponents now speak so much, were issued to Barcelona Traction under the auto-contract of 1911, deposited by Barcelona Traction in the vaults of National Trust as security for bonds, and there left to moulder. Never did Barcelona Traction or National Trust receive a cent on the shares by way of dividend. The shares, of course, remained Barcelona Traction's title deed to the ownership of Ebro. But, by its own election, Barcelona Traction converted the substance of its interest in Ebro into the form of credits upon debts and debts payable by Ebro and it took its profits from the enterprise in the form only of interest upon those debts.

And, Mr. President, those debts, which constituted so large an element in Barcelona Traction's interest in the enterprise, were located in Spain. The very basis of the International Utilities account mechanism for evading taxes was that the debts should be considered debts payable by Ebro in Spain.

Furthermore, Ebro's General Mortgage bonds, all of which were owned by Barcelona Traction, were expressly made payable by Ebro in Barcelona. Nor is there lacking evidence that the coupons on those bonds were regularly presented to the Barcelona office for payment, as can readily be seen from the documents reproduced on pages 399, 507, 517, 536 and 555 of Volume IV of our Counter-Memorial Annexes. These documents are formal notarial protests made in the name of the Royal Bank of Canada and recording the presentation of the coupons at the offices of Ebro in Barcelona, together with Ebro's refusal to pay on the ground of the failure of the exchange authorities to make the necessary pounds sterling available.

As to the debts in the International Utilities accounts, the fact that those debts were nominally owned by this wholly owned subsidiary of Barcelona Traction is, in our submission, completely irrelevant. The evidence before this Court shows beyond any shadow of doubt that

International Utilities was a mere alias for Barcelona Traction itself; it was an alias used by Barcelona Traction for the express purpose of deceiving the Spanish authorities as to Barcelona Traction's ownership of the debts in question. In these circumstances, it is, we believe, inconceivable that the Belgian Government should be permitted in this Court itself to condone the fraudulent position of the company and claim that these debts were not the property and assets of Barcelona Traction but of that mythical independent finance company, International Utilities.

In short, Mr. President, here you have another material link between Barcelona Traction and Spanish jurisdiction. At all times, and at the date of the bankruptcy proceedings, Barcelona Traction was the owner of very large assets in Spain in the shape of debts payable to it by Ebro in Barcelona.

The Court adjourned from 11.20 a.m. to 11.45 a.m.

I have completed my exposé of some of the principal facts bearing on the issue of usurpation of jurisdiction, but before I state the conclusions which we ask you to draw from them I must add some comments on the question of fraud. I do so for no other reason than the obvious relevance of the question to numerous issues in the present proceedings.

In presenting our account of the facts concerning the many links of Barcelona Traction with Spanish jurisdiction, it has been my duty as counsel to point out to the Court the nature of the deceptions practised by Barcelona Traction on the Spanish authorities and the many indications in the documents of a deliberate intention on the part of the persons concerned to deceive and defraud.

I am, of course, aware that our opponents deny that there was any fraudulent conduct on the part of the Barcelona Traction enterprise in their dealings in Spain. If I have not replied to these denials in the course of my arguments it is only because, if I may respectfully say so, there really did not seem to us to be anything to reply to.

As we observed in our Rejoinder, VI, pages 28 and 29, the Belgian Government's treatment of the evidence was wholly superficial as it really left our case on the question of frauds unanswered.

At these hearings, in VIII, pages 169 to 170 of the sixth day's record, our learned opponent, Maitre Van Ryn, skipped rapidly over our allegations on this matter as if they were hot coals. We have read and re-read those few pages, Mr. President, and what do we find there? Comments upon a case which is simply not recognized by us as the case we have put to the Court, and a failure to cast even a passing glance at the evidence. Otherwise, nothing but a flat assertion that on the factual level these accusations of fraud have no basis.

The following day our distinguished opponent told himself, on page 177 and yet again on page 178 of the record, that he had proved that there was no fraud on the previous day. Then he proceeded to castigate the judge of Reus, and turned his back firmly and finally upon the mass of evidence before this Court convicting Barcelona Traction of a literally unbroken series of frauds upon the Spanish State.

If any reply were called for from us, we would simply say that you cannot turn over many pages of our Annexes without encountering a false statement deliberately made to a Spanish authority, or a fabricated

document designed to deceive, or a suppression of relevant information, or a prevarication intended to obstruct the elucidation of facts, or an entry in accounts intended to deceive, or an expression of a fear of being found out, or some other no less clear indication of fraud.

The evidence is before the Court and we leave it to the Court's appreciation.

Two aspects of the fraud, however, require underlining. First, the frauds now in question do not concern what our opponents like to call the prehistorical period. The irregularities of that period touched Barcelona Traction's bondholders rather than the Spanish Government. The frauds now in question belong, for the most part, to the period after Ebro began to show profits—to the period during which Sidro held an interest in Barcelona Traction—and they were directed at the Spanish State.

Secondly, as I have previously noted, many of the frauds were directed specifically to preventing the Spanish authorities from establishing that Barcelona Traction was engaging in business activity in Spain or to concealing from them the essential identity and unity of the business of Barcelona Traction and Ebro.

I cannot conclude the question of fraud, Mr. President, without a reference to the episode of the murder of the co-operatives in Catalonia by Barcelona Traction in the period between 1935 and the bankruptcy. Our account of this episode is in our Rejoinder, VI, pages 52 to 59, while the documents are printed on pages 75 to 141 of Volume II of its Annexes.

In brief, co-operatives for the supply of electricity were developing in various localities, the live wire in this development being, apparently, a certain Mr. "C". Barcelona Traction, determined to remove the co-operatives from its path, had to do so gradually and surreptitiously in order not to attract the attention of the authorities. It therefore bribed Mr. "C" to work for Barcelona Traction, to sabotage the co-operatives from within and gradually to force them into liquidation. Like some ichneumon fly with a caterpillar, Barcelona Traction planted a maggot within each co-operative to eat it away from within.

Not a very pretty scheme you may feel, Mr. President. The inspirers and executants of this scheme were officials on Mr. Lawton's staff. The decision to execute it and its higher direction were the responsibility of Messrs. Spéciael, Menschaert, Lawton and Hubbard, and the evidence shows that Mr. Spéciael, president of Barcelona Traction and also president, I think, of Sidro, made the supervision of this operation his own especial care. The operation was all too successful, Mr. President, and one by one the co-operatives withered and died.

Our opponents have maintained silence about that operation, unless this is what may be meant by the benefactions of Barcelona Traction to Spain. Their silence is understandable, for what could they say? The evidence is clear.

Are we to assume that they do not consider this operation to be activity in Spain attributable to Barcelona Traction? Do they expect us, Mr. President, to produce powers of attorney issued by Barcelona Traction to the nefarious Mr. "C", or a board resolution authorizing Mr. Lawton to bribe him? Will they dare to argue that this was the activity of Ebro, and Ebro alone? No, Mr. President, they do not speak of it at all. One may hesitate to call this unpleasant plot commercial activity in Spain, but it was certainly activity attributable to Barce-

lona Traction, whose president and chairman directed it at every stage.

In our final comment on this matter in the Rejoinder we asked the Court to note, and we do so again, the depths of the ruthlessness and the duplicity which characterized Barcelona Traction's operation for the destruction of the co-operatives, and for the conduct of which Messrs. Spéciael, Hubbard, Lawton and Menschaert were primarily responsible; and we pointed out that these were the men with whom, not long afterwards, the Spanish Government had to deal in connection with the Plan of Compromise.

I now pass, Mr. President, to the conclusions which we ask you to draw from the evidence that it has been my task to present to the Court. These conclusions relate to the two issues of usurpation of jurisdiction raised by our opponents and it may be convenient if I take the conclusions relating to the issue of Spain's right to assume jurisdiction over Barcelona Traction and then defer those relating to the second issue of the enforcement jurisdiction until later.

On the first issue, the assumption of jurisdiction, we submit that the evidence establishes the following as objective facts:

First, Barcelona Traction was created specifically with the object of doing business in Spain and took the position before its own Government and its shareholders that it was a company having all its business in Spain.

Second, Barcelona Traction, although always denying it, employed Mr. Lawton continuously as its representative and agent for the transaction of business in Spain.

Third, Barcelona Traction, although always denying it, treated the Barcelona office of the enterprise continuously as an agency, branch and establishment of Barcelona Traction for transacting its business in Spain.

Fourth, Barcelona Traction, although not admitting it, employed Arnús-Garí and then the Banco Español de Crédito continuously as its representative and agent for the servicing and exchange of its bonds and for repurchasing its own sterling bonds from Spanish holders.

Fifth, Barcelona Traction employed other banks as its representative and agent in connection with bonds and from time to time with other transactions.

Sixth, Barcelona Traction, although concealing it, from time to time employed various individuals as its nominees for carrying through transactions in Spain, including the purchase of concessions.

Seventh, Barcelona Traction, although always denying it, participated continuously in the business of the enterprise in Spain through the direct interventions in its operation day by day of the chairman and president of Barcelona Traction.

Eighth, Barcelona Traction, although concealing it behind the alias of International Utilities, was continuously the owner of large debts payable to it in Spain.

Ninth, Barcelona Traction, although concealing it behind nominees, from time to time held concessions in Spain.

Tenth, Barcelona Traction had sterling bonds secured by the mortgage or charge of the property in Spain of Barcelona Traction's wholly owned subsidiaries and also on the debts owned by Barcelona Traction in Spain.

Eleventh, Barcelona Traction's First Mortgage bonds, by a specific charge in the Trust Deed, were secured directly on the lands and property in Spain of the companies which it owned. Moreover, after the 1924

Plan of Compromise, these bonds were payable, at the option of the creditor, in pesetas in Spain.

Twelfth, large sums of money were raised by Barcelona Traction from the Spanish public by the issue of peseta bonds, money repayable in Spain and secured on the assets of Barcelona Traction's subsidiaries in Spain.

Thirteenth, numerous creditors of Barcelona Traction, in the shape of Spanish holders of its peseta and sterling bonds, resided and held their bonds in Spain.

Fourteenth, the Barcelona Traction enterprise, in all its organs, at all times took active steps to deceive the Spanish authorities in regard to Barcelona Traction's relation to the enterprise and in regard to the role of the Barcelona office as representatives and agents of Barcelona Traction in Spain.

One could add more, Mr. President, but surely that is enough.

I have spoken of objective facts, Mr. President, because it is by reference to the objective facts that the complaint of a direct violation of international law through the mere assumption of bankruptcy jurisdiction over Barcelona Traction has to be determined. This would seem to have been the view of our learned opponent, Dr. Mann, when, in VIII, page 414, on the fifteenth day, he said:

"The Court . . . is now entering a field where it can and must leave Spanish law behind; where it is free from any findings and views of Spanish courts and Spanish lawyers."

With that we agree. The point for the Court on this question is whether, having regard to all the circumstances of the relations between Barcelona Traction and Spain, the exercise of bankruptcy jurisdiction by the Spanish courts was forbidden by any relevant prohibitory rule of international law.

Our contentions regarding the applicable principles of international law have already been addressed to the Court by my distinguished colleague, Professor Guggenheim; and the Court knows that we have considerable reservations as to the way in which Dr. Mann presented the law in VIII, pages 414 to 419 of the fifteenth day's record.

As I said at the beginning of my address, we think it doubtful whether customary law yet admits any prohibitive rule limiting the exercise of bankruptcy jurisdiction by a State within its own territory. But if any such prohibitive rule exists, it can only be that jurisdiction may not be assumed over a foreigner when there is no relevant link between the foreigner and the State concerned.

In our submission, when a fact is established that is applied in the domestic law of this or that State as a sufficient basis for the exercise of bankruptcy jurisdiction, without apparent objection from other States, there can be no foundation whatever for alleging a direct violation of international law by a State in regard to its mere assumption of jurisdiction on the basis of that fact. Here such facts can be and have been established in abundance; and they furnish bases for the exercise of bankruptcy jurisdiction acted on by the courts of different States. The real difference between us and our opponents is that we and they take different views of the evidence and the facts. Moreover, the difference between us on the facts is so wide that we simply are not on the same wavelength on this aspect of the case.

The evidence and the facts are before the Court. In our submission, independently of the fraud, the evidence shows that, as a matter of pure fact, Barcelona Traction employed Mr. Lawton and members of his staff as its representatives in Spain; that Barcelona Traction used the Barcelona office as its office, agency and establishment in Spain; and that Barcelona Traction so far controlled, directed and managed its wholly owned subsidiary in Spain that it made Ebro no more than its adjunct or instrument for itself engaging in business in Spain.

These circumstances, as we have shown in our Rejoinder, VI, pages 40 to 44, by themselves suffice to justify a court in treating the business of the subsidiary as that of the parent company itself. They also justify a finding, purely on the plane of fact, that Barcelona Traction had a permanent legal representative in Spain and maintained a permanent office, agency and establishment in Spain. And then in the other facts which I have listed a short while ago you have numerous other substantial facts linking Barcelona Traction to the jurisdiction of the Spanish courts. Accordingly, whatever view is taken of the applicable principles of international law, the idea that the mere assumption of jurisdiction by Spain over Barcelona Traction could be considered *ipso facto* a direct violation of international law continues to seem to us as completely out of touch with reality. Consider, Mr. President, what the evidence discloses in this case and consider what was said by the court in the *San Antonio Land* case.

In any event, Mr. President, the fraudulent misrepresentations by the Barcelona office to the Spanish authorities regarding the relation of Barcelona Traction to the companies in Spain cannot be left aside so easily as our opponents seem to wish. Our opponents mechanically repeating the old dogma of Barcelona Traction that it had no representative, office, agency, etc., in Spain, assert that Spain has failed to establish any evidence of fraud. And we even heard counsel for Belgium, in VIII, pages 461 and 462 of the seventeenth day contending on the issue of reparation that allegations of breaches of Spanish law or of fraud and deceit are cognizable only in the Spanish courts and are not matters which this Court is entitled to take into account.

Well, the notion that a falsehood or a deceit is not a falsehood or a deceit before an international tribunal unless it has been predetermined to be such by a municipal court, seems to us such a novel view of the relation between international and municipal law that we shall not dwell upon it.

That contention surprised us even more for its revelation of the extent to which the Belgian Government overlooks in these proceedings the actions of Barcelona Traction in deceiving and defrauding the Spanish authorities. The evidence of that deception and fraud is before the Court and there is far, far more of it than the few documents which I have had time to touch upon during my address.

We and our opponents, as I have said, are simply not on the same wavelength in regard to the facts. What else then can we do but rest upon the Court's appreciation of the evidence as a whole? We submit, and we do so in all sincerity, that the evidence establishes the intent of Barcelona Traction persistently to deceive and defraud the Spanish authorities not merely beyond any reasonable doubt but to the point of absolute certainty. We do not know upon what rational basis the Belgian Government feels able to arrive at a contrary conclusion, for our oppo-

nents have not produced an explanation of the many documents which contain, as we think, damning proof of Barcelona Traction's deception and fraud. But we feel confident that the standard of 2 per cent. truth adopted by Barcelona Traction is not one which will commend itself to the International Court of Justice. Indeed, as I have recalled to the Court, some of the major falsehoods told by Barcelona Traction were just blank lies—lies without even the 2 per cent. discount of truth.

The evidence, in our submission, amongst other things establishes with certainty that Barcelona Traction continuously and deliberately deceived the Spanish authorities on the four points: (1) whether it had a permanent representative in Spain; (2) whether it had in Ebro an office, agency or establishment in Spain; (3) whether it engaged in commercial activity in Spain; and (4) whether Ebro's debts were debts payable in Spain by Ebro to Barcelona Traction.

These points are, each one of them, highly relevant in regard to Barcelona Traction's liability to Spain's jurisdiction. If we are right in this submission, it is manifestly not open to Belgium to rely before this Court on the misrepresentations of Barcelona Traction as a basis for contesting Barcelona Traction's liability to Spanish jurisdiction.

The most fundamental principles of law and justice forbid it. Yet this is precisely what Belgium appears to be doing when in face of the evidence she persists in this allegation of usurpation of jurisdiction.

We could understand it, Mr. President, if Belgium were to say to you: "Well, Barcelona Traction may have done these things, but there still remains the question whether it suffered a denial of justice in the proceedings of the Spanish courts." We should strongly contest the denial of justice, but we should understand the position. What we do not understand is how in face of this most damning evidence of Barcelona Traction's frauds, Belgium can ask the Court to condone those very frauds, in effect, and to lend its aid to Barcelona Traction by giving them full faith and effect in these proceedings. And all this in the name of protecting Belgian nationals from a denial of justice!

Let me emphasize again that these falsehoods and deceptions are not just a matter of prehistory, but continued uninterruptedly from the beginning of the period of Sidro shareholding to the date of the bankruptcy and indeed even beyond it. In 1940 the reorganization of the enterprise began actively to be canvassed and Annex 112 of Counter-Memorial Annexes contains memoranda and correspondence on this question running from that date until September 1946. Those documents contain ample evidence of the deceitful methods of the enterprise, notably in the manipulation of accounts, and indicate that one of the obstacles to the reorganization was the difficulty of dismantling the false structure which Barcelona Traction had built up for the purpose of defrauding the Spanish treasury. I mention those documents only because they happen to be collected in a single Annex. There are many others which relate to the final years scattered through the Annexes. Thus, Mr. President, it is clear that the frauds were going full blast at the date of the bankruptcy.

Barcelona Traction's misrepresentation of its relation to the enterprise in Spain, in our submission, entitles Spain to ask the Court in these proceedings to treat Barcelona Traction as wholly identified with the companies in Spain: to treat Ebro as nothing but the *alter ego* of Barcelona Traction and Barcelona Traction as itself present and doing business in Spain in the guise of Ebro. For this submission, there is ample support

in the authorities which we have cited in our Rejoinder, VI, pages 40 to 44. In other words, we submit that the frauds of Barcelona Traction and Ebro are yet another ground on which Barcelona Traction must be held to have been liable to Spanish jurisdiction in 1948.

Accordingly, on the basis of the contentions which Professor Guggenheim and I have had the honour to present to you, we ask the Court to reject as totally unfounded the Belgian complaint that Barcelona Traction was not at the material date liable in any manner to the bankruptcy jurisdiction of the Spanish courts.

Mr. President, I now turn to another phase of the case, to the actual judgment of the Reus court and to the denial of justice aspect of this question of jurisdiction. I have dwelt at some length on the facts relating to Barcelona Traction's links with Spanish jurisdiction and to its frauds because they are no less relevant in regard to the complaint of an alleged denial of justice.

Our opponents, in their written pleadings and in VIII, page 414 of the record of the fifteenth day, have characterized our examination of the facts as a belated effort to justify the assumption of jurisdiction by attributing to Barcelona Traction a centre of commercial activity in Spain which is so plainly contrary to the facts of the case as accepted by the petitioners in bankruptcy and by the judge of Reus. But when the Court looks, as it will, at the texts of the judgment and other relevant documents with an unclouded eye, it will find that our opponents' presentation of the judge's treatment of this point itself seems to fall somewhat short of justice, and there is nothing belated in our justification of the ground upon which he assumed jurisdiction.

Reus, Mr. President, was a not unimportant town served by the electric railway and power lines of the Barcelona Traction enterprise. It was also a town to which, in their campaign against the co-operatives, Messrs. Spéciael, Lawton, Menschaert and Hubbard had given particular attention over a period of some years, finally withering it away into liquidation. Barcelona Traction and Ebro were therefore all too familiar with the town of Reus. Being a not unimportant town, Reus had a provincial court and it was before the Reus Court that the bondholders, for technical reasons which my learned colleague, Professor Uriá, will explain to you, elected to institute proceedings. Now if the Reus judge could have no knowledge of Barcelona Traction's activity against the Reus co-operative, the enterprise itself was, as it were, one of the facts of life in his district.

It is manifest on the face of the documents, Mr. President, that the Reus judge founded his assumption of jurisdiction essentially on Barcelona Traction's commercial activity in Spain. Yet, in their written pleadings and at the present hearings, our opponents in their efforts to discredit him seem persistently to shut their eyes to the fact. By doing so, in our submission, they put the whole of their discussion of the question of jurisdiction right off the rails.

In VIII, page 400, on the fourteenth day, our opponents introduced to you the relevant paragraph of the judgment of 12 February 1948 in words which seem intended to suggest that the judge knew that his exercise of jurisdiction was implausible and required explanation. If such was our opponents' intention, the suggestion is inadmissible. The petitioners in their application had dealt with the question of competence both from the point of view of Spain's jurisdiction over a foreigner and of

the territorial competence of the particular court over the particular matter. It was therefore natural for the judge to refer to those questions in his judgment. Indeed, under Spanish law, he would be expected to do so. For, when there is a possibility that a point of competence may afterwards be raised, a judge of first instance should indicate the position which he has taken on the point. The paragraph on jurisdiction and competence in the Reus judge's reasoning was, therefore, a perfectly normal feature of his judgment.

The paragraph, which our opponents have already read to the Court, runs as follows and I read it in the English version:

"Considering that this Court is competent to deal with the proceedings instituted by the plaintiff under Article 15 of the Commercial Code and Articles 63 (No. 9), 65 and 66 of the Code of Civil Procedure, taken as a whole, since, if Barcelona Traction has no domicile in Spain and on the other hand has its bonds secured by mortgages on property located in Catalonia, which, moreover, belongs to it through the intermediary of another company (*en forma mediata*), part of which property is located in the judicial district of the Court, this gives the Court jurisdictional authority to deal with this case, particularly if regard is had to the [view] expressed by the Supreme Court in its judgement of 3rd April 1922, which recognises the jurisdiction of the court which first adjudicated in bankruptcy, unless execution is pending." (VIII, p. 401.)

In this "considérant", Mr. President, it is clear that the judge dealt with the question of his competence both from the point of view of his jurisdiction over a foreign company and his local competence. This is manifest from his references to Article 15, which, as I shall show, concerns jurisdiction in regard to foreigners engaged in commerce, and to Articles 63 (No. 9), 65 and 66, which concern the competence of the Court in relation to other Spanish courts. Covering both points of competence, as it does, the reasoning of the "considérant" is very close-packed. But there can be no possible doubt whatever that it deals with both points of competence. Apart from the clear purport of the Articles themselves, the reference to the Supreme Court's decision of 3 April 1922 would alone suffice to show that the "considérant" deals with the local competence within Spain of the Reus court.

Our opponents, in VIII, page 401 of the record, expressly underline the distinction between international jurisdiction and territorial competence. Then, totally disregarding the fact that the "considérant" seeks to cover both points of competence, they pronounce:

"It follows that provisions relating to mere local competence are *ab initio* irrelevant and should not have been relied upon."

The suggestion seems to be that the judge's references to Articles 63, 65 and 66 were some sort of flagrant misapplication of Spanish law, that they indicate an abuse of the judicial function and a denial of justice. In the actual context of the "considérant", Mr. President, that suggestion is completely inadmissible; it merely shows at what sort of straws our opponents have to clutch in order to make their case against the Reus judge. The references to those Articles and mention of the decision of the Supreme Court—a mention disregarded by our opponents—were perfectly appropriate and pertinent on the point of territorial competence.

The first provision mentioned by the Reus judge was Article 15 of the Commercial Code. That was only logical. The general question of the competence of Spanish courts in regard to Barcelona Traction as a foreign commercial company naturally preceded in his mind the question of the particular competence of his own court. And Article 15 was an article which he rightly considered pertinent. In their Reply, V, page 334, our opponents sought to dispose of Article 15 by saying—quite incorrectly, we think—that the Article does not contain any rule of jurisdiction. At these hearings, warned perhaps by our comments in the Rejoinder, they were more cautious. They did not touch the Article—despite its precedence in the judge's reasoning—until they had sought to make a knave of him by mistakenly attributing to him the intention to base his general competence in regard to Barcelona Traction primarily on Articles 63 (No. 9), 65 and 66, which concern local competence. Then—it is in VIII, page 402, on the fourteenth day—they noticed Article 15:

“The other provision upon which the judge of Reus relied is no less inapplicable. It is Article 15 of the Spanish Commercial Code...”

They proceeded to read you the text of the Article, and it will be convenient if I do so again now. The text reads:

“Foreigners and companies incorporated abroad may carry on trade in Spain if they submit themselves to the laws of their countries so far as concerns their capacity to enter into contracts, and to the provisions of the present Code so far as concerns the creation of their establishments on Spanish territory, their commercial operations and the jurisdiction of the Courts of the nation.”

The provision in regard to jurisdiction may be slightly oblique in its expression, Mr. President. But it would seem to require a rather bold interpretation to read the Article as containing no rule on the liability of a foreign company to Spanish jurisdiction.

At any rate, our opponents now seem grudgingly to admit that the judge's reference to Article 15 might conceivably have had something to do with Spanish jurisdiction. For they ended:

“The provision, as the text makes clear, tells foreigners under what circumstances and with what consequences they may carry on business in Spain. But whether or not a Spanish rule of international jurisdiction may be derived from it, Article 15 does not matter in the present context because Barcelona Traction did not, in fact, or to the mind of the judge at Reus, carry on trade in Spain.” (VIII, p. 403.)

I shall ask you to look in a moment at what was in the mind of the judge of Reus, because our opponents take some liberty with his thoughts. But I must first put the record straight about Article 15.

Quite apart from the clear purport of that Article, the Reus judge had the highest authority for recourse to Article 15 as a rule of jurisdiction: namely the decision of the Spanish Supreme Court rendered in 1912 in the *Moncayo* case. That case concerned the bankruptcy of a Belgian company and, in reciting the title of the court to exercise jurisdiction, the Supreme Court referred first to Article 51 of the Code of Civil Procedure and, secondly and independently, to Article 15 of the Commercial Code. We

have given the texts of the relevant passages of the judgment in footnote 3 of page 257 of the Rejoinder, VI, and it can be found elsewhere. The question whether Barcelona Traction's circumstances brought it within Article 15 might be a matter of discussion on the facts. But, given the necessary facts, there really could be no doubt whatever that Article 15 would entitle the Court to take jurisdiction. The point was clear on the language of the Article and settled by authority. It was therefore perfectly natural for the Reus judge to refer to Article 15 as a basis for the exercise of his jurisdiction and to do so without labouring the point.

Before I return to the liberties which our opponents take with the thoughts of the judge, I want to make quite clear exactly what was involved in his reliance on Article 15. In the *Moncayo* case, as I have mentioned, the Supreme Court had invoked not only Article 15 but Article 51 (Code of Civil Procedure), which reads:

"The ordinary courts shall alone be competent to hear civil cases arising in Spanish territory between Spaniards, between foreigners and between Spaniards and foreigners."

Then, in the *Niel-on-Rupell* case, decided in 1939 and again relating to the bankruptcy of a Belgian company, the Barcelona Court of Appeals had invoked Article 51 as by itself a sufficient basis of jurisdiction. The relevant passages are on pages 521-522 of Volume II of the Annexes to the Belgian Reply. Furthermore, Mr. President, the petitioners of Barcelona Traction's bankruptcy, in their application to the Reus judge, had expressly invoked Article 51 of the Civil Code as well as Article 15 of the Commercial Code. Consequently, it seems evident that, in referring only to Article 15, the judge directed his mind particularly to the basis of jurisdiction found in that Article.

What else can this mean, Mr. President, but that the judge considered Barcelona Traction as having been engaged in commerce in Spain? For under Article 15 it is the act of engaging in commerce in Spain which entails submission to the jurisdiction of the Spanish Courts.

On page 402, on the fourteenth day, VIII, however, we found our opponents saying to you that the Reus judge must himself have recognized that Barcelona Traction did not have any commercial activity at all in Spain. They arrived at that conclusion by again disregarding the fact that the judge based his general competence over the foreign company upon Article 15 of the Commercial Code and by introducing into his reasoning not the words which he himself used concerning Barcelona Traction's domicile in Spain but words used by the petitioning bondholders in their application. Their argument on that page is an example of the way in which our opponents make a knave out of the Reus judge by putting together passages taken from here and there, without sufficient regard to their contexts.

Having recalled that the judge expressly states that Barcelona Traction has no domicile in Spain, our opponents continued:

"It is plain, therefore, that the judge of Reus himself must have recognized that Barcelona Traction did not have the centre of its commercial activity or, indeed, any commercial activity at all, in Spain, for if there had been a commercial activity, it would have been necessary to find its centre. By stating that there was no

domicile in Spain, the judge in our submission, held that there was no centre of commercial activity within the meaning of Article 65."

I have already pointed out that if the crucial "considérant" is read as it must be in the light of the judge's reliance on Article 15 as the basis of his general competence, the idea that he at the same time considered *Barcelona Traction* as having no commercial activity in Spain is really on the verge of absurdity.

Let us, however, look a little more closely at the "considérant". Having said that he considered himself competent under Article 15 of the Commercial Code and under the three articles of the Civil Code, the judge explained:

"Since, if *Barcelona Traction* has no domicile in Spain and, on the other hand, has its bonds secured by mortgages on property located in Catalonia, which moreover belongs to it through the intermediary of another company... part of which property is located in the judicial district of this Court, this gives the Court jurisdictional authority to deal with this case." (A.C.M., Vol. VII, p. 168.)

Is it not clear that when the judge there speaks of *Barcelona Traction's* having no domicile in Spain he is doing so with reference to his general competence with respect to *Barcelona Traction*? Otherwise, he must surely have spoken of "no domicile in Catalonia" and even our opponents seem to understand him as looking at *Barcelona Traction's* domicile there from the point of view of his general competence as a Spanish court.

The petitioners had put before the judge information indicating that *Barcelona Traction's* corporate domicile was in Canada, it had no domicile in Spain, and it was, of course, the fact that, whereas *Ebro* was a company registered in *Barcelona* for business in Spain, *Barcelona Traction* itself had never applied for registration. I would then ask the Court, bearing those facts in mind, to consider the significance of the words "on the other hand" by which the judge contrasted the fact that *Barcelona Traction* had no domicile in Spain with the fact that it had bonds secured by mortgages on property located in Catalonia and belonging to it through the intermediary of another company. Now remembering the judge's reliance on Article 15 as the basis of his general competence, is it not crystal clear that he was there saying in effect: notwithstanding the absence of any Spanish domicile, the fact that *Barcelona Traction* has issued bonds secured by mortgages on property located in Catalonia makes it a foreign company engaged in commercial activity in Spain and establishes my competence under Article 15? What else could he possibly have meant, Mr. President?

I ask the Court to note that in this "considérant", when dealing with his general competence, the judge laid stress on the fact that *Barcelona Traction* had no domicile in Spain. I then ask the Court to turn to the final paragraph of his judgment, which is to be found on page 169 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes, and where he deals with the publication of the declaration of bankruptcy in the official gazette of *Tarragona*. It will there see that the judge used quite different language: "seeing that the domicile of the bankrupt company is not known."

Our opponents have attacked the judge on that point too, ridiculing him for pretending that he did not know *Barcelona Traction's* domicile for purposes of publication, when he knew perfectly well that it was in

Toronto. That ridicule again disregards the context of the judge's statement. Once the judge had based his jurisdiction on Article 15 and, therefore, on the fact that Barcelona Traction was engaged in commerce in Catalonia, his reference to the domicile not being known is perfectly logical. Barcelona Traction had not registered as a company and had, therefore, no officially recognized commercial domicile in Spain.

My learned colleagues will deal further with the question of publication in due course. I merely underline that the very fact that here the judge spoke only of Barcelona Traction's having no known address confirms that he was treating it as engaged in commercial activity in Spain.

At the same time, on the general point of the judge's reliance on Article 15 of the Commercial Code, I should like to recall what Barcelona Traction itself said later on in the Act of 11 April 1953, by which it associated itself with the Boter appeal. The text is on page 887 of Volume IV of the Annexes to the Belgian Memorial. There Barcelona Traction, although denying that it had itself ever had an establishment or centre of operations in Spain, accepted the principle that a foreign company having its domicile abroad might have—

“...en territoire espagnol un établissement de commerce ou le centre de ses opérations commerciales”.

And Barcelona Traction then continued:

“Auquel cas cet établissement ou centre d'opérations tiendra lieu de domicile à l'effet de localiser la procédure de sa faillite. Telle est la conclusion à laquelle conduit le texte de l'article 15 du Code du Commerce.”

So far, Mr. President, have you found any trace whatever of the wild aberrations of the Reus judge which are said by our opponents to demonstrate his bad faith?

This is not, however, quite the end of our opponents' argument for they sought to reinforce it by asking you, as it were, to read into the judge's mind a passage in the application of the petitioning bondholders. This is where the petitioners draw his attention to the impossibility of publishing the declaration of bankruptcy at the domicile of the bankrupt company:

“...attendu que celle-ci ne l'a pas en Espagne, pas plus qu'elle n'y a un quelconque établissement commercial direct” (A.M., Vol. II, p. 263).

Now that passage our opponents joyfully greeted in VIII, page 402, on the fourteenth day as “this remarkable admission which, we submit, is as valid today as it was in 1948” and on the previous page they insisted that the passage had determined the atmosphere of the judgment and “throws the strongest possible light on the judge's findings, their basis and their implications”.

To us, Mr. President, that comment seems to be just one more of those clutchings at straws which discredit their attack on the Reus judge on this point. They disregard the judge's assumption of jurisdiction on the basis of Article 15 of the Commercial Code. They disregard the careful limitation of his own finding of the fact that the bankrupt company's domicile was not known. They disregard, as I shall show, the implications of the word “direct” by which the petitioners qualified their so-called

admission and last, but not least, they disregard the opening of Pandora's box—the revelations of the archives in Barcelona. Do they ask you to consider that in 1969 the so-called admission of the petitioning bondholders still stands unchanged in value as evidence of Barcelona Traction's position in Spain in 1948 even after the 98 per cent. fabrication and 2 per cent. truth formula came flying out of Pandora's box?

Nor do our opponents tell us very clearly what legal conclusions they are asking you to draw from what was, after all, only an observation of certain bondholders petitioning for Barcelona Traction's bankruptcy. Is it one of those estoppels that come shooting from their armoury so easily? If so, we really think that it is one which burns itself out before it leaves the ground.

Quite apart from the objections which I have already raised, the use which our opponents make of that one particular passage in the petitioners' application seems to us inadmissible. Even in the passage itself there is the warning in the qualification of the phrase "établissement commercial" by the word "direct". But, in addition, the application must, of course, be read as a whole. A French text of the document is reproduced on pages 12 to 20 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes and it will serve for the present purpose.

In the second paragraph the petitioners speak of the proceedings as being instituted "contre la société Barcelona Traction, Light & Power Company, société étrangère dont les intérêts seront indiqués plus avant". After dealing with the debts, the "cessation des paiements", the basis of the bankruptcy, the question of competence, etc., the petitioners set out on pages 17 to 19 their demand for the seizure of Barcelona Traction's assets and their statement of the assets belonging to Barcelona Traction. At the bottom of page 18 and top of page 19 the Court will see the petitioners' arguments to justify their demand for the seizure of the assets and there they, in effect, state that Barcelona Traction operates in Spain through Ebro. Thus, *inter alia*, the Court will find the following:

"... Barcelona Traction intervient sur tous les éléments de l'Ebro à travers cette société et retire pour elle ses bénéfices" (A.C.M., Vol. VII, Chap. 3, Ann. 2, p. 18).

and more pointedly at the end:

"De Barcelona Traction à Ebro en Espagne il y a un fil de commandement et ce fil de commandement... est l'appareil avec lequel agit Barcelona Traction" (*ibid.*, p. 19).

The petitioners thus make it perfectly clear to the judge that they considered that Barcelona Traction, although not itself having a domicile in Spain, was itself engaging in commercial activity in Spain through and under cover of Ebro. Could he possibly doubt then what they meant when they said that Barcelona Traction had no "établissement commercial direct"? In other words, quite apart from the other objections, even the remarkable admission is a very exiguous, quite useless, piece of straw with which to build a brick to throw at the judge of Reus.

Having in that way constructed a framework for the thoughts of the judge of Reus which the judge himself would assuredly not recognize as his own, our opponents in VIII, page 404, on the fifteenth day really seem to add insult to injury:

"It is probably not far-fetched to believe that the judge himself was conscious of the fact that none of the texts which he quoted and which I have so far discussed provided any foundation for the assumption of jurisdiction over this Canadian company. It was perhaps for such reason that he felt it necessary to add a further observation which had no statutory basis at all, but which he thought might support his conclusion."

The purpose of that gratuitous suggestion seems to be to prepare the Court for the idea that the judge was ready to advance any reason, however specious, to justify his assumption of jurisdiction.

Of what then do our opponents accuse the judge this time? The record in VIII, page 404, tells you:

"He [that is the judge] stated that Barcelona Traction bonds were secured in part by mortgages on property in Catalonia and that such property belonged... to it through the intermediary of another company part of which property is located in the judicial district of the court. The judge affirmed the competence of his court on the ground that there was property situate within its district but the property belonged to Ebro and was mortgaged by Ebro, not to the bondholders, not to Barcelona Traction, but to another Canadian company, namely National Trust."

Having pointed out that the judge was aware from the documents before him of Ebro's ownership of the property and of its being mortgaged to National Trust, counsel then took him severely to task:

"It only remains [he said] to emphasize again that not a single text has been, or will be, quoted which states that Spanish law makes the ownership of property the test of jurisdiction or local competence for purposes of bankruptcy proceedings." (VIII, p. 404.)

And, I argue, these further attacks on the judge are completely misdirected because, by disregarding the fact that he was basing his jurisdiction on Article 15 of the Commercial Code, they attribute to him notions which he simply did not have.

The "considérant", as we recognize, is close-packed. But we think it clear that our opponents misapply substantially the judge's reasoning when they imply that he based the general competence of his court essentially on Barcelona Traction's possession of property within his district. He based the general competence—the international competence—of his court expressly on Article 15; that is, on Barcelona Traction's having engaged in commerce in Spain. The so-called further observation, as I indicated a little while ago, is not really a further observation at all, but the subsuming of the case of Barcelona Traction under the provisions of the Articles which he had invoked. The conjunction "since", which precedes the so-called further observation makes this inescapably clear. Moreover, as I also then explained, it was in direct application of Article 15 that the Reus judge used the words:

"...if Barcelona Traction has no domicile in Spain and, on the other hand, has its bonds secured by mortgages on property located in Catalonia, etc." (A.C.M., Vol. VII, p. 168).

In short, those words were not used to indicate a specific title to competence in regard to Barcelona Traction's bankruptcy as such but to indicate a ground on which Barcelona Traction was to be considered as carrying on commercial activity in Spain.

The phrase in the "considérant" that immediately follows—"which moreover belongs to it through the intermediary of another company"—may, on the other hand, be thought to have the character of a further observation. At any rate, the word "moreover" would seem to suggest that by that phrase the judge intended to indicate either merely a make-weight fact or an independent supplementary ground on which Barcelona Traction might be considered as engaged in commerce in Spain. If his intention in that regard may not be entirely clear, there can be no real doubt that it is the issue of bonds by Barcelona Traction, secured by charges on property in Spain, which appears in the "considérant" as the primary reason given by the judge for regarding Barcelona Traction as engaged in commerce within the meaning of Article 15.

To put it at its lowest, Mr. President, our opponents seem to be on very dubious ground when they imply that the judge affirmed his international competence on the ground that there was property belonging to Barcelona Traction situate within his district.

In any event, the magisterial emphasis with which they declare that not a single text can be found which states that Spanish law makes the ownership of property the test of jurisdiction or local competence for purposes of bankruptcy proceedings seems to us misplaced. That statement is not really meaningful in terms of the Spanish system and in the present context may mislead. It is not meaningful because the Spanish system does not approach the matter in that way.

On pages 107 to 116 and 117 to 119 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes, the Court will find two important notes setting out the relevant rules governing competence and jurisdiction in Spanish law. As appears from these notes, competence and jurisdiction in bankruptcy forms part of the competence and jurisdiction of the ordinary civil courts. And, in principle, every court of first instance, of which the Reus court is one, is competent in bankruptcy matters. Moreover, governed as he was by the general rules of civil procedure, the Reus judge was bound to proceed on the assumption of the validity of his competence with respect to a bankruptcy petition submitted to his court unless and until it had been challenged by one of the parties.

Under Articles 56 and 58 of the Civil Procedure Code—expressly made applicable to foreigners by Article 70—the bankruptcy petition constituted an implied submission to his court which *ipso facto* established his competence to entertain the proceedings unless and until the competence was successfully challenged by the appropriate procedure.

In his judgment of 12 February 1948, therefore, the Reus judge was not called upon to examine, *ex officio* and in detail, his *prima facie* competence to entertain the petition. So far as he was concerned, and as between himself and the petitioners, that competence was undeniable until successfully challenged.

On the other hand, as I have previously explained, under Spanish practice the Reus judge would be expected to give an indication of his position on matters potentially the basis of an eventual challenge to his competence.

Named in the petition as defendant was a foreign company, asserted

on the basis of various elements of evidence to be engaged in commerce in Catalonia but described as not having any domicile or direct commercial establishment in Spain. Necessarily, this raised a possibility of a challenge to the competence of the court. Necessarily also, in indicating his position, the judge was driven to have recourse either to Article 15 of the Commercial Code or to Article 51 of the Civil Code, both of which expressly provide for the competence of Spanish courts in regard to foreigners. The latter Article is more general in its scope than Article 15 of the Commercial Code and, as we show on pages 111 and 112 of the volume in question (A.C.M., Vol. VIII), it has been given extensive application by the Supreme Court. The judge, as I have previously pointed out, would have been perfectly justified in indicating both Articles as bases of his jurisdiction. If he had, he might have saved some arguments in the present proceedings. He contented himself with indicating Article 15 but no one can suggest that there was anything sinister in that.

What then, Mr. President, about the facts in evidence before the judge, and the facts noted by him in his "considérant"?

Our opponents, we think, overlook the preliminary and summary character of the judgment of 12 February under Spanish bankruptcy procedure. Under that procedure, the judgment serves as a provisional order pronouncing the bankruptcy unless opposition is made and appropriate grounds are established for setting it aside. It has much the same character as what in common law systems is known as an order nisi; that is, an order which, if effectively opposed, will be annulled by the court but, if not, will become absolute.

The bankruptcy judgment is moreover given *ex parte* on the basis of the case presented by the petitioners. It has to be delivered within a very short space of time after receiving the petition.

The judge of Reus was, of course, bound to set out with sufficiency in his judgment the facts which, *prima facie*, he considered as justifying the declaration of bankruptcy. It was his duty, *ex officio*, to determine whether the evidence before him disclosed a *prima facie* basis for such a declaration. But his own competence he was bound to presume, and he was not called upon similarly to set out all the facts bearing on his general or his local competence. He was not called on to do more than to allude, as he did, to any elements of fact which he thought useful to explain his indication of Article 15 of the Commercial Code and Articles 63 (No. 9), 65 and 66 of the Civil Procedure Code as the basis of his competence.

These introductory observations, I can assure our opponents, are not made for the purpose of asking you to overlook any monstrous blunder made by the Reus judge. Nothing of the kind. Our purpose is simply to correct what seems to us the false perspective in which our opponents discuss his judgment. And then we do not think that you will see anything monstrous in the "considérant" by which he indicated the basis of his competence.

The Court rose at 1 p.m.

TWENTY-EIGHTH PUBLIC HEARING (29 V 69, 10 a.m.)

Present: [See hearing of 20 V 69.]

Sir Humphrey WALDOCK: When you adjourned yesterday I was dealing with the judgment of the Reus judge on jurisdiction. I had made some introductory observations in order to try and put the judgment into what we think is its correct perspective and, as the Court may recall, I had emphasized that in our view the judge had clearly based the general competence of the Spanish courts upon Article 15 of the Commercial Code, that is, on engaging in business in Spain.

The Reus judge had before him quite a bundle of documentary evidence attached to the petition and the sworn testimony of witnesses who spoke the truth of certain points in the petition. This body of evidence disclosed to the judge a series of facts each of which, whether or not individually a sufficient indication, produced a fairly strong odour of Barcelona Traction's commercial activity in Spain. Among them I may mention:

First, the stated objects of the company were traction, light and power in the city of Barcelona and the surrounding district, even if the company declared itself, in the legal documents, as a holding company having no domicile in Spain.

Secondly, the company possessed all Ebro's shares and bonds and constituted with it a single enterprise by which, through Ebro and other subsidiaries, it carried out the operations in Spain envisaged in its stated objects.

Thirdly, the company had issued First Mortgage bonds which, like its Prior Lien bonds, were secured on immovable property situated in Catalonia.

Fourthly, the coupons of the First Mortgage bonds specified the interest as payable in pesetas in Barcelona, allowing only an option to the bondholders to take their interest in other currencies at other places.

Fifthly, the company had treated the assets in Spain of its subsidiaries as if they were its own for the purpose of issuing its own bonds to the public as mortgage bonds and, in its 1945 Plan of Compromise, had proposed to use an issue of peseta bonds by its subsidiary Ebro as a means of withdrawing from circulation its sterling bonds.

Sixthly, the company had made very large advances to finance construction and development of the operating companies in Spain.

Seventhly, the company's income derived from earnings in Spanish currency through its holdings in companies whose revenues were obtained in pesetas.

Eighthly, some of the company's bonds were in the hands of Spanish nationals.

Ninthly, the company had attributed both its inability to pay its debts and its proposal for a plan of arrangement exclusively to conditions affecting Spain.

And tenthly, the company's inability to pay the interest on its bonds or to provide for their redemption applied not only to its sterling issues but also to an issue of peseta bonds in Spain.

The documents evidencing those facts, Mr. President, although submitted *ex parte*, were documents which either emanated from the bankrupt company itself or were official documents. In other words, the evidence showing these facts was the kind of evidence which, in a provisional judgment, it would be justifiable for the judge to treat as *prima facie* proof of the matters contained in it.

In addition, the Reus judge had of course before him, in the petition itself, further assertions of the petitioners: notably those alleging that in reality it was Barcelona Traction which operated in Spain and that there was a chain of command from Barcelona Traction to Ebro by means of which the former engaged in activity in Spain. At that stage in the proceedings these allegations were assertions of the petitioners which, though fully consistent with the general picture presented in the documents, had not an expressed basis in the evidence before the judge.

Now, the judge, as I have explained, was not then called upon to justify his competence on the facts. What did he do? He did not, as our opponents say, base his jurisdiction on Barcelona Traction's ownership of property in Spain which, formerly, was the property of Ebro. He based it on Barcelona Traction's having issued bonds which were secured by mortgages on property located in Catalonia, adding that this property moreover belonged to it through the intermediary of another company. In other words, he chose as his chief element of fact the fact which formed the very foundation of the bankruptcy petition before him: bonds issued by Barcelona Traction secured on property in Catalonia.

Was the judge's reference to that fact as an indication of Barcelona Traction's being engaged in commerce in Spain so very absurd, Mr. President? Can people normally arrange for the mortgage of property to secure their own debts without having either the power themselves to control the disposition of the property or at least a contract with those who have that same power? But in any event there was authority for the view that a mortgage securing debts abroad upon property in Spain is tantamount to engaging in business in Spain.

Volume I of our Rejoinder Annexes contains a long report by the Ministry of Finance which, *inter alia*, sets out the fiscal aspects of the activities of the enterprise. If the Court turns to page 101, it will see that for tax purposes a mortgage secured on immovable property in Spain is treated as a transaction producing revenue in Spain and therefore liable to tax. The rule was adumbrated in a Ministry of Finance circular of November 1903. It was then considered and explained in a decision of the Supreme Court of 16 May 1905, and a few months afterwards it was made statutory by the Royal Decree of 30 December 1905.

The Supreme Court held that it makes no difference whether both creditor and debtor are foreigners, or whether the interest is paid abroad. It explained:

“. . . c'est en territoire espagnol que le prêteur obtient ses revenus puisque, quelle que soit la forme sous laquelle le capital est représenté, l'hypothèque constitue une condition si essentielle, du point de vue économique, que c'est la valeur des biens hypothéqués, jointe à celle de leurs produits, et non le crédit personnel du propriétaire, qui permet au débiteur d'obtenir des capitaux en conservant la propriété et l'exploitation de ses biens, et au créancier de prêter avec la

certitude de percevoir en tout cas les intérêts et de récupérer le capital prêté" (A.Rej., Vol. I, Chap. I, p. 101).

The Supreme Court went on to conclude that those operations are accordingly considered as "portant sur la richesse nationale". The Supreme Court, it seems clear, characterized the transaction as one "portant sur la richesse nationale" independently of the debtor's ownership of the property. It is simply the fact of capital's having been raised and revenue obtained from immovable property in Spain which forms the basis of the principle.

We do not, of course, pretend to know precisely what considerations the judge had in mind when he indicated the issue of bonds mortgaged on property in Spain as a basis for treating Barcelona Traction as engaged in commerce in Spain: the common sense of the matter, or the principle explained by the Supreme Court, or some other aspect. But it seems to us inadmissible to characterize his conclusion of that indication as wholly inapposite, and still more inadmissible to regard it as a judicial aberration so wild as to be evidence of bad faith in the judge.

It seems to us equally inadmissible to characterize the judge's reference to Barcelona Traction's ownership of the property through Ebro as inapposite and evidence of bad faith. In the context of Article 15 and of the mortgage bonds as evidence of commercial activity in Spain, how could it be inapposite for the judge to point out that, moreover, the debtor company, through its ownership of Ebro, had a complete power of disposition over the property in Spain on which its bonds were secured?

Having placed his general competence on the plane of Barcelona Traction's engaging in business in Spain, the judge had to consider the possible implications of Articles 63 (No. 9), 65 and 66 of the Civil Procedure Code on his local competence. But it was not a question, Mr. President, under these Articles of the Civil Procedure Code, of establishing his competence to entertain the proceedings. So far as he was concerned that was already covered by the submission of the proceedings to his court by the petitioners, but the possibility existed of proceedings being instituted in another court and of a *déclinatoire*.

In bankruptcy matters it was Article 63 (No. 9) which provided for cases of concurrent competence. It had two paragraphs, the first of which indicated any place where the court is seized of a procedure of execution against the debtor. The second stated that preference should be given to the domicile of the debtor if either he or the majority of his creditors so demanded, but that otherwise the court should have competence where the bankruptcy was first declared.

A problem arose for the judge of Reus from the fact that the jurisprudence of the Supreme Court was divided in cases where bankruptcy proceedings have been instituted on the basis of a cessation of payments without there being any execution proceedings already pending. In some cases the court of the debtor's domicile had been preferred, in others that of the court first to declare the bankruptcy. This being so, and the bankrupt being a company held by the judge to be engaging in business in Spain, he felt himself called upon to consider the possible implications of the rules in Articles 65 and 66 concerning the legal domicile of persons engaged in commerce.

In the case of a company, the effect of these Articles was to prescribe the town notified as its legal domicile in its constitution or statutes or,

failing any such notification, the town where it has the centre of its commercial operations. Looking at these provisions, the judge at once found himself confronted with yet another problem. The bankrupt was a foreign company engaged, as he held, in commerce in Spain whose only domicile notified in its constitution or statutes was at a place abroad and who did not admit to having either any domicile or any centre of commercial operations in Spain.

What did he do? He referred to the fact that part of the property in Spain by which the mortgage bonds were secured was in his judicial district. This fact, I may perhaps point out, was not just a matter of notoriety in the district but appeared expressly in one of the documents before him, as the Court may see from the third paragraph on page 38 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes.

Precisely what the judge intended when he indicated that fact in the "considérant" may not be entirely clear. But since he was holding the mortgage of Barcelona Traction's bonds on property in Spain to be evidence of commerce in Spain, by indicating that part of the property was in his judicial district, he presumably meant that a part, at least, of Barcelona Traction's commercial operations was in his district. Perhaps he thought that, in the absence of any acknowledged domicile or centre of operations, this could suffice to furnish a basis for his competence under Articles 65 and 66 of the Civil Code. Bearing in mind that Barcelona Traction, if engaged in commerce in Spain, had violated the Commercial Code by not registering its domicile, was this really such an irrational treatment of the problem? Especially when the judge, as he was fully entitled to do, went on to underpin his title to competence with a second basis, the jurisprudence of the Supreme Court in its decision of 3 April 1922 (A.C.M., Vol. VII, p. 118), preferring the court making the first declaration of bankruptcy?

Well, neither we nor you, Mr. President, are called upon to say whether the Reus judge's "considérant" was the most perfect or the most artistic which might have been produced on the evidence then before him. What we say to the Court is that there is nothing whatever in the "considérant" to justify the conclusion that he travelled outside the proper limits of his judicial function in formulating it as he did. We think that the case by which our opponents seek to convict the judge of bad faith and abuse of his judicial function is completely vitiated by two serious defects. Firstly, they disregard the provisional summary and *ex parte* nature of the judgment of 12 February and secondly, by neglecting the significance of the judge's reliance on Article 15 of the Commercial Code, they misstate fundamentally the reasoning of the "considérant" in which he deals with his jurisdiction and competence.

I now pass, Mr. President, to the subsequent pronouncements on this point in *déclinatoire* or appellate proceedings. I do not propose to try the patience of the Court by going through these pronouncements in the same detail as I have with the judgment of 12 February. That judgment is the primary target of our opponents' attack and, if the Court is convinced that that attack fails, there really is not very much left to be discussed in regard to the denial of justice alleged to be found in the subsequent decisions of the Spanish courts regarding jurisdiction. Nevertheless our opponents' attacks upon these subsequent pronouncements call for some comment.

Our opponents have sought to build for you a picture of the judge of

Reus, the special judge and the Barcelona Court of Appeal twisting and turning in order to try and find some plausible basis for supporting the allegedly shocking decision of 12 February 1948. They begin this little caricature of the Spanish courts on the second half of page 404 of the fifteenth day and it runs through to page 407 (VIII). These pages seem to us by themselves quite sufficient to discredit our opponents' case on the supposed denial of justice. In drawing that caricature, they again disregard the provisional and summary character of the original judgment and the consequently normal process of the expansion of its reasoning in face of a pertinent *déclinatoire* challenging the court's competence. They again disregard the fact that the "considérant" of the original judgment deals not only with the general but also with the local competence of the court; and they treat the judge's references to his local competence as if they were references to his general competence. And they again disregard the fact that the judge based his general competence on Article 15 of the Commercial Code and thus on commerce in Spain.

Now if the Members of the Court will be good enough to look at what our opponents say in VIII, page 405 of that day about the judge of Reus' handling of the García del Cid *déclinatoire* and at the text of the judgment dismissing it, they will easily see what we mean. The text of the judgment used by our opponents is a French translation printed on page 321 of Volume II of their Memorial Annexes and for convenience, I also use that text.

Our opponents presented this judgment to you as follows:

"The denial of justice of which, according to the Belgian submission, the judge of Reus was guilty on 12 February 1948, is underlined by a further judgment which he gave two weeks later in the declinatory proceedings brought by García del Cid, in which he [that is the judge] purported to advance the very grounds of the judgment declaring bankruptcy but in which he omitted some of those grounds and added two new hardly more convincing reasons.

He now refers also to Article 70 of the Code of Civil Procedure, another provision dealing with local venue. It simply renders the provisions relative to competence applicable to foreigners, but does not add anything to those provisions. In particular, it does not contain any new or independent definition of the circumstances in which foreigners are subject to Spanish tribunals.

Furthermore, the judge refers to Article 29 of the Decree on Foreigners of 1852, which is another provision making foreigners domiciled in Spain subject to Spanish law." (VIII, pp. 404-405.)

There is one further sentence, Mr. President, to which I shall return. But I want to stop there and ask you to note how you are apparently asked to understand that in this *déclinatoire* judgment, you see the judge of Reus anxiously investigating his general competence to exercise jurisdiction over Barcelona Traction as a foreign company and desperately turning this way and that in his efforts to justify it.

But was he, Mr. President? It might have helped to give you a more balanced picture of the judge of Reus, if our opponents had reminded you that the García del Cid *déclinatoire* did not relate to his general competence at all. As the first paragraph of the judgment shows, the application was for the case to be remitted from the Reus court to the

Barcelona court of first instance; a question purely of local competence. Naturally, it is in the light of this object of the proceedings that the "considérant" in this judgment has to be understood. The "considérant" itself reads:

"La compétence des Tribunaux espagnols pour connaître de ce jugement universel ayant été reconnue conformément au Décret Royal d'extranéité du 17 novembre 1852, la compétence du présent Tribunal est déterminée par les motifs mêmes du jugement de déclaration de faillite, à savoir par l'article 15 du Code de Commerce et l'article 62, règles 9 et 70 de la Loi de Procédure Civile." (A.M., Vol. II, p. 321.)

Well now, the judge there makes a very clear distinction between the general competence of the Spanish courts with respect to Barcelona Traction and his own particular competence in relation to the Barcelona court; and it was only the latter point upon which he had to pronounce his judgment. But our opponents run both things together and what kind of accusations do they throw at the judge? They thunder that he purported to advance the very grounds of the judgment of 12 February, but in fact omitted some and added two new hardly more convincing reasons.

This seems to us, Mr. President, a quite extraordinary way to go about reading a judgment. When a judge says that he determines his own local competence upon the very same grounds as in his previous judgment, is it not to be supposed that he actually means what he says? And when, without repeating the indications of fact contained in that judgment or its mention of a Supreme Court decision, he specifically picks out the two principal statutory texts on which he based that judgment, is it really to be supposed that his omission to refer specifically to two other texts mentioned in the previous judgment shows that, after all, he was chopping and changing his reasons for justifying his competence? Could any judge escape condemnation if his judgments were read in that way?

Our opponents' thunder concerning the supposed shiftiness of the judge in adding a mention of Article 70 of the Civil Procedure Code is no less astonishing. They actually protest that this is an Article dealing with local competence and contains nothing new about the circumstances in which foreigners are subject to Spanish tribunals. But, as our opponents neglect to tell you, the judge was in fact dealing with a *déclinatoire* directed to his local competence. Why then, should mention of a further text regulating local competence be considered to convict the unfortunate man of a grave abuse of his judicial function? True, the further text did not add anything that was not already implied in his previous judgments, but Article 70 was extremely pertinent to the matter in hand. It lays down that the provisions of the preceding articles of the Code dealing with competence, which include all the articles on local competence on which the judge had relied on his previous judgments, are applicable to foreigners. His local competence had been challenged and the bankrupt was a foreign company.

Admittedly, the other new article mentioned by the judge, Article 29 of the Royal Decree of 1852, does concern the general competence of Spanish courts over foreigners. A French translation of the Article is in the middle of page 109 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes and at the bottom of page III there is an explanation of its present status in Spanish law. Now this Article brings me back, Mr. President,

to the final sentence of our opponents' comment which I had omitted. The judge's reference to the competence of the Spanish courts was itself quite incidental since that was not in issue in the *déclinatoire*, and the reference to the Article appears equally incidental. However, stressing that the Article is one including foreigners domiciled in Spain subject to Spanish law, our opponents draw the attention of the Court to what they call the judge's failure to appreciate that, on the basis of his own findings, the Decree of 1852 could not be in point. That comment is no more than a throw-back to the misreading of the judgment of 12 February by our opponents which I have already examined. But if one allows the unfortunate judge the benefit of his own reasoning and not that attributed to him, was it really out of point for him to refer to the 1852 Decree?

True, Article 29 of the Decree speaks of foreigners "domiciled or in passage" being subject to Spanish law and Spanish tribunals. But the judge had held that Barcelona Traction, although having no known domicile in Spain, was engaged in commerce in Spain within the meaning of Article 15 of the Commercial Code. On that basis, Barcelona Traction had violated the law by failing to notify its commercial domicile in Spain to the authorities. Is it conceivable that in such a situation and applying such a text any judge anywhere would allow the foreign company to plead its own violation of the law and claim that it was not subject to the local law because not domiciled in the country?

No, Mr. President, the judge's reference to the 1852 Decree may also not have added very much to what was already implied in his earlier reference to Article 15 of the Commercial Code. But it was not out of point.

I now pass to the judgment of 12 February 1949 given by the special judge rejecting the Boter *déclinatoire*. This *déclinatoire* asked that the Spanish courts should decline jurisdiction in favour of the English courts and therefore did put in issue the general competence of the Spanish court. A French translation of the judgment is given on pages 411 to 414 of Volume II of the Belgian Memorial Annexes and our opponents opened their discussion of it on page 405 (VIII) of the 15th day with the following observation:

"To the seven alleged reasons, including six statutory provisions, so far given by the judge of Reus, the special judge now adds three additional reasons, including one statutory provision, making a total of ten up to this point."

Our opponents, as I mentioned earlier, prefaced their attack upon the Reus judge by underlining the distinction between general and local competence. Why they did so we cannot imagine; for they never thereafter paid any attention to that distinction. Here, four of the statutory provisions invoked by the judge of Reus manifestly relate to local competence and local competence alone; only two—Article 15 of the Commercial Code and the 1852 Decree—relate to the general competence of the Spanish courts. Yet our opponents jumble them all up and then throw suspicion on the intentions of the Spanish courts. The result is a total confusion of the issues of general and local competence which vitiates this sort of criticism *ab initio*. I shall not pursue the point.

But I must say a word more on the question of the supposed writhings and contortions of the Spanish courts in their efforts to find a plausible explanation of the supposedly monstrous decision of the Reus judge. The

special judge, in dealing with the Boter *déclinatoire*, was standing in the shoes of the Reus judge. The general competence of the court which, being *prima facie* established, had been dealt with only summarily by the Reus judge had now been expressly challenged. It was therefore only natural that the special judge should examine more fully and give a more fully reasoned decision on the question of his general competence to entertain the proceedings. Yet it is apparently suggested that, by the mere fact of doing what it was his judicial function to do, the unfortunate man could not fail to furnish this Court with evidence of an abuse of his judicial office. Do judges in Belgium, we wonder, face this awful dilemma when they feel disposed to support a judgment by adding new considerations to supplement its reasoning?

The Court may, indeed, find a certain interest in the contrast between our opponents' approach here to the interpretation of judgments affecting Barcelona Traction and their approach on page 329 of the Reply, V, to the interpretation of other Spanish judgments. When it is a question of sweeping under the carpet inconvenient jurisprudence of highest Spanish courts, what is the logical approach to judgments advocated by our opponents? Let me read it:

“Il ne suffit pas, en effet, de relever, comme le fait le Gouvernement espagnol, qu'un critère de compétence a été affirmé par certaines décisions judiciaires ou par la loi de certains Etats, pour pouvoir affirmer qu'une déclaration de faillite fondée exclusivement sur ce critère serait internationalement justifiée. En effet, la méthode adoptée par le contre-mémoire ne tient pas compte de ce que, dans la plupart des cas tranchés par la jurisprudence qu'il cite, il existait plusieurs points de rattachement à la juridiction du for; le fait que les décisions aient retenu, dans leur motivation, l'un de ces points de rattachement et non les autres ne signifie pas qu'elles l'eussent considéré suffisant s'il avait été le seul.”

Now this Court is therefore asked, it seems, to proceed upon the basis of a somewhat specialist doctrine of interpretation of the judgments of Spanish courts. When the highest courts in the land have pronounced after the fullest consideration of the case, their reliance on this or that point apparently means nothing; they may have had any manner of other points in their minds as the basis of their decisions. When, however, a judge of first instance dealing with Barcelona Traction pronounces a summary judgment on a provisional view of *ex parte* evidence, he is to be understood as having dealt exhaustively with every point in the case which he then considered capable of supporting his decision.

On page 405 (VIII) of the record, our opponents criticize the special judge's references to two matters of fact. I do not think that I need pause on these criticisms because they will be sufficiently covered by what I shall say later. I cannot fail, however, to point out that the special judge refers to other elements of fact than those mentioned by our opponents; and that they repeat here once again their canard that the Reus judge had implicitly denied the existence of any business of Barcelona Traction at all in Spain. In general, Mr. President, we are quite content to leave the appreciation of that judgment of the special judge to the Court. It is a competent, persuasive piece of judicial workmanship which is, we think, impervious to the kind of missiles being thrown at it by our opponents.

The special judge did invoke a new statutory provision, Article 51 of the Civil Procedure Code, of which I must speak a little. But I should like first to refer to the judgment of the Barcelona Court of Appeal in 1963 dismissing Boter's appeal against the special judge's rejection of his *déclinatoire*; for Article 51 appears also in that judgment and it will be convenient to discuss Article 51 in both contexts.

Not only was the case before the Barcelona Court of Appeal an appeal but Barcelona Traction had now associated itself with the proceedings—the *déclinatoire* Boter—and there was, in addition, further evidence before the court. Accordingly, it ought not to surprise anyone that the court dealt with the question of competence at substantially greater length than it had been dealt with by the special judge. This again—this judgment—is a thoroughly competent and logically argued judgment; and is one which, in our view, is fully capable on its own merits of standing up to our opponents' attacks.

Our opponents, on pages 406 to 407 of the record (VIII), point to the court's references in paragraph 5 of its judgment to some 30 of the new documents which it had before it. And they complain that the documents referred to do not constitute any evidence of Barcelona Traction's being engaged in business in Spain in February 1948 or shortly before that date. They let fall brief comment on the three most recent of the documents, at the same time saying that they are tempted to refer to each of the 30 documents. But they resisted the temptation and, as I have already troubled the Court rather long with similar evidence from those archives, I do not think that it would serve any purpose for me to grapple in detail with the comments of our opponents upon the three documents in question.

In our view, the question whether a foreign company is engaged in commerce or has a place of business in Spain is, and must be, primarily a question of fact. In saying that we are merely adopting the same standpoint as that taken by Judge Hand in the *San Antonio* case. We and our opponents differ radically as to the facts which may constitute evidence of engaging in commerce. We shall therefore say only two things about the documents referred to by the Barcelona Court of Appeal in its judgment. First, that they contained various indications of business in Spain which it was reasonable for the court to take into account in appreciating whether Barcelona Traction had been engaged in business in Spain before its bankruptcy. Secondly, a number of the facts invoked and of the conclusions drawn from them by the court, seem to have their parallels in the *San Antonio* case.

I ask the Court to turn its attention to Article 51 of the Civil Procedure Code, cited by both the special judge and the Barcelona Court of Appeal, and also to the connected question of the *Moncayo* case cited by those courts under the title of the judgment of 17 January 1912 (A. R., Vol. II, p. 475).

The judge of Reus, as the Court has seen, cited the Royal Decree of 1852, a forerunner of Article 51, in his judgment in the *García del Cid déclinatoire*, but in neither of his judgments did he cite Article 51. It was, on the other hand, included amongst the texts cited by the special judge and the Court of Appeal. The Article states:

“The ordinary court shall also be competent to hear civil cases arising in Spanish territory between Spaniards, between foreigners, and between foreigners and Spaniards.”

Its purpose, as our opponents noted, was to render foreigners subject to the same tribunals as Spaniards. That being so, they say, the Article does not touch the question under what circumstances the ordinary courts are authorized to exercise their jurisdiction in respect of foreigners. And they imply that the introduction of this Article into the reasoning of the special judge and the Court of Appeal was simply another specious attempt to provide some legal-looking clothes for the supposedly lawless decision of the Reus judge.

Our view, as I have explained, is that Article 15 of the Commercial Code was entirely sufficient by itself as a statutory text upon which to found the general competence of the Spanish courts to entertain bankruptcy proceedings with respect to Barcelona Traction. But we cannot accept the suggestion of our opponents that the reference to Article 51 of the Civil Procedure Code had no bearing on the Reus judge's general competence with respect to Barcelona Traction and was a mere piece of window-dressing.

Article 51, combined with Article 70, subjects foreigners not merely to the ordinary courts but also to the general rules of the Civil Code concerning procedure and competence, and these include, for example, the rules governing express and tacit submission to competence by the institution of proceedings. Article 51, as we have explained on pages 111 to 116 of Volume VII of our Counter-Memorial Annexes, has been liberally interpreted in an extensive jurisprudence of the Supreme Court. The jurisprudence there cited is by itself sufficient to refute our opponents' suggestion that on this matter the Spanish Government is inventing new doctrines. Still more does that jurisprudence completely explode the idea that there was anything specious or disingenuous in the introduction of Article 51 into the reasoning of the special judge and of the Court of Appeal. That jurisprudence shows that it is almost *de rigueur* to refer to the implications of Article 51 in cases raising questions of competence over foreigners. I do not, therefore, feel that I need do more than ask the Court to refer to those pages.

I pass then to the *Moncayo* case, about the implications of which there is a difference of opinion. It was, as I have already recalled, a case concerning the bankruptcy of a Belgian company.

The Supreme Court had cited both Article 51 of the Civil Procedure Code and Article 15 of the Commercial Code as bases of its competence with respect to the foreign company. The court then, in its third "attendu", invoked as its first element of fact the circumstance that the petition in bankruptcy had been filed by the foreign company itself. We of course, accept our opponents' contention that this was the principal ground on which the court founded its competence. But we differ sharply from our opponents when, on page 408 (VIII) of the fifteenth day, they imply that the further elements of fact invoked in that same "attendu" of the judgment were not regarded by the court as further relevant and sufficient grounds upon which a Spanish court may assume bankruptcy jurisdiction over a foreign company. We are content, by way of reply, to join in our opponents' invitation to the Court to read the decision. For their interpretation of the "attendu" seems to us to overlook the court's clear placing of these additional elements of fact among the considerations by which it justified the exercise of bankruptcy jurisdiction over the foreign company in question.

A French translation of the judgment is on page 475 of Volume II of

our Rejoinder Annexes and on the three preceding pages of that volume there is a note commenting on the case. We shall not, therefore, embark upon a detailed analysis of the wording of the judgment.

We cannot, however, let pass altogether an observation of our opponents on that same page of the record, designed it seems to get rid of the significance of the Supreme Court's reference to two particular elements of fact as relevant bases of bankruptcy jurisdiction in Spain.

The elements in question were the fact that property contributed as capital on incorporation of the company was immovable property located in Spain and the fact that the majority of the creditors were Spanish. Our opponents maintain that these facts were invoked simply as elements supporting the conclusion that the centre of the company's commercial operations was in Spain. The relevant passage of the "attendu" reads:

"... qu'au surplus les biens apportés en tant que capital lors de la constitution sont des immeubles qui se trouvent situés en territoire espagnol, que la majorité des créanciers sont des Espagnols et que le centre de ses opérations commerciales a été l'Espagne..." (A.Rej., Vol. II, p. 475).

We do not understand why it should be so clear that the first two of three quite separately stated elements should have been intended merely as make-weights to support the last.

We do not ask, and we have no need to ask, the Court to give to the decision of the Supreme Court in the *Moncayo* case any more weight or scope than its language will bear. A simple reading of its first three "attendus" suffices to show how perfectly natural and proper it was for the special judge and the Barcelona Court of Appeal to make mention of the *Moncayo* decision in their judgments. And the Supreme Court's decision in that case is far from standing alone, as can be seen from the jurisprudence cited in the notes in our Annexes to which I have referred.

You are not called upon, Mr. President, to determine whether the formulations of their judgments by the Reus court, the special judge and the Court of Appeal were the most correct or effective formulations which could have been devised. You are called upon only to determine whether those judgments exhibit an intention by the courts concerned to abuse their functions and deny justice to Barcelona Traction. The burden of proof is not upon us, Mr. President. But by analysing the judgments, pointing to statutory texts and explaining the relevant jurisprudence, we have sought to give the Court the means of satisfying itself that in formulating their judgments as they did the judges concerned in no way travelled outside the legitimate exercise of their functions in the application of Spanish legislation, Spanish procedure and Spanish jurisprudence.

By way of rounding off the matter of the *Moncayo* case and Article 51, I should like to remind the Court again of a decision of the Barcelona Court of Appeal nearly ten years before the bankruptcy of Barcelona Traction, namely the decision in the *Niel-on-Rupell* case in 1939. The court there upheld the defendant Belgian company's objection that the plaintiff company had failed to make out its title as a creditor. The court thus showed that it had no kind of animus against the company. The Belgian company had, however, also objected to the court's competence to entertain bankruptcy proceedings concerning it, claiming that it had no activity or business in Spain whatever. The Court of Appeal, invoking

Article 51, rejected this objection out of hand and asserted the competence of the Spanish courts in the most comprehensive terms. The judgment, as I said, is on pages 521 to 522 of Volume II of the Annexes to the Belgian Reply. It will be seen that the Barcelona court there expressly states that the absence of any activity or business in Spain was not an element which could be in itself a sufficient ground for upholding the objection.

As to whether engaging in business in Spain suffices to render a foreign company liable to the bankruptcy jurisdiction of the Spanish courts, we do not think that there can be any possible doubt on the question. Even our opponents, on pages 410 to 411 (VIII) of the fifteenth day, concede that there is very respectable authority in favour of that view. One work of authority which they mention is the monumental *Dictionary of the Spanish Administration* of Alcubilla. And the Court may have noted that, in the passage cited by our opponents, Alcubilla bases himself expressly on Article 15 of the Commercial Code and on the jurisprudence of the Spanish courts, citing in this connection what else but our old friend the *Moncayo* case.

At any rate, on page 410 of the record (VIII), our opponents did envisage the possibility that they might have to establish their allegations of a denial of justice on the assumption that the purely factual test of doing business in Spain is sufficient under Spanish law to warrant the exercise of bankruptcy jurisdiction over a foreign company. Then on pages 411 to 414 they commented briefly on the case presented by the Spanish Government in the written pleadings. Here we come back to the facts which it has been my duty to present to the Court during the past two days.

Our answers to our opponents' comments are therefore really contained in the case which I have already presented. Since we and they take a radically different view, both of the facts and their implications, we think that in regard to their contentions on the factual test of doing business in Spain our proper course is simply to rest upon the case which we have presented.

There are, it is true, some points on which we should not accept the concept of our contentions which appears in our opponents' comments, for example, in the matter of the use of the Barcelona office by Barcelona Traction to service the meetings of its own direct subsidiaries. But these points of difference have also, we think, been sufficiently covered in our case, and we leave the matter there.

On page 412 (VIII), however, our opponents make some play with the decision of the Supreme Court of the United States in *Cannon Manufacturing Company v. Cudahy Packing Company*: that the mere holding of 100 per cent. control—and I emphasize "mere"—did not render the business of the subsidiary the business of the parent. But, Mr. President, can anyone seriously suggest that in the case of Barcelona Traction and Ebro all that you have is a mere holding of 100 per cent.? Quite apart from that, the Supreme Court has shown a clear tendency to move away from the doctrine in the *Cannon* case, as was pointed out in the note on pages 443 to 444 of Volume II of our Rejoinder Annexes. Having regard to the actual facts of the present case, the interest and the decision in the *Cannon* case seems to us very marginal.

I am now, Mr. President, at the end of my discussion of the allegation of denial of justice said to be manifest in the decisions by which the Spanish courts assumed jurisdiction over Barcelona Traction. Bearing

in mind that this allegation implies the gross abuse of their functions and of Spanish law and procedure, we submit that the Belgian Government has wholly failed to establish any plausible basis for that allegation.

I propose now to take up quite briefly, Mr. President, the second issue of jurisdiction: the alleged violations of international law through the exercise of enforcement jurisdiction against the assets of Barcelona Traction's subsidiaries in Spain.

On the usurpation of jurisdiction aspect, our case is essentially that presented to the Court by our learned colleague, Professor Guggenheim.

On the denial of justice aspect, my learned Spanish colleagues will address you a little later.

My task then is the limited one of submitting to the Court the conclusions of this issue of jurisdiction which we ask it to draw from the facts which I have presented to the Court during the previous two days.

In general, Mr. President, we submit that when the judge of Reus treated the assets of Barcelona Traction's subsidiaries in Spain on the basis that they were in substance the assets of Barcelona Traction, his decision to do so was in plain accord with the actual facts as we know them today. As justification for this submission we rely upon the 14 general facts which we have already submitted as being established by the evidence. Even more, we rely on the following particular facts as being also established by the evidence:

- (1) Barcelona Traction owned all the shares and all the bonds of Ebro and virtually all the shares of the other subsidiaries;
- (2) Barcelona Traction financed and directed the operations of the enterprise in Spain as if they were its own operations;
- (3) the enterprise had a chain of command and a staff which operated as a unit;
- (4) Barcelona Traction used the assets of the enterprise in Spain as security for its bonds as if they were its own assets;
- (5) Barcelona Traction repeatedly manipulated the accounts of the companies of the enterprise as if the enterprise was a single financial unit;
- (6) Barcelona Traction repeatedly disregarded the corporate personalities and corporate estates of the companies of the enterprise by auto-contracts, depreciating their capital in favour of Barcelona Traction or of another company of the enterprise;
- (7) Barcelona Traction and Ebro repeatedly manipulated the rates of interest payable as between them as if Ebro's corporate estate was subject to Barcelona Traction's disposal;
- (8) Barcelona Traction insured the staff and property of the companies in Spain as if they were its own; and
- (9) Barcelona Traction persistently sought, by deceit and misrepresentation, to conceal the essential unity and identity of Barcelona Traction with the enterprise in Spain from the Spanish authorities.

Further indications of the unity of the enterprise could be added, Mr. President, but, in our view, the facts just mentioned fully suffice to justify the assets of the companies in Spain being treated as, in substance and in law, the assets of Barcelona Traction.

On the issue, therefore, of the legality under international law of the exercise of enforcement jurisdiction by the Reus court, we base its justification on two grounds:

- (1) there was no exercise of Spanish jurisdiction outside Spain and no encroachment on Canada's sovereignty, as Professor Guggenheim has shown; and
- (2) the treatment of the assets of the subsidiaries in Spain, as assets of Barcelona Traction, was in complete accord with the objective facts and cannot, for that reason also, be made a subject of complaint of usurpation of jurisdiction.

On the issue of denial of justice, the propriety of the decree of seizure under Spanish law will, as I said, be examined by my Spanish colleagues.

I therefore limit myself to pointing out that the treatment of the assets of the subsidiaries in Spain as assets of Barcelona Traction by the Reus judge was in accord with the objective facts. At the same time it may be pertinent for me to recall the words of Judge Hand when he explained the *rationale* of the law regarding the property of a bankrupt:

"A bankruptcy proceeding [he said] is a kind of equitable attachment, which should be held to reach whatever assets any available judicial process can reach." (New Doc. 1969, Vol. III, p. 117.)

I cannot leave the question of the alleged denial of justice in the exercise of jurisdiction with respect to Barcelona Traction without mentioning again the reaction of Barcelona Traction itself to that exercise of jurisdiction. As the Court will appreciate, the more our opponents seek to persuade you of the manifest character of the supposedly gross violation of Spanish law involved in the Reus court's assumption of jurisdiction, the more extraordinary becomes Barcelona Traction's failure to intervene at once in the proceedings and challenge the general competence of the Spanish courts.

As we know from the oral hearings, Barcelona Traction deliberately chose to adopt the *bonnet blanc, blanc bonnet* policy and thrust Ebro into court instead of itself. But Ebro, in its application of 16 February 1948, had nothing to say as to the Spanish court's lack of competence to assume jurisdiction over Barcelona Traction. Even Ebro challenged the seizure of its assets only on the substantive grounds; in doing so, however, it deliberately resorted to lies about its shares being bearer shares in order to throw doubts on Barcelona Traction's ownership of all its shares and, in that way, throw doubt also on Barcelona Traction's ownership of the assets in Spain.

Ebro always was the one put up to tell the necessary lies to the Spanish authorities and here you have it again with the judicial authorities, and for the purpose of trying to evade their enforcement jurisdiction.

Mr. President, it is a fact that Barcelona Traction asked for the first time to appear in the bankruptcy proceedings only on 18 June 1948. Even on that occasion it failed to challenge the jurisdiction of Spanish courts in the proper and the obligatory forms provided for by Spanish law and procedure. Barcelona Traction, under Spanish law, thereby must be considered as having tacitly acquiesced in Spanish jurisdiction.

It was only on 11 April 1953, by adhering to the *Boter déclinatoire*, that Barcelona again tried to dispute Spanish jurisdiction, but by that time surely, Mr. President, it was all much, much too late.

Finally, Mr. President, we are not unaware that our opponents complain that in Barcelona Traction the Reus judge did not have before him a potential or plausible bankrupt at all. Señor Gil-Robles has already

made some comments on Barcelona Traction's general financial condition. Other colleagues who follow me will have occasion to fill in the picture of Barcelona Traction's financial condition before and at the date of bankruptcy. The Court also has before it the several reports of Peat, Marwick which throw much light on this aspect of Belgium's complaint regarding the exercise of jurisdiction over Barcelona Traction. Nothing, therefore, is called for from me on that point.

PLAIDOIRIE DE M. REUTER

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. REUTER: Monsieur le Président, Messieurs les juges, la partie des plaidoiries espagnoles que nous aurons l'honneur de vous présenter porte sur la cessation des paiements de la Barcelona Traction et les actes des autorités non judiciaires. Un autre conseil espagnol, le professeur Uriá, exposera les problèmes de la cessation des paiements au regard du droit de la faillite en Espagne, tel que les tribunaux espagnols ont été amenés à l'appliquer dans la présente affaire. On ne saurait cependant oublier que tous les éléments de la cessation des paiements sont solidaires, comme nous serons amenés à le rappeler par quelques allusions. Si la Cour le veut donc bien nous garderons présents à l'esprit simultanément les deux aspects de la cessation des paiements.

Au regard des autorités non judiciaires, l'opposition entre les thèses belge et espagnole est à la fois simple et radicale et porte sur les causes de la cessation des paiements.

Pour la Belgique, la cause est, dans un premier temps, la pénurie de devises valant force majeure qui frappe l'Espagne et qui remonte de l'Etat à Ebro et de là à Barcelona Traction. Puis, dans un deuxième temps, la cause de la cessation des paiements est un refus illicite des autorités espagnoles désireuses de soutenir des intérêts privés hostiles à la Barcelona Traction.

Pour l'Espagne, il n'y a pas eu force majeure. La cessation des paiements tient, pour une part déterminante, à ce que les sociétés intéressées n'ont pas fourni aux autorités espagnoles des informations suffisantes pour recevoir les autorisations nécessaires ni pris, à cet effet, les voies convenables; thèse que le Gouvernement espagnol a vu confirmer d'une manière définitive et, nous le montrerons plus tard, opposable à la Belgique, par la déclaration conjointe du 11 juin 1951 (A.C.M., chap. II, vol. VI, p. 5), signée par les Gouvernements anglais, canadien et espagnol.

Cette opposition explique pourquoi notre distingué contradicteur a consacré une si longue part de ses plaidoiries à montrer que l'attitude espagnole était irréprochable; même dans ses refus, l'Espagne est innocente, tant du moins que l'ombre du financier majorquin ne sera pas venue recouvrir de sa noirceur le cours des événements. Mais, cette innocence de l'Espagne, que le Gouvernement belge reconnaît, n'est pas reconnue d'une manière désintéressée. C'est le Gouvernement belge qui a besoin de la pénurie des devises valant force majeure. Il en a besoin pour innocenter ses propres ressortissants, ceux qui n'ont pas payé les intérêts ou ceux qui n'ont pas présenté à l'administration espagnole de la manière convenable les demandes nécessaires.

Le Gouvernement espagnol pense, pour sa part, que le contraste que le Gouvernement belge veut faire apparaître n'existe pas. Avant, comme après la prétendue entrée en scène de M. March, le Gouvernement espagnol avait de bonnes raisons, autres que la pénurie, de refuser les devises.

Il ne saurait être question que le Gouvernement espagnol réponde à tous les points soulevés par notre estimé contradicteur qui a fait abs-

traction, comme la plupart de ses collègues d'ailleurs, des écritures espagnoles. Nous nous limiterons donc aux aspects essentiels de l'affaire et à quelques rectifications qu'appellent les affirmations de nos distingués contradicteurs, mais nous prions respectueusement la Cour de bien prendre acte que le Gouvernement espagnol n'apporte aucun acquiescement aux allégations adverses auxquelles nous aurons omis de répondre.

Notre plan épousera le déroulement historique des événements.

Dans un premier chapitre, nous examinerons les deux périodes: 1932-1936 et 1940-1945; la première, le plus brièvement possible, mais la seconde plus longuement. Ce chapitre sera intitulé « L'introuvable force majeure ».

Un deuxième chapitre sera consacré essentiellement aux refus d'autorisation opposés par les autorités espagnoles en 1945-1946 et à leur suite; il sera intitulé « Le prétendu délit international de l'Espagne ».

Nous terminerons enfin par un troisième chapitre consacré à cet épilogue qu'est la déclaration conjointe de 1951. Pour le Gouvernement espagnol cette déclaration constitue une justification; pour le Gouvernement belge elle constitue la source d'un grief nouveau. Notre dernier chapitre sera donc intitulé « De la justification et du péché de se justifier ».

Ce plan chronologique a peut-être une autre justification que celle de la clarté; il suit la structure du grief belge essentiel, qui est un grief qui mérite d'être qualifié d'« historique ». En effet, comme nous le montrerons, le grief belge essentiel ne peut être allégué qu'en ramassant en un tout des faits qui recouvrent une longue période de temps: il n'existe que par une totalisation historique.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 45

CHAPITRE I. L'INTROUVABLE FORCE MAJEURE

Nous commençons donc l'étude de la période qui s'étend de 1931 à 1936.

Quelles sont donc à ce sujet les conclusions que le Gouvernement espagnol avait voulu mettre en lumière dans les écritures au sujet de cette période?

Elles se ramènent à trois, fort simples, que nous demandons la permission de rappeler à la Cour.

Premièrement, c'est au cours de cette période que s'étendent aux questions de monnaie les soupçons, les enquêtes, les conflits qui sont apparus déjà dans divers domaines, notamment fiscaux, et qui tiennent à la conviction profonde de l'administration que les structures sociétaires et financières de l'entreprise ne permettent pas d'établir d'une manière loyale et convaincante des données chiffrées opposables aux autorités espagnoles; celles-ci sont, de leur côté, incapables de faire toute la lumière sur une dette extérieure d'Ebro dont elles ne nient pas le principe mais seulement le quantum loyal et les caractéristiques essentielles. Sur ce point, pour montrer que les relations entre l'administration espagnole et l'entreprise étaient déjà assez détériorées et répondre à des affirmations de nos adversaires, on pourra se reporter à une lettre du 21 avril 1932, de M. Alba, qui est rapportée aux annexes au contre-mémoire (vol. II, p. 76).

Deuxièmement, au cours de cette période, l'administration a déterminé des montants et choisi des formes de transfert ou d'autorisation qui évitent de l'engager *ipso facto* à l'égard des montants chiffrés totaux caractérisant les mécanismes essentiels que constituent les *General Mortgage Bonds* d'Ebro et le compte de celle-ci avec International Utilities.

Troisièmement, si Ebro a répondu à certaines questions de l'administration, le Gouvernement espagnol a soutenu et soutient encore que ces réponses étaient plus de nature à confirmer la méfiance qu'à éclairer. Ainsi, lorsque l'on répond — et ce n'est qu'un exemple — que les obligations d'Ebro « se présumant aux mains d'étrangers » (A.R., vol. II, n° 70, p. 385 et 386; A.D., vol. II, n° 23, p. 340) ou que lorsqu'en présence de questions un peu indiscretes on renvoie aux réponses qui seront données par la maison mère. Le Gouvernement belge soutient que les dettes extérieures d'Ebro ont été reconnues au cours de cette période sans fournir la moindre preuve que l'administration ait reconnu que le montant de ces dettes lui ait été opposable. En réalité, comme on va le voir dans un instant, le Gouvernement belge tente de soutenir cette affirmation pour venir à l'aide de l'argumentation difficile qu'il doit présenter pour la période qui s'étend de 1940 à 1945.

Nous n'en dirions pas plus sur la période 1931-1936 si le Gouvernement belge n'avait tant insisté et, tout de même, pour lui répondre, nous nous contenterons d'un seul exemple emprunté à l'année qui termine cette durée de 1931-1936.

Au début de l'année 1936, des arrangements existaient entre l'administration monétaire et l'entreprise. Les intéressés appelaient cela un *gentlemen's agreement*. Au même moment, un changement général en Europe intervient dans les relations cambiales entre Etats en ce sens que se généralise la conclusion des accords bilatéraux et un accord bilatéral de paiements hispano-britannique est signé le 6 janvier 1936. Le Canada entreprend avec l'Espagne les négociations ayant pour objet la conclusion d'un tel accord et les dirigeants d'Ebro approchent à ce moment-là les autorités canadiennes pour les sonder, pour voir si elles pourront bénéficier de l'accord canadien en voie de préparation. Le Canada rejette leurs prétentions parce que cela ne l'intéresse pas d'inclure dans un accord des transferts dont les bénéficiaires finals — c'est-à-dire finalement les porteurs des obligations de Barcelona Traction — ne se trouvent, pour leur immense majorité, qu'en dehors du Canada.

L'administration espagnole, de son côté, voulant appliquer pleinement la nouvelle méthode des accords bilatéraux, suspend le *gentlemen's agreement* et adresse à Ebro une demande de renseignements sur les destinataires finals des transferts qu'Ebro demande à l'administration.

Les dirigeants d'Ebro donnent une première réponse en disant que le destinataire des transferts concernant les *General Mortgage Bonds* est, à Londres, une banque anglaise qui est chargée de payer les obligataires d'Ebro. Au vu de cette réponse, l'administration espagnole déclare que ces transferts d'Ebro relèvent de l'accord de paiements entre l'Espagne et le Royaume-Uni. Mais l'administration demande que l'on accomplisse toutes les formalités nécessaires pour l'application de l'accord et c'est à ce moment-là qu'apparaît la difficulté.

Les dirigeants étudient les termes exacts de leur demande mais ils ne veulent pas mettre en cause, dans leur demande, les relations entre Barcelona Traction et Ebro; ils surent cependant que ces renseignements

pouvaient être insuffisants (A.D., vol. II, nos 18 et 19, p. 327 et suiv.), parce qu'un banquier n'est jamais le destinataire final d'un paiement — ce n'est qu'un intermédiaire. Mais l'attitude, à cette époque, de l'entreprise est parfaitement définie par l'extrait d'une lettre du 6 février 1936 dont nous citons le bref passage suivant :

« Moins nous dirons, mieux cela vaudra, mais, comme vous le dites vous-mêmes, il arrivera vraisemblablement un moment où nous serons obligés de donner quelques renseignements plus précis » (A.C.M., vol. V, n° 864, p. 103).

Nous arrivons ainsi à la période qui va de 1940 à 1945, et qui nous retiendra plus longtemps, parce qu'elle a le mérite de constituer l'antécédent immédiat de la faillite; et dans toute la durée de cette période, nous considérerons un moment de temps relativement très bref: le printemps 1940; trois mois à peine, plutôt même deux mois. Comme nous le montrerons, c'est à cette époque que l'entreprise s'est trouvée en face de choix essentiels: elle a pris ses décisions et ses risques. Certains de ces choix ne pouvaient plus être remis ultérieurement en cause sans des inconvénients majeurs; d'autres auraient pu l'être, et peut-être a-t-on songé à le faire, mais il y fallait un effort plus grand. L'ensemble des déterminations prises formait un tout cohérent, facile et bénéfique. Et c'est ainsi que l'entreprise devait sceller son destin, en s'en tenant à une ligne adoptée au début de l'année 1940.

L'attitude de l'entreprise, au cours de cette période, peut être examinée de deux manières, soit extérieurement, au regard de l'administration espagnole, soit, en quelque sorte, intérieurement, au regard des vraies causes de son comportement. Nous allons considérer dans deux paragraphes successifs ces deux aspects.

D'abord, l'aspect extérieur de l'attitude de l'entreprise.

Au regard de l'administration monétaire espagnole, l'attitude de l'entreprise fait l'objet d'une controverse entre les deux Parties, à propos de laquelle tout a été dit dans les écritures.

Les démonstrations espagnoles se trouvent longuement rapportées dans le contre-mémoire (IV, p. 161 à 175) et la duplique (VI, p. 154 à 190), et nous nous permettons d'y renvoyer respectueusement la Cour.

Peut-être nous pardonnera-t-on cependant de revenir sur trois points qui méritent une attention particulière.

Le premier point concerne l'obligation d'informer l'administration monétaire en vue d'une autorisation.

Quand la loi subordonne une autorisation administrative en matière monétaire à la communication d'informations, le requérant qui ne fournit pas d'informations suffisantes ne commet pas de délit, mais sa demande n'a aucune suite; l'administration n'est pas obligée de le harceler pour qu'il donne des informations, c'est à l'intéressé à prendre toutes les initiatives. Les agents de l'entreprise en Espagne savaient tout cela, leur stratégie était parfaitement mise au point et a été longuement exposée par eux; si, comme on l'a dit dans le passage cité plus haut, il y a pour eux toujours intérêt à en dire le moins, ils savent fort bien qu'il faut tenir compte de

« La nécessité de répondre à la communication de l'Institut espagnol de monnaie étrangère afin que jamais l'on ne puisse alléguer que le fait de ne pas disposer de devises est dû au retard dans

la transmission des renseignements demandés» (A.C.M., vol. VI, p. 171).

Au cours de cette période, les demandes ont eu un caractère pour ainsi dire formel et semblent n'avoir eu qu'un objet conservatoire; dans les cas extrêmes, elles ont même été faites en méconnaissance systématique des avis donnés par les conseils espagnols de l'entreprise. Nous en donnerons un exemple tout à l'heure.

Autrement dit, suivant les expressions populaires françaises, et, nous croyons aussi, espagnoles, on peut demander « du bout des lèvres », on peut demander « en faisant la bête ». Et les représentants de l'entreprise étaient passés maîtres dans ce jeu.

La deuxième observation générale que nous voulons présenter concerne le recours à l'accord de clearing du 18 mars 1940.

Le distingué conseil du Gouvernement belge a soutenu devant la Cour que le recours à l'accord de paiements hispano-britannique, du 18 mars 1940, était absolument incapable d'assurer aux obligataires de Barcelona Traction le bénéfice du moindre paiement (VIII, p. 66).

En effet, dit-on, si l'on part d'Ebro, Ebro est bien une société exploitant en Espagne, mais Ebro doit opérer son transfert vers des sociétés qui se trouvent au Canada, et, par conséquent, l'accord ne joue pas. Si, partant non pas d'Ebro, mais de Barcelona Traction, on imagine une demande présentée par Barcelona Traction, on constate que la situation est encore plus grave: puisque Barcelona Traction n'est pas présente en Espagne, elle ne peut donc pas demander aux Espagnols le bénéfice de l'accord. Autrement dit encore, les transferts qui doivent aboutir finalement au paiement des obligataires de Barcelona Traction présentent tous un caractère triangulaire: le paiement par l'Espagne doit aller vers le Canada, puis il reviendra vers l'Angleterre parce que c'est en Angleterre que résident la presque totalité des détenteurs des obligations *Prior Lien* et une fraction très importante des détenteurs d'obligations *First Mortgage*. Voilà la thèse belge.

Plutôt que d'entreprendre sur ces thèses une discussion académique, examinons donc ce que savaient sur ce sujet les dirigeants de l'entreprise et ce qu'ils ont fait ou négligé de faire.

Ils savaient, depuis 1936, nous venons de le dire, que les autorités canadiennes leur refuseraient les ressources d'un clearing entre le Canada et l'Espagne pour des opérations triangulaires ayant comme destinataires finals des personnes étrangères, pour la plupart, au territoire canadien.

Ils savaient aussi, et ceci est beaucoup plus grave, que si Ebro demandait à opérer un transfert pour le compte d'une entité qui se trouvait au Canada, ils n'obtiendraient pas ce bénéfice de l'accord entre l'Espagne et le Royaume-Uni.

Or c'est bien de cette dernière manière, c'est-à-dire sans aucun espoir d'obtenir une réponse positive, que les représentants de l'entreprise présentaient leur demande à des représentants britanniques — ceci a été exposé notamment dans la duplique, VI, à la page 126 — et c'est de cette manière que les choses ont de nouveau été exposées devant la Cour par les conseils du Gouvernement belge.

Mais les représentants de l'entreprise savaient autre chose aussi, et ils le savaient depuis 1936 également: d'autres possibilités s'offraient à eux. Dans une lettre du 18 avril 1936 (D., VI, p. 125; A.D., vol. II, n° 19, doc. n° 5, p. 335), on explique une solution possible: qu'Ebro établisse donc

que les destinataires finals des transferts qu'elle veut effectuer vers l'Angleterre résident en Angleterre et Ebro obtiendra dans la même proportion les devises correspondantes.

Mais cette solution avait un inconvénient qui était d'obliger de tirer au clair les rapports entre Barcelona Traction et Ebro et, pour cette raison, elle ne fut pas retenue. Mais il y avait d'autres solutions encore: Ebro pouvait mettre à la disposition de Barcelona Traction des pesetas en Espagne et Barcelona Traction aurait, à partir de l'Espagne, demandé des devises pour payer ses obligataires résidant en Angleterre.

Comme la précédente, cette solution avait l'inconvénient de mettre au clair les relations entre Barcelona Traction et Ebro.

Barcelona Traction pouvait se faire ouvrir un compte en Espagne et son conseil espagnol lui a démontré — ceci se trouve aux annexes à la duplique (vol. II, ann. 8, doc. n° 3, p. 227) — que cette solution était très possible. Nul doute qu'en faisant aux autorités espagnoles de l'époque toutes les démonstrations qui ont été faites plus tard devant la commission des experts de 1951 et devant la Cour internationale de Justice sur le rôle puissant et bienfaisant des investissements opérés en Espagne, elle aurait recueilli un assentiment certain du Gouvernement espagnol.

Il résulte, il est vrai, de tout ce que nous venons de dire et de tout ce qui a été exposé à la Cour par le professeur Waldock notamment, que cela aurait gêné la Barcelona Traction de faire cette démonstration à l'époque, parce qu'il y avait des choses que Barcelona Traction préférerait dissimuler. Peut-être, mais cela veut dire que Barcelona Traction a choisi entre sa gêne et les intérêts de ses obligataires; cela veut dire que, par sa libre volonté et non pas par la contrainte de la force majeure, elle a refusé une voie qui lui permettait de payer ses dettes.

Et que l'on ne dise pas que ce sont là des raisonnements hypothétiques et discutables trente ans après les événements. Les témoins de l'époque sont là pour nous dire le contraire: tous les documents que nous avons invoqués précédemment à propos de l'accord de paiements de 1936, l'opinion des conseils de Londres, en 1940, qui télégraphiaient: « Référez-vous à l'article 6 de l'accord anglo-espagnol qui à mon avis justifie la demande que vous faites pour des devises » (A.D., vol. II, n° 17, p. 325) et l'opinion du conseil espagnol sur laquelle nous allons revenir dans un instant le confirment. Et l'on pourrait encore ajouter les opinions exprimées à propos de cet accord ou de l'accord qui lui a succédé par la Barcelona Traction elle-même ou par les autorités britanniques, par exemple, dans le dernier rapport de la Barcelona Traction (A.R., vol. II, n° 79, doc. 4, p. 409), dans la circulaire du 15 janvier 1948 du conseil d'administration de la Barcelona Traction (A.C.M., vol. II, n° 113, doc. 9, p. 378 et 379), dans les déclarations de M. Ellis Rees qui sont publiées aux annexes à la réplique belge (n° 79, doc. 4, p. 409).

A qui soutiendrait alors que, à le supposer possible en droit, le recours à l'accord de paiements anglo-espagnol n'aurait conduit à rien, en fait, à cause de la pénurie de devises, il suffira de répondre de la manière suivante:

Premièrement, tous les arriérés des dettes financières de l'Espagne à l'égard du Royaume-Uni — nous parlons des arriérés — avaient été apurés en 1945; bien entendu, la Barcelona Traction n'aurait pas pu effacer en une année, dès le départ, toutes ses dettes et c'est pourquoi il était si important d'agir vite et de prendre pour elle rang dès l'origine en 1940, ce qu'après avoir hésité, comme nous allons le voir, elle a omis de faire.

Deuxièmement, d'autres sociétés du groupe de la Barcelona Traction exploitant en Espagne et, notamment, la société Energía, reçurent des devises pour assurer leurs échéances pendant la guerre, même des devises plus recherchées que la livre sterling, puisqu'il s'agissait de francs suisses.

Troisièmement et pour conclure, la Barcelona Traction n'aurait pu sans doute effacer ses arriérés que progressivement. Cela aurait pris du temps; cela aurait coûté à Barcelona Traction des efforts, des démarches et de la peine. Ce que le Gouvernement espagnol lui reproche essentiellement c'est moins de ne pas avoir tout payé d'un seul coup que de ne pas avoir fait, comme les autres sociétés, un effort qui était possible et qui aurait conduit à des résultats appréciables et appréciés.

Troisième observation générale: elle porte sur le conflit ouvert entre Ebro et l'administration espagnole.

On peut dire que pendant la période 1940-1945 il y a entre l'administration espagnole et Ebro un conflit latent concernant le montant admissible de la dette extérieure d'Ebro mais, en plus, va éclater un conflit ouvert. Il va éclater à propos de ce procédé que la Cour connaît, par lequel Ebro assurait le paiement des intérêts des obligations en pesetas de Barcelona Traction en faisant inscrire en contrepartie la contre-valeur de ce paiement au compte d'International Utilities.

Pour cette opération, Ebro devait adresser une demande à l'administration. La première demande concernant l'autorisation d'imputer un paiement est du 2 septembre 1940 (A.C.M., vol. VI, n° 3, p. 176); le 6 septembre (*ibid.*, doc. 3, p. 177), avec une promptitude qu'il faut relever — et cette fois-ci ce n'est pas M. March qui est le bénéficiaire — l'Institut autorise l'inscription de cette somme à un compte provisoire en pesetas qu'il faut créer à cet effet et déclare que le compte en dollars dont il est fait état dans la demande n'a pas été autorisé et que l'Institut en a eu connaissance pour la première fois par la demande. A cela, la société Ebro fit, le 8 octobre 1940, une réponse assez molle, dont nous extrayons le passage suivant:

« nous nous permettons de vous indiquer que ledit compte fut ouvert bien avant la création de votre Institut et que le Centre de négociation de la monnaie, actuellement disparu, était, en diverses occasions, intervenu dans ce compte, en autorisant des opérations qui y étaient relatives » (A.C.M., vol. VI, n° 3, doc. 5, p. 179).

Réponse très prudente qui, à notre avis, contrairement à une affirmation de notre estimé contradicteur (VIII, p. 70), ne prétend pas que le compte a été autorisé, mais seulement que des opérations relatives à ce compte ont été autorisées. A la suite de cette réponse, Ebro a, dès lors, passé toutes ses écritures par le compte en pesetas et a gardé le silence avec une explication bien caractéristique relatée dans une lettre du 19 septembre 1940 au conseil de l'entreprise (A.C.M., vol. VI, n° 3, doc. 72, p. 249).

Cette lettre décide de ne pas insister dans la demande adressée aux fonctionnaires de l'Institut espagnol de monnaie étrangère,

« parce que peut-être ils ne se souviendront plus des motifs qu'ils ont eus pour prendre cette décision et aussi parce qu'il est fort possible qu'il y ait un autre personnel et qu'un autre critère l'emporte dans ledit Institut ».

Or, cette contestation de l'opposabilité à l'administration d'un des mécanismes fondamentaux concernant les transferts et les structures financières du groupe était extrêmement grave.

Le fait même que l'administration ne reconnaissait pas la valeur probante des chiffres portés dans le compte était en lui-même un acte d'accusation de l'administration espagnole.

Même si aucune devise n'était espérée, Ebro aurait dû remuer ciel et terre pour obtenir une reconnaissance de l'administration. Notre distingué adversaire a soutenu que ce refus de reconnaissance de l'administration était irrégulier, mais raison de plus alors pour qu'Ebro agisse, intention des recours, fasse des pressions diplomatiques, comme elle savait si bien, au lieu de se terrer et d'attendre que l'administration oublie! Faute d'ouvrir immédiatement le dossier, Ebro laissait se creuser de jour en jour le fossé de méfiance qui la séparait de l'administration.

Par ailleurs, une telle situation ne pouvait être que provisoire; Ebro devait un jour demander, ainsi qu'elle le fit effectivement, la compensation entre le solde créditeur du compte en pesetas et débiteur du compte en dollars. L'administration le comprenait si bien qu'elle avait qualifié le compte en pesetas de « provisoire ». Bien entendu, l'administration, qui contestait le montant global du compte en dollars, n'aurait pu admettre que les explications qu'elle attendait soient indéfiniment retardées; elle pouvait s'armer de patience tant que la nécessité pour Ebro de demander périodiquement des autorisations lui faisait espérer des explications; mais toute clôture définitive du compte en pesetas supposait que les énigmes du compte en dollars soient préalablement élucidées.

C'est là un point très important qui, à lui seul, démontre la gravité du différend qui oppose, depuis 1940, Ebro et l'Institut espagnol de monnaie étrangère. C'est ce que cet Institut devait rappeler plus tard à Ebro en 1946; nous en reparlerons plus tard.

Nous pouvons maintenant conclure, en ce qui concerne l'attitude de l'entreprise à l'égard de l'administration espagnole: l'entreprise n'a pas informé l'administration de manière à ce que ses demandes soient satisfaites, elle n'a pas suivi les voies qui lui auraient permis d'effectuer des transferts; elle était en conflit avec l'administration et elle le savait parfaitement.

Ces remarques sont importantes car elles permettent de liquider l'explication de la force majeure que la Belgique entend invoquer pour expliquer la cessation des transferts de l'Ebro et la cessation des paiements de la Barcelona Traction. Il était déjà peut-être choquant d'invoquer cet argument de la force majeure si l'on considère, à la lumière de ce que nous savons aujourd'hui, quelle était l'attitude du groupe à l'égard des autorités espagnoles et de la loi applicable. Ebro, pour des raisons fiscales, soutenait inexactement qu'elle n'avait pas toutes ses affaires en Espagne; elle aurait donc dû disposer de ressources ailleurs; d'autre part, il est difficile d'admettre que la législation espagnole sur les devises serait une excuse de force majeure pour des entreprises qui l'ont si abondamment violée, faisant une abondante contrebande de devises (C.M., IV, p. 80) qui, pour la fraction qui a été soumise au juge des délits monétaires, s'élève à plus de 33 millions de pesetas. La force de la législation espagnole n'était pas tout à fait « majeure » pour les intéressés, et ce ne sont pas les obligataires qui ont profité des transferts irréguliers.

Mais ce ne sont là que des remarques toutes secondaires si l'on réfléchit aux aspects essentiels de cette question de la force majeure.

M. le professeur Uría n'aura aucune peine à rappeler deux règles évidentes : l'une suivant laquelle la cessation des paiements entraîne en droit espagnol la faillite, quelles que soient les causes de cette cessation, l'autre, plus générale encore, selon laquelle la force majeure ne peut jamais être constituée en droit privé par une impuissance financière.

Mais ce que l'on vient de dire empêche également le Gouvernement belge de soutenir que, sur un plan moral, Barcelona Traction aurait été déclarée en faillite sans que sa conduite y soit pour rien. Sa conduite, ses libres choix, y ont été précisément pour quelque chose. La force majeure ne peut être invoquée quand la contrainte qu'elle implique résulte, même partiellement, du fait de celui qui prétend s'en prévaloir. En un mot, la prétendue force majeure n'est pas extérieure à Barcelona Traction. Dès lors, pourquoi donc l'entreprise n'a-t-elle pas fait le nécessaire pour mettre fin à la cessation de paiements soit en effectuant des transferts, soit en consignnant en Espagne, à l'intention de ses créanciers, les sommes qui lui étaient dues?

On a déjà répondu partiellement et incidemment à ces questions, mais il faut maintenant les reprendre en examinant la conduite de l'entreprise vue de l'intérieur, c'est-à-dire en examinant quelles ont été les motivations des dirigeants telles qu'elles nous apparaissent aujourd'hui. C'est le deuxième paragraphe que nous avons annoncé.

L'attitude plus que passive prise par les dirigeants du groupe à l'égard des mesures à prendre et des démarches à effectuer auprès des autorités espagnoles est fondée sur des raisons de poids et d'intensité inégales, mais qui ont joué concurremment et ont été acceptées en toute clarté par les dirigeants en 1940.

Rappelons, en un mot, comment la situation se présente dans ce printemps de 1940 qui va maintenant retenir notre attention. A cette date, l'entreprise a disposé de nouvelles liquidités provenant du déblocage des comptes bancaires des filiales espagnoles immobilisés depuis le début de la guerre civile et remis à la disposition des intéressés par les autorités espagnoles. Mais Barcelona Traction devra reprendre le paiement des intérêts de ses obligations en pesetas ainsi que celui de ceux des obligations de ses filiales espagnoles qui était suspendu depuis trois ans et demi ; l'entreprise devra aussi prendre position auprès des autorités espagnoles en demandant des devises pour les obligations en sterling. De plus, l'entreprise en Espagne devra procéder à des investissements importants pour la remise en état de ses installations et pour la modernisation et l'extension de ses entreprises.

En présence de cette situation, l'entreprise détermina sa position en fonction de trois buts : primo, ne pas démasquer, aux yeux des autorités espagnoles, des mécanismes maintenus secrets dans la perspective d'une fraude ; secundo, financer des investissements avec l'argent dû aux obligataires ; tertio, préparer la réalisation finale d'une réforme de l'entreprise qui serait l'occasion d'un bénéfice aux dépens des obligataires et impliquerait bien entendu la reconnaissance d'une dette extérieure qui, jusqu'à présent, n'avait pas été admise dans son montant exact.

Examinons successivement ces trois buts : d'abord, ne pas démasquer aux yeux des autorités espagnoles des mécanismes maintenus secrets dans la perspective d'une fraude.

Ce point a été si longuement et si bien expliqué par le professeur Waldock que la Cour nous pardonnera de ne pas y insister longuement. Il est vrai que le Gouvernement espagnol a démontré qu'il y avait eu des

intentions de fraude, des manœuvres, des dissimulations, des contre-vérités, toutes choses qui sont des faits. On a dit à ce sujet que la Cour n'avait pas compétence pour appliquer le droit espagnol (VIII, p. 461), mais cette observation est sans aucune pertinence pour le point qui nous intéresse, au moins présentement; il suffit de constater que les dirigeants craignaient que ces dissimulations fussent considérées comme des fraudes ou que, découvertes, elles entraînaient des impositions. Et ce dernier fait ne peut être nié et a été reconnu à plusieurs reprises par le Gouvernement belge (A.R., vol. II, p. 414; D., vol. I, p. 123). Cela suffit pour nous. Pourquoi? Mais parce que ces structures, ces actes dissimulés répondent à des libres choix de l'entreprise; ils engagent sa responsabilité à l'égard de ceux qui en furent les victimes et notamment les obligataires. Or, lorsque l'on vient nous dire: l'entreprise ne pouvait ni utiliser un accord de clearing ni opérer une consignation en banque des sommes dues, parce qu'elle craignait de renoncer à une dissimulation — qui serait légitime dit-on — on donne une explication psychologique, mais non point une justification juridique au regard de la cessation des paiements.

Or, c'est bien ce qui est arrivé; c'est par crainte de faire cesser une dissimulation que jusqu'en 1946 jamais la Barcelona Traction, agissant par elle-même ou par l'intermédiaire d'Ebro, n'a effectué auprès des autorités monétaires espagnoles une démarche pour le paiement des intérêts de ses propres obligations libellées en livres sterling.

Jamais Ebro, demandant des devises pour payer International Utilities ou pour payer les intérêts de ses propres obligations, n'a indiqué que les devises demandées devaient bénéficier à Barcelona Traction et que, grâce à cela et seulement grâce à cela, Barcelona Traction pourrait payer ses propres obligataires.

Comme on l'a indiqué déjà, en étudiant les voies qui permettraient de mettre un terme à l'état de cessation des paiements de Barcelona Traction, les dirigeants ont rencontré, à un moment ou à un autre, le problème: comment agir pour ne pas mettre Barcelona Traction en cause dans l'affaire? Il en fut ainsi pour les transferts par l'accord bilatéral de 1936, nous l'avons dit (D., VI, p. 124; A.D., vol. II, n° 19, doc. 5), il en fut ainsi en 1940 (A.D., vol. II, n° 17, p. 325 et 326; A.R., vol. II, n° 79).

En 1940, le conseiller juridique espagnol qui effectuait parfois, pour le compte de l'entreprise, des démarches auprès des autorités espagnoles, avait été consulté sur la manière de présenter la première demande de devises à l'Institut espagnol de monnaie étrangère et avait indiqué qu'il fallait rattacher la demande de devises d'Ebro au versement de ces livres à Barcelona Traction (A.C.M., vol. VI, n° 2, doc. 18, p. 163).

Mais on devait rejeter tous ces conseils, même ceux, secondaires, qui tendaient à rendre la demande de devises plus acceptable par les autorités monétaires.

Dans une lettre du 25 avril 1940, le chef du département juridique d'Ebro donne les explications des choix finals (A.C.M., vol. VI, n° 2, doc. 18, p. 163) — nous demandons la permission à la Cour d'en lire un extrait. Il s'agit de la discussion qui vient d'avoir lieu entre le conseiller juridique de l'Ebro, M. T., et un fonctionnaire de cette société au sujet des inconvénients que pouvait entraîner toute procédure qui révélerait que toutes les obligations d'Ebro étaient dans les mains de Barcelona Traction:

« une déclaration selon laquelle toutes les obligations étaient dans les mains de Barcelona Traction tendrait à détruire la position que nous

avons maintenue avec succès depuis tant d'années, à savoir qu'il n'y a pas de connexion entre les deux compagnies et que Barcelona Traction n'opère pas en Espagne; M. T. déclara que si les intérêts des obligations de la Barcelona Traction n'étaient pas payés, une situation extrêmement dangereuse pourrait en résulter, ce sur quoi nous sommes d'accord; mais nous lui avons répondu que de notre point de vue ceci rendait d'autant plus nécessaire pour Ebro de se dissocier de la Barcelona Traction, et que nous pensions qu'après avoir présenté la présente demande, Ebro ne ferait rien de plus, la prochaine démarche, si les devises n'étaient pas accordées, étant l'affaire de la Barcelona Traction et de MM. Arnús-Gari ».

Il résulte de cette lettre les conclusions suivantes :

1. Le point crucial à dissimuler n'est pas que Barcelona Traction ait des intérêts dans Ebro — qu'elle soit, comme l'a dit un expert britannique, *heavily interested* — mais la confusion totale des intérêts entre elles et notamment que *toutes* les obligations d'Ebro sont dans les mains de Barcelona Traction. Sur ce point, le problème est parfaitement connu de M. Heineman, dont nous aurons à parler plus tard; nous nous référons à sa lettre du 29 mars 1940. (A.C.M., vol. II, n° 112, doc. 2, p. 298.)

2. En présence d'un danger, le réflexe de ces dirigeants est de dissocier Ebro et Barcelona Traction: la tactique d'Ebro au cours de la procédure de faillite, cette tactique qui apparaît dans le fameux *escrito* du 16 février 1948, elle est énoncée huit ans à l'avance dans le document que nous venons de lire (A.C.M., vol. III, n° 84, p. 23).

3. Le conseiller juridique d'Ebro, moins pessimiste que notre estimé contradicteur, retient tout à fait la possibilité qu'un transfert soit opéré à partir des banques à la suite d'une démarche, sous la réserve, bien entendu, que la solidarité totale d'Ebro et de Barcelona Traction ne soit pas mise en cause.

Et, puisque ce point a été tellement discuté, que l'on ne vienne pas dire qu'il s'agissait dans cette dissimulation de faits qui étaient connus de l'administration espagnole et qui étaient de notoriété publique. Le problème qui se posait à l'administration était d'être en possession d'une information absolument exacte et d'être capable d'en opérer la démonstration suivant les règles de preuve exigeantes du droit espagnol, et il faut croire que cela n'était pas si simple puisque, au cours de la faillite, on a vu les mêmes entreprises soutenir les thèses les plus divergentes concernant la propriété de ces titres et les faire même soutenir, sur l'ordre d'une cour canadienne, par National Trust. En réalité, l'administration espagnole était moralement certaine des faits mais elle ne pouvait pas le démontrer et les dirigeants le savaient. La situation est exprimée avec un parfait cynisme par l'un des dirigeants locaux commentant, dans une lettre, la dissimulation de l'affiliation d'une société au groupe (lettre du 19 janvier 1942, A.C.M., vol. V, n° 928, p. 224).

Nous demandons la permission de lire le texte en anglais, malgré notre prononciation défectueuse :

« we have to pretend it is not our Company — so many things in Spain are mere pretence but they swallow down somehow. However, legally it is not ours ».

(Nous avons à prétendre qu'elle n'est pas notre société — tant de choses en Espagne sont seulement des choses que l'on prétend, mais on les avale jusqu'à un certain point (*somehow*). Cependant légalement elle n'est pas nôtre.)

S'il était permis de parler devant la Cour un français aussi trivial que ce texte anglais, nous dirions: on veut nous faire croire que l'administration espagnole avait avalé bien des choses, mais en réalité elles lui étaient restées dans la gorge ou sur l'estomac.

Le deuxième motif qui explique la modération du zèle des dirigeants d'Ebro au regard des démarches qui auraient permis de commencer à mettre à jour les échéances des intérêts de Barcelona Traction tenait à l'affectation des liquidités des sociétés espagnoles aux besoins de l'entreprise en matière d'investissements.

Sur ce point, le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. de 1968 (A.D., vol. I, n° 2, p. 309 et suiv.) et leur rapport du 16 mai 1969 (nouv. doc. du Gouvernement espagnol, vol. I) ont donné des informations parfaitement claires auxquelles il suffira de renvoyer la Cour, notamment dans ses paragraphes 353, 378, 399 et 414 pour le premier rapport, ainsi que dans les nos 18, 19 et 183 pour le deuxième. Le Gouvernement belge a fait état, de son côté, de consultations diverses émanant de MM. Gelissen et Van Staveren (nouv. doc. n° 6 du Gouvernement belge) et de MM. Arthur Andersen & Co. (nouv. doc. n° 15 du Gouvernement belge). En ce qui concerne le point qui retient actuellement notre attention, les expertises déposées par le Gouvernement belge s'appuient sur le fait qu'à tout moment depuis 1940 le montant total des liquidités de l'entreprise aurait été supérieur au montant des intérêts arriérés de Barcelona Traction. Ce point est contesté par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. — rapport de 1969, par. 124 et suiv. — sur la base de nombreuses observations.

Au surplus, selon les experts belges, il serait parfaitement normal, aux Etats-Unis tout au moins, que le fonds de roulement des entreprises soit négatif, c'est-à-dire qu'à tout moment l'entreprise soit, même pour ses paiements courants, endettée.

Des réponses ont été données à ces affirmations par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. et il tombe sous le sens que les affirmations belges relatives à une comparaison avec les Etats-Unis ne sont pas d'un grand usage en l'espèce. La trésorerie d'une entreprise ne peut être établie en fonction d'une seule charge éventuelle, celle des dettes obligataires; toutes les conditions propres à l'époque, au lieu, aux caractères particuliers de chaque entreprise, à ce qu'aujourd'hui, dans le langage savant des économistes, on appellerait l'environnement économique, et notamment les conditions de crédit et des relations financières particulières à chaque entreprise, jouent un rôle déterminant. Le moins que l'on puisse dire, c'est que les problèmes d'Ebro de 1940 à 1945 n'étaient peut-être pas ceux des entreprises électriques de l'Utah et de l'Ohio de 1967 — voir sur ce point le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. du 16 mai 1969, nos 23, 117 et 160.

Mais nous n'avons nul besoin de rentrer dans la discussion de documents comptables formels; il suffit d'établir la manière dont les dirigeants ont apprécié la situation à l'époque, dans la chaleur et la vérité de l'événement vécu. Or, leurs déclarations montrent, sans contestation possible, qu'ils ont eu conscience qu'ils finançaient les investissements avec l'argent dû aux obligataires. Ceci nous suffit; nous n'avons pas à qualifier, au

point de vue de notre démonstration, d'une manière juridique, leur attitude: il nous suffit d'établir qu'ils ont agi en pleine connaissance de cause et de propos délibéré.

Ici, la manière la plus convenable peut-être d'établir notre conviction est tout simplement de proposer à la Cour une sorte de chronologie un peu télégraphique:

— novembre 1939: on envisage de nouveaux investissements importants (A.D., vol. II, doc. 8, n° 2, p. 222);

— 5, 6, 7 mars 1940: réunion à Bruxelles des dirigeants; rejet de la solution préconisée par le conseil espagnol, qui est présent, de payer les intérêts des obligations en livres, éventuellement en consignat des pesetas en Espagne (A.D., vol. II, n° 8, doc. 3, p. 225);

— 7 mars: une note interne (A.C.M., vol. II, n° 112, doc. 1, p. 292 et suiv.) établit que les dirigeants sont déjà orientés vers une réorganisation globale de l'entreprise qui aura pour objet d'en simplifier la structure, d'éliminer les mécanismes suspects, de faire disparaître le caractère étranger de l'entreprise, c'est-à-dire de rembourser les dettes en sterling, de donner une forme juridique espagnole à l'entreprise, de faire une place aux intérêts espagnols;

— 29 mars 1940: le citoyen américain Heineman, le grand maître de toutes les affaires du groupe, celui dont l'affrontement avec M. March prendra les caractères d'une rivalité personnelle, examine quatre solutions pour l'exécution des engagements financiers de la société. Bien qu'à cette date aucune demande de devises n'ait encore été adressée aux autorités espagnoles, aucune des solutions envisagées n'est fondée sur l'obtention de devises et l'on montre une vive hostilité à l'idée de consigner, à l'intention des obligataires de Barcelona Traction, des pesetas. En revanche, il est prévu, dès cette date, 29 mars, que l'on expliquera aux obligataires qu'il n'est pas possible de payer les coupons en raison des restrictions concernant les transferts. Et, dans trois des solutions examinées sur quatre, il est envisagé de mettre les pesetas disponibles en Espagne à la disposition des investissements locaux (*ibid.*, n° 112, doc. 2, p. 298);

— 1^{er} avril-17 avril 1940: les ultimes suggestions du conseil espagnol pour la rédaction et la présentation d'une demande de devises sont écartées (A.C.M., vol. VI, n° 2, doc. 16, p. 159, et doc. 17, p. 162);

— 22 avril: la première demande de devises est présentée à l'Institut espagnol de monnaie étrangère (*ibid.*, doc. 1, p. 130 et 131).

Dès lors, les dés sont jetés; dans l'esprit des dirigeants, comme dans la matérialité des faits, ce sont bien les sommes qui, d'Ebro à Barcelona Traction, devraient permettre de payer les intérêts des obligataires de Barcelona Traction qui servent aux investissements. Toute la correspondance et les notes intérieures de l'entreprise démontrent non seulement que les problèmes de trésorerie sont pour les dirigeants un souci constant, ce qui est tout à fait normal, mais que l'entreprise ne peut, sur ces seules ressources, pourvoir à la fois aux charges courantes normales, aux investissements et aux déboursements qui correspondraient à l'exigibilité de tous les arriérés accumulés par Barcelona Traction: ainsi, dans une lettre du 3 avril 1942 (A.C.M., vol. V, n° 932, p. 229); ainsi, dans une note du 23 mars 1944 (A.C.M., vol. V, n° 962, p. 276); ainsi, les lettres citées et reproduites en annexe dans le rapport du 16 mai 1969 de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (par 186). D'autres lettres sont encore plus

précises et montrent qu'en 1946, dans l'hypothèse où le plan d'arrangement pourrait être réalisé, la poursuite des travaux envisagés entraînerait une trésorerie déficitaire (lettre du 28 février 1946, A.C.M., vol. V, n° 978, p. 310). Que le chiffrage comptable ne donne pas toujours nécessairement une lumière complète sur cette situation est également ce qui résulte du passage suivant d'une lettre du 18 septembre 1947 qui concerne la présentation de ce que devait être le dernier bilan de la Barcelona Traction, et où il est dit :

« En ce qui concerne le bilan de la Barcelona Traction, la *footnote* du côté du passif, se référant aux bénéfices non distribués, doit être absolument changée; la totalité de ce montant a été évidemment investi dans nos entreprises et on ne peut pas dire qu'il n'est pas disponible à cause de l'impossibilité des transferts. » (A.C.M., vol. V, n° 1001, p. 383.)

A cela on nous objectera : « Mais que veut dire tout ce que vous racontez ? La correspondance que vous citez prouve d'ailleurs qu'à plusieurs reprises l'entreprise a envisagé de placer, par l'intermédiaire des filiales, des emprunts sur le marché espagnol et c'est ainsi qu'elle aurait normalement résolu tous les problèmes que vous prétendez découvrir. »

De tout cela, notre conclusion se ramène à une seule : il s'agissait d'un jeu profitable et comportant des risques.

Le jeu était profitable : en effet, le crédit obtenu ainsi aux dépens des obligataires était gratuit et cette gratuité avait une valeur inappréciable. Dans des études réalisées par les dirigeants du groupe en 1944 (A.D., vol. II, n° 8, doc. 7, p. 248) et longuement commentées dans le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (rapport de 1969, par. 71 et suiv.), il était établi que les conditions de l'entreprise étaient telles que le revenu des nouveaux investissements n'était plus que de 4% alors que la charge nette des obligations à émettre sur le marché s'élevait à plus de 6%.

Le jeu comportait des risques. L'entreprise ne voyait pas son bilan établi en fonction d'une seule monnaie ; elle était dès son origine subordonnée à une conjoncture internationale ; son crédit était depuis longtemps tombé à rien en raison des traitements infligés à ses obligataires dans le passé ; ses opérations financières mettaient en cause des structures à propos desquelles elle voulait conserver une discrétion complète à l'égard des autorités espagnoles, c'est le moins que l'on puisse dire. Et, sur ce point, les informations de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., basées sur la comptabilité et les analyses des dirigeants, sont vraiment impressionnantes (notamment dans le rapport de 1969, nos 13, 28, 49 iii), 79, 142, etc.) et l'on ne peut que s'étonner, en mettant à part les erreurs matérielles dans les taux de conversion des livres et des pesetas, de la légèreté avec laquelle certains conseils belges ont pu disposer du crédit en Espagne de l'entreprise au cours de la procédure de faillite, alors que les sociétés qui contrôlaient l'entreprise : Sofina, Sidro, Chade, refusaient finalement de lui faire crédit, bien avant la faillite, comme nous le montrerons plus loin.

Certes, il n'y a pas de vie économique sans risques, mais, à ce dernier point de vue, la politique de la Barcelona Traction était impardonnable : on ne peut, sans prendre le risque d'une catastrophe, accumuler des dettes, immobiliser des liquidités, dissimuler des structures et, en même temps, perpétuer en pleine connaissance de cause un conflit qui porte sur les mécanismes financiers essentiels de l'affaire.

Il nous reste alors à examiner le troisième but poursuivi pendant cette période par l'entreprise: il était de préparer la réalisation finale d'une réforme de l'entreprise qui serait l'occasion d'un bénéfice aux dépens des obligataires.

Ce but sera réalisé avec le plan d'arrangement; mais il était déjà envisagé en 1939-1940, et ceci résulte d'une lettre écrite par l'Anglais Hubbard à l'Américain Heineman, en réponse à la lettre de ce dernier, du 29 mars 1940, que nous venons de commenter longuement. Que nous apprend cette lettre qui est citée parmi les nouveaux documents déposés par le Gouvernement espagnol (vol. III, p. 126)?

Elle nous apprend qu'une sous-commission avait été formée auprès de l'association des *Investment Trusts* de Londres qui réunissait des porteurs d'environ un million de livres sterling d'obligations de la Barcelona Traction, et les dirigeants de la Barcelona Traction suivaient leur activité de près. Et, dans cette lettre, M. Hubbard exprime une grande crainte: c'est que National Trust consulte d'autres porteurs d'obligations, parce que de ceux-là, M. Hubbard peut dire:

« C'est ma ferme impression que cette commission n'acceptera rien d'autre que des sterling pour l'intérêt de leurs obligations. Depuis longtemps ils ont attendu vraiment patiemment que la situation se développe et j'interprète ceci comme une indication qu'ils seront préparés à attendre des développements futurs avec l'idée d'obtenir éventuellement quelque règlement [*eventually some settlement*] de l'intérêt mais toujours en sterling, et certainement pas en pesetas internes qui ne leur seraient d'aucun usage. » (Lettre de M. Hubbard à M. Heineman, nouv. doc. 1969, vol. III, p. 126.)

On a donc convaincu certains petits obligataires, ceux-là mêmes qui accepteront le plan d'arrangement en 1945, qu'ils n'obtiendraient que des pesetas. On a évité que National Trust consulte d'autres obligataires. Et comme ce bon M. Hubbard connaissait bien les petits porteurs, l'attente réduit leurs exigences et l'espérance les nourrit. Si bien que plus ils auront attendu, et moins ils auront reçu, plus leur reconnaissance sera grande.

Ainsi donc, le plan d'arrangement procède directement d'une analyse de la situation faite en 1940. Par ailleurs il la confirme pleinement, tant en ce qui concerne le sacrifice demandé aux obligataires que l'existence de la prétendue force majeure.

Le plan d'arrangement confirme d'abord l'analyse qui a été faite en ce qui concerne le sacrifice demandé aux obligataires. Le Gouvernement belge nie ce sacrifice en s'appuyant sur des spéculations mathématiques relatives à la valeur des actions de Barcelona Traction qui étaient offertes en paiement des intérêts. Le Gouvernement belge oublie seulement deux choses:

1. Le président de Barcelona Traction, dans sa fameuse lettre du 7 décembre 1946 à M. Suanzes (A.C.M., vol. VI, p. 328), était bien loin de méconnaître le sacrifice demandé aux obligataires, sacrifice, disait-il avec un incroyable aplomb, « dont l'importance est une mesure de leurs craintes » — en parlant des obligataires.

2. National Trust, dans un mémorandum du 7 décembre 1945 (A.D., vol. II, n° 28, doc. 1), donnait de ce sacrifice la mesure suivante: pour des droits totaux de 162 livres, les obligataires *Prior Lien* devaient rece-

voir une valeur totale de 115 livres; pour des droits totaux de 129 livres, les obligataires *First Mortgage* recevaient une valeur totale de 60 livres.

Une analyse sommaire du plan d'arrangement confirme également ce que nous venons de dire jusqu'à présent sur la prétendue force majeure qui justifierait la cessation des paiements de Barcelona Traction. Et nous voudrions à ce sujet présenter trois remarques.

La première: les auteurs du plan d'arrangement ont été présentés comme des gens sérieux; la première version du plan d'arrangement aurait même, ce que le Gouvernement espagnol conteste, reçu l'approbation provisoire de deux ministres et il a été présenté par des banques extrêmement sérieuses, et le Gouvernement espagnol est d'accord. Mais ces auteurs ne croient pas sérieusement à une pénurie de devises: sur les 3,5 millions de livres sterling nécessaires au plan, on en demande, en toute simplicité, 2,5 millions à l'Institut espagnol de monnaie étrangère, sans compter que l'autre million de livres sera fourni par la société espagnole *Compañía Hispano Americana de Electricidad* (Chade), c'est-à-dire sur des ressources qui doivent revenir à l'économie espagnole!

Ici, le problème devient tellement incroyable, que l'on est en présence d'un choix entre deux interprétations: ou bien National Trust et les dirigeants de l'entreprise sont de mauvaise foi: on ne demande pas un sacrifice à des obligataires au nom d'une pénurie de devises dont souffrirait un Etat auquel on demande 2,5 millions de livres sterling pour rembourser un capital; c'est une somme bien supérieure à celle qui était nécessaire pour payer les intérêts; ou bien, autre hypothèse, les motifs réels qui ont convaincu National Trust et les tribunaux canadiens étaient moins une pénurie de devises démentie par les termes mêmes de la demande que la réelle démonstration de la mauvaise situation financière de Barcelona Traction. Et sur ce point on pourra se reporter aux remarques de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. dans leur rapport du 16 mai 1969, n° 200, ainsi qu'aux annexes à la duplique, n° 8, document 7, aux annexes et au rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., document 12.

L'audience est levée à 13 heures

VINGT-NEUVIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (30 V 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69; MM. Padilla Nervo, Ammoun et Bengzon, *juges*, absents.]

M. REUTER: Le plan d'arrangement comporte de précieux enseignements concernant la pénurie de devises valant force majeure. Nous avons annoncé à la Cour que nous prendrions la liberté d'attirer son attention en cette matière sur trois points.

Le premier mettait en évidence le contraste qu'il y avait entre la pénurie de devises et le montant de devises qui était demandé à l'Institut espagnol de monnaie étrangère par la première version du plan de compromis. Nous avons terminé hier ce premier point.

Le deuxième, que nous abordons maintenant, découle du premier et il est le suivant: la pénurie valant force majeure existe d'autant moins que, selon les déclarations des dirigeants de Barcelona Traction, la pénurie qui serait alléguée par l'Etat espagnol quand il s'agit de fournir les devises pour le paiement des intérêts disparaît comme par enchantement quand il s'agit de rembourser le capital!

Il y aurait là pour les amateurs de théories sur la discrimination en matière de change un exemple particulièrement intéressant qu'on ne saurait trop recommander à leur méditation. Et c'est la circulaire du 14 août 1945 adressée par la Barcelona Traction à ses obligataires qui rejette ainsi sur l'Etat espagnol et sur la défense de sa politique monétaire cette curieuse distinction qu'elle ne considère pas comme anormale (A.C.M., vol. II, n° 113, doc. 1, p. 365-368, par. 16 et 17). Et rappelons que la dette en intérêts était à l'époque de 1 570 000 livres sterling au 14 août 1945, alors qu'on demandait à l'Institut espagnol de monnaie étrangère dans la première version 2 500 000 livres sterling.

Le troisième point qui concerne cet état de pénurie et qui est relatif au plan d'arrangement est le suivant: c'est que la prétendue pénurie qui règne en Espagne est en réalité une pénurie aménagée par les dirigeants communs de l'entreprise Barcelona Traction et de la société Chade agissant sous l'autorité de M. Heineman.

Combien nous regrettons que nous fassent défaut le temps et le talent pour esquisser le portrait et la destinée de cet homme d'affaires, d'une vive intelligence, plein d'imagination et d'audace, autoritaire mais séduisant, ignorant jusqu'à la fin le poids des années, connaissant par le détail tout ce qui se passe dans l'immense réseau de ses sociétés et seul capable de mûrir des plans hardis et à longue échéance dont ses collaborateurs ne pénétreront le sens que très lentement. Son papier à lettres portait modestement un seul titre: D. N. Heineman, ingénieur. Mais c'était bien autre chose qu'un ingénieur. C'était un magicien. Il savait valoriser les frontières quand elles constituent une protection, les effacer quand elles constituent un obstacle. D'un coup de baguette magique, il savait remplacer une société par la collectivité de ses actionnaires et transporter, par des itinéraires qui venaient de Buenos Aires, à l'Etat de Panama, Madrid, Luxembourg, et nous en passons et des meilleurs, non seulement des capitaux mais des sociétés entières.

Le triomphe de sa vie, à l'entendre en 1947, était qu'à la suite de deux

guerres mondiales, il avait réussi à faire échapper à l'indiscrète curiosité des vainqueurs et à leur avidité partielle d'immenses capitaux.

Comme on comprend alors la condescendance — pour ne pas dire le mépris — avec laquelle on entend parler de ces légistes ou de ces tribunaux espagnols enfermés dans cette Catalogne, entre une mer trop belle et des montagnes trop élevées, et qui doivent affronter ces chefs-d'œuvre transcendants de l'artifice juridique.

A défaut d'exposer tout cela, nous prions respectueusement la Cour de considérer que sont reproduits dans cette plaidoirie les développements de la duplique consacrés au rôle de Chade, c'est-à-dire à la duplique, V, paragraphe 282, pages 189 et suivantes.

Curieusement, depuis 1940, la société espagnole Chade éprouvait des difficultés pour les transferts des devises étrangères qu'elle devait effectuer au profit de l'Espagne où elle avait des paiements à effectuer. Elle avait même émis des bons en paiement d'intérêts d'obligations placées en Espagne. Et subitement, en 1945, c'est elle qui patronne et présente le plan d'arrangement, pendant que les représentants de Barcelona Traction restent le plus longtemps possible dans l'ombre, c'est elle qui entreprend de négocier ce plan auprès des autorités espagnoles, et elle fait état d'abord de disponibilités de 1 million de livres sterling, puis, dans la deuxième version du plan de compromis, 3 millions. Dans la troisième version, il apparaît que le trésor patiemment accumulé dort dans les terres indulgentes de Panama aux mains d'une filiale de Chade, la Sovalles.

Ainsi donc, telle rentrée de devises, qui aurait atténué la relative pénurie qui existait en Espagne, était en réalité suspendue au consentement du chef suprême, M. Heineman, et d'amis et de complices de Barcelona Traction, consentement conditionné par un emploi conforme aux intérêts de Barcelona Traction. Comment ne pas croire à la pénurie quand celle-ci est développée par ceux-là même qui l'invoquent! Mais comment croire qu'une telle pénurie soit alors constitutive de force majeure pour ceux qui s'en font les fauteurs et, le moment venu, les bénéficiaires?

Nous sommes ainsi arrivés au terme de cette période pour laquelle nous ne pouvons rendre au Gouvernement belge l'apparente générosité avec laquelle il traitait l'administration espagnole en la considérant comme « irréprochable »: l'entreprise Barcelona Traction, au début de 1945, est en contestation avec l'administration espagnole sur ses structures financières, elle n'a pas pris les initiatives qui auraient permis de régulariser, au moins progressivement, le service des intérêts de ses dettes, et cette politique a été l'objet d'un choix délibéré qui à aucun point de vue n'était désintéressé.

Nous sommes ainsi à même d'aborder notre deuxième chapitre.

CHAPITRE II. LE PRÉTENDU DÉLIT INTERNATIONAL DE L'ESPAGNE

Avant de rencontrer l'argumentation belge dans sa substance, il est nécessaire de présenter quelques observations sur ses caractères généraux.

La ligne générale de l'argumentation belge est simple, d'une simplicité qui se voudrait désarmante, mais qui n'est peut-être que désarmée: le Gouvernement espagnol aurait pris des décisions motivées par le désir de favoriser les desseins de M. March.

On notera cependant combien dans la correspondance diplomatique cette accusation, en ce qui concerne les devises, est tardive. On la ren-

contre seulement dans la note belge du 31 décembre 1956 (A.M., vol. IV, n° 262, p. 1009), c'est-à-dire au moment du premier branle-bas de combat, quand de nouveaux conseils renforcent l'équipe initiale, que l'on prépare une campagne scientifique en publiant des ouvrages sur la personnalité morale et ses problèmes, et en restructurant l'argumentation belge qui sera un jour soumise à la Cour.

Mais regardons d'abord quels sont les faits qui constituent les délits imputés à l'Espagne et ensuite quel est leur fondement.

En ce qui concerne les faits constitutifs du délit, après avoir longuement hésité, nous reviendrons sur ce point capital, le Gouvernement belge a retenu finalement les seuls refus opposés en matière monétaire à la troisième version du plan d'arrangement en octobre et décembre 1946 (VIII, p. 108); mais cependant, d'un autre côté, les faits qu'il retient et dont il fait des griefs s'étendent sur une période de temps qui va de 1945 jusqu'à 1951, ce qui, tout de suite, ne laisse pas de surprendre un peu.

Mais si on considère alors non pas les faits mais le fondement, on voit que les conseils belges invoquent, tour à tour et simultanément, la violation de règles précises relatives au contrôle des changes, une théorie de la discrimination dont on ne sait si elle est propre au contrôle des changes ou constitue une théorie générale de droit, une théorie générale de l'acte arbitraire, dénommée également et, semble-t-il, équivalement abus de droit et détournement de pouvoir, sans oublier une conception du grief global dont il a été dit dès le début de ces plaidoiries qu'il s'imposerait d'y recourir :

« lorsqu'il s'agit de l'usage fait dans un cas déterminé par des autorités administratives ou judiciaires du pouvoir discrétionnaire qui leur appartenait légalement » (VIII, p. 51).

Aussi, sommes-nous en présence d'une argumentation à la fois foisonnante et fluide, combinant l'invocation de règles précises, les considérations destinées à créer une atmosphère, les emprunts aux notions les plus diverses, les présomptions les plus hardies, bref, tout ce qu'il faut pour souffler sur l'Espagne un amas de nuages sombres en espérant que la foudre finira bien par jaillir de cette accumulation.

Quand on connaît le savoir et le savoir-faire de nos estimés contradicteurs, on ne doute pas qu'ils ont choisi cette méthode parce qu'ils ont pensé qu'elle était la meilleure pour le succès de leur cause et, sans doute, parce qu'elle comportait le moins de risques, et nous n'entendons nullement contester leur liberté d'argumenter, mais simplement confesser que nous sommes un peu dans l'embarras pour remplir notre tâche selon ce qui est probablement l'attente de la Cour : à savoir, rencontrer l'argumentation belge et éviter cependant trop de discussions théoriques qui à notre niveau seraient peut-être déplacées.

Il nous a semblé que l'argumentation belge était double et qu'elle mettait en jeu deux voies qui, pour une part, mais pour une part seulement, utilisent les mêmes faits. Pour rendre sensible la double argumentation belge, il faut peut-être poser deux questions sous une forme relativement simple :

1. Les autorités non judiciaires espagnoles avaient-elles commis à la date du 1^{er} janvier 1947 un délit international du fait de certains refus en matière de change?
2. Du fait, entre autres, de ces mêmes refus, ces autorités non judi-

ciaires ont-elles participé à un autre délit international mettant en cause des faits postérieurs au 1^{er} janvier 1947?

La première question porte sur un délit que l'on pourrait qualifier de « simple » ou de « spécifique », constitué par les refus d'octobre et de décembre 1946.

La deuxième question porte sur un délit qu'il est plus difficile de qualifier; après avoir parlé de grief global, les conseils belges ont usé du terme « grief d'ensemble »; il serait peut-être un peu académique de parler de « délit complexe ». Disons, sans engager personne, le « délit global ».

Ce seront les deux aspects de l'argumentation belge que nous examinerons successivement: le délit spécifique et le délit global.

Section I. Le délit spécifique

Considérons successivement dans cette section les principes et ensuite les faits, et d'abord les principes.

a) Les principes

Le délit spécifique reproché par la Belgique se caractérise, pour l'essentiel, par une intention illicite, ce trait restant fondamental. La démonstration du délit international peut être toutefois poursuivie, semble-t-il, pour simplifier, sur trois plans où on la pose en termes un peu différents: d'abord les règles précises du droit des changes, ensuite la prohibition des discriminations, enfin la théorie de l'acte arbitraire.

Reprenons l'argumentation sur ces trois plans. Et d'abord sur les règles précises du droit des changes.

Le Gouvernement belge a cru pouvoir formuler sur la base de certaines déclarations et de traités postérieurs aux circonstances de l'affaire, et auxquelles le Gouvernement espagnol est étranger, un certain nombre de règles précises qui constitueraient en quelque sorte des principes généraux du contrôle des changes, parmi lesquels figurerait notamment la règle suivant laquelle:

« la fonction propre du contrôle des changes est de maintenir les réserves monétaires à un niveau suffisant » (VIII, p. 57.)

Cette règle est formulée de manière à permettre — dans la pensée du Gouvernement belge — la condamnation du refus de la troisième version du plan d'arrangement; c'est évidemment son principal mérite.

Le Gouvernement espagnol, à son grand regret, repousse toutes les formulations proposées par le Gouvernement belge en matière de contrôle des changes. Le Gouvernement espagnol considère qu'aujourd'hui encore — et à fortiori en 1946 — dans une communauté internationale qui comprend des pays plus ou moins libéraux, des pays à économie socialiste ou étatisée, des pays à des stades de développement très divers, on ne peut retenir les prétendues règles énoncées par le Gouvernement belge et qu'il faut être à la fois plus modeste et plus précis. Il se bornera sans vouloir du tout énoncer des règles à présenter les observations suivantes:

Premièrement, les buts du contrôle des changes sont variés et peuvent être politiques, économiques ou monétaires et il tombe sous le sens que si on souhaite les limiter ou les préciser conventionnellement, il n'est pas facile de séparer le politique et l'économique, et, encore moins, l'économique et le monétaire.

Deuxièmement, des accords particuliers, parmi lesquels les accords

multilatéraux sont les plus intéressants, ont tenté dans des cadres limités aux contractants, et le plus souvent régionaux, de préciser les conditions d'exercice du contrôle des changes. Ils y ont rencontré de grandes difficultés, ont dû nuancer d'une manière très complexe les principes, multiplier les exceptions et les sauvegardes, en bref, élaborer des guides, des codes de bonne conduite qui ne valent guère que par la manière très souple dont fonctionnent des procédures collectives de négociation et de conciliation.

Troisièmement, par nature, le droit des changes est constitué par des règles variables et différenciées. Règles variables parce qu'il s'agit d'un droit qui doit épouser la conjoncture, les changements de la vie économique et s'adapter aux réactions incessantes des initiatives privées et à celles des autres Etats. Règles différenciées parce qu'il faut analyser avec la plus grande délicatesse toutes les hypothèses: cause juridique du transfert, origine précise de la somme à transférer, situation de la personne qui demande le transfert et de celle qui en bénéficie, monnaie mise en cause, etc. En réalité, on pourrait dire par une sorte de paradoxe que le droit des changes ne s'uniformise qu'en s'éliminant.

Quatrième observation: en ce qui concerne les règles de contrôle des changes applicables aux mouvements de capitaux — ce qui est le cas qui nous intéresse dans la Barcelona Traction — même dans les systèmes régionaux libéraux et bien organisés, la liberté des Etats reste très grande. On pourrait même dire que la crise monétaire des trois dernières années a obligé à assouplir et à envisager sous un jour nouveau des principes que l'on tendait à admettre entre certains Etats dans le mouvement international des capitaux.

Enfin, cinquième et dernière observation qui vaut même dans les systèmes les plus stricts. Nous avons par exemple dans le système de la Communauté économique européenne une règle qui ôte beaucoup d'intérêt en l'espèce au développement de notre estimé contradicteur. Cette règle est énoncée en ces termes par l'article 5 de la directive du 11 mai 1960 relative à la libération des mouvements de capitaux dans la communauté européenne (*Journal officiel des Communautés européennes* du 12 juillet 1960, 922/60):

« Les dispositions de la présente directive ne limitent pas le droit des Etats membres de vérifier la nature et la réalité des transactions ou des transferts, ni de prendre les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leur loi et réglementation. »

Ces simples remarques suffisent, de l'avis du Gouvernement espagnol, à faire comprendre que les règles spécifiques énoncées par le Gouvernement belge ne sont d'aucun secours dans la question posée à la Cour.

En 1951, dans un litige monétaire et économique relativement simple, et qui opposait les Etats-Unis à la France, cependant tous deux membres du Fonds monétaire international, malgré la plaidoirie d'un conseil — il est vrai un peu novice — la Cour internationale de Justice a résolu le problème qui lui était posé en se plaçant hors du domaine du contrôle des changes (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 182); il semble qu'il devrait en être de même aujourd'hui.

L'argumentation belge se développe ensuite sur le plan d'une certaine conception de la discrimination.

Disons d'abord un mot des principes et puis ensuite quelques remarques sur les faits.

L'interdiction de la discrimination ou bien se rattache aux règles spécifiques du contrôle des changes ou bien alors se présente comme règle générale indépendante. Dans les deux cas, elle a un sens bien défini: l'interdiction de traiter d'une manière discriminatoire une personne qui, en vertu d'une règle de droit admise, peut exiger une égalité de traitement avec une autre.

Si on considère que cet examen de la discrimination doit être poursuivi dans le cadre spécial du contrôle des changes, comme nous venons de le dire, il faut rappeler que la réglementation en matière de change est essentiellement basée sur des différenciations. Le problème d'une discrimination ne peut donc se poser qu'en présence de deux situations dont l'identité se manifeste jusque dans une analyse très détaillée de leurs éléments concrets et l'existence à titre coutumier, et non pas conventionnel, d'une règle précisant d'une façon aussi technique les conditions de la discrimination est hautement problématique, surtout s'il s'agit des mouvements de capitaux. Est-ce que constituerait une discrimination le fait d'accorder des autorisations pour des transferts qui correspondent aux objectifs d'un plan national économique et de les interdire pour d'autres transferts? Est-ce que coutumièrement on dira que constitue une discrimination le fait d'autoriser des transferts de capitaux vers un pays avec lequel on a une balance des comptes créditrice et de les interdire à l'égard d'un pays avec lequel on a une balance des comptes déficitaire? Et si l'on abandonne alors délibérément le domaine spécifique du contrôle des changes pour se placer sur le terrain général de celui du traitement des étrangers, il faudrait supposer que le régime des changes fait partie du domaine où les étrangers ont en principe le droit au traitement national et, sur ce point encore, on peut avoir les doutes les plus sérieux.

Ceci simplement pour présenter quelques observations concernant les principes.

En ce qui concerne maintenant les faits, le Gouvernement belge poursuit manifestement une double entreprise. Tout d'abord, il a soutenu qu'un certain nombre d'autorisations de change accordées à M. March à propos d'opérations financières postérieures à la faillite et relatives à celle-ci seraient irrégulières au regard du droit espagnol.

Le Gouvernement espagnol a répondu à ces allégations dans le contre-mémoire et dans la duplique (VII, p. 803). Le Gouvernement belge feint d'ignorer ces réponses. Le Gouvernement espagnol estime inutile de revenir sur les indications qu'il a données et qui ont déjà été complétées par la plaidoirie du professeur Guggenheim (*supra*, p. 99). Le Gouvernement espagnol a déposé par ailleurs devant la Cour des nouveaux documents qui établissent qu'au moment des opérations financières concernant la faillite, M. March était au regard de la législation des changes espagnole dans la situation régulière d'un national résidant à l'étranger (nouv. doc., vol. II, p. 254).

Mais le Gouvernement belge poursuit également une entreprise d'une tout autre nature qui, sous prétexte de discrimination, consiste à accuser M. March de toutes sortes d'irrégularités et qui ont pour fin de donner de lui l'image d'un homme délié en général de l'observation des lois (*princeps legibus solutus*). Sur ce point nous sortons du cadre du présent litige et le Gouvernement espagnol répondra pour ne pas abuser de la patience de la Cour par un exemple et par une remarque générale.

L'exemple concerne l'affidavit du Captain Hillgarth (A.D., vol. II,

p. 406) à propos duquel il a été suggéré que M. March avait réalisé à son profit les mêmes fraudes dites « patriotiques » que celles qui ont été reprochées à Ebro (VIII, p. 95). Il suffira au Gouvernement espagnol de faire observer que M. March s'est borné d'après le récit du Captain Hillgarth à faire ouvrir auprès d'une banque résidant en Espagne un compte en son nom à lui, March, et de l'approvisionner avec des fonds qui provenaient d'Espagne. Il a ainsi sauvé cette banque. Quel qu'ait été le statut de M. March, qu'au point de vue des changes il soit considéré comme résidant en Espagne ou résidant à l'étranger, l'opération est parfaitement régulière et ne suppose aucune autorisation puisqu'elle ne met en cause aucun mouvement extérieur de capitaux. L'opération ainsi décrite ne présente aucun rapport avec les transferts irréguliers d'Ebro dont le patriotisme avait sans doute une longévité remarquable puisqu'il se manifestait encore au mois de janvier 1948.

Ces transferts d'Ebro prenaient la forme absolument anormale d'une extraction des fonds des caisses, sans justification. A telle enseigne que les administrateurs de la faillite crurent qu'il s'agissait d'un abus de confiance et ce n'est que par la suite qu'il apparut qu'il s'agissait d'un délit monétaire.

L'opération décrite par le Captain Hillgarth n'a consisté qu'en un mouvement d'écritures entre des banques résidenciées en Espagne et accompli dans l'honneur et le respect de la loi espagnole.

Voilà pour l'exemple.

En ce qui concerne la remarque générale, nous voudrions rappeler que M. March avait en Espagne des ennemis, et très haut placés, qui n'avaient pas fait les mêmes choix politiques que lui et n'obtiendraient probablement pas un affidavit du Captain Hillgarth. Certains étaient certainement bien informés, par exemple M^e Serrano Suñer, non seulement parce qu'il avait un goût spécial pour les documents d'un caractère particulier, comme nous le dirons plus tard, mais parce qu'il avait été ministre et avait ensuite été conseil de la Barcelona Traction, dès 1942. Si M. March avait été dans une situation irrégulière, M^e Serrano Suñer l'aurait sûrement su. Comment croire qu'il aurait caché aux tribunaux espagnols devant lesquels M. March était attaqué que M. March était dans une situation irrégulière? Alors surtout que M^e Serrano Suñer expliquait à ces tribunaux, contrairement à ce que suggère maintenant le Gouvernement belge, que les demandeurs à la faillite n'agissaient nullement pour le compte d'intérêts espagnols, mais pour le compte d'intérêts internationaux (A.M., vol. IV, n^o 227, p. 855).

Nous en arrivons ainsi à la théorie qui semble incarner avec le plus de force l'accusation belge, la théorie de l'acte arbitraire et hostile. Cette théorie a été seulement esquissée, mais elle semble cependant constituer le cœur de l'argumentation belge, le terrain sur lequel il est à la fois utile et suffisant de la rencontrer. Il y aurait, selon cette théorie, une règle ou un principe de droit international qui ferait un délit de droit international d'un acte arbitraire et hostile à l'égard d'un étranger. L'élément essentiel serait ici l'intention hostile conçue comme le fondement même de l'acte incriminé. Apparaît alors immédiatement un problème de la preuve qui, pour une accusation aussi grave, est essentiel. Il semble que ce problème de la preuve ne soit pas toujours embarrassant pour le Gouvernement belge. Et il a cru y répondre par des présomptions du genre de celles-ci qui découlent de certaines plaidoiries et que nous énonçons, mais sans penser déformer ce qui a été dit.

En présence d'un gouvernement qui aurait des difficultés de politique générale avec un Etat étranger, on pourrait présumer que sont animées d'intentions hostiles les différentes décisions prises à l'égard des nationaux de cet autre Etat qui ont des intérêts sur son territoire. Une telle présomption en rejoint en qualité une autre, portant sur une autre question, mais qui est digne de lui être comparée. Quand un Etat demande une enquête à partir de documents qui se trouvent sur son territoire, il est présumé que c'est parce qu'il veut manipuler et sélectionner cette documentation. Mais le Gouvernement belge a proposé heureusement une autre formule plus digne d'être examinée et dans laquelle on voit, à propos de la preuve, se préciser l'idée d'acte arbitraire. L'acte animé d'une intention hostile est celui qui est inexplicable, c'est-à-dire dont il est impossible de donner une explication raisonnable, faisant appel à des justifications admises juridiquement et humainement, et c'est ici que les comparaisons avec d'autres actes pris dans des circonstances analogues retrouveraient leur place, non point en tant que discrimination au sens technique du terme, mais comme des éléments de la démonstration du caractère inexplicable d'un acte.

La discrimination serait sur le plan des preuves un moyen supplémentaire d'établir le caractère inexplicable d'un acte et celui-ci — caractère inexplicable — vaudrait en quelque sorte présomption d'intention hostile.

Il y aurait beaucoup à dire sur une conception orientée dans le sens que nous venons d'esquisser; il faudrait préciser de bien des manières cette théorie, et notamment rechercher à quelles variétés d'actes elle s'applique et quels sont les caractères d'une explication raisonnable. Ce n'est pas notre tâche et nous renvoyons sur ce point aux explications données par le professeur Guggenheim. Mais nous souhaitons, à titre subsidiaire, nous placer sur le terrain choisi par nos adversaires, et rechercher quelles pourraient être les conséquences des conceptions belges par rapport à la présente affaire. Et, avant d'en arriver aux faits, nous voudrions encore présenter une dernière observation de principe très importante.

A supposer que l'on retienne une telle théorie, il faudrait, pour que l'acte constitue un délit, qu'il soit entièrement fondé sur un but illicite, c'est-à-dire que ce dernier soit la justification exclusive de cet acte. Autrement dit encore, un acte qui serait fondé sur des justifications raisonnables est un acte juridiquement correct et ne peut constituer un délit international, même si son auteur a pu prendre en considération d'autres éléments, d'autres intentions auxquelles il serait possible d'adresser des objections.

Nous pensons que c'est là un principe qu'il serait possible de démontrer par l'étude de la jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux qui sont saisis de recours en annulation: un acte juridique tient, il est valable, s'il est soutenu par des bons motifs; l'existence d'un motif non valable, qui serait surabondant, ne saurait porter atteinte à sa régularité. Et il en serait surtout ainsi si le motif vicieux n'était pas énoncé au soutien de l'acte, mais n'apparaissait que sur la base d'hypothèses psychologiques relatives à l'auteur de l'acte.

Mais nous pensons que nous avons déjà abusé de l'attention de la Cour et nous n'effectuerons pas cette démonstration. Aux fins de la présente affaire, il n'y a aucune controverse entre les Parties sur ce point: il suffit qu'il y ait à un acte une justification raisonnable pour qu'il n'y ait, en toute hypothèse, aucun délit international; une recherche supplémen-

taire d'intention n'est même plus recevable. Nous allons établir que telle est bien la conviction du Gouvernement belge en examinant les faits auxquels nous arrivons maintenant.

b) *Les faits*

Selon le Gouvernement belge, à partir d'un certain moment les refus opposés par les autorités espagnoles ont été fondés sur l'intention délibérée de favoriser les entreprises hostiles de M. March, et c'est là le délit international.

Quel est ce moment? Le Gouvernement belge a bien hésité sur ce point essentiel (M., I, p. 174; C.M., IV, p. 151; R., V, p. 267, 280, 300) mais les plaidoiries ont apporté sur ce point une heureuse surprise (VIII, p. 108): la Belgique ne soulève plus aucun grief contre les refus opposés aux première et seconde versions du plan d'arrangement, se contentant d'attaquer les refus de la troisième version du plan d'arrangement.

A notre grand regret, nous sommes obligés une fois de plus de n'accepter cet aimable cadeau qu'avec réserve et d'examiner le refus de la première version autant que celui de la troisième, parce que les refus sont étroitement reliés l'un à l'autre et que le Gouvernement belge a un intérêt un peu trop visible à ce que l'on n'examine pas la première version. Mais, en revanche, on pourra tirer de ce changement de position du Gouvernement belge une importante conclusion que nous exposerons le moment venu.

Les explications que nous avons à donner sur les deux versions du plan d'arrangement — première et troisième, puisque la seconde ne comporte pas d'éléments très originaux — seront courtes et, nous l'espérons, simples; mais il est utile de les alléger encore par deux explications préliminaires.

Première explication préliminaire: le terme « nationalisation » peut avoir en espagnol le sens d'« hispanisation » et il semble que nos adversaires admettent cette interprétation. L'hispanisation d'une société peut porter sur différents éléments séparément ou conjointement: on peut hispaniser la forme juridique d'une société, on peut hispaniser la propriété du capital-actions, on peut aussi hispaniser la dette obligataire. Ainsi, une société espagnole qui a emprunté auprès de résidents suisses une somme en francs suisses hispanise sa dette si elle la rembourse avec des francs suisses cédés par l'Etat espagnol en versant à ce dernier, en contrepartie, des pesetas qu'elle a elle-même obtenues par un emprunt obligataire placé sur le marché espagnol. C'est en ce sens que M. March parle, dans une de ses demandes à l'Institut espagnol de monnaie étrangère, d'une nationalisation de la dette de Barcelona Traction (lettre du 20 février 1951; A.C.M., vol. VI, n° 8, doc. 1, p. 366).

Notre deuxième observation préliminaire porte sur le caractère fondamental de la coexistence de la dette étrangère de Barcelona Traction et de la dette étrangère d'Ebro. Au 14 août 1945, Barcelona Traction devait en capital environ 4 247 000 livres sterling — obligations à la souche pour la Westminster Bank exclues — et 1 570 000 livres d'intérêts; d'après son dernier bilan, Ebro (M., I, p. 21) avait, à la date du 31 décembre 1946, une énorme dette comptable de 17 millions de livres et de 23 500 000 dollars canadiens.

D'un point de vue purement formel, en 1945, la dette de Barcelona Traction ne pèse pas sur l'économie espagnole et c'est ce qui explique les premières réactions officielles espagnoles au plan d'arrangement qui

était présenté par Chade et ne parlait que de Barcelona Traction. Mais, matériellement, ce serait la dette d'Ebro qui pèserait sur l'économie espagnole. Or, quelle est l'idée originale et fondamentale du plan d'arrangement? Elle est d'hispaniser complètement la dette en sterling de Barcelona Traction en la remplaçant par une dette en pesetas d'Ebro. On rembourse dans les premières versions les dettes en sterling de Barcelona Traction avec les devises fournies par l'Etat, on paie à l'Etat les devises par une contrepartie en pesetas, les pesetas sont trouvées par un emprunt d'Ebro en Espagne. Reste alors à savoir comment Barcelona Traction rembourse Ebro, et c'est ce qui n'a pas été expliqué clairement dès le début aux autorités espagnoles; et c'est par là que les dettes extérieures de Barcelona Traction et d'Ebro vont apparaître en relation l'une avec l'autre et c'est par là que toutes les solutions vont mettre en cause, non seulement les dettes extérieures de Barcelona Traction, mais, toujours et aussi, les dettes extérieures d'Ebro. En effet, quelle va être la solution retenue? Comment est-ce que Barcelona Traction va rembourser Ebro? Mais, d'une façon très simple: comme Barcelona Traction est créancière en livres d'Ebro, il suffira d'annuler, en contrepartie, une fraction, une modeste fraction, de la dette d'Ebro qui est intégralement dans les mains de Barcelona Traction, ce que les autorités espagnoles ne font que soupçonner.

Après ces deux observations préliminaires, il est facile d'expliquer les raisons du refus espagnol à la première version du plan d'arrangement, telles qu'elles résultent des lettres et entretiens de M. Suanzes, des lettres de l'Institut espagnol de monnaie étrangère ou du discours de M. Suanzes aux Cortes, et en dehors de raisons déjà suffisantes en elles-mêmes et que l'on a eu l'occasion d'indiquer à propos de la théorie de la force majeure résultant de la pénurie des devises.

Première raison du refus: l'hispanisation d'une dette en capital aussi importante ne peut être envisagée sans «[les justifications] portant à fond et en détail [sur] la constitution et [le] développement de ces entreprises, [le] processus de capitalisation, les installations et autres questions ayant un caractère analogue», c'est la formule bien connue de la lettre de M. Suanzes du 18 octobre 1945 (A.C.M., vol. VI, n° 5, doc. 9, p. 287). Rappelons simplement que les formules qu'emploie le ministre en 1945 sont exactement les mêmes que celles qui étaient employées par l'administration monétaire — celle-là irréprochable — en 1932 à l'égard d'Ebro, lorsque l'administration demandait des renseignements qui ne lui ont jamais été fournis à fond et en détail (A.C.M., vol. II, p. 76 et suiv.). Et voilà la première raison.

La deuxième raison du refus est que, si c'est de la dette de Barcelona Traction qu'il s'agit, cette exigence d'une explication à fond et en détail se renforce de la considération que Barcelona Traction se présente, apparemment, comme étrangère à l'économie espagnole; si c'est de la dette d'Ebro qu'il s'agit, cette exigence sera, si c'est possible, encore plus naturelle puisque les dettes extérieures d'Ebro soulèvent auprès de l'administration des doutes sérieux et que celle-ci est en conflit ouvert avec Ebro depuis 1940 à propos du compte en dollars avec International Utilities. Or, nous le savons maintenant, toutes les versions du plan d'arrangement mettent en cause à la fois la dette extérieure de Barcelona Traction et celle d'Ebro.

Troisième raison: l'opération présentait bien d'autres aspects inquiétants ou désagréables: c'est une société espagnole, Chade, jusqu'alors

prétendument handicapée par les contrôles des changes étrangers pour ses rapatriements de devises en Espagne, qui soudainement paraît disposer d'énormes ressources en devises, nous l'avons vu. Et puis aussi, et il est inutile d'insister sur ce point, les opérations financières laissaient un important surplus, lequel devait être réparti « selon l'effort de chacun... ».

Mais le Gouvernement belge concentre maintenant ses attaques sur le refus de la troisième version du plan d'arrangement. Ce refus serait parfaitement arbitraire parce que cette fois on ne demandait plus à l'État espagnol aucune devise. Toutefois, et c'est là le point essentiel, même cette troisième version mettait en cause directement et plus que jamais les dettes extérieures d'Ebro.

En effet, d'une part les apporteurs de devises : Sofina, Sidro, Sovalles exigeaient une contrepartie et voulaient obtenir, à cet effet, des obligations d'Ebro; d'autre part, Ebro avançait à Barcelona Traction les pesetas nécessaires au remboursement des obligations de Barcelona Traction en pesetas et demandait, à cet effet, en octobre, de passer, en contrepartie, une écriture au compte en pesetas d'International Utilities, et, en décembre, l'annulation d'un certain nombre de coupons échus de ses obligations *General Mortgage* qui se trouvaient dans les mains de Barcelona Traction.

A titre préalable, on peut aussi rappeler qu'à propos du plan d'arrangement l'État espagnol a, par la plume de son ministre, demandé des explications à fond et en détail le 18 octobre 1945 sur la réalité des investissements par rapport aux transferts mis en cause. Cette exigence, au bout d'un an n'avait pas été satisfaite, puisque les dirigeants de l'entreprise n'avaient fourni que des notes explicatives et des bilans qui étaient dépourvus de toute valeur probante réelle. Cette exigence subsistait donc et l'État espagnol n'avait aucune obligation d'accepter aucune formule de financement quelle qu'elle soit avant que cette étude ait été faite. Autrement dit, on ne voit pas pourquoi on se serait libéré d'une obligation aussi substantielle et aussi naturelle simplement en changeant les modes de financement, puisque de toute façon c'étaient les charges devant peser sur l'économie espagnole qui étaient mises en cause, c'est-à-dire les dettes d'Ebro.

Ceci dit, le refus particulier de la troisième version repose sur trois raisons dont la première est à elle seule suffisante et nous retiendra plus longuement que les autres.

Première raison : la troisième version du plan exige des autorités espagnoles une reconnaissance définitive des dettes à la charge de l'économie espagnole portées dans les mécanismes financiers d'Ebro. En regardant de près l'opération, on s'aperçoit même que les promoteurs ont introduit des complications qui seraient inutiles si elles ne se justifiaient pas par le désir spécial d'obtenir cette reconnaissance.

Ainsi, les apporteurs de livres reçoivent, en contrepartie, des obligations d'Ebro nouvelles qui proviennent de la conversion des obligations *General Mortgage*.

Et par là on va impliquer l'État par une opération dont on dissimule l'intention réelle sous des formules un peu bonasses :

« Dans l'opération telle qu'elle est projetée maintenant, on ne préjuge pas la conversion des nouvelles obligations de l'Ebro que les entités apportantes recevront en obligations libellées en pesetas.

Cela pourra se faire ou ne pas se faire dans une étape ultérieure, mais en tout cas, cela nécessitera toujours l'autorisation préalable du Gouvernement espagnol. La seule chose que l'on fait maintenant est de laisser la porte ouverte en établissant comme une des conditions d'émission des nouvelles obligations Ebro le fait que celles-ci puissent être totalement ou partiellement converties en titres en pesetas, si le Gouvernement espagnol l'autorise. » (Note en annexe à la lettre du 21 octobre 1946, A.C.M., vol. VI, p. 305.)

Quant à la contrepartie à fournir à Ebro en échange du remboursement effectué par elle des obligations en pesetas de Barcelona Traction, elle devait avoir lieu soit en octobre par l'inscription au compte en pesetas d'International Utilities, soit en décembre par l'annulation de coupons des *General Mortgage Bonds*. Cette dernière opération entraînait la même reconnaissance que la conversion précédemment décrite.

Quant à l'inscription au compte en pesetas d'International Utilities, notre distingué contradicteur s'est étonné qu'on refuse pour le remboursement en capital une facilité qui était accordée pour le paiement des intérêts. Mais c'est oublier, comme nous l'avons déjà indiqué, que ce compte en pesetas était essentiellement provisoire, que l'administration attendait depuis six ans que le compte en dollars soit l'objet des justifications nécessaires, que les deux comptes étaient nécessairement appelés à se compenser et que l'administration ne pouvait admettre que le compte en pesetas soit définitivement clôturé par le remboursement des obligations en capital sans que soient élucidées les questions regardant le compte en dollars.

Il y aurait à propos de ce premier motif de refus beaucoup de choses à dire encore sur les enseignements que l'on peut tirer de cette troisième version du plan d'arrangement. Les puissances financières qui avaient mobilisé à l'époque 3,5 millions de livres obtenues à partir de dollars pour financer cette troisième version auraient pu parfaitement exécuter le plan d'arrangement sans mettre en cause les dettes d'Ebro: il leur suffisait de trouver en dehors d'Ebro 60 millions de pesetas, ce qui leur aurait été facile, surtout si l'on songe que Sofina avait des filiales directes en Espagne, mais Sofina et ses coassociés ne voulaient pas prêter à Barcelona Traction — qui, cependant, d'après les thèses belges était leur propre chose — sauf à la double condition que les dettes de Barcelona Traction soient réduites et que les mécanismes financiers d'Ebro soient purgés de leurs vices. Si ces deux conditions n'étaient pas réunies, Barcelona Traction perdait beaucoup de son intérêt. Voilà qui en dit long sur le prétendu crédit de Barcelona Traction! Et ce qui le prouve davantage encore, c'est que même en renonçant au plan d'arrangement, elles avaient tous les moyens de payer les arriérés des intérêts des obligations en livres sterling de Barcelona Traction; elles avaient aussi tous les moyens d'empêcher M. March d'acheter à Londres des obligations en sterling: il leur suffisait de faire elles-mêmes des offres sur le marché; on a estimé, du côté adverse, que ces achats s'élevaient entre 2 et 3 millions de livres sterling, mais c'est 3 millions et demi de livres sterling dont dispose le groupe de la Sofina! Si ces puissances financières n'ont retenu aucune de ces solutions c'est que l'affaire n'en valait en aucun cas le prix; c'est que financièrement et structurellement elle était mauvaise. Comme s'explique alors parfaitement la position qu'elles ont prise au moment de la vente dans la procédure de faillite! Dès 1946, soit dans le plan d'arrangement,

soit en dehors, ces puissances financières avaient montré que Barcelona Traction ne les intéressait qu'à la condition de ne pas payer l'intégralité de la dette et de lui conférer une innocence qu'elle n'avait jamais eue. C'est pour cela qu'elles n'ont pas mis le moindre obstacle aux prétendues manœuvres de M. March, mais ont tenté, comme nous le verrons bientôt, de s'en faire un allié. Et voilà la première raison pour laquelle les autorités espagnoles n'ont pas accepté la troisième version du plan de compromis.

La deuxième raison du refus est que le Gouvernement espagnol avait vu se confirmer au cours des entretiens de 1946 cette « impression de méfiance et de soupçon » à laquelle M. Suanzes devait faire allusion dans son discours aux Cortes; mais la lettre du 7 décembre 1946 du président de Barcelona Traction au ministre (A.C.M., vol. VI, n° 6, doc. 2, p. 328) reconnaissait des faits importants qui confirmaient que l'on s'était moqué du Gouvernement et des autorités espagnoles, ainsi en ce qui concernait la situation réelle du trio Barcelona Traction, Ebro et International Utilities, dont la connaissance exacte avait toujours été refusée à l'Institut espagnol de monnaie étrangère. La lettre du 7 décembre 1946 admettait même des faits qui ont été niés au cours de la faillite ou qui sont contestés devant la Cour internationale de Justice, actuellement; elle admettait les sacrifices demandés aux obligataires par le plan d'arrangement, l'intervention directe de Barcelona Traction en Espagne, la propriété de cette dernière société sur toutes les actions et obligations d'Ebro; ces renseignements devaient avoir du prix puisqu'ils étaient fortement réduits dans la lettre administrative adressée à l'Institut espagnol de monnaie étrangère, notamment, en ce qui concerne International Utilities (A.C.M., vol. VI, chap. II, n° 6, doc. 2 et 3, p. 328 et suiv.).

Enfin, la troisième raison du refus espagnol est que cette dernière version du plan d'arrangement confirmait les importantes réserves en devises de Chade, société espagnole, même si lesdites réserves restaient en attente à Panama. On ne saurait oublier que toute la question du plan d'arrangement, pour le Gouvernement espagnol, met en cause Chade, société espagnole, autant, sinon plus, que Barcelona Traction (A.C.M., vol. VI, n° 5, doc. 31, p. 326).

Les refus opposés au plan d'arrangement reposent donc, selon le Gouvernement espagnol, sur des motifs solides et raisonnables. Pour prétendre le contraire, il faut démontrer qu'en matière de paiements extérieurs les gouvernements doivent prendre leurs décisions sans y voir clair.

Toutefois, le Gouvernement belge voudra, peut-être, soutenir qu'à côté de ces motifs parfaitement licites, il y en a d'autres qui sont illicites. Et, selon le Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge n'est pas recevable à soutenir cette thèse, car les refus de septembre et de décembre 1946 sont fondés sur des motifs valables; cela suffit, et le Gouvernement belge admet que cela suffit. Pourquoi donc l'admet-il? Mais parce que dans ses conclusions (VIII, p. 108), notre distingué contradicteur déclare, à propos des refus opposés aux deux premières versions:

« Les raisons données étaient loin d'être convaincantes mais comme l'Espagne aurait dû fournir des devises et en manquait, la Belgique ne souleva aucun grief contre les décisions prises. »

Mais quelques minutes avant cette déclaration, le Gouvernement belge vient de pousser sa démonstration trop loin; il vient de montrer, à grand renfort d'allégations de toute sorte, que la situation s'est radicalement

modifiée peu après l'arrivée de M. Suanzes au pouvoir, que celui-ci est l'ami de M. March, qu'il agit d'accord avec lui dans les desseins les plus sombres, etc. Du rapprochement de ces deux positions il y a une conclusion logique qui s'impose: le Gouvernement belge admet qu'un seul motif légitime suffit à établir, au regard du droit international, le caractère non illicite d'un acte, et en l'espèce, pour les refus des première et deuxième versions, ce motif légitime est, selon le Gouvernement belge, la pénurie des devises.

Il en résulte en droit que, si la Cour estime qu'étaient réels, raisonnables et fondés les motifs qui viennent d'être exposés pour refuser la troisième version du plan d'arrangement, il n'est pas possible de prendre en considération des allégations fondées sur d'autres motifs qui auraient inspiré le Gouvernement espagnol à cette occasion. Autrement dit, encore, un acte fondé sur des motifs légitimes ne peut être attaqué au prétexte qu'il y aurait, au-delà de ces motifs légitimes et réels, des arrière-pensées coupables.

Bien entendu, ce raisonnement se situe toujours dans le cadre de l'allégation d'un délit spécifique commis en matière de devises par le Gouvernement espagnol.

La démonstration que nous venons de tenter de présenter à la Cour est, d'ailleurs, pleinement corroborée par le déroulement des événements qui ont suivi les refus de septembre et de décembre 1946. Quelle a été, en effet, à cet égard l'attitude des prétendues victimes et des gouvernements intéressés?

L'attitude de Barcelona Traction a déjà été soulignée dans les écritures espagnoles. Les dirigeants conclurent tout simplement des événements qu'il faudrait, de toute manière, fournir aux autorités espagnoles les renseignements demandés et entreprirent des recherches; celles-ci semblent cependant avoir été assez rapidement découragées par les révélations défavorables que des études préliminaires apportèrent (C.M., IV, par. 238, p. 203). Par ailleurs, la Barcelona Traction se tourna vers le syndicat d'obligataires formé par M. March.

Dès le 19 décembre 1946, donc quelques jours après le refus final, les dirigeants de Barcelona Traction publièrent un communiqué de presse où ils se félicitaient des offres faites en Bourse par M. March et qui permettraient à des obligataires pressés de réaliser leurs titres dans des conditions avantageuses (A.C.M., vol. II, n° 113, doc. 7, p. 375). Dès janvier les contacts étaient devenus très étroits entre Barcelona Traction et le syndicat de M. March et un protocole d'accord était signé entre eux (A.C.M., vol. II, n° 118, p. 482). Ce choix, qui consacrait la reconnaissance de la position dominante du syndicat de M. March en matière d'obligations *Prior Lien* et l'encourageait, avait une portée sur laquelle on aura l'occasion de revenir. Mais ni Barcelona Traction ni Ebro ne firent le moindre recours contre le refus de devises; la question a été et sera encore discutée à propos de l'épuisement des recours locaux. Mais le Gouvernement belge s'est défendu sur ce terrain parce qu'il est obligé de le faire en raison de la position qu'il a prise devant la Cour. Mais il y a quelque chose d'absolument irréel dans la position belge: la vérité oblige à reconnaître que cette question d'un délit international résultant du refus ne s'est présentée, à l'époque, à l'esprit de personne. C'est uniquement en raison d'une thèse reconstruite *ex post facto* que le Gouvernement belge est obligé de répondre à l'exception de non-épuisement des recours locaux à l'égard des actes de l'administration.

Mais ce qui le prouve davantage encore ce fut l'attitude des gouvernements. On comprend que le Gouvernement britannique, qualifié pour protéger les obligataires, ne soit pas intervenu puisqu'il s'était finalement montré plus que réticent pour la mise en œuvre d'une solution qui leur imposait des sacrifices injustifiés; il marqua seulement sa satisfaction de voir des offres en Bourse faites de manière à ne pas retarder indéfiniment la réalisation des droits des obligataires pressés. Mais l'abstention du Canada est plus étonnante, et surtout, celle de la Belgique qui revendique avec tant d'assurance le droit de protection diplomatique. Aucune intervention n'a été faite à l'époque auprès du Gouvernement espagnol. Ce dernier ne fait pas seulement cette remarque sur un plan général. Si le refus de devises est un délit spécifique, tous ses éléments étaient réunis dès la fin décembre 1946 et la Belgique, selon les thèses qu'elle soutient aujourd'hui, aurait dû présenter une réclamation diplomatique à l'époque; elle ne l'a pas fait, pas plus que le Canada; elle n'est pas recevable à invoquer aujourd'hui un tel délit.

La vérité historique est évidemment beaucoup plus simple: aucun gouvernement n'a pensé qu'un délit international venait d'être commis.

C'est pourquoi le Gouvernement espagnol croit que la thèse suivant laquelle on pourrait lui reprocher, pour ses refus d'octobre et de décembre 1946, d'avoir commis un délit international spécifique est dépourvue, en théorie et en fait, de toute valeur, et même de la moindre vraisemblance historique.

Mais le Gouvernement espagnol ne pense pas pour autant avoir rencontré l'argumentation à laquelle la Belgique est la plus attachée, à savoir celle du délit global, qu'il nous faut maintenant aborder.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Section 2. Le délit global

En abordant cette question du délit global, rappelons une fois de plus que le Gouvernement espagnol a exprimé à ce sujet toutes ses réserves: il estime que les conceptions belges, ou l'image qu'il s'en fait, ne sont pas acceptables et il n'a pas à rechercher quelle autre forme une telle théorie aurait pu recevoir pour la rendre acceptable.

Il suffit donc de renvoyer la Cour à ce qui a été dit à ce sujet par un des maîtres du droit international, le professeur Guggenheim, au compte rendu du 23 mai, page 100, *supra*.

Le professeur Aréchaga donnera encore plus tard, sur la matière du délit global, une vue d'ensemble rassemblant les aspects fondamentaux de cette affaire.

Notre tâche présente est beaucoup plus réduite: puisque, comme nous l'avons déjà dit, le Gouvernement belge estime que cette notion de délit global est particulièrement utile pour rattacher le refus des autorités espagnoles non judiciaires à la faillite, nous devons rencontrer sur ce point les conceptions belges, d'abord sur le plan des principes, ensuite sur celui des faits, que le Gouvernement belge croit pouvoir invoquer et faire valoir à l'appui de son grief.

Ce n'est donc pas dans la ligne de la conception espagnole que nous allons plaider devant la Cour, mais à titre subsidiaire, en nous efforçant

de suivre nos distingués adversaires sur le terrain qu'ils ont eux-mêmes choisi.

A cet effet, nous présenterons d'abord des remarques générales, puis nous passerons ensuite à l'étude concrète des allégations belges.

a) *Remarques générales*

Pour établir le point précis de la contestation qui nous sépare de nos distingués contradicteurs, il faut d'abord présenter deux remarques qui sembleront probablement admises sans difficulté.

La première est que le délit international n'existe que par la réunion de certains éléments qui ne sont pas nécessairement concomitants; il peut même arriver que l'intervalle de temps qui sépare ces éléments soit substantiel; autrement dit encore, un délit international peut avoir une certaine épaisseur dans le temps. Ainsi, un délit d'agression serait formé, dans certains cas, non seulement par l'existence de certains faits matériels qui en eux-mêmes pourraient ne constituer que des incidents de frontières, mais par des plans et décisions politiques et militaires délibérées qui peuvent être souvent antérieurs aux actes de violence matérielle.

Deuxième observation préliminaire: Une série de délits spécifiques peuvent être considérés, en vertu d'une règle expresse de droit, comme constituant, par leur réunion, un autre délit dont ils ne sont que des éléments constitutifs auxquels vient d'ailleurs s'ajouter une fin nouvelle, propre. Un assassinat par des autorités publiques peut constituer une violation des droits de l'homme; une multiplicité d'assassinats peut constituer un génocide s'il vient s'y ajouter l'intention de détruire une minorité ethnique, raciale ou religieuse.

Au-delà de ces deux remarques qui sont simples, la difficulté apparaît lorsqu'on se trouve en présence d'une série d'actes dont on dirait, dans la mesure où cette conception aurait un sens — pour le Gouvernement espagnol elle n'en a pas —, que chacun constitue un délit douteux, un quart de délit, un délit qui n'est pas démontré pleinement ni même probablement. Est-ce qu'alors la réunion d'une série de ces délits douteux, à supposer que l'on admette cette notion, ne constituerait tout de même pas en elle-même un vrai délit, mais de la même nature que chacun de ces délits douteux?

C'est bien ici, et quoi qu'on en dise, qu'apparaissent les difficultés et les hésitations belges, déjà perceptibles dans la première note diplomatique du 27 mars 1948 (A.M. 1959, n° 2) qui parlait « d'un déni de justice ou plutôt d'une série de dénis de justice ».

Après avoir échafaudé dans la réplique (p. 583) un important développement sur le grief global, le Gouvernement belge, devant les objections de la duplique (p. 811), a compris combien il serait peu glorieux de confesser que ses griefs isolés sont chacun pour le moins douteux et alors, dans les plaidoiries, il a pris une position d'une savante ambiguïté.

Tous les griefs qu'il formule seraient des griefs spécifiques et ce n'est que par l'emploi d'un « procédé technique » qu'ils seraient rapprochés les uns des autres aux fins de la seule démonstration de leur existence indépendante (VIII, p. 49).

Disons d'abord que le Gouvernement belge éprouve une propension, que nous nous permettons de trouver un peu trop marquée, à user du terme « technique » quand une situation l'embarrasse: ainsi, ce n'est que sur le plan technique que la Barcelona Traction aurait été en défaut en ce qui concerne le paiement de ses intérêts (R., V, par. 500); ainsi encore, les

môdalités de la troisième version du plan d'arrangement n'auraient affecté les ressources en devises que sur un plan technique (VIII, p. 93).

Nous ne savons si les activités que nous exerçons les uns et les autres, ici, sont techniques, mais il nous semble difficile en tout cas qu'elles relèvent d'une autre technique que celle du droit.

Et, bien que les conseils belges se renvoient de l'un à l'autre les explications à ce sujet (VIII, p. 460), on constate par leur vocabulaire — ainsi quand ils parlent de «grief d'ensemble» —, par les conséquences qu'ils ont annoncées en matière de préjudice, par tous leurs raisonnements, qu'ils entendent faire découler de ce grief d'ensemble des conséquences qui ne sont pas minces, et d'abord rattacher à la faillite tous les actes des autorités administratives de 1945 et 1946 (le lien de connexité figurait déjà dans la deuxième partie, chapitre II de la réplique (V, par. 477, p. 322) et un recours le plus large à la notion de connexité est annoncé en termes propres dans les plaidoiries (VIII, p. 52).

Ensuite et surtout, cette théorie du délit global permet d'appliquer la précieuse théorie de l'abus de droit à l'affaire considérée comme un tout et alors, bien entendu, on est complètement affranchi de la règle qui permettrait de considérer comme légitime un acte spécifique fondé sur des motifs raisonnables: en effet, l'ensemble des actes considéré comme un tout n'a plus, selon le Gouvernement belge, aucune justification légitime. Quelles admirables facilités de preuve sont ainsi acquises: on construit un délit global purement intentionnel qui s'alimente d'intentions qui peuvent être souvent probables ou simplement possibles, et la théorie du délit global a pour objet finalement de donner un blanc-seing pour réécrire toute l'histoire de l'affaire en commençant par la fin, par le résultat dont la poursuite et les moyens sont imaginés ou présumés. Pour recréer l'histoire monstrueuse qu'il entend présenter à la Cour, le Gouvernement belge fait comme ces paléontologistes qui arriveraient à reconstituer un animal entier avec une seule vertèbre, ici, la dernière.

Mais, l'histoire de la Barcelona Traction est une histoire humaine, avec les accidents, les libertés, les responsabilités des créatures libres. Sans doute arrive-t-il qu'au soir de leur vie, pour s'éviter remords ou regrets, les hommes s'imaginent que leur vie ne pouvait être autre que ce qu'elle fut. La vision donnée par le Gouvernement belge répond à une illusion de ce genre. On ne peut, sans de graves inexactitudes et lacunes, prétendre aujourd'hui réunir par une intention coupable au contenu arrêté les épisodes discontinus de cette affaire provoqués par des stratégies diverses dont celle de la Barcelona Traction fut, plus que toute autre, déterminante et par des événements auxquels le Gouvernement espagnol est complètement étranger.

Et c'est, en effet, bien là le problème de droit. Admettons un instant, puisque nous plaidons ici à titre subsidiaire, que l'on accepte l'idée d'un délit international constitué par un but illicite dont on irait chercher la manifestation dans une série d'actes distincts dont chacun, sans être illicite, révélerait la permanence de ce but. Encore faudrait-il alors que tous ces actes soient réunis par des liens constituant une unité indissociable. En matière de responsabilité, les actes sont donnés au départ dans la discontinuité du temps et de la vie; ils se présentent isolés, et c'est pourquoi la démonstration de leur unité relève de sévères exigences de preuves. Ce problème n'est pas sans évoquer un autre problème, absolument inverse, mais dont le rapprochement dispense peut-être une certaine lumière: en matière d'actes conventionnels, toutes les dispositions

d'un traité constituent une unité, par les volontés humaines qui les réunissent en un acte unique. Dans certains cas exceptionnels, et à des fins limitées, on peut dissocier certaines de ces dispositions les unes des autres; en matière de traité, c'est la séparabilité (*severance*), qui est difficile à prouver en matière de responsabilité, c'est ce qu'il faudrait bien appeler la « globalisation », qui n'est pas de droit et doit faire l'objet d'une démonstration convaincante.

Pour consacrer cette totalisation d'actes séparés en vue de leur réunion en un délit unique, il faudrait, au moins, que ces actes soient la suite nécessaire les uns des autres et que l'intention qui est le facteur déterminant de la culpabilité persiste avec un contenu identique tout au long de la chaîne des actes dont on prétend qu'elle les réunit en un délit. Il ne faut donc pas qu'entre deux actes il y ait la discontinuité introduite par un fait de la prétendue victime ou même par le fait d'un tiers. Il faut donc aussi et surtout que l'intention délictuelle, celle qui finalement constitue à elle seule le délit, existe avec le même objet, avec la même certitude d'un bout à un autre de la suite des actes que l'on considère. Ce serait là des conditions minima.

Or, ces conditions ne sont nullement vérifiées dans le roman de la Barcelona Traction écrit dans sa version belge.

Le Gouvernement belge avait d'abord décrit dans la réplique le grief global comme une « machination complexe et astucieuse du groupe March » (R., V, p. 583) menée avec « l'appui inconditionné des autorités administratives et judiciaires »; dans les plaidoiries, l'intention délictuelle est précisée sous une forme presque axiomatique: c'est la poursuite, depuis 1945 jusqu'à la fin, d'une « expropriation sans indemnité et pour cause d'intérêts privés » (VIII, p. 50).

Mais il suffit de poser quelques questions élémentaires pour que toute tentative de donner une base juridique à la thèse du grief global s'effondre. Peut-on dire que les refus administratifs d'octobre-décembre 1946 étaient unis d'intention au jugement du tribunal de Reus? Qu'ils le provoquaient directement? Que ce sont eux qui sont la cause de l'échec des négociations privées de 1947, 1948, 1951? L'Etat espagnol avait-il l'intention en 1946 de provoquer une vente forcée à vil prix? Et l'on pourrait multiplier les questions de ce genre.

En réalité, comme on va le montrer en examinant maintenant les faits concrets, c'est une véritable coupure qui sépare les refus de 1946 de la faillite. Et il y a dans l'histoire de l'affaire d'autres coupures que celle-là.

Considérons donc maintenant, dans le paragraphe b), les faits.

b) *Les faits*

Peut-on relever dans l'attitude des autorités espagnoles des faits qui permettraient de relier directement leurs actes à des griefs ultérieurs du Gouvernement belge, notamment à propos de la faillite?

Il ressort déjà des questions que nous avons posées que l'on peut répondre fermement par la négative; mais, sans abuser de la patience de la Cour, nous pensons qu'il est nécessaire de discuter ici au moins quelques exemples concrets des allégations adverses. Nous allons donc réexaminer quelques-unes des allégations belges relatives aux refus espagnols de 1945-1946: ce sera l'objet d'un premier point A; puis nous passerons ensuite à B, aux négociations de 1947-1948 qui ont toujours été, dans les écritures comme dans les plaidoiries, l'objet d'une discrétion caractérisée de la part du Gouvernement belge.

A. Les actes des autorités espagnoles relatifs aux refus de devises

Ils ont déjà été examinés sur le plan du délit spécifique, mais ils sont en réalité l'objet d'une nouvelle argumentation belge, et cette fois beaucoup plus libre grâce aux inappréciables facilités de la théorie du grief global. Peu importe, en effet, dans la conception belge, que ces actes soient fondés sur des motifs raisonnables et solides si, à leur sujet ou à leur occasion, on pouvait montrer qu'à côté de leur fondement juridique ils révèlent une intention coupable, une partialité hostile qui rejoindrait un plan à longue échéance, inspiré par un but illicite.

Le Gouvernement espagnol vient, certes, de faire valoir les obstacles juridiques qui s'opposent à de telles thèses; mais il désire répondre complètement aux allégations belges et, par conséquent, à titre subsidiaire, à les examiner sur le plan des faits, ce qu'il a déjà fait dans la duplique mais ce qu'il veut reprendre en ce qui concerne les points les plus importants.

En ce qui concerne les refus monétaires, les attaques belges se sont concentrées sur la personne de M. Suanzes qui, en tant que ministre du commerce et de l'industrie, eut à en traiter. Trois reproches sont adressés à M. Suanzes, à propos desquels nous soumettons à la Cour quelques brèves observations.

Première allégation belge: le ministre Suanzes aurait agi par désir d'hispanisation, et ceci serait patent d'après sa lettre du 18 décembre 1945 (A.C.M., vol. VI, n° 5, doc. 9, p. 287).

Le Gouvernement espagnol estime que rien n'est plus naturel, plus légitime, qu'à une société qui vient lui demander des devises pour l'hispanisation de sa dette extérieure le ministre ait répondu que cette requête soulevait des problèmes identiques à l'hispanisation des actions et même qu'il ait ajouté qu'il serait toujours prêt à envisager cette dernière. Il était tout à fait normal qu'une entreprise comme celle de Barcelona Traction reçoive une forme juridique de droit espagnol; par ailleurs, elle voulait retirer d'Espagne, prématurément, un énorme investissement en capital et recourir, une fois de plus, à l'épargne espagnole qui, depuis de très longues années, était la seule à alimenter l'entreprise. Il était donc très normal qu'une place soit faite à des capitaux espagnols aussi dans son capital-actions. Telle était, depuis 1940, l'opinion des dirigeants de la société (note du 7 mars 1940, A.C.M., vol. II, n° 112, doc. 1, p. 292), nous l'avons vu. Quand on parle des intentions d'hispanisation de M. Suanzes, encore faut-il préciser qu'il ne peut s'agir, dans l'esprit de M. Suanzes, que d'une inclination favorable et nullement d'une décision. Non seulement il n'apparaît nulle part qu'il ait entendu subordonner toutes les décisions qu'il serait amené à prendre à une hispanisation du capital-actions, mais la suite des événements montre avec certitude qu'il ne l'envisageait que comme une solution qu'on lui proposerait dans des termes équilibrés et dans le respect d'autres intérêts privés tant étrangers qu'espagnols — le Gouvernement espagnol s'est expliqué sur ce point dans la duplique (VI, p. 180).

Selon une deuxième allégation belge, le refus aurait été consommé à l'instigation de M. March, pour le favoriser, avec son accord. Au détour d'une phrase, insidieusement, et pour la première fois semble-t-il, on a même affirmé dans les plaidoiries que M. Suanzes aurait été l'ami de M. March (VIII, p. 92) sans apporter aucune preuve. Nous n'utiliserons aucun substantif et aucun adjectif pour qualifier ce procédé qui consiste

à attendre les plaidoiries pour une affirmation de ce genre. Mais tout ce que l'on sait de M. Suanzes permet de dire que cette grave accusation n'est pas justifiée. M. Suanzes, cela on le sait, s'est opposé au temps de la faillite, dans des recours contentieux, à des sociétés espagnoles bien connues en Espagne pour les intérêts qu'y possédait la famille March; M. Suanzes était un homme droit, méfiant à l'égard des milieux d'affaires qu'il n'avait pratiqués que de l'extérieur; il était étranger aux conseils d'administration; il n'était pas de ces ministres qui, comme c'est admis ailleurs, peuvent cumuler leurs fonctions de ministres avec des relations d'affaires précises et protéger des intérêts auxquels ils ont personnellement part; dans sa vie et dans sa retraite, il n'a été qu'un serviteur de l'Etat.

Faudra-t-il alors pour établir le caractère et la conduite de M. Suanzes vraiment discuter devant la Cour les lettres spéciales entre Messieurs M. et M. de l'année 1947, remises au Gouvernement belge par l'intermédiaire de M^c Serrano Suñer? Ce que nous allons dire de ces deux personnes concerne uniquement, bien entendu, l'hypothèse que fait sur elles le Gouvernement belge et que nous ne pouvons pas vérifier. Si l'on accepte l'interprétation belge, ces deux compères sont tous deux des agents doubles, puisque l'un serait en train de trahir Ebro au profit d'informateurs de M. March et puisque l'autre devait trahir la cause de M. March au profit de celle de Barcelona Traction; ces espions sont des stratèges de Café du Commerce; ils critiquent M. Suanzes d'avoir prononcé un discours aussi franc et ils annoncent la mise en faillite de la Barcelona Traction en Angleterre. La collection incomplète de leur correspondance montre en tout cas que leur avidité personnelle est la principale source des relations et des connaissances qu'ils s'attribuent. Le Gouvernement espagnol ne pense pas que des documents de telle nature méritent de retenir davantage l'attention de la Cour.

Troisièmement, une insinuation spéciale concerne le discours de M. Suanzes aux Cortes (A.M., vol. I, n^o 40, p. 217 et suiv.). M. l'agent du Gouvernement espagnol a déjà abordé cette question et nous pourrions nous en remettre sur ce point à l'appréciation des juges de la Cour. Peut-être convient-il cependant de poser encore les questions suivantes:

Est-il normal qu'un ministre s'explique publiquement sur des problèmes qui ont été l'objet de campagnes d'opinion violentes et à propos desquelles son action, sa responsabilité et même son honorabilité — puisqu'il y a eu dans le plan d'arrangement des surplus à distribuer selon l'effort de chacun — sont mises en cause? Est-il normal qu'un ministre espagnol ose dire, à propos de la Chade et des devises que l'économie espagnole en attendait normalement, qu'il n'est pas possible d'affirmer que ce but ait été pleinement atteint et, à propos du plan d'arrangement, qu'il laissa une inévitable impression de méfiance et de soupçon? Est-il normal qu'à l'époque il n'ait pas précisé davantage d'autres inquiétudes alors que des informations pouvaient encore être apportées par les intéressés et des compromis respectueux de la loi élaborés entre les intérêts privés?

Mais les interventions belges, en dehors même de la recherche d'un effet d'atmosphère, ont pris sur ce point un caractère qui ne correspond pas au génie ni au bon sens de la politique belge. C'est l'honneur de la Belgique d'engendrer des hommes qui, par leur dévouement aux grandes causes internationales, par leur zèle inlassable de promoteurs, d'animateurs, de conciliateurs, de juristes, s'imposent comme personnalités inter-

nationales plus que comme représentants de la Belgique ou que comme nationaux belges.

C'est l'un d'eux qui tient une certaine place dans le discours de M. Suanzes; ce dernier l'y qualifie d'ailleurs de « personnalité de la politique internationale », mais la Belgique, comme Etat, est absente du discours de M. Suanzes. Prétendre, à propos d'un problème disparu depuis de longues années, le contraire, c'est non seulement lire ce discours avec les verres déformants d'une préoccupation contentieuse, mais c'est méconnaître la place que la Belgique s'est toujours fort sagement attribuée dans les affaires internationales. Ajoutons au surplus que ce ministre belge, qui était une personnalité de la politique internationale, présentait une particularité qui n'a jamais été discutée; il était à l'époque de ses fonctions complètement étranger à tous les milieux d'affaires internationales qui avaient établi leur quartier général en Belgique.

Mais le Gouvernement espagnol croit qu'il ne faut pas, à partir du moment où l'on prétend établir un grief global et historique, en rester aux points soulevés par le Gouvernement belge. Pourquoi celui-ci a-t-il gardé tant de discrétion sur l'ensemble des événements qui couvrent l'année 1947 et débordent sur l'année 1948?

C'est une lacune qu'il faut au moins partiellement combler.

B. Les négociations de 1947 et de 1948

Les événements qui se sont déroulés au cours des années 1947 et même 1948 ont complètement changé les données de l'affaire de la Barcelona Traction et ne permettent pas de relier ces événements avec ceux qui ont précédé pour en faire un ensemble unique et cohérent. En effet, un fait essentiel domine toute cette période qui s'étend au-delà du début de la faillite: ce fait est constitué par des négociations privées, importantes, renouvelées, menées plusieurs fois jusqu'au seuil du succès.

Ces négociations répondent à un choix de la Barcelona Traction; c'est d'elles que l'évolution future de l'affaire a dépendu; elles représentent un facteur causal indépendant du Gouvernement espagnol et venant interrompre toute continuité entre les événements antérieurs et les événements futurs. Ces négociations ne permettent pas non plus de reconstituer aucune intention délictuelle de la part des autorités espagnoles, et encore moins une intention délictuelle qui viendrait rejoindre une intention antérieure.

Il va être possible de l'établir par quelques observations très simples; mais il faudra aller ensuite plus loin et regarder de plus près encore ce qui concerne les développements de l'affaire Chade, sans lesquels l'affaire Barcelona Traction reste une énigme.

La Barcelona Traction s'est orientée vers des négociations; l'Etat espagnol l'a déjà dit: il ignore quand ces négociations ont commencé, mais les choses n'ont pas chômé puisqu'un mois après l'échec du plan d'arrangement les premières bases d'un accord étaient acceptées (D., VI, p. 169 et suiv.). La Barcelona Traction s'engageait ainsi dans la voie d'un règlement bilatéral de ses difficultés; l'autre partie étant constituée par un syndicat d'obligataires, ce qui entraînait comme conséquence que les deux parties, Barcelona Traction et le syndicat, avaient désormais intérêt toutes deux à détenir ou à ramasser, l'une ou l'autre, le plus grand nombre d'obligations.

Certes, des négociations privées sont une chose qui n'engage pas l'Etat. Cependant, ces négociations touchent l'Etat sur trois points. Le premier

point c'est que l'Etat est resté étranger à toutes ces négociations, comme à toutes celles qui ont suivi. Il ne les a pas provoquées et ne s'y est pas opposé. Il n'a aucune part dans les incidents qui les ont à plusieurs reprises interrompues. En revanche, bien qu'il n'en ait été que partiellement informé, il s'est appliqué à ne prendre aucune initiative qui puisse les handicaper. Mais ces négociations intéressent l'Etat à un autre point. C'est que les dirigeants de la Barcelona Traction ont voulu employer M. March comme un allié pour régler leurs rapports avec l'Etat. Sans doute y a-t-il eu dans les rapports privés une dominante de rivalité, d'hostilité, de méfiance, mais il y a eu aussi bien autre chose. Ce qui le démontre, c'est l'inexactitude des informations des conseils belges (VIII, p. 335), selon lesquelles les négociations n'étaient que des demandes de capitulation; qu'il n'en ait pas été ainsi a été démontré dans la duplique (VI, p. 169), et on y reviendra par quelques exemples.

Mais il n'y a pas de négociations sans une certaine confiance; comment se fait-il que les représentants de Barcelona Traction ont accepté de négocier avec un homme dont, d'après leurs propos et leurs écrits postérieurs, ils savaient, dès ce moment-là, le caractère, à les en croire, si peu recommandable? Par ailleurs, les dirigeants de Barcelona Traction, nous l'avons dit, espéraient encore en janvier 1947 fournir au Gouvernement espagnol les renseignements nécessaires pour obtenir des devises et un nouvel accord de paiement anglo-espagnol était en préparation et ses perspectives devaient être plus tard présentées par Barcelona Traction comme prometteuses (A.C.M., n° 113, vol. II, doc. 8, p. 377). Pourquoi, en présence d'un partenaire que maintenant l'on dit trop exigeant, ne l'ont-ils pas pris au piège de ses achats d'obligations en consignand en Espagne en pesetas le montant des intérêts dus et en l'invitant à résoudre ses problèmes avec l'Etat espagnol?

La seule explication est que les dirigeants de l'affaire ont eu l'espoir de faire de M. March un homme qui leur serait jusqu'à un certain point utile. En réalité, l'attachement des dirigeants à leur affaire n'était pas tel qu'ils refusassent d'en négocier l'abandon et ils pensaient sans doute qu'en alléchant M. March par quelques concessions celui-ci les aiderait à faire accepter par le Gouvernement espagnol les solutions favorables et indulgentes dont ils avaient besoin. Toute la question des interventions de M. March auprès des autorités espagnoles est traitée dans le télégramme du 6 janvier 1948 (A.C.M., vol. II, n° 118, doc. 3, p. 498).

Par ailleurs, pour M. Suanzes, M. March était ou avait été l'ami de M. Heineman (A.C.M., vol. VI, p. 357). C'est ce qui résulte d'une lettre de M. Heineman du 26 juillet 1948. Bien sûr, M. Heineman laisse entendre au ministre qu'il s'exprime sans doute ironiquement, mais n'empêche que les deux hommes avaient dû se présenter côte à côte en 1948 et que l'interruption finale des négociations de 1948 provient de ce que M. March a refusé d'être compromis aux côtés de M. Heineman dans les négociations de ce dernier avec l'Etat concernant l'affaire Chade (D., VI, p. 192 et 193). Et c'est là la cause de la vraie rupture, postérieure à la faillite: le refus d'une alliance, c'est-à-dire le refus d'une entente à l'encontre de l'Etat.

Enfin, troisièmement, les négociations privées intéressent l'Etat par leur orientation. Dès le départ, les négociateurs privés s'orientèrent vers une réorganisation complète de l'affaire sous forme d'abord d'un comité local, puis ensuite d'une société de forme espagnole dont les dettes extérieures ne seraient pas toutes hispanisées, mais fortement réduites par

rapport à celles du groupe Barcelona Traction-Ebro, et au capital de laquelle participeraient très largement des intérêts espagnols ; le schéma le plus détaillé, mais encore fort incomplet de cette solution est postérieur à la faillite et se trouve annexé à une lettre du 5 mai 1948 (A.C.M., vol. II, n° 118, doc. 5, p. 507).

En présence de telles solutions émanant des intéressés, quelle pouvait, quelle devait être la réaction du Gouvernement espagnol ? Mais c'est celle que nous décrivit, le 13 décembre 1948, le président de la Barcelona Traction lui-même parlant de M. Suanzes :

« Il ajouta que les termes de l'arrangement ne concernaient pas le Gouvernement espagnol pour autant que toutes les conditions légales soient remplies. Le Gouvernement verrait avec satisfaction la conversion de la Barcelona Traction en une société espagnole sous contrôle espagnol. » (A.M., vol. I, n° 47, p. 246 et suiv.)

Où peut-on voir, dans ce préjugé favorable, une intention délictuelle, alors que ce sont les parties elles-mêmes qui viennent suggérer au ministre une solution que tout le monde a toujours trouvée naturelle ?

Ce point est non seulement important en lui-même, mais il explique aussi certains faits. Comme il l'a déjà été dit dans la duplique, il était conforme aux accords en voie de conclusion avec Barcelona Traction, accords qui avaient reçu une approbation de principe du gouvernement, que Barcelona Traction soit hispanisée, et il est tout à fait normal que M. March ait fait référence, dans une communication qu'il adressait à l'administration, non en 1946 mais bien en 1948, aux accords en cours de négociation. Il nous semble inutile de revenir sur des allégations des plaidoiries auxquelles la duplique avait depuis longtemps répondu (VIII, p. 91 ; D., VI, p. 181, par. 260).

La situation qui prévaut en mai 1948 marque donc une discontinuité complète à tous les points de vue avec celle qui régnait au moment des refus de devises de 1945-1946. Et cependant, il faut le reconnaître, c'est à la fin de 1948, dans son discours précité du 13 décembre, que le président de la Barcelona Traction lançait en termes, il est vrai, conditionnels, la première accusation d'un

« plan concerté, allant même jusqu'au concert frauduleux (*conspiracy*) entre M. March et le Gouvernement espagnol, pour éliminer l'intérêt des actionnaires dans les actifs de la Barcelona Traction et pour acquérir ces biens au profit des obligataires et du Gouvernement » (A.M., vol. I, n° 47, p. 253).

Comment se fait-il que M. Duncan ait oublié en décembre 1948 ce printemps si proche, mais postérieur à la faillite, où il remerciait M. Suanzes de lui avoir raconté des histoires écossaises et où il remerciait M. March de ses excellents cigares dont il demandait de lui envoyer une boîte (A.D., vol. II, n° 37, doc. 1 et 2) ?

Répondre à cette question c'est évoquer l'histoire de la Chade.

Comme nous l'avons dit, le plan d'arrangement mettait en cause autant la Chade que la Barcelona Traction, et le Gouvernement espagnol a eu, en 1947, il est vrai, un peu moins de patience à l'égard de la société espagnole Chade qu'à l'égard de Barcelona Traction. Ne recevant aucune explication sur une politique de Chade en matière de devises qui avait provoqué son étonnement, il avait modifié sa législation en la codifiant et en introduisant une seule nouveauté qui était de permettre certaines

enquêtes. Immédiatement, la société Chade, qui depuis longtemps avait en Espagne 15 pour cent de ses actionnaires, des dettes et les structures qui lui avaient permis de bénéficier de la nationalité espagnole à une époque où il fallait se garder de la curiosité des futurs vainqueurs quels qu'ils soient, cette société avait rompu avec l'Espagne tous ses liens en deux étapes, ne laissant en Espagne qu'une coquille vide et des dettes. Ses dirigeants avaient déclaré fièrement qu'ils répondraient aux questions qu'on leur poserait, mais qu'ils refuseraient de subir une enquête conduite sous l'autorité de l'Etat.

Il y avait sans doute longtemps que, dans l'esprit de M. Heineman, le destin de Chade était lié à celui de la Barcelona Traction. Quoi qu'il en soit, le jeu, en janvier 1948, était fort clairement expliqué à M. March et il fut finalement abattu au cours des négociations de juillet 1948 avec M. Suanzes: on échangeait Chade contre Barcelona Traction; Chade quittait l'Espagne pour remonter vers ce nord d'où elle était venue en 1919, mais Barcelona Traction devenait espagnole (télégramme du 7 janvier 1948 du président de Barcelona Traction à M. March, A.C.M., vol. II, n° 118, doc. 3, p. 499). Et l'on chercha donc à se faire de M. March un allié pour obtenir la solution du problème de Chade, aux dépens de l'Etat, et en même temps, derrière le dos de M. March, on voulait obtenir de M. Suanzes, moyennant le paiement de certains impôts relatifs à la liquidation régulière de Chade en Espagne, qu'il impose à M. March une solution qui supposait une intervention de l'Etat dans la faillite, le retrait des poursuites entreprises pour transferts illicites, etc.

M. March refusa de se prêter à une pression sur l'Etat, M. Suanzes refusa d'intervenir dans des affaires pendantes devant les tribunaux. Si le Gouvernement belge n'a pas jusqu'à présent attaqué ce refus de M. Suanzes, c'est probablement parce qu'il est obligé de reconnaître qu'on ne négocie pas une affaire privée aux dépens d'une affaire publique, ni vice versa, et qu'on ne peut faire grief à un Etat, même pauvre, de ne pas troquer son droit d'aïnesse contre un plat de lentilles. Car de ce droit d'aïnesse qui constitue la souveraine indépendance de l'Etat, est-il un privilège plus juste, plus indispensable, que celui de voir clair dans les affaires qui intéressent la chose publique, et finalement n'était-ce pas ce qui, dans le cas de Chade comme dans celui de l'affaire Barcelona Traction, était en cause? De ce droit d'aïnesse ne découle-t-il pas de plus évidente obligation que de ne pas s'immiscer pour une somme d'argent quelconque dans le fonctionnement des tribunaux?

M. Suanzes n'avait pas peut-être mesuré à leur juste poids les inimitiés des membres du conseil d'administration de Chade qui étaient ou seraient des ministres, des grands banquiers, des parrains de monnaies fortes, mais il allait rapidement apprendre que la menace de M. Duncan n'était pas vaine.

Voilà, en tout cas, une série de données qui, de l'avis du Gouvernement espagnol, empêchent radicalement de construire un délit international qui s'incorpore les refus de l'année 1946 et fait remonter ainsi vers le passé les griefs que le Gouvernement belge fait valoir à propos de la faillite. La construction belge semble même sur ce point si débile, que l'on peut se demander pourquoi la Belgique met tant d'insistance à cette argumentation sur les questions de devises.

La réponse est cependant simple et rappelons-la en terminant. La démonstration que nous avons tenté de soumettre à la Cour pénètre de toutes parts le problème de la faillite. La cessation des paiements a été

un des éléments de la faillite espagnole; les négociations de février et de mars 1948 sont la seule explication plausible de ces déclinatoires de compétence auxquels les deux parties semblent avoir eu intérêt, avec lesquels elles ont sans doute joué toutes les deux, car si à cette occasion, comme on l'a laissé entendre, le prétoire espagnol évoquait un cirque (VIII, p. 264), les sociétés du groupe Barcelona Traction ont été à la hauteur de leurs adversaires. D'une manière plus générale encore, c'est la structure et la conduite de la Barcelona Traction qui se reflètent en termes identiques comme dans deux miroirs parallèles dans les aspects extrajudiciaires et dans les aspects judiciaires de l'affaire. Ces problèmes de cessation de paiements et d'autorisation de change devaient d'ailleurs avoir un épilogue au cœur même de la faillite: il est l'objet de notre dernier chapitre consacré à la déclaration conjointe du 11 juin 1951.

CHAPITRE III. LA DÉCLARATION CONJOINTE DE 1951 OU DE LA JUSTIFICATION ET DU PÉCHÉ DE SE JUSTIFIER

Dans les premières notes diplomatiques adressées au Gouvernement espagnol, il était bien relevé que la cessation des paiements de Barcelona Traction avait pour cause la législation des changes et les refus que les autorités espagnoles avaient opposés, dans le passé, aux transferts de devises, considérés comme un cas de force majeure.

Avec l'année 1949 se développa une « campagne persistante et violente » (note du 16 mars 1950 du Gouvernement espagnol aux Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada, A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 3, p. 11), mettant en cause la responsabilité internationale de l'Espagne à propos de ces refus. Ce fut le Gouvernement espagnol qui le premier, dans la correspondance diplomatique, par des notes à la Belgique (A.M., vol. IV, n° 253, p. 983) et à Sa Majesté britannique (A.E.P. 1960, n° 170 (II), p. 205), en date du 26 septembre 1949, prit l'initiative de soulever le problème de la justification d'une série de refus qui s'étendaient de 1940 aux derniers refus opposés par le ministre du commerce et de l'industrie lui-même.

Puis, dans la note du 16 mars 1950 adressée aux Gouvernements du Royaume-Uni et du Canada (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 3, p. 11), il reprenait une partie du texte de sa note antérieure et invitait les deux gouvernements à participer à la constitution d'une commission internationale d'experts; celle-ci termina ses travaux en déposant plusieurs rapports distincts pour les experts espagnols, d'une part, pour les experts anglais et canadien, de l'autre. L'ensemble de ces rapports fut examiné par les experts des gouvernements intéressés et ceux-ci élaborèrent une déclaration conjointe du 11 juin 1951; elle fut l'objet d'une conférence de presse et d'un communiqué du ministre de l'éducation nationale; elle entraîna des modifications importantes dans les positions respectives des gouvernements et des personnes intéressées à la faillite.

Pour le Gouvernement espagnol, cette déclaration conjointe présente des conséquences juridiques importantes qui sont opposables au Gouvernement belge. Elle apporte la justification de la conduite du Gouvernement espagnol; c'est là le point essentiel que nous examinerons en premier lieu.

Le Gouvernement belge s'est efforcé, quant à lui, de diminuer la valeur des actes de cette procédure et de faire naître, de leur ensemble, de nouveaux griefs contre le Gouvernement espagnol, qui devient ainsi

coupable de s'être justifié. Ce sera la deuxième question que nous envisagerons ensuite.

Section 1. La justification

Au lendemain de la publication de la déclaration conjointe, le Gouvernement belge ne formula aucune observation à ce sujet. Il en aurait eu cependant l'occasion dans sa note du 13 juillet 1951. En revanche, dans la note jointe à la lettre de l'ambassadeur de Belgique du 30 octobre 1951 (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 31, app. 1, p. 111), le Gouvernement belge considérait « comme non concluante l'opinion de tiers, désignés à titre d'experts sans son intervention ». Un peu plus tard, dans sa note du 6 décembre 1951, il répétait encore :

« les constatations d'un Collège d'experts, au sein duquel la Belgique n'était pas représentée, ne lui sont pas opposables, bien qu'il se réserve, comme il va de soi, d'en faire état s'il lui convient » (A.M. 1959, n° 10, p. 37).

Il y a ainsi plusieurs questions qui se posent. D'abord une première question qui a en quelque sorte un caractère préalable : quelle est la valeur de la déclaration conjointe à l'égard de l'Etat belge ? Ensuite, deuxième question : quelle est la portée de cette déclaration dans sa substance ? Et enfin, une troisième question : quelle est la valeur des attaques belges qui ont pour objet de retirer son crédit à cette déclaration, notamment en prenant à partie les travaux de la commission d'experts qui l'ont précédée ? Nous prendrons successivement ces trois questions. Et d'abord la valeur de cette déclaration à l'égard de l'Etat belge.

a) Valeur de la déclaration conjointe à l'égard de l'Etat belge

Bien évidemment, cette déclaration a une grande valeur morale, surtout si l'on considère que les experts des ministères des trois gouvernements, à l'initiative expresse du Gouvernement britannique, ont soigneusement examiné tous les rapports des experts et tous les documents qu'ils avaient réunis. On peut dire, en ce sens, que la déclaration conjointe est le fruit d'une expertise gouvernementale qui s'est superposée à une expertise comptable. Mais il est inutile que nous insistions sur cette valeur morale ; c'est à la Cour seule qu'il appartient de l'apprécier.

Mais le Gouvernement espagnol considère de plus que, dans la présente affaire, cette déclaration est juridiquement opposable à la Belgique.

Certes, cette déclaration constitue un accord international en forme simplifiée et, à ce titre, la Belgique peut invoquer une règle incontestée suivant laquelle les accords internationaux n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. La réponse serait pertinente et sans réplique si l'Espagne invoquait brusquement cet accord à l'égard de la Belgique, dans n'importe quelle situation de relations interétatiques. Mais nous ne sommes pas dans une situation quelconque, mais dans une situation de protection diplomatique.

Cet accord a été conclu en 1951 par l'Etat qui protégeait, à l'époque, légitimement la société, que les particuliers intéressés considéraient comme protégeant légitimement la société, que le Gouvernement belge considérait aussi comme protégeant légitimement la société à l'égard du Gouvernement espagnol ; en effet, le Gouvernement belge, devant la non-présence, dans la commission d'experts, d'un expert représentant la

Belgique, a communiqué ses appréhensions au Gouvernement du Canada, mais il s'est bien gardé de présenter la moindre réserve ou protestation auprès du Gouvernement espagnol. Aujourd'hui, le Gouvernement belge ne prétend plus protéger que les actionnaires, mais dans la limite où le droit international lui reconnaîtrait ce droit, la situation des actionnaires ne pourrait être définie qu'en fonction des droits qu'ils recueillent au sein de la société elle-même, tels que ceux-ci apparaissent à la suite de la protection diplomatique que la société a elle-même sollicitée et obtenue.

Certes, l'Etat qui exerce la protection diplomatique exerce, selon une formule que la Cour a rendue célèbre, un droit propre, mais ce droit propre a pour objet une situation qui n'est pas créée et définie librement par l'Etat protecteur. Les actionnaires n'ont pas plus de droits que la société; ce qui était opposable à la société leur est opposable et la protection diplomatique des actionnaires ne peut refaçonner à son bénéfice les droits que les actionnaires tiennent d'une situation juridique de la société, qui a été régulièrement établie par ailleurs. L'Etat protège la situation de ses ressortissants telle que ses ressortissants l'ont faite ou telle que ses ressortissants l'ont recueillie, faite par celui dont ils la recueillent.

Certes, la Cour a entendu une autre théorie qui, avec beaucoup d'élégance, réussit à organiser et à masquer une contradiction fondamentale, et dans cette conception, en théorie, le droit international détermine d'une manière exclusive et immédiate les conditions de nationalité de la protection diplomatique. Et d'autre part, en pratique, chaque Etat intéressé possède un droit souverain et anarchique de faire sienne n'importe quelle prétention privée, quels qu'aient été la conduite et le choix des particuliers, quels qu'aient été le choix et les positions des autres Etats sollicités par ces particuliers d'intervenir; mais nous avons remarqué que tous les conseils belges n'étaient par sur ce point du même avis et même entendu avec une grande satisfaction certaines déclarations, par exemple celles qui sont rapportées au compte rendu du 9 mai (VIII, p. 493), où notre distingué collègue et ami, M. Lauterpacht, exprime, semble-t-il, des idées qui ne sont pas très éloignées des nôtres. Mais quoi qu'il en soit, l'exemple que nous fournit la déclaration du 11 juin 1951 est en tout cas bien clair.

Il montre combien l'ambition du Gouvernement belge dépasse les principes les plus sûrs du droit international public. Sous couleur d'une interprétation libérale de la protection diplomatique et sous des prétextes divers, on veut introduire dans le droit international des protections diplomatiques qui, non seulement, sont alternatives, mais ensuite des protections diplomatiques qui sont cumulées; mais le fin du fin est d'introduire des protections diplomatiques novatrices: chaque nouvelle protection diplomatique ignore de qui ses protégés sont les ayants droit; elle s'applique à une situation qu'elle redéfinit librement à son propre usage, sans tenir compte des résultats légitimement acquis par une protection diplomatique antérieure.

Ces considérations seront développées par le professeur Ago, mais l'exemple de la déclaration conjointe de 1951 est sans doute un des plus nets pour démontrer les inadmissibles conséquences des conceptions aujourd'hui soutenues par le Gouvernement belge.

L'audience est levée à 12 h 55

TRENTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (2 VI 69, 15 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69; MM. Ammoun et Petrán, *juges*, absents.]

M. REUTER: La semaine dernière le Gouvernement espagnol avait tenté d'établir que la déclaration conjointe du 11 juin 1951 était opposable au Gouvernement belge. Nous avons ainsi terminé le premier point de ce développement consacré à la justification du Gouvernement espagnol. Nous devons aborder maintenant le deuxième point, *b*), consacré à la portée substantielle de la déclaration.

b) La portée substantielle de la déclaration

Le Gouvernement belge a intrépidement tenté de soutenir que les termes de la déclaration étaient « équivoques ». Il appartient à la Cour de l'apprécier.

En ce qui concerne le Gouvernement espagnol, il voudrait seulement attirer l'attention de la Cour sur deux points, et très brièvement.

Le premier point est que la déclaration ne se borne pas à dire — ce qui serait en réalité anormal en matière de change — que les demandes d'Ebro étaient frappées d'un vice qui serait en quelque sorte un vice de forme ou de procédure, constitué par l'absence de quelques pièces justificatives nécessaires pour les demandes de devises. En réalité, la déclaration a formulé une appréciation beaucoup plus grave; pour en déterminer le sens il ne faut pas se reporter à la traduction française inexacte que le Gouvernement espagnol a produite devant la Cour — ce dont il prie la Cour et ses adversaires de l'excuser — mais aux deux textes originaux en anglais et en espagnol (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 1, p. 6 et 7) dont nous demandons la permission de lire l'extrait le plus important dans les deux langues originales, malgré notre prononciation:

« a la vista de los informes sometidos por los expertos y con el conocimiento de fondo que han proporcionado sobre las actividades del grupo de Compañías, resulta ya plenamente justificada la decisión del Gobierno español de declarar improcedentes aquellas peticiones ».

« in the light of the reports submitted by the Experts and with the detailed knowledge of the activities of the group of Companies furnished by these reports, the decision of the Spanish Government to declare the applications in question ineligible, has now been fully justified... ».

Improcedentes, ineligible sont des termes lourds de sens qui correspondent au terme français un peu technique mais parfaitement courant aujourd'hui encore de « inéligible », comme en anglais, dans le sens « qui ne peut être retenu ». C'est donc une appréciation qui dépasse la forme et la procédure et qui est portée par la déclaration conjointe.

La deuxième observation que nous voulons faire en ce qui concerne la portée substantielle de la déclaration est la suivante:

Le Gouvernement belge soutient que le Gouvernement anglais et le

Gouvernement canadien n'ont pas reconnu que des irrégularités de toute nature avaient été commises par l'entreprise en Espagne.

Le Gouvernement espagnol est tout à fait d'accord pour reconnaître que la rédaction emploie une expression prudente et évite un terme qui implique une référence juridique et surtout pénale, stricte; c'est pourquoi on parle d'« irrégularités de tout ordre » (*de todo orden, of all kinds*), mais il est bien clair que ces irrégularités ont été constatées (*noted, apreciadas*) non seulement par le Gouvernement espagnol, mais également par les deux autres gouvernements. Rappelons, une fois de plus, que les experts gouvernementaux avaient à examiner avec soin l'ensemble des rapports avant que les gouvernements ne se prononcent par l'adoption de la résolution conjointe. Même le rapport, plein de mesure, des experts anglais et canadien avait bien été obligé de constater des irrégularités de fait, telles que les transferts sans autorisation des autorités espagnoles, nous reviendrons plus loin sur ce point.

S'il en était besoin, la portée de cette constatation serait nécessairement renforcée par le préambule de la déclaration qui rappelle que la commission d'experts a été désignée pour enquêter sur les activités dudit groupe, et surtout le point 4 de la déclaration précise de son côté que « des intérêts légitimes peuvent se trouver affectés par le comportement et l'attitude de la société ». Il s'agit donc d'irrégularités de comportement et d'attitude, ni plus ni moins, dont l'existence a été admise par les trois gouvernements.

Le Gouvernement espagnol estime donc qu'en droit les questions relatives au transfert de devises ont été clairement tranchées et ceci est valable, on l'a vu même en ce qui concerne la Belgique, dans la mesure où celle-ci entend aujourd'hui assurer la protection diplomatique des actionnaires.

Reste alors à examiner un dernier point concernant la justification que le Gouvernement espagnol estime avoir trouvée dans la déclaration conjointe.

c) Les attaques du Gouvernement belge à propos de la commission d'experts

Il est facile de comprendre de quel poids la déclaration conjointe pèse sur le Gouvernement belge, même si l'on considère, selon sa thèse, que la déclaration ne vaut à son égard au maximum que moralement.

Pour tenter de diminuer la portée de cette déclaration, le Gouvernement belge s'est livré à diverses attaques menées à propos du travail de la commission internationale d'experts.

La première attaque a pour objet d'opposer les deux rapports, anglo-canadien, d'une part, et espagnol, de l'autre.

La deuxième attaque a pour objet de discréditer personnellement les experts espagnols.

La troisième attaque a pour objet d'ôter toute valeur à la constatation fondamentale commune aux deux rapports en présence.

Si les trois attaques étaient fondées, non seulement la déclaration perdrait une partie de son autorité, mais les griefs que le Gouvernement belge en tire et que l'on exposera plus tard y gagneraient en étendue et en force. Nous allons donc consacrer quelques brèves observations à ces trois attaques du Gouvernement belge.

Et d'abord, l'opposition générale entre le rapport des experts espagnols et le rapport des experts anglais et canadien.

Le premier point à préciser est peut-être de déterminer le caractère de

cette commission d'experts. Notre distingué contradicteur a tenu à souligner qu'elle ne présentait aucun caractère juridictionnel; on ne peut qu'être pleinement d'accord avec lui sur ce point, on ne saurait même pas assimiler cette commission d'experts à une commission d'enquête internationale d'un type rigoureusement défini. Il s'agissait d'experts indépendants, plutôt que, comme le dit une note belge, de « représentants » des Etats (note du 6 décembre 1951, A.M. 1959, n° 10, p. 35), mais ils avaient été désignés par des gouvernements qui n'étaient pas dans une situation symétrique l'un par rapport aux autres. Le Gouvernement espagnol avait été accusé par des intérêts privés d'avoir refusé des devises ou des autorisations dans le but de favoriser d'autres intérêts privés; il avait pris position en soutenant son innocence, il pouvait être objectif, il n'était pas, bien malgré lui, dans une situation neutre. Les Gouvernements anglais et canadien étaient en opposition avec le Gouvernement espagnol sur certains points concernant la faillite, mais ils n'avaient jamais accusé le Gouvernement espagnol d'avoir indûment favorisé des intérêts privés en lutte avec ceux qu'ils protégeaient; eux étaient donc, sur ce point, dans une situation plus neutre.

Les experts anglais et canadien d'une part, et espagnol de l'autre, se sont opposés sur de nombreux points que les rapports en présence exposent clairement: désir espagnol de se limiter aux aspects espagnols de la comptabilité du groupe; susceptibilités anglaise et canadienne devant les experts espagnols qui avaient, au départ, l'avantage d'une connaissance déjà avancée de l'affaire; refus anglais et canadien d'employer certains termes dont ils craignaient les implications juridiques, pour ne parler que de questions de forme qui ont pu être irritantes pour les uns et pour les autres.

Mais, de l'avis du Gouvernement espagnol, et contrairement à une impression que le Gouvernement belge tend à suggérer par des citations partielles (VIII, p. 103), si l'on prend la peine de lire tous les documents pertinents et d'abord la lettre du 27 novembre 1950 adressée par l'expert anglais aux experts espagnols (A.R., vol. I, n° 139, doc. 2, p. 161), on constate que ces oppositions n'ont en rien porté atteinte à l'estime réciproque des hommes en présence comme le prouve la phrase suivante extraite de la dernière lettre citée:

« Pour ma part, je ne désire faire état d'aucune critique de vos travaux, sinon que je pense qu'ils semblent avoir été étendus au-delà du domaine de la fonction de la Commission. »

La même formule se trouve employée dans le rapport final des experts anglais et canadien; après avoir relaté tous les dissentiments qui les avaient séparés des experts espagnols, ils ajoutèrent pour terminer (par. 6) qu'en prenant la décision de ne pas considérer le rapport de M. Andany comme une base pour le travail de la commission ou de ne pas admettre que de tels documents forment une annexe à quelque rapport ou procès-verbal de la commission, « nous n'entendons pas critiquer implicitement son attitude », c'est-à-dire l'attitude de M. Andany (« We imply no criticism of his conduct ») (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 10, p. 151).

En réalité, pour comprendre le problème qui s'est posé aux experts, il faut aller au cœur de l'affaire. Les experts canadien et anglais voulurent rester sur un plan comptable formel, parce qu'ils souhaitaient vivement aboutir à un rapport commun à tous les experts, et ceci en vertu d'une inclination bien naturelle, commune à tous organismes d'enquête ou

d'expertise: la tendance à la conciliation est inscrite dans leur activité de par la nature même des choses. Les experts anglais et canadien ont donc cherché d'abord à élaborer un rapport commun à tous les experts et ensuite, à défaut, à garder à leur rapport un aspect assez équilibré. C'est bien l'avis du Gouvernement belge (R., V, p. 278). Seulement, ce dernier voit cet équilibre d'une manière toute différente que ne le fait le Gouvernement espagnol et, au surplus, il doit ignorer systématiquement à cet effet les termes de la déclaration conjointe qui suivra les rapports.

Pour le Gouvernement belge, le rapport des experts anglais et canadien donne raison sur toute la ligne aux thèses canadiennes telles que la Belgique les interprète aujourd'hui, et il constitue même un échec retentissant pour les prétentions espagnoles; ce serait pour accorder une petite compensation à l'Espagne que les experts auraient ajouté cette courte phrase du paragraphe 29, sans grande portée, qui concernait l'absence de justification aux demandes de devises. On peut tout de suite observer que le Gouvernement belge ne croit qu'à moitié à son explication puisqu'il dépense par ailleurs tant de peine pour montrer que cette petite phrase est sans fondement et, d'autre part, comme nous allons le voir bientôt, les dirigeants du groupe de la Barcelona Traction n'ont nullement cru à l'époque à cette explication.

Le Gouvernement espagnol voit les choses d'une tout autre manière. Il considère que les experts anglais et canadien ont soigneusement étudié les documents espagnols et qu'ils ont pensé qu'ils étaient lourds de sens. Ils ont choisi de se placer sur un plan abstrait où certaines constatations pouvaient être opérées avec plus de pudeur, sans tout de même masquer un fait matériel qui échappait à toute contestation et qui impliquait seulement ces constatations que l'on ne voulait pas souligner à l'excès à savoir: le manque de justifications suffisantes aux demandes de devises. Cette position ménageait probablement dans leur esprit une négociation plus aisée, elle s'harmonisait parfaitement avec une conception purement comptable de leur rôle, à laquelle ils se sentaient le droit de se tenir.

C'est ainsi qu'ils se sont confinés dans des appréciations comptables de caractère très général et ont évoqué en termes explicites les difficultés susceptibles d'opposer l'entreprise et l'Etat espagnol, surtout par leur aspect en quelque sorte final et externe à propos des justifications relatives aux demandes de devises et du plan d'arrangement. Malgré cela, ils ont dû constater un grand nombre d'irrégularités de fait (nous nous permettons, sur ce point, de renvoyer respectueusement la Cour au développement qui se trouve dans la duplique, VII, à la page 820). Le Gouvernement espagnol tient à répéter, une fois de plus, qu'il comprend cette attitude et estime à leur juste valeur les motifs qui ont inspiré les experts britannique et canadien. Mais on peut tout aussi bien comprendre le point de vue des experts espagnols et notamment, ce qui était tout à fait raisonnable, leur désir de ne pas se contenter d'enregistrer dans un poste ou un mouvement comptable unique des opérations qui provenaient de sources très différentes et par là relevaient de règles juridiques distinctes en ce qui concernait les justifications qu'elles appelaient et les priorités qu'elles pouvaient entraîner sur le plan des transferts. Bien entendu, l'analyse qui multipliait les distinctions faisait surgir beaucoup de questions indiscrètes et embarrassantes pour l'entreprise. Il apparaissait notamment que l'entreprise revendiquait, comme charge de l'économie espagnole, des bénéfices investis en Espagne mais qui n'avaient pas été déclarés comme bénéfiques au regard du fisc. Autrement dit, et ce n'est

qu'un exemple, un lien évident apparaissait entre les problèmes de transfert relevant des règles différenciées que connaît le régime des changes et les problèmes de comptabilité et d'imposition. Pour faire une constatation qui ne constitue d'ailleurs qu'un indice plutôt qu'une expression du vrai problème, il était tout de même curieux que Ebro ait été en Espagne une affaire aussi prospère qu'on le dit et qu'au cours de sa longue histoire elle n'ait jamais distribué le moindre dividende à ses actionnaires. La Cour pourra se reporter, pour une analyse plus approfondie, à ce sujet, aux études des fonctionnaires des finances espagnols publiées en annexe à la duplique (A.D., vol. I, n° 1-A, p. 3).

Mais, malgré sa prudence et son abstraction, le rapport des experts canadien et anglais était translucide, et les Gouvernements canadien et anglais n'auraient certainement pas signé la déclaration conjointe s'ils n'avaient pas été objectivement persuadés après examen de tous les rapports et y compris celui de leurs propres experts que le groupe avait exagérément usé des libertés dont le droit des contrats et des sociétés peut être l'occasion; s'il y a des doutes sur ce point, la Cour pourra se reporter aux formules si mesurées de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., dans leur rapport du 19 avril 1968 (A.D., vol. I, n° 2, p. 307), notamment au paragraphe 172.

La deuxième série d'attaques belges est constituée par des attaques personnelles contre les experts espagnols. En ce qui concerne les experts espagnols, l'attaque est centrée contre M. Andany, au prétexte qu'il aurait exercé une activité professionnelle pour le compte de M. March, qu'il aurait commis des indiscrétions sur les travaux de la commission et reçu finalement une promotion de M. March. Le Gouvernement espagnol s'est expliqué sur la situation de M. Andany dans les écritures et notamment dans le contre-mémoire (C.M., IV, p. 184, par. 158).

Après avoir tenté de laisser entendre que M. Andany avait été l'objet d'une corruption personnelle, le Gouvernement belge a rectifié sa position dans la réplique (R., V, p. 98, note 1). La vérité était que M. Andany, commissaire aux comptes d'une haute réputation, avait été proposé par Ebro comme expert judiciaire dans la procédure entamée devant le tribunal à propos des soustractions de fonds et avait déposé un rapport conjoint et unanime avec les deux autres experts. Ce rapport était parvenu par la voie du ministère public dans les mains du Gouvernement espagnol. Celui-ci l'avait étudié avec soin; il présentait de telles qualités et justifiait si clairement le bien-fondé des craintes et des soupçons qui avaient toujours été ceux de l'administration espagnole, que le Gouvernement espagnol fit, sans le nommer, une allusion à ce rapport dans sa note du 16 mars 1950 suggérant la création d'une commission internationale d'enquête (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 3, p. 11) et qu'il proposa M. Andany comme expert sans que les gouvernements qualifiés à cet effet fassent la moindre objection. M. Andany gardait un esprit libre et ouvert devant des documents nouveaux ou des points de vue nouveaux et ceci suffisait à faire de lui un expert indépendant; quant au Gouvernement espagnol, qui était dans la situation d'un accusé, il ne commettait aucune faute en désignant un expert dont il avait apprécié le savoir et le raisonnement.

Que les travaux de M. Andany aient été invoqués dans d'autres procès (VIII, p. 100) ne change rien à la chose et quand le Gouvernement belge affirme que le deuxième expert espagnol, M. Rozas, n'était qu'un figurant, il allègue sans preuves une accusation très grave contre un homme d'une

haute intégrité et d'une valeur professionnelle incontestée. Cette affirmation est démentie par les procès-verbaux de la commission que le Gouvernement belge a lui-même produits et où l'on voit la part active prise par M. Rozas aux discussions (A.R., vol. I, n° 39, doc. 1, p. 148).

En ce qui concerne les deux critiques nouvelles qui ont été adressées dans les plaidoiries devant la Cour, la première porte sur des indiscretions qui ont été commises au cours du fonctionnement de la commission au sujet de l'impossibilité pour elle d'aboutir à un rapport unique; mais la commission n'était pas un organe judiciaire et une confiance de ce genre ne pouvait pas porter atteinte aux chances finales d'une négociation entre les particuliers, on serait même tenté de dire le contraire; d'ailleurs, des indiscretions de cette nature ont existé des deux côtés puisque le *receiver* de la faillite au Canada avait été informé du même fait bien avant que les gouvernements ne se soient mis d'accord sur la publication des rapports (A.R., vol. II, n° 78, p. 404, par. 3; mémorandum G 21 du *receiver*) et nous donnerons tout à l'heure un autre exemple de ces indiscretions.

Reste que M. Andany, une fois ses fonctions terminées, a reçu un poste important dans la société adjudicataire qui devait assumer la tâche difficile de réorganiser l'entreprise en démêlant l'écheveau compliqué de relations qui unissait toutes les filiales du groupe en Espagne. Il était l'homme parfaitement qualifié pour le faire et cette nomination n'était pas une promotion. M. March était un homme d'action, il estimait les hommes capables et leur faisait à priori confiance. En 1947, dans le premier accord provisoire avec Barcelona Traction, il acceptait le maintien du personnel dirigeant et l'aide de la Sofina (A.C.M., vol. II, n° 118, doc. 1, p. 486); dans les négociations de 1948, M. March proposa de réintégrer tous les dirigeants d'Ebro écartés par le séquestre provisoire pendant la durée d'une négociation d'un mois — ceci d'après le discours de M. Duncan du 13 décembre 1948 (A.M., vol. I, n° 47); dans la solution finale arrêtée en 1948 (A.C.M., vol. II, n° 118, doc. 5, p. 510), M. March acceptait le principe d'un accord raisonnable d'assistance technique au profit de la Sofina. Pourquoi voudrait-on qu'ayant sur les bras une affaire difficile à mettre sur pied, il ait écarté ceux qui possédaient les qualifications techniques requises et avaient de cette affaire ce minimum de connaissances que, nous le savons tous aujourd'hui, il faut de longs mois et de durs efforts pour acquérir?

La troisième attaque du Gouvernement belge porte contre les conclusions communes des experts. Il s'agit donc essentiellement de celles qui concernent l'insuffisance des informations relatives aux demandes de devises. Le Gouvernement belge s'est attaché une réserve que contenait sur ce point le rapport anglo-canadien; les deux experts avaient admis que les informations fournies étaient insuffisantes, « à moins qu'il n'y eût d'autre correspondance ou des conversations qui complèteraient cette lacune ». Le Gouvernement belge s'est accroché avec l'énergie du désespoir à cette réserve qui, en réalité, est implicite dans toute expertise, et même dans toute plaidoirie, pour soutenir que les experts n'avaient pas vu toute la correspondance, en insinuant même que des pièces avaient été volontairement soustraites à leur information et que les pièces réelles qui existent et sont aujourd'hui devant la Cour suffisent à établir que toutes les informations ont été fournies.

Il a été donné à cette allégation une réponse substantielle dans la duplique (VI, p. 147), à laquelle nous nous permettons de renvoyer res-

pectueusement la Cour. Nous voudrions nous contenter de trois brèves remarques seulement.

Premièrement, la déclaration des experts vise tous les refus jusqu'à l'année 1946 y compris, et donc les refus relatifs au plan d'arrangement et, en ce qui concerne ceux-ci, le Gouvernement belge s'est contenté d'une totale discrétion en matière de prétendue preuve nouvelle.

Deuxièmement, on aurait pu attendre, après la déclaration du Gouvernement belge qui, dès sa note du 30 octobre 1951, soutenait que le manquement de fondement de la déclaration des experts ressortait de la documentation complète en possession du Gouvernement belge (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 31, app. 1, p. 111), que le Gouvernement belge apportât des révélations sensationnelles sur les informations en sa possession; or, au moins de l'avis du Gouvernement espagnol, il n'en a rien été.

Troisièmement, il aurait été bien surprenant qu'il en soit ainsi puisqu'il a été bien établi, d'après toute la correspondance de l'entreprise, que celle-ci n'agissait pas par négligence; ses confidences s'arrêtaient volontairement au moment précis où elles auraient pu commencer à donner des renseignements sur les points que l'entreprise, selon le Gouvernement belge, s'estimait en droit de dissimuler, et les rapports déposés par les experts espagnols s'étaient attachés à démontrer cette pratique avec toute la documentation désirable. Le Gouvernement espagnol se croit donc autorisé à conclure que la déclaration conjointe est bien fondée, pertinente et opposable au Gouvernement belge; mais n'a-t-elle justifié le Gouvernement espagnol que pour mieux le condamner? C'est la deuxième question que nous devons aborder maintenant dans la section 2.

Section 2. Le péché de se justifier

Nous ne voudrions pas, dans cette section, revenir sur un certain nombre de griefs qui ont été présentés et qui sont secondaires, par exemple le fait qu'aucun expert belge n'aurait participé aux travaux de la commission — le Gouvernement espagnol s'est expliqué sur ce point dans le contre-mémoire, au paragraphe 140, page 180. Il se bornera à ajouter que les documents publiés par le Gouvernement belge en annexe à la réplique (n° 38, p. 146) permettent de penser également qu'il y avait certaines raisons de convenance pour que même le Canada estime ne pas devoir donner suite à la demande de la désignation d'un expert belge dans les circonstances de l'affaire.

Nous ne reviendrons pas non plus sur le reproche de partialité adressé aux experts espagnols, partialité que les gouvernements Parties à cette procédure ont été à même d'apprécier et qui aurait finalement consisté à défendre la rectitude du comportement des autorités gouvernementales et administratives espagnoles.

Les griefs importants du Gouvernement belge se présentent lorsque celui-ci attaque directement la déclaration conjointe, ce qui implique que les Gouvernements anglais et canadien ont participé à un délit international, par complicité; et les protégés du Gouvernement belge ne se sont pas fait défaut, comme nous allons le dire, de procéder à des attaques de ce genre. Cependant, c'est essentiellement aux suites de la déclaration conjointe que le Gouvernement belge s'en prend. Nous voudrions, à ce sujet, rappeler et examiner d'abord, dans l'explication qu'en donnent les deux Parties, quelques faits essentiels; il sera ensuite possible de procéder à un examen juridique.

a) *Les faits*

Considérons donc d'abord les faits, et d'abord la thèse belge.

Elle est aussi simple que radicale. Toute la procédure que nous venons d'étudier a pour but de faciliter la vente des biens à vil prix. Ainsi, la réplique soutient (V, p. 568, par. 772) que la déclaration conjointe a été « le coup d'envoi » de la liquidation de l'affaire ou dénonce (titre du par. 169, p. 102) « l'altération des conclusions des experts dans la déclaration conjointe ». Le communiqué du 16 juin 1951, résumant une séance du Conseil des ministres espagnol consacrée à la déclaration conjointe, constitue pour le Gouvernement belge « la présentation falsifiée et l'orchestration bruyante des conclusions de la commission ... d'experts » (R., V, p. 578, par. 786; VIII, p. 107). Le ton de ces appréciations est plus significatif que leur contenu et le Gouvernement espagnol a traité ce point d'une manière exhaustive dans la duplique (VII, p. 820, par. 822) et il se permet d'y renvoyer respectueusement la Cour. La Cour a lu le communiqué du 16 juin 1951; la Cour appréciera mieux que nous ne saurions le faire s'il présente le caractère d'une falsification par rapport à la déclaration conjointe. On se bornera cependant à faire remarquer que, s'il avait présenté ce caractère, il n'est pas douteux que les deux autres gouvernements signataires de la déclaration auraient demandé sans attendre une rectification — ce qu'ils n'ont pas fait — à moins que le Gouvernement belge aille jusqu'à prendre au sérieux ce qu'il a osé écrire. Dans ce cas, évidemment, il ne faut pas attendre des Gouvernements anglais et canadien, qui ont altéré, dans la déclaration conjointe, les déclarations des experts, qu'ils protestent contre une falsification que le Gouvernement espagnol aurait opérée dans son communiqué au sujet de la déclaration conjointe. De l'avis du Gouvernement espagnol, le seul point qui mérite que l'on s'y attarde, parce qu'il est peut-être le seul qui intéresse vraiment la Cour, porte sur l'attitude prise par le Gouvernement britannique, dans sa note du 22 décembre 1951 (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 27, p. 101), à propos de l'interprétation que les syndicats avaient tirée des textes publiés — déclaration et communiqué — pour demander au juge d'autoriser la vente des biens. A ce sujet et pour faire tout de suite une observation, on se contentera, pour le moment, de remarquer que la demande des syndicats datait du 13 août (A.C.M., vol. VIII, chap. III, n° 152, doc. 2, p. 286 et suiv.) et que toute l'opinion, la Barcelona Traction elle-même et d'autres autorités britanniques avaient interprété la déclaration dans le même sens que les syndicats; mais, pour comprendre cette position britannique du 22 décembre, il faut examiner les événements dans leur ensemble et c'est ce que nous allons faire à propos de l'exposé de la thèse espagnole.

Selon le Gouvernement espagnol, la déclaration conjointe et les actes qui l'ont précédée et suivie n'ont pas eu pour fin de provoquer la vente des biens et, encore moins, la vente à vil prix. Quels sont les éléments sur lesquels le Gouvernement espagnol base cette affirmation? L'élément essentiel, pour le Gouvernement espagnol, est le changement de position de l'Etat qui assure la protection diplomatique de la société, à savoir le Canada. Jusqu'alors, le Canada admettait, pour régler le problème, des négociations entre la Barcelona Traction et le Gouvernement espagnol, et le *receiver* de la faillite canadienne avait pris à sa suite la même position et écartait des négociations entre M. March et les intérêts privés.

On pourra se reporter sur ce point aux documents de la *receivership*, memorandum G 3 du 16 janvier 1950, volume III, folios 382 et suivants.

Or, désormais, le Gouvernement canadien va inviter la Barcelona Traction à négocier directement avec les intérêts privés adverses. Le *receiver* de la faillite canadienne va modifier sa position dans le même sens, et va jouer le rôle d'un intermédiaire actif dans l'amorce des négociations. L'Etat espagnol ne mettra aucun obstacle à cette négociation; M. March va en accepter le principe en donnant toutes les garanties d'une négociation honnêtement conduite; Barcelona Traction va refuser et va donner la preuve de l'énorme puissance de ceux qui la dirigent par son emprise sur la presse et sur certaines personnalités.

L'ensemble des faits ainsi mis en cause présente accessoirement un grand intérêt sur le plan de la protection diplomatique. On va constater d'abord ce qui, de l'avis du Gouvernement espagnol, constitue une reconnaissance par la Belgique qu'elle n'a jamais jusqu'alors exercé la protection diplomatique; puis, sous la pression des intérêts privés, on voit s'amorcer une nouvelle attitude où la Belgique prétend exercer une protection diplomatique qui s'ajoute, mais dans un sens différent, à la protection canadienne.

Les événements qui sont relatifs à ces constatations sont ramassés en une courte période de quelques mois. Nous demandons à la Cour la permission de les présenter, comme nous l'avons déjà fait à une autre occasion, sous forme d'une chronologie et de quelques commentaires quasi télégraphiques. Les événements que nous allons relater sont tiré pour la presque totalité du mémorandum G 21 du *receiver* de la faillite canadienne:

18 juin 1951: les autorités canadiennes préviennent les représentants de Barcelona Traction que le moment est venu de négocier pour eux avec les obligataires, avant même de rechercher avec le Gouvernement espagnol pour l'avenir un *modus operandi* convenable, et c'est là le changement radical de la position canadienne que nous avons signalé. A cette occasion, la reconnaissance par le Gouvernement canadien du défaut d'information relatif aux demandes de devises est présenté par les autorités canadiennes, selon le *receiver*, comme un moyen d'éviter des mesures espagnoles plus énergiques et de sauver la face, selon les expressions du *receiver*, des autorités espagnoles (mémorandum G 21 du *receiver*, A.R., vol. II, n° 78, p. 404).

Avant le 22 juin: conversations préparatoires pour des négociations privées, sondages opérés par le *receiver* auprès du comité des obligataires de Londres.

13 juillet: lettre de l'ambassadeur de Belgique, d'une grande suavité d'expression, faisant des réserves sur l'échange des titres des filiales décidé en Espagne. Le point important est le silence complet gardé par cette note sur la déclaration conjointe; ce silence, de l'avis du Gouvernement espagnol, ne vaut pas reconnaissance tacite de la déclaration, mais vaut à coup sûr reconnaissance de quelque chose de beaucoup plus grave encore, c'est que la Belgique ne se considère pas comme ayant jamais encore exercé la protection diplomatique, sinon, elle n'aurait pu se taire sur un événement de cette importance; elle n'a fait jusqu'alors que des démarches à l'appui de la protection canadienne.

Une autre remarque sur la même lettre — nous ne ferons pas de commentaire, parce que ce commentaire, en effet, pourrait prêter à discussion: on se demande bien pourquoi l'ambassadeur de Belgique a visé

dans cette note « les milieux si divers des épargnants de mon pays » (A.M., vol. IV, n° 254).

Aux environs du 13 juillet: M. March fait demander au *receiver* de venir le voir à Genève.

25 juillet 1951 (folio 771, vol. V de la *receivership*): une entrevue d'un ton très violent a lieu à la Trésorerie britannique entre Lawson, représentant de la Barcelona Traction, M. Eggers, haut fonctionnaire de la Trésorerie britannique, et le sous-secrétaire d'Etat au Trésor britannique lui-même. Au cours de cette conversation pénible et violente, selon le *receiver*, M. Eggers donna raison aux thèses espagnoles sur de nombreux points qu'il est inutile de rappeler ici, et il maintint la position que:

« Le Trésor est convaincu que la société n'a pas fourni les renseignements demandés par les Espagnols et affirme aussi que malgré les réserves contenues dans le rapport, les experts canadien et britannique en sont également convaincus » (folio 772, vol. V de la *receivership*).

Des menaces sont proférées par M. Lawson contre le Trésor; M. Lawson allègue également à cette occasion que les titres de la société Sofina étaient répandus dans le monde entier.

26 juillet 1951 (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 15, p. 86): note canadienne informant le Gouvernement espagnol de la position prise à l'égard de la négociation privée et faisant des réserves sur l'échange des titres des filiales décidé en Espagne.

26 juillet également (doc. dép. 1.7.1968. Action Sidro c. comité obligataires *Prior Lien*, vol. II, doc. 147): article du journal *The Times* qui donne une analyse détaillée du rapport des experts anglais et canadien qui n'a pas encore été publié. Selon cet article, la responsabilité du Royaume-Uni est engagée et il doit réparation à la compagnie (A.D., vol. III, n° 185, p. 435).

27 juillet: le *receiver* rencontre M. March à Genève. M. March accepte une négociation conduite en présence d'observateurs des Gouvernements anglais et canadien (folios 758-763-773-774, vol. V de la *receivership*; D., VI, p. 171).

Début d'août: les dirigeants de Barcelona Traction renvoient leur réponse à la proposition du *receiver* sur une négociation à un mois plus tard (déclaration du *receiver*, folio 758, vol. V de la *receivership*).

Si l'on considère que selon la note verbale du 1^{er} août 1951 du Gouvernement de la Grande-Bretagne (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 16, p. 87) les dirigeants de la Barcelona Traction ont demandé la publication du rapport des experts anglais et canadien, il n'est pas douteux qu'ils sont déjà décidés à ne pas accepter des négociations, car il est certain que ce n'est pas à leur usage interne qu'ils demandent la publication de ce rapport — l'article du *Times* vient de prouver qu'ils en avaient connaissance ou que des personnes qu'ils connaissaient en avaient connaissance.

4 août: mise au point du Foreign Office sur l'article du *Times* (D., VII, p. 819; A.D., vol. III, n° 186) où le Foreign Office rappelle que la déclaration a été faite après que les trois gouvernements ont considéré les deux rapports et l'ensemble des documents.

13 août (A.C.M., vol. VIII, n° 152, p. 286): demande adressée par les syndicats de vendre les biens de la Barcelona Traction.

27 août 1951 (*ibid.*, doc. 6, p. 318): autorisation par le juge espagnol de procéder à la vente.

Début septembre: les dirigeants de Barcelona Traction refusent de négocier tant que la situation n'est pas réglée en Espagne ou au moins la déclaration conjointe rapportée (folios 758 et 759, vol. V de la *receivership*).

Mi-septembre: visite du *receiver* à Madrid (document de preuve I du mémorandum du 24 décembre 1951, folio 775, vol. V de la *receivership*). A Madrid il rencontre de nombreux ministres qui, à sa demande, admettent de ne mettre aucun obstacle à un arrangement entre les parties.

27 septembre: note de l'Espagne au Canada (A.C.M., vol. VI, n° 1, doc. 17, p. 88) qui accepte de prendre en considération des négociations privées.

28 septembre (*ibid.*, doc. 20, p. 91): note du Canada auprès de l'Espagne demandant de ne pas laisser procéder à la vente des biens.

30 octobre 1951: lettre personnelle et confidentielle de l'ambassadeur de Belgique (*ibid.*, doc. 31, p. 110), où pour la première fois la Belgique fait mention de la déclaration conjointe et énonce les thèses qui seront les siennes devant la Cour internationale de Justice, et notamment celle que le refus de devises a constitué pour l'entreprise un cas de force majeure. Cette démarche réalise, de l'avis du Gouvernement espagnol tout au moins, la première tentative d'assurer une protection diplomatique proprement dite, doublant la protection canadienne; celle-ci continue à s'exercer, mais sur des bases juridiques différentes, notamment en ce qui concerne la cessation des paiements. Ainsi apparaissent tous les avantages de ce que nous avons appelé la protection diplomatique cumulée.

C'est seulement beaucoup plus tard, quand la vente des biens devient imminente, que le Royaume-Uni, le 22 décembre (*ibid.*, doc. 27, p. 101), dans une note diplomatique, prétendit que les syndicats, en se basant sur les positions britanniques relatives à la déclaration conjointe, ont donné de celle-ci une interprétation qui n'est pas celle du Royaume-Uni. Aux explications données au Gouvernement de Grande-Bretagne, dans sa note verbale du 3 janvier 1952 (*ibid.*, doc. 29, p. 106), le Gouvernement espagnol croit devoir ajouter trois précisions.

Premièrement, le Foreign Office ne voulait pas que le terme d'« irrégularités de toutes sortes » fût interprété comme impliquant nécessairement, de l'avis du Gouvernement britannique, des effets judiciaires.

Deuxièmement, la Barcelona Traction ne s'était pas trompée sur la portée de la déclaration conjointe, puisque, selon un avis publié par le conseil d'administration de la société le 4 juillet, c'était, selon elle, avec l'assentiment tacite de l'ambassadeur de Grande-Bretagne que des irrégularités de nature non spécifiée avaient été relevées dans cette déclaration (D., VII, p. 820).

Troisième observation: la date de la demande des syndicats est, nous l'avons dit, du 13 août. Depuis cette date, jusqu'au 22 décembre, aucune des notes britanniques ni canadiennes remises au Gouvernement espagnol, tout en faisant allusion à la demande des syndicats du 13 août, n'avait fait état de prétendues différences d'interprétation. La note canadienne du 22 décembre, portant donc la même date que la note britannique, ne fait, pour sa part, aucune allusion à cette différence d'interprétation.

Le Gouvernement espagnol en conclut donc qu'il ne s'agit, dans la note britannique, que d'une demande trop tardive dont l'origine est claire. Elle vient couronner une longue suite de pressions et de menaces privées. Peut-être provient-elle aussi du fait que le Gouvernement britannique n'a pas été informé, comme le Gouvernement canadien l'a été par le *receiver*, que M. March avait, dès le 27 juillet, accepté les négociations privées en présence des observateurs des Gouvernements canadien et anglais.

Telles sont, sur le plan des faits, les constatations essentielles que nous tenions à rappeler. Il appartiendra, le cas échéant, aux professeurs Carreras et Sureda d'en rapprocher les problèmes touchant à la vente des biens, mais nous pouvons qualifier et apprécier maintenant, sur le plan juridique, le grief que le Gouvernement belge adresse au Gouvernement espagnol à ce sujet.

b) *L'interprétation juridique des faits*

La considération des griefs belges inspire, sur le plan des principes, les réflexions suivantes.

Tout d'abord, pour reprendre le langage dont nous nous sommes déjà servis, il ne semble pas que le Gouvernement belge allègue cette fois contre le Gouvernement espagnol un délit spécifique, isolé ou encore, si l'on veut, autonome; et il serait d'ailleurs obligé de diriger son grief en même temps contre le Royaume-Uni et le Canada. Les reproches du Gouvernement belge sont trop diffus pour qu'on puisse les considérer isolés les uns des autres ni même se contenter de les regrouper autour de la déclaration conjointe.

Nous sommes ici en présence, selon les accusations belges, d'une application typique de la conception du délit global; la période d'un an et demi que l'on considère aurait été animée par un but essentiel: fournir aux syndicats un prétexte à la vente des biens, dans les conditions, pour Barcelona Traction, les plus défavorables que l'on puisse imaginer.

C'est donc le plan qui se développe, c'est l'expropriation sans indemnité pour cause d'utilité privée qui se poursuit. Tout ce qui tourne autour de cette déclaration surviendrait donc à point nommé pour réunir dans un ensemble unique la première phase de la faillite et ce qui va suivre avec la vente des biens.

A ce grief ainsi formulé, le Gouvernement espagnol pourrait sans doute faire une réponse très simple et dire: « C'était le Gouvernement espagnol qui était accusé; il a mené une action pour démontrer son innocence; comment peut-on accuser un Etat de commettre un délit international parce qu'il a pris l'initiative de cette démonstration, qu'il l'a réussie et qu'il a fait savoir la réussite dans tous les cercles où l'accusation avait été répandue? »

Mais bien entendu une telle réponse n'a aucune valeur pour le Gouvernement belge, et ceci pour deux raisons.

La première d'abord, c'est que le Gouvernement espagnol, selon le Gouvernement belge, n'a pas réussi sa démonstration, il est coupable; les deux Gouvernements canadien et britannique se sont trompés eux aussi et, sans le dire tout à fait, le Gouvernement belge les accuse en fait. Cette thèse a déjà été discutée, nous n'y revenons pas.

Deuxièmement, même si le Gouvernement espagnol était blanchi à propos du refus de devises, il serait coupable, selon le Gouvernement belge, du délit global et l'examen des faits révélerait sa culpabilité. En effet, il n'aurait pas, selon le Gouvernement belge, agi dans cette procédure pour

prouver seulement son innocence; il aurait agi aussi dans le but de mettre en œuvre un plan concerté d'expropriation sans paiement pour cause d'utilité privée.

L'Etat espagnol aura beau dire qu'il ne pouvait prouver son innocence qu'en montrant que l'entreprise était coupable et que dans ces conditions il est étrange qu'on lui fasse grief d'avoir établi la conduite de Barcelona Traction; selon le Gouvernement belge, il reste coupable parce que ce n'était pas le seul but qu'il poursuivait.

A cette objection, nous avons déjà répondu sur le plan des principes: le Gouvernement belge n'est pas recevable en droit à invoquer à l'encontre d'un acte fondé sur un but légitime l'existence d'une considération *psychologique* qui serait illicite.

Mais le Gouvernement espagnol veut répondre aussi, à titre subsidiaire au moins, sur le plan où se place le Gouvernement belge. Il pense que, même sur ce plan, le Gouvernement belge n'a pas raison, et ceci, que l'on examine la question sous l'angle de l'intention délictuelle ou sous celui de la causalité.

Il y a, en effet, un élément majeur qui interdit de considérer ces événements comme un pont jeté entre deux groupes de faits, mais qui, au contraire, en fait en réalité une coupure; cet événement, c'est l'invitation de négociier adressée à ses ressortissants par le Canada, qui exerce légitimement la protection diplomatique et vient de l'exercer à propos de la commission d'enquête, sans réserve de la Belgique au regard de l'Espagne. Cette invitation canadienne demande à la société que le Canada protège de négociier avec les obligataires. Or, cette invitation a été acceptée par M. March dans des conditions qui donnent toute garantie, puisque des observateurs des Gouvernements canadien et anglais auraient assisté à cette négociation.

Cette solution a été refusée par les dirigeants de la Barcelona Traction en vertu d'un choix tout à fait libre et qui pouvait être différent. Ce libre choix permet d'écarter, d'une part, l'intention délictuelle prétendument attribuée au Gouvernement espagnol, et d'autre part, le lien de causalité qui rattacherait à son attitude les conditions de la vente.

Quand le Gouvernement espagnol a proposé la commission d'enquête, il pouvait être convaincu qu'il établirait son innocence, mais comment pouvait-il prévoir la suite des événements? Comment pouvait-il établir que Barcelona Traction refuserait une négociation qui se présentait pour elle sous des auspices acceptables? Quelles raisons avait-il d'imaginer, après l'appui apporté à Barcelona Traction par les deux Gouvernements anglais et canadien, que cette négociation aboutirait à des bases injustes, alors qu'au mois de mai 1948 il avait pu considérer que les deux partenaires s'étaient mis, en ce qui concerne leurs intérêts propres, d'accord?

Il en est de même si l'on raisonne en termes de causalité. Le libre choix et le libre refus de la Barcelona Traction sont la cause immédiate et directe de la suite des événements.

Le Gouvernement espagnol aurait pu, dans la perspective des négociations, dire: « Je paie depuis de longues années les dettes de Chade en Espagne avec des avances du Trésor; je veux bien que l'on négocie au sujet de la Barcelona Traction, mais que l'on règle alors la situation de Chade. » Il ne l'a pas dit, il ne l'a pas fait, pas plus qu'il ne le fera en 1959, puisqu'il a toujours considéré que les deux affaires étaient distinctes.

Il aurait pu dire aussi: « Je ne veux qu'il y ait des négociations privées que si l'on accepte de reconnaître et de régler certaines réclamations que

j'entends faire valoir en mon nom propre. » Il ne l'a pas fait, puisqu'on lui avait demandé de ne rien faire qui puisse gêner des négociations privées. S'il l'avait fait, il aurait d'ailleurs dû développer des arguments qui recoupaient certaines thèses soutenues dans la faillite par les plaideurs et qui n'étaient pas tranchées par les tribunaux. Il serait donc intervenu, qu'il le veuille ou non, entre les parties.

Bien loin de renforcer les thèses belges du grief global, les événements relatifs à la déclaration conjointe démontrent au contraire que la thèse du grief global s'avère aussi incapable de s'appliquer à cette occasion que pour les refus de la période 1945-1946.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Nous avons ainsi terminé l'examen des problèmes qui concernaient l'attitude des autorités non judiciaires espagnoles au regard de la cessation des paiements de la Barcelona Traction et des procédures poursuivies à l'initiative du Gouvernement espagnol pour établir que sa responsabilité internationale n'était pas engagée à cette occasion.

Réduite à ces éléments essentiels, la position des dirigeants de la Barcelona Traction, à l'égard du Gouvernement espagnol, est fort simple. Pour eux, si le Gouvernement espagnol avait accordé les autorisations de change nécessaires et n'avait pas constitué une commission d'experts, Barcelona Traction aurait évité les dommages qu'elle a subis dans un procès privé.

Au surplus, dans un litige comme celui qui opposait M. March et la Barcelona Traction, il n'y avait pas de place pour un tiers; *tertium non datur*: le Gouvernement espagnol devait choisir, il a choisi M. March.

Quand on décrit en ces termes la position belge, un auditeur impartial est tenté de dire: « Ce n'est pas possible, vous en présentez une caricature. » Mais il suffit de lire certains passages des plaidoiries pour constater que si nous exagérons, nous n'exagérons pas beaucoup; par exemple cet extrait du compte rendu du 8 mai (VIII, p. 460):

« Pour ce qui est des activités des autorités espagnoles dans l'administration du contrôle des changes, les actes illicites ont été décrits par M. Mann (*supra*, p. 55-109). Ils ont eu pour effet de paralyser le plan d'arrangement en 1946. Si ce plan n'avait pas échoué, rien de ce qui a suivi ne se serait produit. »

Evidemment, si la Barcelona Traction avait usé de l'accord de paiements hispano-anglais, si elle avait consigné en pesetas le montant de ses dettes, si elle avait négocié avec ses créanciers, si elle avait fait opposition à la faillite, si elle n'avait rien dissimulé à l'Etat, si Sidro et Sofina lui avaient fait crédit, rien de ce qui a suivi ne se serait produit non plus.

Mais au-delà de ces modes de raisonnement qui seront discutés par mon collègue, le professeur Weil, il faut bien voir le fond d'une pensée qui apparaît dans certaines déclarations du Gouvernement belge.

Pourquoi le Gouvernement belge tient-il à tout prix à cette histoire de devises qui, depuis 1951, tout au moins, est réglée à l'égard de tous?

C'est parce que, dans sa note du 6 décembre 1951 (A.M., vol. IV, p. 998), le Gouvernement belge soutient qu'à défaut de ces circonstances, c'est-à-dire à défaut de l'insuffisance des justifications pour les demandes de devises « tout l'édifice de la faillite devait s'écrouler par la base » et qu'il sait qu'à l'inverse, le comportement du groupe de Barcelona Trac-

tion, tel qu'il a finalement été établi par la déclaration conjointe, sur la base de l'ensemble des expertises produites à cette occasion, donne non seulement aux actes des autorités non judiciaires, mais à toute la faillite, un aspect très différent.

En réalité, pour les dirigeants du groupe, l'Etat n'est qu'un cadre dont on use et dont on change au gré d'intérêts particuliers.

Quand on se trouve en présence d'un conflit entre deux groupes privés, moins que jamais, l'Etat n'a le droit de faire valoir une position propre, ne serait-ce que celle de vouloir connaître la vérité.

La loi elle-même et la vérité doivent être écartées et c'est une faute impardonnable pour un gouvernement, c'est une discrimination sans excuse de maintenir les exigences de son ordre public et de son ordre juridique, si l'un des rivaux risque d'en souffrir.

C'est ainsi, finalement, la concurrence entre groupes rivaux qui est la règle suprême, qui passe avant toute autre. La loi de la jungle prime celle de la cité et cette longue affaire qui se poursuit depuis tant d'années n'est, finalement, qu'un règlement de comptes où l'on veut faire sanctionner des règles, au besoin par le prix que même sa victoire coûterait à l'adversaire, qui ne sont celles ni du droit international ni d'un droit national, mais celles de la savane sans pitié: le respect, au sein d'une même espèce, des territoires de chasse et la solidarité de l'espèce contre l'autre espèce.

M. March n'avait aucun titre à s'intéresser à des affaires d'électricité, ce fut son premier crime d'y mettre le petit doigt. M. March devait s'allier contre l'autre espèce: ces fonctionnaires et ministres incapables et aveugles, tout juste bons à être pendant trente ans la risée de ces conseils qui savent mieux que l'Etat ce qu'est la personnalité morale et la souveraineté territoriale.

Telles sont les normes antiques que l'on demande à la Cour de sanctionner par un double acte, en reconnaissant la pleine efficacité des recettes d'invulnérabilité qui furent la protection de l'étrange empire dont releva la *Barcelona Traction* et, accessoirement, en condamnant un Etat dont la patience et la modération ne révéleraient que la duplicité, ou au mieux, la faiblesse.

Dans d'autres Etats, qui sont cependant des modèles de démocratie et de liberté économique, pour des actes que la vieille Europe juge encore avec une relative indulgence les plus hauts dirigeants des entreprises et leurs conseils connaissent facilement de rudes sanctions.

Ce que l'on reprocherait donc au Gouvernement espagnol dans cette affaire serait de n'avoir qu'une seule inflexible exigence, rappelée par M. l'agent du Gouvernement espagnol: celle de voir clair dans ses services publics, dans ses finances, dans son économie; non seulement cette clarté lui a toujours été refusée par la *Barcelona Traction*, mais celle-ci a profité des années qui ont suivi la guerre civile pour aménager une nouvelle et fructueuse cessation des paiements, diffamer dans tous les cercles internationaux les autorités espagnoles et faire un crime au Gouvernement espagnol d'avoir réussi à se justifier.

Le Gouvernement espagnol soumet avec confiance sa cause au jugement de la Cour et nous remercions celle-ci de l'attention patiente qu'elle a eu la bonté de nous accorder.

L'audience, suspendue à 16 h 20, est reprise à 16 h 40

PLAIDOIRIE DE M. URÍA¹

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. URÍA: Monsieur le Président, Messieurs les juges, c'est pour moi un grand honneur de m'adresser à la Cour internationale de Justice et je désire, avant tout, que mes premiers mots expriment l'admiration que j'ai toujours ressentie à l'égard de la très haute mission confiée à la Cour et pour son œuvre de pacification et de justice.

J'interviens dans ce débat en ma qualité d'avocat et de professeur de droit commercial à l'Université de Madrid, dans le cadre d'une matière appartenant à ma spécialité scientifique et à ma pratique professionnelle.

Je me propose d'examiner en toute sérénité, sur la base du droit, les questions qui se sont posées au cours de la faillite de la Barcelona Traction, en vue de montrer à cette haute Cour de Justice que les griefs formulés par la Partie adverse sont, en droit espagnol, dénués de tout fondement.

Qu'il me soit permis, Monsieur le Président, de formuler tout d'abord quelques brèves considérations préliminaires.

a) Je dois, en premier lieu, déclarer que la faillite d'une entreprise d'une structure aussi complexe que la Barcelona Traction n'est pas un phénomène fréquent. Tout ce réseau de sociétés principales et filiales, de fiduciaires et de prête-noms, de liens financiers et de restrictions en tous genres, qui apparaît dans le contexte de la Barcelona Traction et de tout son groupe, n'apparaît pas tous les jours dans la vie commerciale et dans la vie procédurale de l'Espagne. On ne saurait donc s'étonner s'il a pu se produire, comme dans d'autres cas semblables, une hésitation ou une indécision lorsque l'on a examiné les problèmes juridiques soulevés par cette faillite. Mais je peux affirmer, avec la même objectivité, que rien dans cette faillite, absolument rien, n'a été injuste ou incorrect.

b) Je dois, en deuxième lieu, dire que cette procédure offre de nombreux exemples de la manière dont la Partie adverse a modifié, à plusieurs reprises, la portée à donner à ses prétendus griefs, ainsi que les motifs invoqués à l'appui. Nous ne cherchons pas ainsi à nier le droit qu'ont les Parties de compléter, tout au long du litige, leurs arguments. Nous désirons simplement souligner que, si l'on accuse les tribunaux d'un pays d'illégalités flagrantes, tout changement de critère, toute contradiction à l'égard des règles ou principes que l'on dit enfreints, font ressortir la faiblesse intrinsèque de l'accusation.

c) La troisième observation que je tiens à formuler est que ce qu'il faut considérer ici c'est l'application des règles de l'ordre juridique espagnol en fonction du résultat juste et correct que doivent rechercher les décisions judiciaires. Il n'y a en cela rien de neuf. La jurisprudence espagnole, qui consacre en réalité un principe universellement admis, a montré à plusieurs reprises que la critique des décisions judiciaires doit être axée, plus que sur l'examen de leurs fondements, sur les résultats atteints par les décisions (cf., entre autres, arrêts des 11 février 1946 (*Colección legislativa*, n° 40), 11 mars 1952 (*ibid.*, n° 22) et 15 février 1961 (*ibid.*, n° 98)).

¹ Plaidoirie prononcée en langue espagnole (voir *supra*, p. 19).

Or, Messieurs les juges, deux versions opposées se heurtent à cet égard et voilà bien l'essence même de la présente polémique. Pour le Gouvernement belge, la structure de la Barcelona Traction constituait une « protection naturelle » normale, qui aurait dû être respectée, mais ne l'a pas été. Pour le Gouvernement espagnol, au contraire, il s'agissait d'une structure typiquement artificielle et frauduleuse, conçue et organisée à cheval sur plusieurs pays, pour être utilisée spécifiquement *in fraudem creditorum*, tout en éludant la prescription élémentaire des ordres juridiques qui oblige le débiteur à répondre sur tous ses biens de l'exécution de ses obligations.

Aussi donc, Messieurs, cette recherche d'une « protection naturelle » conduirait indirectement à un résultat parfaitement contraire au droit : elle permettrait — comme le Gouvernement belge l'a lui-même dit — de considérer la faillite comme une déclaration purement platonique. Cela ne s'est pourtant pas produit, car les tribunaux espagnols ont pénétré au fond des choses, en évitant que, sous prétexte de cette prétendue « protection », un grave préjudice soit causé aux créanciers.

d) Enfin, Monsieur le Président, je voudrais faire une dernière considération sur la façon dont mes illustres contradicteurs ont utilisé le rapport émis dans cette affaire par le professeur Garrigues, sur la demande de Sidro. Cette consultation a, en quelque sorte, été présentée comme l'expression de la doctrine espagnole sur la faillite. Je suis le premier à reconnaître la grande autorité et la compétence du professeur Garrigues. Une amitié, que les années n'ont pas altérée, me lie à lui. Nous avons tous deux collaboré à des tâches scientifiques, professionnelles, à des réformes législatives, etc. Toutefois, j'ai le plus grand regret de devoir exprimer mon désaccord sur le fond et la forme de cette consultation qui contient des expressions blessantes à l'égard de nous autres, juristes espagnols, qui ne sommes pas d'accord avec ses thèses et je déplore qu'elles aient resurgi dans ce débat. A l'encontre des opinions exprimées dans cette consultation, d'autres professeurs et juristes espagnols ont également rédigé des rapports. Le Gouvernement espagnol n'a pas voulu utiliser ces consultations devant cette haute Cour, consultations qui sont toutes, à l'exception de la mienne, de la plus haute autorité. Il a considéré que comme elles avaient également été émises à la demande d'une partie, il n'était guère pertinent de les utiliser ici. Je crois, Messieurs les juges, que le Gouvernement belge aurait dû, pour les mêmes raisons, agir de la même façon.

J'en viens maintenant à l'examen des questions précises qui font l'objet de mon intervention. Celle-ci sera subdivisée en trois parties.

La première visera la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, la deuxième traitera de la saisie des droits de la société faillie et de la saisie des actifs des sociétés filiales, et la dernière des vicissitudes que cette saisie a ultérieurement entraînées à propos de ce que l'on appelle la « normalisation » de ces sociétés.

LA DÉCLARATION DE FAILLITE

La déclaration de faillite de Barcelona Traction — point de départ des prétendues irrégularités qui, à en croire le Gouvernement belge, auraient été commises — est sans aucun doute, ou devrait du moins être, la plus importante de toutes les questions concernant cette faillite.

Mais il faut souligner qu'à cet égard l'attitude du Gouvernement belge

s'est modifiée curieusement dans ses schémas ou perspectives dialectiques. La déclaration de faillite était tout d'abord, pour ainsi dire, l'essence ou le cœur même des reproches adressés aux autorités judiciaires espagnoles. Par la suite, le Gouvernement belge, se rendant sans doute compte que cette déclaration de faillite, considérée isolément, était irréprochable, en a fait non plus une accusation unique, mais la plus importante, le premier maillon de la chaîne dont devaient dépendre la stabilité et la solidité de tous les maillons suivants. Maintenant, après l'intervention orale du professeur Van Ryn, il semble que la déclaration de faillite se voie même dépouillée de ce rôle, déjà amoindri, qu'elle possédait auparavant. Assurément, elle constitue toujours un grief, mais non pas le plus important, loin de là, car il en a surgi d'autres qui lui disputent la primauté.

A) Nous allons donc voir que les conditions requises par notre droit, pour déclarer la faillite, ont été remplies. Auparavant, toutefois, il convient de se référer à la procédure suivie et aux organes de la faillite qui l'ont tout d'abord instruite. Ces deux questions ont été invoquées, sans aucun bien-fondé, par la Partie adverse, comme motif de grief.

1. L'une des preuves les plus éloquents du comportement de la Partie adverse au cours de la procédure apparaît dans l'insistance qu'elle met à affirmer, sans toutefois en être convaincue le moins du monde, que la procédure de la faillite n'a pas été instruite par la voie procédurale requise, les règles spéciales régissant la faillite des sociétés de chemin de fer et autres sociétés de service public n'ayant pas été appliquées.

Alors que ni la Barcelona Traction ni ses filiales n'avaient invoqué ces règles, et que le Gouvernement belge avait à peine fait allusion à la question, dans ses documents écrits précédents, nous trouvons dans la réplique toute une sous-section (V, p. 395 et suiv.) consacrée à la prétendue violation des articles 930 à 941 du code de commerce régissant la faillite des « sociétés de chemin de fer et autres services publics ».

Le Gouvernement belge a jugé bon de ne pas revenir sur cette question dans ses plaidoiries, tout en ignorant pratiquement l'exposé que nous avons fait à ce sujet dans la duplique (VI, p. 473 et suiv., et A.D., vol. III, n° 107). La seule nouveauté consiste à faire maintenant état d'un jugement du 19 juin 1936, du juge de première instance n° 6 de Barcelone, qui approuvait un concordat entre la société Productora de Fuerzas Motrices et ses obligataires, qui avait été réalisé conformément aux articles cités (VIII, pp. 190-193). Cela peut-il entamer notre position? Sûrement pas. Les préceptes cités ne peuvent s'appliquer à la faillite de Barcelona Traction pour la raison bien simple qu'il ne s'agit ni d'une société de chemins de fer, ni d'une société concessionnaire de travaux ou de services publics et qu'elle ne s'est pas soumise, tant dans sa constitution que dans son fonctionnement, aux règles spéciales prévues pour lesdites sociétés aux articles 184 et suivants du code de commerce espagnol. Elle s'est toujours présentée, bien au contraire, comme une société apparemment holding constituée au Canada.

Le fondement des arguments belges consiste à affirmer que les sociétés filiales étaient concessionnaires de services hydro-électriques. Mais nous ne nous trouvons pas ici devant la faillite des sociétés filiales. Les demandeurs à la faillite étaient des créanciers de Barcelona Traction et non pas des filiales. Le juge n'a déclaré la faillite que de Barcelona Traction et non pas des filiales.

Mais il y a plus; quand bien même le juge aurait déclaré la faillite des

sociétés filiales (ce que personne n'a demandé), le fait que ces sociétés fussent productrices d'énergie électrique n'aurait pas été non plus suffisant à les soumettre à ces règles spéciales. Il nous faut, sur ce point, nous reporter aux considérations innombrables, doctrinales et jurisprudentielles, exposées dans notre duplique (VI, p. 473, et A.D., vol. III, p. 107).

Face à cette réalité, le jugement du tribunal n° 6 de Barcelone, rendu dans une affaire de juridiction gracieuse relative à un concordat passé entre la société et ses obligataires sur la base de ces règles spéciales, concordat qui était repris dans le jugement, est de peu d'importance. Nous ignorons si, dans cette affaire, la suspension des paiements de la société a même été déclarée, car les attestations fournies par le Gouvernement espagnol certifient qu'il a été impossible de trouver les antécédents de l'arrêt. Mais quoi qu'il en soit, ce cas isolé a bien peu à nous apprendre, face au critère contenu dans la longue liste d'arrêts cités dans la duplique.

La meilleure preuve de ce que la Partie adverse est pleinement consciente de la totale inconsistance de sa thèse se trouve peut-être dans le fait qu'elle a voulu faire de la non-application de ces règles spéciales un indice de la prétendue collusion entre les autorités judiciaires espagnoles et M. March. Avec tout le respect qui s'impose, je dirai que cela est totalement dénué de sens. En lisant les articles 930 et suivants du code de commerce, on comprendra aisément que les règles qu'ils contiennent ne diminuent en rien le droit des créanciers de percevoir intégralement leurs créances. Ils favoriseraient plutôt leur position.

2. Parmi les accusations visant les personnes qui sont intervenues dans la procédure, il apparaît que la Partie adverse a essentiellement axé ses attaques sur le choix du juge de Reus et sur la désignation du commissaire et du séquestre provisoire (VIII, p. 121).

En ce qui concerne ces deux derniers griefs, la Partie adverse n'a fait que répéter, dans sa plaidoirie, l'une des accusations dénuées de fondement qui avaient déjà été formulées dans la réplique (V, p. 17 et suiv.), sans aucune preuve et dans l'intention délibérée de créer un climat de collusion. Notre duplique (VI, p. 307 et suiv.) leur a donné la réponse pertinente. Je ne crois pas nécessaire de reproduire ici tout ce qui a été dit dans notre document écrit, surtout en ce qui concerne les considérations sur la pratique judiciaire espagnole en matière de désignation de ces organes de la faillite. Ces considérations montrent bien que, non seulement le juge de Reus a rempli les formalités exigées par la loi, mais qu'il a à tout moment agi conformément à cette pratique. L'insinuation bien connue concernant le tribunal de Reus ne pouvait évidemment manquer dans les interventions orales (VIII, p. 122), comme si ce choix avait répondu à des intentions illicites. L'accusation est toujours dépourvue du moindre fondement légal, puisque la légalité de la compétence du tribunal de Reus ne fait aucun doute. On prétend faire reposer cette accusation sur les insinuations calomnieuses que l'on a toujours formulées contre ce juge.

Il sied de rappeler ici que, dans la pratique judiciaire espagnole, les procédures d'exécution, surtout les procédures universelles, ont lieu souvent en marge de ce qui constitue le centre des affaires de la société qui en fait l'objet, en l'espèce Barcelone. En effet, si le cours de ces procédures est rapide, il s'écoule toujours un ou deux jours avant que la faillite soit déclarée. De ce fait, la demande devient immédiatement de notoriété publique, ce qui permet aux débiteurs de mauvaise foi d'en profiter tout de suite pour procéder à toutes sortes d'actes préjudiciables à la masse de

la faillite (cf. C.M., p. 248). Il n'est guère besoin d'une grande imagination pour deviner ce que Barcelona Traction, qui était de toute évidence un débiteur de mauvaise foi, aurait fait dans ce cas. C'est un fait que, en dépit des précautions prises, elle est parvenue à soustraire à la saisie de nombreux documents (A.C.M., vol. VII, p. 231).

D'autre part, il faut également signaler, une fois pour toutes, que le tribunal de Reus n'est intervenu dans la procédure que jusqu'au mois d'avril 1948, car sur la demande d'Ebro un juge spécial a été nommé qui fut saisi de l'affaire. La Partie adverse présente généralement les faits comme si tout s'était passé au tribunal de Reus et elle oublie ainsi que plusieurs juges et tribunaux espagnols — comme l'a rappelé mon confrère, le professeur Gil-Robles — se sont prononcés, sur les problèmes fondamentaux, dans le même sens que le juge de Reus.

La Partie adverse n'a ménagé aucune affirmation — quelque anecdotique qu'elle fût — susceptible de donner à la Cour l'impression d'un juge insignifiant, docile et prêt à tout. Elle nous présente ainsi le lieu de déclaration de la faillite comme « une petite ville de Catalogne », ignorant, volontairement sans doute, que la ville de Reus est un important centre industriel, qui dépasse, en développement économique, de nombreuses capitales des provinces espagnoles. Elle semble de même ignorer qu'en Espagne nous n'évaluons pas l'intégrité de nos juges à l'importance de la ville où ils se trouvent.

B) Abordons maintenant les questions spécifiques de la déclaration de faillite auxquelles je dois m'attacher. Il s'agit de la demande de faillite, de la qualité pour agir des créanciers qui l'ont demandée, de la cessation des paiements et de la publication du jugement du 12 février 1948.

1. La procédure de la faillite a débuté par une requête ou demande dont le style ne semble pas avoir plu à la Partie adverse. Nous ne sommes pas ici pour discuter de styles juridiques. Nous désirons simplement rappeler que la « requête » a été rédigée par M. Dualde, professeur de droit civil à l'Université de Barcelone, avocat prestigieux et ex-ministre de la République, dont mon collègue, le professeur Gil-Robles, a si justement décrit la grande personnalité.

La Partie adverse a voulu procéder à un exposé détaillé du contenu de cette requête. Pourquoi? Dans quel but? Simplement pour affirmer, comme preuve de collusion, que le jugement déclaratif de faillite avait accueilli point par point les différents éléments de cette demande. Une telle accusation nous rend perplexes!

Dans toute procédure de faillite, il est normal que le juge qui reçoit la demande se conforme, dans sa décision, aux requêtes initiales des demandeurs. Or, dans notre cas, contrairement à ce qui se produit habituellement et à ce qu'affirme la Partie adverse, le fait est que, dans le passage sur lequel le Gouvernement belge a axé, au cours des plaidoiries, ses attaques, c'est-à-dire celui relatif à la saisie des actifs des sociétés filiales, le juge n'a tenu compte de la requête des demandeurs qu'en ce qui concerne les sociétés dont il s'est immédiatement convaincu qu'elles étaient unipersonnelles (Ebro et Barcelonesa). Pour les autres — et le Gouvernement belge s'est bien vu obligé de le reconnaître —, le juge a attendu d'être pleinement convaincu de ce que les actions de ces filiales appartenaient également à Barcelona Traction pour leur appliquer les mesures de saisie.

Cela souligne le caractère contradictoire de la thèse adverse et cela montre que si cette collusion très grave avait réellement existé, on com-

prendrait mal que le juge ait attendu un certain temps pour étendre la saisie des actifs aux autres filiales avec les risques que cela comportait pour les intérêts de la faillite. Mais il en fut ainsi, et l'on doit rendre hommage à la prudence et à la sagesse du juge de Reus.

La procédure de faillite a donc débuté, comme dans la majorité des cas, par la requête des créanciers. La demande a été admise, et la faillite déclarée.

Mais, dans la procédure espagnole, de quoi le juge doit-il s'assurer au cours de cette phase intermédiaire entre la demande et la déclaration de la faillite? Essentiellement de deux choses. D'abord de la qualité pour agir des créanciers qui demandent la faillite, et ensuite de la cessation de paiements au moyen de la preuve dite testimoniale. Rien d'autre.

L'opinion que le juge peut s'être faite sur un point ou un autre doit évidemment être soumise à l'épreuve du feu de l'opposition du failli, si tant est que celui-ci daigne utiliser ce recours sans témoigner du mépris olympien dont la Barcelona Traction a fait preuve dans le cas actuel.

2. En ce qui concerne la qualité pour agir des demandeurs à la faillite, les principaux griefs sont au nombre de deux. Il s'agit de la prétendue irrégularité de l'acquisition des obligations et de la non-application de la *no action clause*.

a) La première de ces accusations consiste à affirmer, sans plus, que les demandeurs à la faillite n'avaient pas qualité pour requérir la déclaration de faillite car, lors de l'acquisition des obligations émises par Barcelona Traction, certaines règles administratives ou certaines formalités de transmission de valeurs mobilières n'auraient pas été respectées. Maintenant, au cours des plaidoiries, le Gouvernement belge se borne à faire une simple allusion au fait que les demandeurs auraient dû présenter les bordereaux d'achat de leurs obligations, point que la duplique a suffisamment réfuté (VI, p. 279-280) et sur lequel il est inutile de revenir.

b) Le gouvernement demandeur a consacré de plus amples développements à la fameuse *no action clause* qui, d'après lui, aurait dû empêcher la mise en route de la procédure de faillite.

Qu'il nous soit permis de commencer par rappeler que cette *no action clause*, sur laquelle on prétend, avec une insistance toute particulière, fonder l'une des violations graves, grossières et discriminatoires commises par la magistrature espagnole, n'a jamais été alléguée devant nos tribunaux et est utilisée pour la première fois dans cette procédure internationale comme élément de scandale.

Il nous faut également souligner que la variété des raisonnements de la Partie adverse dans ses documents écrits (cf. R., V, p. 345-348) en vue de combattre la qualité pour agir des demandeurs, s'est réduite, dans la plaidoirie (VIII, p. 123), à cette simple affirmation que si le juge avait été « curieux » et diligent, et avait demandé le *Trust Deed*, il aurait pu voir que la qualité pour agir des demandeurs était très douteuse. Ce qui, pour la réplique, constituait une raison évidente d'irrecevabilité de la demande de faillite et une violation juridique particulièrement grave s'est ainsi vu réduite à un simple doute quant à la qualité pour agir des demandeurs. Un tel changement d'attitude est loin d'être insignifiant!

Face à l'hésitante position adverse, il nous faut rappeler ici (D., VI, p. 283-290), sans examiner d'autres arguments, que dans notre ordre juridique la qualité pour demander une faillite s'acquiert en faisant simplement la preuve de la qualité de créancier. Que lors de l'ouverture de la

procédure de faillite, le juge ne peut ni considérer ni trancher des questions étrangères à l'existence effective de la créance. Que la faillite ayant un caractère éminemment d'ordre public, toute clause contraire à l'exercice de cette action est nulle car contraire à l'ordre public. Que de toute façon, le deuxième paragraphe de ladite clause — paragraphe qui n'a d'ailleurs pas été cité par la Partie adverse — implique ou admet l'exercice individuel d'une action par l'obligataire. Il se borne à offrir aux obligataires majoritaires la possibilité de s'opposer à l'action individuelle et de réparer ainsi les effets de la prétendue infraction. Mais cela n'affecte en rien la position du juge qui recevrait cette action individuelle.

3. Nous allons maintenant procéder à l'examen de la condition de fond, à savoir la cessation des paiements de la société faillie. Mon confrère, le professeur Reuter, a développé avec une grande autorité les aspects économiques et administratifs de cette question. Comme il a eu la gentillesse de l'annoncer, c'est à moi qu'il appartient d'exposer les problèmes que la cessation des paiements pose dans le droit espagnol de la faillite.

Nous dirons, tout d'abord, qu'on a procédé, en premier lieu, à la preuve testimoniale en ce qui concerne le fait de la cessation des paiements. Peut-être la Cour sera-t-elle surprise si je lui dis que, dans ce cas, la preuve testimoniale était par ailleurs inutile pour prouver la cessation des paiements. En effet, dans le cas de la faillite de la Barcelona Traction, les demandeurs avaient fourni un moyen, pour prouver cette cessation des paiements, infiniment supérieur en fait et en droit à la déposition, par ailleurs exacte, faite par des témoins. Comme le tribunal l'a signalé dans le jugement déclaratif de la faillite, la cessation des paiements était ici prouvée par des documents émanant de la société faillie elle-même. Il existait donc ici un véritable aveu, ce qui est un moyen de preuve privilégié. Il est donc aisé de comprendre que, puisque la société avouait, dans son bilan même et dans les documents complémentaires, qu'elle ne payait plus depuis de nombreuses années, la preuve testimoniale ne constituait qu'une formalité légale. Elle ne fut malgré tout pas omise.

La Partie adverse essaie de réfuter la pleine valeur de cette preuve en alléguant que le rapport explicatif du bilan justifiait le défaut de paiement par l'argument si exploité du refus de devises (VIII, p. 132 et suiv.). En liant ainsi artificiellement le fait de la cessation des paiements à cette prétendue justification, elle invoque l'application de l'article 1233 du code civil espagnol sur l'indivisibilité de l'aveu. Mais on ne peut appliquer ici ce précepte. On ne peut l'appliquer parce que nous nous trouvons devant l'aveu de deux faits différents et distincts, ou, si l'on veut, devant un aveu complexe. C'est élémentaire et évident. Toutefois, l'attitude défendue par la Partie adverse ne nous surprend pas, puisque nous avons pu lire, dans le compte rendu de sa plaidoirie (VIII, p. 133), l'affirmation étonnante que « le droit espagnol connaît la règle selon laquelle l'aveu, la reconnaissance faite par une partie ne peut pas être utilisée¹ contre elle ». Cette proposition nous semble si inintelligible que nous préférons croire qu'il s'agit d'un lapsus.

La Partie adverse a attaché une attention particulière aux aspects juridiques de la cessation des paiements, mais sa pensée a à tel point évolué

¹ Ce mot figurait dans l'édition provisoire du compte rendu au lieu du mot « divisé ». [Note du Greffe.]

que la position soutenue à l'origine n'a guère de points communs avec la dernière.

Dans le mémoire (I, p. 47-48), l'argument reposait essentiellement sur l'idée que la cessation des paiements n'avait pas eu lieu en Espagne et qu'elle était tout au plus la conséquence d'un véritable « fait du prince ». Au fur et à mesure que nous avons réfuté ces arguments, on a assisté à un changement spectaculaire. D'après la réplique, en effet, la déclaration de faillite de la Barcelona Traction était « peut-être le plus grave déni de justice commis par les tribunaux espagnols » (V, p. 349). Cette accusation reposait sur la double considération que, d'une part, la société était *in bonis* et que, d'autre part, en vertu de l'exposé des motifs du code de commerce espagnol et des articles 874 et 876 de ce dernier, la doctrine et la jurisprudence étaient unanimes pour montrer que, dans l'ordre juridique espagnol, la cessation des paiements équivaut à l'insolvabilité et qu'il n'y a pas de faillite s'il n'y a pas insolvabilité définitive.

Or, Messieurs les juges, ces notions ont été profondément modifiées à nouveau dans les plaidoiries. Mon illustre contradicteur, Me Van Ryn (VIII, p. 128-129) — qui a jugé bon de faire une introduction à la question en nous informant brièvement des différents systèmes de faillite — est parvenu à la conclusion que le système de faillite espagnol, bien que s'inspirant des mêmes idées que les droits belge et français, est un système plus compliqué, qui oblige à une interprétation attentive et systématique des textes légaux. Cela aurait donné lieu à des divergences et à des discussions au sein de la doctrine.

Nous voilà donc loin de l'unanimité pour entrer dans le chemin des polémiques et des discussions! D'après lui, si je n'ai pas mal interprété sa pensée, ces divergences consisteraient dans le fait que « selon les uns, le Tribunal suprême interprète la loi en ce sens que la faillite suppose l'insolvabilité du débiteur (arrêt du 29 décembre 1927) », alors que, suivant les autres, ce « même Tribunal suprême a décidé que le critère de la faillite est la cessation des paiements ». Il précise alors que, d'après l'arrêt du 27 février 1965, cette cessation ne doit pas constituer un état sporadique, simple ou isolé, mais il doit être définitif, général et complet (*ibid.*, p. 129).

Rien, pas même la référence au droit comparé, ne peut masquer le changement radical qui s'est effectué dans l'argumentation du Gouvernement belge ni les contradictions profondes que ce changement implique. La duplique a fait disparaître ici, en effet, ce que la réplique soutenait à l'égard de l'exposé des motifs du code sur la cohérence des textes légaux et l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence en ce qui concerne la prétendue nécessité de l'insolvabilité définitive comme condition préalable à la déclaration de faillite.

Or, la rupture de cette prétendue unanimité suppose, au fond, la reconnaissance du défaut de fondement du grief formulé contre le juge. De ce fait, mon distingué contradicteur, montrant un autre de ses brillants jeux dialectiques, a tenté de nous convaincre maintenant que la Barcelona Traction ne pouvait être déclarée en faillite quel que fût le critère suivi pour interpréter le système de faillite espagnol.

Face à cette nouvelle position adverse et au risque de voir le Gouvernement belge nous fournir une nouvelle thèse à l'avenir, il nous faut formuler les deux affirmations de principe suivantes. En premier lieu, le système espagnol relatif à la faillite est très semblable au français et au belge, et il n'est par conséquent pas admissible de se retrancher derrière

cette prétendue complication pour fournir de nouvelles conclusions qui ne sont pas valables. En deuxième lieu, le juge espagnol a correctement appliqué le droit interne, conformément à l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence qui prévalent en Espagne, en France et en Belgique. Je ne me réfère ici qu'aux pays dont le système légal est le plus proche du nôtre.

La duplique et ses annexes (A.D., vol. II, n° 64) ont suffisamment montré que l'exposé des motifs du code de commerce espagnol dit précisément le contraire de ce que le Gouvernement belge lui attribue dans sa réplique. Il n'est pas nécessaire de nous étendre maintenant sur ce sujet. Toutefois, il faut affirmer catégoriquement que cet exposé des motifs rejette ouvertement et explicitement la conception italienne de la faillite qui existait à l'époque, à savoir qu'il fallait un état économique d'insolvabilité définitive. En effet, cet exposé des motifs affirme que le code s'inspire du système belge et de la jurisprudence française, et il s'exprime en des termes qui prouvent de façon irréfutable que, d'après notre droit, on peut déclarer en faillite tout commerçant qui cesse le paiement courant de ses obligations, même s'il a des biens ou des ressources lui permettant d'y faire face.

Cette solution, qui n'est assurément pas originale, est justifiée, comme l'indiquent la doctrine et la jurisprudence belge et française, tant par la nécessité d'assurer le fonctionnement du crédit (si important dans la vie commerciale que « payer » signifie « payer à temps ») qu'en raison des difficultés auxquelles se heurte le créancier non payé pour connaître le montant des autres dettes qu'a son débiteur et le montant de ses biens.

En des termes d'une autorité toute spéciale, qui résument parfaitement le sens des systèmes dont s'est inspiré le nôtre, le professeur Ripert affirme que :

« la cessation des paiements est une notion propre au droit commercial qu'il ne faut pas confondre avec l'insolvabilité. L'insolvable, au sens étymologique du mot, est le débiteur qui ne paie pas (*in-solvens*). Mais il est sous-entendu qu'il ne peut pas payer parce que son passif dépasse son actif. Au contraire, le commerçant qui cesse ses paiements peut être solvable et, dans certains cas, la liquidation de ses biens suffit au remboursement de tous les créanciers. Le droit commercial considère qu'il ne suffit pas de pouvoir payer, mais qu'il faut payer à l'échéance. Le commerçant qui ne le fait pas doit être déclaré en faillite. » (*Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1964, p. 305.)

Et en des termes tout aussi autorisés, Percerou nous dit que

« pour savoir si la faillite doit être ouverte, on n'a donc pas à examiner si le commerçant est solvable ou non, si son passif est inférieur ou supérieur à son actif, mais uniquement si de fait il paie ou ne paie pas » (*Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, I, Paris, 1935, p. 256).

Tel est le sens à donner aux articles 874 et 876 du code de commerce espagnol, à propos de la cessation du paiement courant des obligations comme condition préalable à la déclaration de faillite.

Il est impossible que le Gouvernement belge ignore le fondement de ce système, qui repose non pas sur l'insolvabilité mais sur la cessation des

paiements, fondement qui est à la base de son propre ordre juridique relatif à la faillite.

Comme on l'a montré dans la duplique (A.D., vol. II, n° 65), l'interprétation cohérente que nous venons de donner de ce système est celle suivie par la majorité de la doctrine espagnole. Je me vois dans l'obligation de signaler à la Cour que, dans ses documents écrits, le Gouvernement belge a interverti la façon dont les juristes espagnols se sont en réalité exprimés. Il invoque en sa faveur une *unanimité* qui n'existe pas, alors qu'en réalité l'opinion dominante affirme nettement, sans aucune réserve, que dans notre droit on ne peut identifier la cessation générale des paiements à la situation économique d'insolvabilité.

Ce procédé — que je ne qualifierai pas — a été également employé dans l'examen que le Gouvernement belge fait de notre jurisprudence. La réplique (V, p. 351) affirme également l'unanimité de la jurisprudence en faveur de sa thèse, alors qu'en réalité — comme nous l'avons déjà souligné dans la duplique (A.D., vol. II, n° 65) — les nombreux arrêts en la matière corroborent nettement la position que le Gouvernement espagnol défend à cet égard, à savoir que la cessation des paiements suffit à la déclaration de la faillite.

Cette conclusion est si vraie que certains de ces arrêts précisent que l'on peut déclarer la faillite « même si l'actif est supérieur au passif ».

C'est certainement l'exposé de la duplique qui a empêché le Gouvernement belge de continuer, lors des plaidoiries (VIII, p. 129), à alléguer cette prétendue unanimité. Il se borne à invoquer l'arrêt isolé du 29 décembre 1927, dont on ne saurait admettre en aucune façon l'interprétation qui en est donnée à l'appui de la thèse selon laquelle la faillite implique l'insolvabilité du débiteur. En effet, dans son deuxième considérant, cet arrêt affirme que la cessation du paiement courant des obligations « est ce qui caractérise principalement la faillite ». Il précise, en outre, la signification qu'a la cessation des paiements, en disant que « la situation d'un commerçant insolvable, sans aucun crédit, qui se jouerait de ses créanciers en ne réalisant que des paiements peu importants, n'en serait pas moins une situation de faillite ».

Quiconque possède un bon sens juridique ne pourra, me semble-t-il, déduire de ces termes que l'arrêt proclame qu'il ne peut y avoir de faillite sans insolvabilité, mais plutôt que lorsque cette insolvabilité existe, il importe peu que le commerçant ait procédé à des paiements peu importants dans l'intention de se jouer de ses créanciers, pour masquer la cessation des paiements.

La duplique ayant détruit la thèse selon laquelle la faillite implique l'insolvabilité du débiteur, le Gouvernement belge met maintenant l'accent sur les caractéristiques que la cessation des paiements devrait avoir. Il affirme, en se basant sur l'arrêt du 27 février 1965, qu'elle ne doit pas être « sporadique, simple ou isolée, mais bien définitive, générale et complète ». C'est là une chose que le Gouvernement espagnol n'a pas contestée et ne prétend pas contester. Aussi bien dans le contre-mémoire (A.C.M., vol. VII, n° 32, p. 175-176) que dans la duplique (A.D., vol. II, p. 528), le Gouvernement espagnol a indiqué que la cessation de paiements doit être « générale » et concerner le « paiement courant des obligations ». Il reste cependant que — conformément à notre jurisprudence et à notre doctrine et comme le Gouvernement belge semble lui-même le considérer maintenant — ce qui doit être général c'est la cessation de paiements et non pas l'insolvabilité.

Il faut toutefois signaler, pour éviter l'interprétation extrême que le Gouvernement belge prétend donner à cette généralité, qu'il y a eu des arrêts qui ont admis qu'il pouvait y avoir cessation des paiements du fait qu'une seule dette n'avait pas été payée (arrêt du 28 décembre 1901, *Colección legislativa*, n° 160). D'autres admettent la cessation, bien que quelques paiements aient été effectués (arrêts du 9 juin 1897, *ibid.*, n° 113, et du 26 octobre 1927, *ibid.*, n° 111).

Le Gouvernement belge a observé un silence prudent sur toute cette jurisprudence, comme s'il voulait la neutraliser par les dispositions de l'unique arrêt du 27 février 1965 qui, d'ailleurs, ne pouvait pas entrer en ligne de compte pour le juge de Reus. Ledit juge n'a pu prendre en considération qu'une abondante jurisprudence qui, de façon unanime — et cette unanimité est bien certaine — affirmait que la cessation générale des paiements suffit pour déclarer la faillite. C'est d'ailleurs ce qui résulte aussi des arrêts rendus postérieurement, ainsi que de l'arrêt si souvent cité du 27 février 1965.

Il est de toute façon indiscutable que lorsque le droit espagnol exige que la cessation des paiements soit générale, il établit la seule caractéristique qui doit entrer en ligne de compte au moment de la décision. Par là, il n'y a pas lieu d'ajouter à notre système — comme la Partie adverse l'a prétendu — cette nouvelle caractéristique de l'« ébranlement du crédit », propre au droit belge et dont il n'a jamais été question en droit espagnol. En réalité, le commerçant perd son crédit dès qu'il cesse ses paiements.

D'ailleurs, la duplique a montré (VI, p. 295), et le Gouvernement belge semble l'ignorer, que la détermination de l'existence ou de l'absence de cessation générale des paiements est une question de fait qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier librement. C'est là ce que signale en général la doctrine espagnole — entre autres Garrigues (D., V, *loc. cit.*) — en se basant sur une jurisprudence abondante (arrêts des 12 mars 1910, *Colección legislativa*, n° 74; 8 mai 1913, *ibid.*, n° 70; 4 juin 1929, *ibid.*, n° 96 et 1^{er} juin 1936, arrêt n° 1256). On discute également, au sein des ordres juridiques belge et français, qui ont inspiré le nôtre, du nombre et de l'importance des manquements nécessaires pour qu'il y ait « cessation des paiements », mais aussi bien dans le système belge que dans le français la décision appartient à la libre appréciation des tribunaux (Ripert, p. 306 et suiv.).

Il est toujours possible de s'opposer à l'appréciation faite par le juge. C'est la raison pour laquelle l'article 1029 de notre code de commerce de 1829 — qui est toujours en vigueur à cet égard — admet l'opposition au jugement déclaratif de faillite lorsque le failli prouve qu'il se « trouve à jour dans ses paiements ». Notre jurisprudence indique également, de façon répétée et constante, que le débiteur peut faire opposition à la faillite en prouvant simplement qu'il est à jour dans ses paiements (arrêts des 24 mars 1886, *Colección legislativa*, n° 123; 4 octobre 1905, *ibid.*, n° 57; 26 octobre 1907, *ibid.*, n° 111, et 12 mars 1910, *ibid.*, n° 74, entre autres).

Le moment est venu d'examiner les faits sur lesquels le juge s'est basé pour procéder à la déclaration de faillite.

Le jugement du 12 février 1948 soulignait que le montant de 9 426 938 dollars canadiens d'intérêts non payés depuis 1936, qui figurait dans le bilan de l'exercice social de 1946, était

« un montant assez impressionnant pour qu'on en puisse déduire le caractère général de la cessation des paiements, conclusion dont

la signification et l'importance croissent quand on considère qu'il ne s'agit pas d'un retard accidentel, mais au contraire d'un retard chronique, car onze années et demie représentent une période si longue qu'elle constitue une situation irrégulière et déficitaire de cette société» (A.C.M., vol. VII, p. 167).

Il montrait aussi que la proposition, qui figurait dans le plan d'arrangement, de réduire de près de 50 pour cent la dette en livres sterling de Barcelona Traction, corroborait l'état de cessation de paiements où se trouvait la société. Or, ces deux faits évidents et indéniables ayant été avoués, il serait difficile de trouver une cessation de paiements aussi définitive, générale et complète.

La cessation des paiements qui apparaissait dans le bilan, le rapport et le tableau des données statistiques qui y étaient joints était encore plus importante que ne le dit le jugement, car l'examen conjoint de ces documents montre non seulement que les intérêts des obligations n'étaient pas payés, mais également que l'amortissement des obligations était suspendu. Contrairement à la thèse belge relative à la bonne santé économique du groupe, il révélait un déficit de près de 5 millions de dollars canadiens — 4 706 328,18 exactement — dans l'examen global des ressources de Barcelona Traction et de ses filiales. La duplique (VI, p. 296-297) a spécialement attiré l'attention sur ce point, sans que notre contradicteur ait rien répondu.

Il est réellement difficile de comprendre comment les conseils belges ont pu essayer de donner une version optimiste des possibilités de la trésorerie de Barcelona Traction, en jonglant avec un aplomb étonnant avec des chiffres si riches en zéros. Il y aurait eu des millions de bénéfices, des millions de fonds de roulement, des millions de disponibilités, des millions de tous les côtés. La Cour me permettra de rappeler que M^e Rolin (VIII, p. 13) signalait, en se basant sur les experts du Gouvernement belge, que les bénéfices de Barcelona Traction, entre 1941 et 1947, ont été de 20 650 000 dollars et que, se joignant à eux, M^e Van Rijn (VIII, p. 130) a eu l'amabilité de faire une concession et de les réduire au montant de 19 250 000 dollars. A en croire nos estimés contradicteurs, on en viendrait à la conclusion surprenante que le seul problème qui tourmentait Barcelona Traction était d'avoir trop d'argent.

Si ces bénéfices avaient été réels et tangibles, il serait difficile de comprendre les données qui résultent des documents comptables de Barcelona Traction — que je citais précédemment — ainsi que les conclusions auxquelles sont parvenus les experts des Gouvernements anglais et canadien dans leur rapport du 13 mars 1951 (point 29) (A.C.M., vol. VI, p. 48). On ne comprend absolument rien.

Face aux affirmations de la Partie adverse et de ses experts, que nous venons de considérer, affirmations qui sont en contradiction avec les aveux mêmes du bilan et du tableau statistique joints au rapport de Barcelona Traction, je préfère rappeler ce que les grands dirigeants de l'entreprise disaient à l'époque. Le 3 avril 1942, par exemple (A.C.M., vol. V, p. 229), alors qu'il examinait l'étude des prévisions financières de Barcelona Traction jusqu'en 1945, M. Speciael disait — et on peut penser qu'il s'y connaissait davantage que le Gouvernement belge :

« Les conclusions de ce travail ne sont pas très réjouissantes. Il montre que, malgré une augmentation incessante et considérable des ventes en kWh, les bénéfices diminuent rapidement d'année en année.

Il en résulte qu'après très peu de temps les excédents annuels de bénéfices ne seront plus suffisants pour effectuer les travaux indispensables, bien que la société ne paie pas actuellement la totalité de ses charges financières. »

Je crois difficile, Messieurs les juges, de décrire mieux, en si peu de mots, la réalité de la situation financière de Barcelona Traction.

Le 23 mars 1944 (*ibid.*, p. 276), M. Menschaert avait envoyé à M. Speciael le télégramme suivant :

« Intérêts et amortissements arriérés obligations Barcelona Traction fin 1943 rond 101 500 000 ptas au change moyen officiel établi depuis 25 novembre à 44,5 pesetas par livre STOP Intérêts et amortissements arriérés obligations Energía étranger 11 500 000 ptas STOP Total arriéré 113 000 000 de ptas STOP Sans sortie de fonds, arriérés deviendraient 128 500 000 ptas fin 1944, 144 000 000 de ptas fin 1945, 159 500 000 ptas fin 1946 STOP Si sorties de fonds réalisables couvrant ces arriérés, trésorerie locale selon notre télégramme 173 deviendrait largement déficitaire dans tout cas. »

Il me semble que, dans ces documents, MM. Speciael et Menschaert se montraient notablement moins optimistes que mes distingués contradicteurs.

La Cour me permettra de rappeler l'assurance avec laquelle M^e Van Ryn affirmait que les disponibilités existant en 1946 permettraient de toute façon de faire face « instantanément » aux paiements en attente (VIII, p. 131).

Lorsqu'il parle des paiements en attente, mon illustre contradicteur ne tient évidemment compte que des sommes dues au titre d'intérêts, mais non pas du capital des obligations, exigible dès que les coupons n'avaient pas été payés. Indépendamment de cela, une chose est que certaines disponibilités figurent dans un bilan, autre chose est qu'elles existent réellement. Il n'est pas nécessaire d'être expert en comptabilité pour s'en rendre compte. Il me semble intéressant, à cet égard, de lire la lettre de M. Speciael du 18 septembre 1947 (*ibid.*, p. 383), qui nous exprime sa grande préoccupation. Elle montre qu'au sein de la direction de l'entreprise, on était conscient de cette différence si essentielle. Il signalait à M. Menschaert :

« En ce qui concerne le bilan de Barcelona Traction, la « footnote » du côté passif, se référant aux bénéfices non distribués, doit être absolument changée; la totalité de ce montant a été évidemment investie dans nos entreprises et on ne peut donc pas dire qu'il n'est pas disponible à cause de l'impossibilité des transferts. »

Or, à la date de cette lettre, il manquait quatre mois pour que la faillite de Barcelona Traction soit déclarée.

L'audience est levée à 18 heures

TRENTÉ ET UNIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (3 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. URÍA: Après avoir montré que le système espagnol de la faillite repose sur la cessation des paiements et non pas sur l'insolvabilité du débiteur, au terme de la séance d'hier, j'ai fait une brève allusion aux faits qui font foi de la cessation des paiements de Barcelona Traction.

Je dois maintenant ajouter que, face à l'impossibilité de nier effectivement la cessation générale des paiements, le Gouvernement belge n'a pas cessé d'insister sur le fait que le défaut de paiement était dû aux restrictions de devises espagnoles. Après l'exposé exhaustif auquel a procédé le professeur Reuter, nous n'avons rien à ajouter au réel bien-fondé de cette allégation. Ce qu'il nous faut signaler, en revanche, ce sont les trois circonstances suivantes.

1. Comme le Gouvernement espagnol l'a souligné et répété à maintes reprises, sans que le Gouvernement belge ait donné à ce sujet la moindre réponse, Barcelona Traction aurait pu consigner en pesetas le montant de sa dette. Elle ne l'a pas fait alors qu'elle aurait pu ainsi empêcher la déclaration de faillite.

2. Le Gouvernement belge ne peut ignorer que, quand bien même il y aurait eu un « fait du prince », cela aurait eu peu d'importance, en droit espagnol, quant à l'appréciation de la cessation des paiements et la déclaration de la faillite. Cela n'aurait pu avoir d'influence que sur une éventuelle qualification de la faillite qui aurait été alors qualifiée de faillite fortuite. En droit espagnol, tout comme en droit belge, « le juge qui a constaté l'existence réelle d'un état de cessation des paiements — tels sont les termes de l'arrêt du tribunal de commerce d'Anvers du 8 février 1962 — doit déclarer la faillite sans devoir tenir compte d'autres circonstances telles que la solvabilité du débiteur, la cause de la cessation de paiements, etc. » La force majeure n'exclut pas la possibilité de déclarer la faillite, bien qu'elle puisse décharger le failli de responsabilité pénale. La faillite n'est pas un mécanisme d'accusation du débiteur, mais une procédure de liquidation d'un patrimoine destiné à sauvegarder le principe de la *par conditio creditorum*.

3. Le plan d'arrangement, comme le dit clairement le jugement déclaratif de faillite, comportait une diminution ou réduction très importante des droits des créanciers et faisait ressortir que Barcelona Traction ne pouvait pas payer.

On entrevoit mal comment on peut prétendre combattre cette affirmation du jugement en disant qu'il ne s'agissait pas d'une diminution de la dette mais d'une dation en paiement. Cette affirmation nous semble purement et simplement absurde.

Qui veut-on donc tromper en disant qu'il n'y a pas eu diminution de la dette, mais dation en paiement? Pourquoi opposer deux notions si différentes? En réalité, comme on l'a déjà signalé dans la duplique (VI, p. 299), le plan d'arrangement impliquait en premier lieu une diminution de la dette et, en deuxième lieu, si l'on veut, une dation en paiement, puis-
qu'en définitive ce que l'on prétendait réaliser était la réduction des

créances et le paiement ultérieur des créances déjà réduites par substitution à une valeur monétaire d'une valeur identique en nature.

Mais l'essentiel pour nous est que le plan comportait une diminution de la dette et, face à cette réalité, il est inconcevable que la Partie adverse dise que nous commettons une erreur grossière en considérant le plan comme un aveu de cessation de paiements ou d'impossibilité d'honorer les engagements (VIII, p. 133). Nous estimons que si une proposition de diminution de dettes n'est pas un indice de cessation des paiements et d'impossibilité d'y faire face, il s'agit alors de quelque chose de bien plus grave: une tentative de frauder ou de duper les créanciers.

Il nous faut maintenant mentionner un autre argument juridique invoqué par le juge et que le Gouvernement belge a particulièrement attaqué. Il s'agit du devoir de se déclarer en état de faillite, quel'article 871 du code de commerce impose au débiteur qui ne fait pas usage de la faculté préalable de « se présenter en état de suspension des paiements dans les quarante-huit heures suivant l'échéance d'une obligation à laquelle il n'a pas satisfait » (cf. aussi l'article 889, par. 2, de ce même code).

Le Gouvernement belge a modifié également, à cet égard, ses premiers arguments. Dans la réplique (V, p. 352), il se bornait à affirmer que l'article 871 prévoyait que le débiteur avait simplement la faculté et non pas le devoir de se présenter en état préventif de suspension des paiements.

En revanche, dans la plaidoirie (VIII, p. 134), il semble sérieusement douter que l'article 871 soit toujours en vigueur. Il ajoute que de toute façon on ne pouvait pas l'appliquer à la Barcelona Traction, puisque celle-ci n'avait pas son siège en Espagne et parce que cet article exige comme condition préalable que les dettes aient fait l'objet d'une demande effective de paiement.

Le Gouvernement belge nous donne assurément une interprétation bien étrange de cet article 871. Il invoque même à l'appui deux anciens arrêts du 27 février 1889 et du 11 février 1895, qui ne sont d'ailleurs pas pertinents. De toute manière, son interprétation aurait été respectée du fait de la réclamation de sa créance par M. Montañés en 1940.

En fait, l'article en question est assurément en vigueur, et la doctrine espagnole n'hésite pas à déclarer, bien qu'avec quelques nuances, que le chef d'entreprise est obligé de se déclarer en état de faillite s'il ne fait pas en temps utile usage de la faculté de recourir à la procédure préventive de suspension des paiements. En outre, un arrêt du 5 octobre 1914 (*Colección legislativa*, n° 72) affirme clairement que les termes de l'article 871 ne permettent pas de soutenir que la mise en demeure de payer doit se faire judiciairement, mais qu'« il suffit qu'elle se fasse par tout autre moyen officiel ou privé, du moment où il en est donné la justification pertinente ».

Je dois enfin rappeler que le Gouvernement belge a utilisé une fois de plus, devant cette Cour, les arguments formalistes d'après lesquels la Barcelona Traction n'avait pas son siège en Espagne et qu'il n'y avait pas eu de cessation des paiements en Espagne. Or, après les interventions précédentes de mes confrères et tout particulièrement après celle du professeur Waldock, je crois inutile de revenir sur ces questions. S'il y a des points qui sont clairs, ce sont bien ceux relatifs aux activités commerciales en Espagne de l'entreprise, au fait que tout son patrimoine réel s'y trouvait, que c'est là que s'est produite la cessation de ses paiements, et que c'est en Espagne aussi que sa faillite devait être déclarée.

Je me suis efforcé, Monsieur le Président, de présenter à la Cour la

solution cohérente et logique de l'ordre juridique espagnol relatif à la faillite qui repose sur la condition fondamentale de la cessation des paiements du débiteur. Les textes légaux, la doctrine et la jurisprudence sont là.

C'est cet ordre juridique de la faillite que le tribunal de Reus a appliqué avec la plus stricte correction, dans un domaine dans lequel la Partie adverse a voulu voir — pour reprendre ses termes mêmes — peut-être le déni de justice le plus grave commis par les tribunaux espagnols.

Pour en finir avec ce point, le meilleur témoignage de ce qu'est la cessation des paiements dans les ordres juridiques espagnol, belge et français se trouve dans les quelques lignes que je vais lire et qui sont particulièrement significatives venant de mon illustre collègue, le professeur Van Ryn, qui s'est fondé sur d'abondantes citations de doctrine et de jurisprudence. Cette citation correspond à la page 211 du tome IV de ses *Principes de droit commercial*:

« La cessation de paiements est le fait, pour un commerçant, de ne pas payer ses dettes échues, certaines et liquides. Peu importe le nombre de dettes impayées (une seule suffit: *Frédéricq*, t. VII, p. 70; *Lyon-Caen et Renault*, t. VII, n° 96), leur nature (civile ou commerciale, chirographaires ou privilégiées) ou leur cause (contractuelle ou quasi délictuelle). Peu importe aussi les événements qui ont provoqué la cessation de paiement (les circonstances économiques, la mauvaise gestion, la carence délibérée du débiteur ou la défaillance de ses propres clients). Il est indifférent enfin que les créanciers s'abstiennent de réclamer leur dû (Bruxelles, 23 novembre 1955, pas. 1957, II, 56) à moins que leur attitude implique l'octroi d'un délai (comm. Bruxelles, 2 octobre 1954, jur. comm. Bruxelles, 1955, p. 78).

L'insolvabilité n'est pas la cessation de paiements: le débiteur dont l'actif est supérieur au passif peut être déclaré en faillite (*Ripert-Roblot*, t. II, n° 2756, *Frédéricq*, t. VII, p. 69 et réf. citées; *addé*: comm. Liège, 10 octobre 1958, J.T., 1959, 709). La règle se justifie aisément. Il n'est jamais certain, en effet, que l'individu est solvable, puisqu'en l'absence d'une liquidation l'on ne peut connaître exactement ni le montant de ses dettes ni ce que produiront ses biens. D'autre part, le défaut de paiement à l'échéance cause souvent dans le commerce un préjudice presque aussi grand que le fait de n'être jamais payé » (*Lyon-Caen et Renault*, t. VII, n° 57).

Ces termes sont lumineux, Monsieur le Président! Ils sont justes et clairs, Messieurs les juges! Ils constituent le résumé des thèses soutenues par le Gouvernement espagnol.

On croirait, Messieurs, que mon illustre collègue a voulu nous expliquer la première leçon de l'école de Reus.

4. J'en viens maintenant, avec votre autorisation, Monsieur le Président, à la question de la publication du jugement déclaratif de faillite. On a dénaturé ici encore les thèses exposées par le Gouvernement espagnol et on a passé presque entièrement sous silence les divers arguments traités dans nos documents écrits: contre-mémoire (IV, p. 326 à 332) et duplique (VI, p. 313 à 327), auxquels je me permets de vous renvoyer.

Mon distingué contradicteur a axé la question principalement sur l'interprétation à donner au paragraphe 5 de l'article 1044 du code de commerce de 1829 (VIII, p. 136), qui ordonne de procéder à la publication du

jugement déclaratif de faillite dans la localité du domicile du failli. Il en tire la conclusion que le jugement déclaratif de faillite aurait dû être publié à Toronto.

Pour le Gouvernement espagnol, la publication est un acte d'*imperium* qui ne peut avoir lieu qu'en Espagne. Je crois pouvoir épargner à la Cour la répétition des raisonnements du Gouvernement espagnol à cet égard. Ils se trouvent dans ses documents écrits et dans une annexe au contre-mémoire (A.C.M., vol. VII, p. 414), à laquelle ni la réplique ni la plaidoirie n'ont répondu.

La lecture de l'article 1044, complétée par celle d'autres articles cités dans la duplique, montre que toutes ces dispositions ont un caractère territorial très accentué. Elles ne peuvent trouver application que si elles sont exécutées en Espagne.

M^e Van Ryn nous a dit (VIII, p. 138) qu'une telle affirmation est « purement gratuite » et contraire à la raison et à la logique. Pourtant, la Barcelona Traction s'est chargée elle-même de démentir cette thèse dans sa requête du 11 avril 1953 (A.M., vol. IV, p. 887). Elle y examine toutes les règles de l'article 1044, y compris la cinquième concernant la publication, et reconnaît pratiquement leur caractère strictement territorial, pour ajouter :

« Cependant, spécialement lorsque le failli sera une société commerciale étrangère, comme c'est le cas ici, et que de ce fait elle aura son domicile hors d'Espagne (et à cause de sa condition de personne juridique elle ne pourra jamais être dite « de passage »), il faudra qu'elle ait au moins un établissement commercial ou un centre d'opérations en territoire espagnol, auquel cas cet établissement ou centre d'opérations tiendra lieu de domicile aux fins de localiser son procès de faillite. C'est vers cette conclusion qu'incline l'article 15 du Code de Commerce, qui dispose que « les étrangers et les sociétés constituées à l'étranger pourront exercer le commerce en Espagne en se soumettant aux lois de leur pays pour ce qui concerne leur capacité de contracter et aux dispositions de ce Code pour tout ce qui concerne la création de leurs établissements sur le territoire espagnol, leurs opérations commerciales et la JURIDICTION DES TRIBUNAUX DE LA NATION ». Dans ce cas, les juges et tribunaux espagnols seront compétents pour connaître de la faillite de tels étrangers ou sociétés étrangères, mais alors les règles exposées ci-avant [la requête se réfère aux règles de l'article 1044] seront également pleinement applicables, puisqu'il s'agira de biens situés en territoire espagnol et d'obligations contractées en Espagne » (*ibid.*, p. 909).

Cela signifie que Barcelona Traction a reconnu que si les tribunaux espagnols avaient juridiction, conformément à l'article 15 du code de commerce, toutes les règles de l'article 1044, y compris celle relative à la publication, auraient été correctement appliquées. Or, après avoir entendu la magnifique plaidoirie du professeur Waldock, je crois que nous serons tous d'accord sur le fait qu'il n'existe pas le moindre doute quant à la juridiction des tribunaux espagnols.

Le professeur Van Ryn a affirmé (VIII, p. 137) qu'en déclarant que le siège de Barcelona Traction était inconnu, le juge aurait énoncé une « contre-vérité », puisque le siège, au Canada, figurait dans les documents présentés. Le Gouvernement espagnol s'est lassé d'insister sur le fait que, lorsque le juge a ordonné la publication à Tarragone « le siège de la société

faillie n'étant pas connu », il s'est référé très nettement à ce qu'il avait déclaré lui-même quelques lignes plus haut, plus précisément au dernier considérant, à savoir que « Barcelona Traction n'a pas de siège en Espagne ».

En se prononçant de la sorte, d'ailleurs, le juge donnait suite exactement à la demande formulée par les demandeurs à la faillite en ce qui concerne la publication. Ils disaient à ce sujet, dans la requête : « et il est à remarquer que la communication de la faillite par voie d'annonce ne peut être faite au siège de la société faillie, puisqu'elle n'en a pas en Espagne ». Cela prouve que lorsque le juge se prononçait justement sur cette requête précise, lorsqu'il disait que Barcelona Traction n'avait pas de siège connu, il voulait sans aucun doute signifier qu'elle n'avait pas de siège connu en Espagne.

D'autre part, en constatant que Barcelona Traction n'avait pas de siège connu en Espagne, le juge espagnol devait se borner à considérer comme siège, aux fins de la publication, celui-là même qu'il a pris comme base pour décider de sa compétence territoriale, conformément aux articles 65 et 66 du code de procédure civile.

Mon collègue, le professeur Malintoppi, a déjà exposé, au cours de la phase orale des exceptions préliminaires (II, p. 289), l'applicabilité desdits articles en ce qui concerne la compétence strictement territoriale; et jusqu'à présent la Partie adverse n'a pas pu alléguer à son encontre le moindre argument convaincant.

Et que l'on ne vienne pas dire que les demandeurs ont sollicité que la publication soit également effectuée dans la province de Barcelone et que le juge a accueilli cette demande. Si les demandeurs estimaient la publication nécessaire à Barcelone, bien qu'ayant choisi le tribunal de Reus, le juge n'avait pas à refuser cette publication, puisque Barcelona Traction avait contracté également des obligations dans la province de Barcelone et, comme le Gouvernement espagnol l'a signalé, c'est à Barcelone que le centre de ses activités en Espagne se trouvait réellement.

Mon distingué contradicteur nous dit (VIII, p. 136) que le paragraphe 5 dudit article 1044 ne fait pas de distinction entre les sociétés ayant leur siège à l'étranger et celles ayant leur siège en Espagne. De là il déduit que la publication aurait dû se faire au Canada.

L'article en question ne fait pas cette distinction tout simplement parce qu'elle est superflue, puisque toutes les mesures de l'article 1044, et précisément celle relative à la publication, ne sont concevables que si elles peuvent être exécutées en Espagne.

On nous a dit également (*ibid.*, p. 136 et suiv.) que la publication du jugement de faillite ne faisait aucune allusion à la saisie des biens des filiales, afin d'éviter « que ces mesures sans précédent reçoivent un retentissement plus grand ». Mais mon contradicteur oublie de répondre à l'observation du Gouvernement espagnol (D., VI, p. 327), d'après laquelle le jugement déclaratif de faillite, et donc les mesures de saisie, a été inscrit au registre du commerce, sur les feuilles correspondant aux sociétés en question. Peut-on concevoir une publicité plus efficace?

Un autre argument de mon estimé contradicteur repose sur un procès d'intention qui me semble un défi aux règles du bon sens. Il affirme (VIII, p. 137) que le dessein de M. March était d'« amener la société faillie à penser qu'en l'absence de publication du jugement au Canada le délai d'opposition n'avait pas commencé à courir... ».

Une telle accusation me semble puérile. Tout d'abord, parce qu'il est

évident qu'aucune manœuvre ne pouvait empêcher Barcelona Traction de comparaître dans le délai légal ; deuxièmement, parce qu'il a été prouvé que Barcelona Traction savait effectivement que le délai prenait fin au 24 février 1948, et enfin parce que le Gouvernement belge a reconnu que si Barcelona Traction n'a pas comparu dans le délai légal ce fut purement et simplement parce qu'elle ne l'a pas voulu.

La Partie adverse affirme également (*ibid.*, p. 139) que le Gouvernement espagnol se contredit en affirmant le caractère territorial des mesures prévues à l'article 1044, car celles-ci comprennent la saisie qui, d'après le Gouvernement belge, devait affecter des biens situés au Canada. Cela n'est pas exact. La saisie concernait des biens et des droits situés en Espagne.

Mon contradicteur prétend aussi (*ibid.*, p. 137) que le Gouvernement espagnol a soutenu, en ce qui concerne la publication, successivement des thèses différentes. Je ne referai pas, devant la Cour, l'historique de cette question qui prouve qu'il n'en est pas ainsi. Je me bornerai à renvoyer à l'annexe n° 66 de la duplique, qui prouve que la thèse espagnole à cet égard n'a pas changé depuis 1960 ; annexe à laquelle la Partie adverse ne fait évidemment pas allusion. Quoi qu'il en soit, il saute aux yeux qu'on ne se contredit pas et qu'on ne formule pas des arguments différents en parlant d'*imperium* et de territorialité, car il s'agit en somme de deux facettes ou aspects d'une même question. L'*imperium* est la condition, la territorialité est l'effet.

C'est, en revanche, le Gouvernement belge qui a modifié successivement sa position. Et il me faut le rappeler brièvement, car mon distingué contradicteur a inauguré encore une fois une nouvelle thèse.

La Partie adverse a soutenu, au début, que la déclaration de faillite devait être notifiée à la société faillie et que le délai pour faire opposition commençait à courir à partir de cette notification. C'est ce que Barcelona Traction a soutenu lorsqu'elle a comparu devant le tribunal espagnol ; elle a demandé que le jugement lui fût notifié pour permettre ainsi au délai de commencer à courir. Lorsque mon contradicteur affirme (*ibid.*, p. 137) qu'on a voulu induire la société faillie en erreur, pour qu'elle croie que le délai d'opposition ne commençait à courir que lorsque le jugement déclaratif de faillite aurait été publié à Toronto, son souci de s'en tenir au fait est des plus relatifs. L'erreur de la société faillie, si tant est qu'il s'agisse d'une erreur et non pas d'un dessein prémédité, consistait en tout cas à croire que le délai commençait à courir à partir de la notification.

Mais le Gouvernement belge et ses conseils ont pratiquement abandonné cette thèse ; ils affirment toujours, incidemment, qu'on devait notifier la déclaration de faillite au failli. Mais ces affirmations sont formulées sans aucune conviction, avec des contradictions, et la Partie adverse reconnaît ouvertement que le délai pour faire opposition commence lors de la publication (*ibid.*, p. 136).

Le Gouvernement belge a également soutenu que la publication a été irrégulière, car elle n'a pas eu lieu à Toronto au moyen d'une commission rogatoire. C'est la thèse du mémoire (p. 50, note 1) que le professeur Rolin a soutenue dans la phase orale des exceptions préliminaires (III, p. 994) et qui a encore été défendue dans la réplique (V, p. 362).

Au cours des plaidoiries, on a assisté à un changement important. D'après le Gouvernement belge (VIII, p. 142), une commission rogatoire ne serait plus nécessaire, il suffirait simplement d'une publication privée d'une annonce contenant la déclaration de faillite. Autrement dit, le juge espagnol aurait dû ordonner la publication, à titre privé, au Canada,

sans avoir recours aux autorités judiciaires canadiennes. On nous dit, à cette fin, de façon consciemment « nuancée »,

« qu'on peut parfaitement se demander s'il était nécessaire d'envoyer une commission rogatoire pour publier le jugement déclaratif par annonce à Toronto.

On peut se demander si, au Canada comme en Belgique, il n'aurait pas suffi d'adresser l'avis à publier au Canada sans aucune intervention d'une autorité judiciaire quelconque. » (*ibid.*, p. 142.)

Je crois être en mesure d'expliquer les raisons d'un changement aussi étrange.

La réplique avait signalé (V, p. 363), sur un ton triomphant, que deux juges espagnols avaient ordonné la publication du jugement déclaratif de faillite au siège de la société faillie. Dans les deux cas, et par une curieuse coïncidence, il s'agissait de la faillite de deux sociétés belges.

La duplique (VI, p. 316 et suiv.) a montré, de façon exhaustive, que les choses ne s'étaient en réalité pas produites comme le Gouvernement belge le prétendait.

Il est exact qu'aussi bien dans le cas de la *Minera del Moncayo* que dans celui de la société *Niel-on-Rupell* le juge a décidé la publication dans les journaux officiels, par voie diplomatique. Les faits ont toutefois montré l'erreur commise. En effet, bien que les commissions rogatoires correspondantes aient été délivrées, aucune d'elles n'a pu être exécutée, les autorités judiciaires belges s'y étant refusées. L'annonce de la faillite de *Minera del Moncayo* a été publiée à titre privé dans le *Moniteur belge* par la société faillie elle-même (A.R., vol. II, n° 92) et celle de *Niel-on-Rupell* n'a jamais été publiée.

La duplique a donc mis en lumière un fait que le Gouvernement belge connaissait sûrement mais qu'il s'efforçait de cacher, à savoir que dans la faillite de *Niel-on-Rupell* les autorités se sont catégoriquement refusées à publier le jugement déclaratif de faillite, en affirmant

« qu'il n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire d'assurer cette publication et qu'en conséquence aucun magistrat du royaume ne saurait donner suite à une commission rogatoire réclamant l'exécution d'une mesure de cette nature » (D., VI, p. 317; A.D., vol. II, n° 67, p. 536).

De l'avis du Gouvernement espagnol, cela est la preuve indéniable que la réalité des choses s'impose toujours. Cela prouve aussi le caractère territorial de la publication. On ne doit publier qu'en Espagne, car il s'agit d'un acte d'*imperium* qui ne peut se produire qu'en territoire espagnol. Pour la même raison, les autorités d'un pays étranger n'acceptent pas de donner suite à une commission rogatoire relative à la publication d'un tel jugement.

Voilà donc, Monsieur le Président, Messieurs les juges, la raison du dernier changement stratégique du Gouvernement belge. Les prétendus précédents ayant été détruits et la preuve étant faite que le Gouvernement belge avait pris soin de passer sous silence le fait que ses tribunaux s'étaient refusés à exécuter les commissions rogatoires, ses conseils ont été acculés à leur dernier retranchement. Du coup, le juge devait ordonner la publication sans recourir à une commission rogatoire, puisqu'il suffisait que la déclaration de faillite soit publiée par annonce et de façon privée dans un journal officiel de Toronto.

Or, cela est tout simplement inadmissible.

La notification et la publication sont ce que la loi appelle des actes judiciaires, qui doivent être autorisés sous peine de nullité par le fonctionnaire public correspondant ou par le greffier; c'est ce qui ressort des articles 249 et 252 du code de procédure civile.

Pour que la publication puisse être valable, il faut que le greffier délivre une expédition adressée au journal officiel correspondant, sinon la publication serait nulle. Si l'on éprouvait le moindre doute à cet égard, il suffirait de lire l'expédition de la publication de la faillite de la Barcelona Traction (A.R., vol. II, p. 525), ou celle de la faillite de la société Niel-on-Rupell (A.R., vol. II, p. 518).

Lorsqu'un acte judiciaire peut être exécuté à l'étranger, ce doit être au moyen de l'article 300 du code de procédure civile, qui prévoit alors une commission rogatoire. Donc, dans l'hypothèse absurde où la publication aurait dû se faire au Canada, cela n'aurait pu avoir lieu qu'au moyen d'une commission rogatoire. On ne l'a pas fait parce qu'il n'y avait pas lieu de procéder à la publication au Canada. Le Gouvernement espagnol a toujours nié que l'article 300 fût applicable à la publication du jugement de faillite en raison du caractère territorial de celle-ci.

Il faut tenir compte, en outre, du fait que la publication du jugement déclaratif de faillite n'a pas uniquement pour objet de le porter à la connaissance du public en général. En effet, le jour de la publication est le point de départ du délai de huit jours, au cours duquel le failli peut présenter son recours en opposition contre le jugement. Cela est fondamental.

La thèse adverse, qui aurait pour conséquence d'attribuer des effets en Espagne à une publication réalisée dans un pays étranger, est nettement contraire au principe de la territorialité de la faillite qui est à la base de notre système. L'objection du professeur Van Ryn (VIII, p. 141), qui repose sur l'universalité et l'unité de la faillite en droit belge, est donc dénuée de sens. Il ne s'agit pas de cela ici, mais bien de fixer, grâce à la publication, à partir de quel jour, en droit espagnol, le délai commence à courir. D'autre part, mon illustre contradicteur semble oublier que la thèse soutenue dans le mémoire (I, p. 167, note 3) est contraire à celle exposée dans la plaidoirie.

On a montré longuement, dans le contre-mémoire (IV, p. 328 et suiv.) que c'est la notification et non la publication qui peut être effectuée au moyen d'une commission rogatoire. La Partie adverse n'a pas tenté de contester ce fait, car nul ne peut méconnaître les aspects différents de ces deux actes. La notification porte un fait ou une décision à la connaissance du destinataire, sans ajouter aucun effet propre au fait ou à la décision notifiée. En revanche, la publication produit en elle-même des effets autres que ceux de la décision publiée. Plus précisément, non seulement la publication du jugement de faillite marque le départ du délai d'opposition à la faillite, mais encore elle fait apparaître l'interdiction, pour les tiers, d'effectuer des paiements au failli (art. 1165 du code de commerce) ou de lui remettre des biens lui appartenant qu'ils auraient en leur possession (art. 893, 4^e et 5^e du code de commerce).

Lorsque, dans ses documents écrits, le Gouvernement espagnol a affirmé que la publication est un acte d'*imperium*, il n'a utilisé aucun concept magique, mais il a simplement cherché à signaler qu'elle ne peut avoir lieu qu'en Espagne, en raison, justement, de ses effets particuliers. Un juge étranger ne pourrait exécuter une commission rogatoire concernant la publication sans sanctionner en même temps, dans son propre

pays, la décision de la juridiction étrangère par l'octroi de l'exequatur correspondant.

Le juge espagnol ne peut évidemment pas faire dépendre l'efficacité de sa déclaration de faillite en soumettant la date à partir de laquelle le délai pour faire opposition commencerait à courir à l'éventuel octroi de l'exequatur par un juge étranger. Le Gouvernement belge a lui-même admis (R., V, p. 434) que le Gouvernement canadien n'aurait jamais accordé l'exequatur à la déclaration de faillite de Barcelona Traction et M^e Rolin a affirmé (P.O. 1964, III, p. 995) qu'il en eût été de même en Belgique.

La Partie adverse nous a dit (VIII, p. 141) qu'en droit belge la publicité à l'étranger des jugements déclaratifs de faillite est considérée comme normale, en signalant à l'appui différentes conventions passées entre la Belgique et d'autres pays, ce qui exclut précisément l'existence, en droit belge, d'une règle précise à cet égard. C'est pourquoi mon contradicteur s'est borné à signaler (*ibid.*, p. 141) que, dans la pratique, il est fréquent (il ne dit donc pas toujours) que le tribunal ordonne la publication de la faillite dans des journaux étrangers, pratique qu'il n'appuie sur aucun exemple et aucune opinion. Quand bien même cette pratique existerait, cela ne contredirait pas le fait que, comme nous l'avons indiqué dans le contre-mémoire (IV, p. 565), en ce qui concerne la publication l'ordre juridique belge est très semblable à l'espagnol. La réplique n'a guère formulé d'objection à cette affirmation.

Mais enfin, ce qui importe et est prouvé, c'est que la Belgique n'aurait jamais donné suite à une commission rogatoire délivrée par les tribunaux espagnols pour publier en Belgique la déclaration de faillite d'une société belge prononcée en Espagne. Et le Gouvernement espagnol a, en fait, prouvé que dans les deux faillites des sociétés Minera del Moncayo et Niel-on-Rupell, les autorités belges se sont effectivement refusées à donner suite à la commission rogatoire.

Le Gouvernement espagnol a déposé devant la Cour l'affidavit de M. Graham qui montre, sans aucun doute possible, qu'il ne serait pas non plus possible, au Canada, de publier dans le journal officiel, le *Canada Gazette*, la déclaration de faillite d'une société canadienne prononcée par les tribunaux espagnols. On comprend que M^e Van Ryn ait dit prudemment (*ibid.*, p. 142) qu'« on peut se demander si, au Canada comme en Belgique, il n'aurait pas suffi d'adresser l'avis à publier au Canada sans aucune intervention d'une autorité judiciaire quelconque ».

Cet affidavit prouve que la prétendue irrégularité de la publication supposerait, même si la thèse belge était exacte, que le juge espagnol aurait dû prendre une décision non seulement impossible d'après le droit espagnol, mais qui, quand bien même il l'aurait adoptée, n'aurait servi à rien. En effet, il n'aurait pas été possible de publier au Canada le jugement déclaratif de faillite par voie diplomatique ni au moyen de la commission rogatoire prévue à l'article 300 du code de procédure civile. C'est donc exactement le même cas que pour la société Niel-on-Rupell.

Pour les raisons que je viens d'indiquer, une éventuelle publication à titre privé du jugement déclaratif de faillite au Canada aurait été également sans aucun effet en droit espagnol. De plus, l'affidavit de M. Graham enlève le moindre doute en ce qui concerne l'impossibilité de publier le jugement déclaratif de faillite au Canada.

Suivant une stratégie de repli, mon illustre contradicteur, M^e Van Ryn conclut (*ibid.*, p. 143) en affirmant qu'aucune disposition de la loi espa-

gnole ne permet de considérer qu'en ordonnant la publication du jugement à l'étranger, le juge aurait excédé les limites de ses pouvoirs. Or, il ne s'agit évidemment pas de savoir si le juge espagnol aurait ou non excédé les limites de ses pouvoirs en ordonnant la publication du jugement de faillite à l'étranger, mais simplement de savoir s'il devait le faire et si, en ne le faisant pas, il violait ainsi une règle de droit espagnol de façon grave et flagrante, comme le Gouvernement belge le prétend.

Si la thèse adverse consiste à dire qu'il y aurait eu une violation flagrante de l'article 1044 parce que le juge espagnol n'aurait pas excédé ses pouvoirs en ordonnant la publication à l'étranger, il me semble, Messieurs les juges, que la façon dont mon contradicteur conclut son exposé sur la question de la publication est une preuve évidente de la fausseté de sa thèse.

Je pourrais mettre ici un terme à l'exposé de cette question de la publication du jugement de faillite, mais j'estime utile de formuler quelques considérations finales qui permettront d'éclaircir définitivement notre position.

1. Le jugement déclaratif de faillite a été publié régulièrement dans les journaux officiels de la province de Tarragone et dans ceux de Barcelone, conformément aux dispositions légales applicables dans ce cas. Cette publication a été totalement efficace, puisqu'elle a atteint le but prévu par la loi. Telle est ma première considération: l'efficacité de la publication, que la duplique a déjà signalée (VI, p. 320) et que la Partie adverse passe assurément sous silence.

Le Gouvernement belge a dû lui-même reconnaître implicitement cette efficacité, en admettant qu'il a eu immédiatement connaissance du jugement déclaratif de faillite (P.O. 1964, III, p. 627, et R., V, p. 364). Cette reconnaissance s'imposait du fait de l'impossibilité de réfuter la preuve écrasante apportée par le Gouvernement espagnol (A.C.M., vol. VIII, p. 5).

Mais il ne s'agit pas seulement de l'aveu du Gouvernement belge; l'efficacité de la publication est démontrée par la conduite des dirigeants de Barcelona Traction dans la procédure de faillite.

La publication a eu lieu, comme la Cour le sait, le 14 février 1948, dans les journaux officiels des provinces de Barcelone et de Tarragone, et le délai de huit jours ouvrables consécutifs à la publication, qui constitue le délai légal prévu pour faire opposition au jugement déclaratif de faillite, expirait le 24 février 1948.

Or, Ebro et Barcelonesa — tout en reconnaissant paradoxalement que seule la société faillie avait qualité pour recourir — ont fait opposition à une partie du jugement déclaratif de faillite, le 23 février 1948, c'est-à-dire la veille du jour où le délai de recours expirait. L'étrange comparution de l'obligataire, M. Teixidor, qui avait manifesté son désir de se joindre à l'opposition que le failli aurait pu formuler est encore plus significative. La duplique a prouvé (VI, p. 322) que M. Teixidor était un prête-nom de Barcelona Traction.

Cet obligataire a comparu le 24 février, hors des heures normales d'audience, à 22 heures exactement, à savoir deux heures avant que le jugement déclaratif de faillite ne devienne irrévocable. Il a évidemment présenté cet écrit à une heure aussi insolite parce qu'on savait que le délai expirait le jour même, le 24 février.

N'est-il donc pas raisonnable de déduire de tout cela que Barcelona Traction savait que le délai expirait exactement le 24 février 1948? Et

si on savait que le délai prenait fin ce jour-là, cela devait être forcément en fonction de la date de la publication qui avait eu lieu le 14 du même mois.

Le Gouvernement belge a également reconnu l'efficacité de la publication. Dans sa première note diplomatique, du 27 mars 1948 (qui ne mentionnait évidemment pas d'irrégularité dans la publication, car cet argument n'avait pas encore été inventé), il reprochait de ne pas avoir notifié la faillite à la Barcelona Traction par voie diplomatique et signalait « qu'un obligataire de la troisième série (émission en pesetas) a demandé dans le délai légal que pareille notification fût faite au domicile précité » (A.C.M., vol. VIII, p. 170).

Cela montre que non seulement pour le Gouvernement belge il n'y avait pas d'irrégularité dans la publication, mais que celle-ci avait été efficace, puisqu'il parlait avec à propos du « délai légal » en se référant évidemment à l'action de l'obligataire Sagnier qui avait comparu le 23 février 1948, c'est-à-dire la veille de l'expiration du délai. Personne ne nie, bien sûr, que Sagnier était un « cointéressé » de Barcelona Traction.

2. Ma deuxième considération a pour but de signaler un autre aspect singulier de la conduite de Barcelona Traction.

Lorsque la société faillie a comparu enfin dans la procédure de faillite en juin 1948, elle n'a pas demandé la publication au Canada du jugement déclaratif, ce qu'elle n'avait pas fait non plus auparavant. Elle s'est limitée à demander la notification.

De même que si Barcelona Traction avait estimé que les tribunaux espagnols étaient dépourvus de juridiction, il eût été normal qu'elle introduisit immédiatement une question de compétence; de même, si Barcelona Traction avait cru que le jugement déclaratif de faillite devait être publié à Toronto, elle aurait également dû le demander immédiatement. Or, la Cour sait parfaitement qu'elle n'a fait ni l'un ni l'autre.

Le fait est que Barcelona Traction s'est bornée à s'abstenir volontairement de former recours contre le jugement déclaratif de faillite, bien qu'elle ait immédiatement eu connaissance de ce jugement, précisément parce que la publication a été pleinement efficace.

3. Ma dernière considération est la suivante: une prétendue irrégularité dans la publication du jugement de faillite ne pourrait avoir de retentissement dans une réclamation internationale du chef de déni de justice que si elle avait privé la société des moyens de défense.

Or, dans notre cas, Barcelona Traction ne s'est pas trouvée sans défense, car elle a eu immédiatement connaissance du jugement déclaratif de faillite. Ledit jugement fut d'ailleurs même notifié à certains de ses administrateurs.

La publication au Canada n'aurait rien ajouté aux possibilités de faire opposition à ce jugement. Conscient de l'importance de cette objection, le Gouvernement belge a introduit dans la réplique deux arguments que mon contradicteur n'a pas jugé bon de répéter.

a) Le premier était que la publication ne contenait pas le texte intégral du jugement déclaratif de faillite. Le Gouvernement espagnol a signalé que normalement, dans la pratique judiciaire espagnole, on ne publie pas intégralement le jugement déclaratif de faillite, mais que cela n'entame pas le moins du monde les possibilités de défense du failli. En fait, lorsqu'il a fait savoir, dans les délais, qu'il désire se pourvoir contre la déclaration de faillite, tout le dossier lui est remis. Ce dossier contient non seulement le jugement déclaratif de faillite, mais aussi la requête des

créanciers et tous les documents annexes. Un délai additionnel lui est alors accordé pour élargir et donner corps à l'opposition annoncée.

b) Le deuxième argument est qu'il aurait été assez difficile de donner, dans les délais, des pouvoirs à un représentant. Cet argument a été utilisé pour la première fois dans le procès de Sidro devant les tribunaux londoniens, pour justifier, sans aucun doute, de quelque manière, ce qui devait sembler incompréhensible au juge anglais, à savoir l'absence d'opposition de la Barcelona Traction contre le jugement déclaratif de faillite. Cet argument ne tient pas debout, pour les raisons qu'a exposées le Gouvernement espagnol (D., VI, p. 325). L'octroi d'une procuration ne comporte aucune difficulté spéciale, et rien ne pouvait empêcher les représentants légaux de Barcelona Traction de comparaître devant n'importe quel notaire espagnol pour accorder des pouvoirs. C'est ce qu'a fait National Trust quand elle a voulu comparaître dans la procédure. En outre, le président de la Barcelona Traction, M. Duncan, s'est rendu en Espagne immédiatement après la faillite de cette société (A.M., vol. I, p. 246). Il aurait pu alors conférer les pouvoirs nécessaires si ceux-ci n'existaient pas, ce qui semble peu probable car le professeur Waldock a montré que l'attitude du Gouvernement belge sur ce point n'est pas entièrement franche.

Enfin, comme le signalait la duplique (VI, p. 320), même au cas hypothétique et purement académique où le failli étranger aurait eu connaissance de la déclaration de faillite après l'expiration du délai légal fixé pour faire opposition, il n'y aurait eu en aucun cas, en droit espagnol, privation des moyens de défense. En effet, le failli disposait toujours, en cas de machination, du recours en revision, sinon il pouvait se servir du recours d'audience (E.P., I, p. 253).

Il apparaît donc clairement que la manière dont la publication a été effectuée n'a causé aucun préjudice à la Barcelona Traction et n'a entamé en rien son droit de défense. Le Gouvernement belge l'a reconnu explicitement (P.O. 1964, III, p. 627, et R., V, p. 364) et mon confrère, le professeur Malintoppi, examinera, avec sa grande autorité, ces problèmes du point de vue du droit international.

LA SAISIE DES DROITS DE LA SOCIÉTÉ FAILLIE SUR SES FILIALES

J'en viendrai maintenant, si vous me le permettez, Monsieur le Président, à la saisie des droits de Barcelona Traction sur ses filiales.

Le Gouvernement belge a préféré exposer la question de la saisie des actifs avant celle de la saisie des droits. Je ne partage pas ce point de vue, pour une raison qui n'est pas seulement formelle.

Le Gouvernement espagnol soutient qu'en vertu du dessaisissement résultant de la déclaration de faillite Barcelona Traction a perdu le pouvoir de disposition et d'administration qu'elle possédait, en tant qu'actionnaire unique, sur ses filiales unipersonnelles. Elle a perdu le contrôle de ces sociétés qui devait nécessairement passer aux organes de la faillite tant que durerait la procédure.

Il semble, dès lors, logique de traiter la question de la saisie des droits sociaux sur les filiales avant celle de la saisie de leurs actifs, car le rôle de la saisie des actifs dans la faillite de Barcelona Traction sera parfaitement clair dès que l'on aura démontré que les organes de la faillite avaient été investis du pouvoir de contrôle et de direction des filiales. Que res-

tera-t-il alors de la grande majorité des griefs formulés par le Gouvernement belge?

Le Gouvernement espagnol s'est déjà largement étendu sur ce sujet fondamental dans la procédure écrite. Mon intention est de me limiter aux questions les plus importantes.

Je diviserai à cette fin ma plaidoirie en trois parties. Nous verrons dans la première que la déclaration de faillite a entraîné la dépossession de la société faillie et que, dans son jugement du 12 février 1948, le juge de Reus a ordonné à juste titre la saisie des droits de la société faillie sur ses filiales. Dans la deuxième, je démontrerai que les droits sociaux sur lesquels portait l'ordre de saisie ont pu être saisis en Espagne, sans qu'une appréhension physique des titres ou récépissés des actions ait été nécessaire. Dans la troisième, j'établirai que les organes de la faillite avaient qualité pour exercer ces droits sociaux.

I

Passons à la première partie de mon exposé et examinons comment a été effectuée la saisie des droits, si critiquée par la Partie adverse.

Il faut d'abord rappeler que, dans la requête de faillite, les demandeurs exposaient clairement au juge que le patrimoine de Barcelona Traction se composait de la totalité des actions d'Ebro et de Barcelonesa et de la totalité ou de la majorité des actions de neuf sociétés du groupe. Ainsi que cela a été souligné dans le contre-mémoire (IV, p. 257), les demandeurs avaient joint à leur requête les pièces suivantes à titre de preuve : le *Trust Deed* de 1926 qui établissait que Barcelona Traction était propriétaire et possesseur des actions malgré la garantie constituée en faveur de National Trust (D., VI, p. 361); le rapport annuel de Barcelona Traction sur l'exercice 1946; le rapport du président d'Ebro et un tableau statistique pour l'exercice 1946 annexé au rapport du conseil d'administration. Ni la réplique, ni maintenant M^e Van Ryn n'ont pu le nier. Comme ils ignoraient l'exacte situation des titres, les demandeurs sollicitèrent leur saisie (au sens de saisie médiate) sans préjudice de la possession immédiate qui aurait appartenu à ceux qui en auraient la possession physique *alieno nomine*.

Au vu de cet exposé parfaitement exact et étayé par des preuves abondantes, le juge de Reus a ordonné les trois mesures suivantes dans son jugement du 12 février 1948 (transcrit dans le contre-mémoire, IV, p. 266 et suiv.):

1. Il a ordonné « la saisie de tous les biens, actions et droits » de la société faillie.

2. Il a ajouté ce qui suit au sujet des actions d'Ebro et Barcelonesa, dont la saisie résultait déjà de la première mesure ordonnée. En ce qui concerne Ebro :

« étant entendu que la saisie implique la possession médiate et civilisime (*posesión mediata y civilísima*) pour ce qui concerne les actions de cette société qui seraient en possession de Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited »;

et pour ce qui est de Barcelonesa :

« étant entendu également que la saisie des actions qui se trouveraient en possession de la Barcelona Traction, Light and Power

Company, Limited a également le caractère de médiate et civilissime ».

3. Quant aux actions des neuf autres sociétés, le juge, à qui on n'avait pas fourni la preuve du caractère unipersonnel de ces sociétés, s'est borné à ordonner dans le jugement — ce que la Partie adverse a d'ailleurs dû reconnaître (VIII, p. 203) — la saisie des actions propriété de la Barcelona Traction « avec leurs droits inhérents ».

La Partie adverse — à l'imagination de laquelle je ne rendrai jamais assez hommage — a donné plusieurs interprétations de ces dispositions du jugement au point qu'il devient difficile de savoir exactement quelle est, à l'heure actuelle, sa véritable opinion. Il y a, tout d'abord, d'appréciables divergences entre le point de vue exposé dans le mémoire (I, p. 48 et suiv.) et dans la plaidoirie de M^e Rolin (III, p. 618 et suiv.) lors des exceptions préliminaires, d'une part, et celui exprimé dans la réplique (V, p. 16), d'autre part. Il est en outre incontestable que la thèse exposée dans la réplique et celle soutenue dans la plaidoirie du professeur Van Ryn sont tout à fait contradictoires. Dans la réplique (*loc. cit.*), on soutient que le juge a prétendu que le dispositif du jugement de faillite devait assurer le transfert aux organes de la faillite du droit de vote des actions d'Ebro et de Barcelonesa en possession de Barcelona Traction. Comme le juge savait — nous dit-on — que les actions d'Ebro et de Barcelonesa avaient été remises en garantie à National Trust, il aurait entendu exclure des mesures adoptées les actions qui se trouvaient en possession du *trustee*. Interprétation originale, en vérité! mais qui s'écarte déjà de la première interprétation du professeur Rolin qui s'était efforcé de démontrer, lors des premiers débats oraux, que la saisie n'avait aucun objet.

Sachons toutefois modérer notre surprise. D'après l'interprétation du professeur Van Ryn (VIII, p. 204), le juge aurait ordonné la saisie des actions des filiales en tant que titres incorporant les droits sociaux :

« C'est cela qu'il a saisi, qu'il a déclaré saisi, et dont il a attribué la possession civilissime aux organes de la faillite. »

Autrement dit, on est parti de l'affirmation que le jugement de faillite n'aurait impliqué aucune saisie ni de droits ni de documents (thèse de M^e Rolin), puis on en est venu à reconnaître que l'on aurait saisi les actions des filiales qui se trouvaient en possession de Barcelona Traction, mais non pas celles que possédait National Trust (thèse de la réplique); enfin et en dernier lieu, oubliant tout cela, on soutient maintenant que l'on aurait saisi les actions des filiales en tant que documents incorporant des droits sociaux (thèse de M^e Van Ryn).

Les morceaux de ce puzzle sont numérotés et on peut facilement les vérifier à chaque instant! Après cela, comment peut-on encore prétendre, Monsieur le Président, que le jugement de faillite comporterait une grave violation du droit interne, alors qu'on en a donné trois interprétations contradictoires?

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

1. Face à ces différentes positions de la Partie adverse, permettez-moi, Monsieur le Président, de montrer le sens exact et correct de la saisie de biens ordonnée par le tribunal de Reus. Pour cela, il est indispensable d'exposer, au préalable et rapidement, l'effet patrimonial fondamental de

la déclaration de faillite en droit espagnol. En bref: il faut parler du dessaisissement ou de la dépossession du failli.

M^e Van Ryn a répété la thèse déjà exposée dans la réplique, selon laquelle dans tous les systèmes juridiques le dessaisissement entraînerait l'incapacité pour le failli d'administrer ses biens, mais jamais la dépossession du débiteur. Le dessaisissement donnerait tout au plus aux organes de la faillite un *ius possessionis*, qu'il a reproduit par ces mots: droit « à la » possession, alors qu'il serait plus correct de dire droit « de » possession, ce qui est tout différent. Mais cela mis à part, je dois tout d'abord rappeler qu'il est faux de prétendre que tous les systèmes juridiques donnent au dessaisissement du failli les effets limités que voudrait lui attribuer mon contradicteur. Dans le système espagnol, comme dans certains autres qui trouvent leur inspiration dans une tradition historique fort ancienne, les effets du dessaisissement du failli sont beaucoup plus étendus et rigoureux et entraînent toujours, non seulement l'incapacité du failli, mais aussi la mise en possession automatique des organes de la faillite de tout son patrimoine.

Que cela plaise ou non à nos contradicteurs, cela est établi de façon indiscutable par la loi espagnole, quels que soient les efforts déployés par la Partie adverse pour la critiquer. En vertu de l'article 878 du code de commerce espagnol, l'incapacité personnelle et la dépossession du failli sont sanctionnées de façon rigoureuse — comme l'explique d'ailleurs la duplique (A. D., vol. II, n^o 77) — et tous ses actes de disposition et d'administration postérieurs à l'époque à laquelle rétroagit la déclaration de faillite sont déclarés nuls, absolument nuls.

Cette règle légale, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, n'est pas le fruit d'une conspiration, elle n'a pas non plus été inventée par les demandeurs à la faillite ni par le juge de Reus. Elle est exprimée clairement dans l'article 878 du code de commerce et constitue — ne l'oublions pas — la pierre angulaire de toute la procédure espagnole de faillite. C'est pourquoi, si vous me le permettez, je rappellerai les termes mêmes de cet article du code de commerce:

« La faillite une fois déclarée, le failli sera frappé de l'incapacité d'administrer ses biens. Tous ses actes de disposition et d'administration postérieurs à l'époque à laquelle rétroagissent les effets de la faillite seront nuls. »

L'administration des biens du failli passe ainsi aux organes de la faillite. En vertu des dispositions impératives de la loi, il y a dépossession automatique du failli et mise en possession corrélatrice des organes de la faillite. Cette possession, acquise *ex ministerio legis*, est une manifestation de la possession dite civilissime, si violemment critiquée par la Partie adverse. Mais il s'agit d'une possession véritable, acquise au moment précis où le dessaisissement du débiteur a pour effet de mettre automatiquement les organes de la faillite en possession de ses biens. Ces organes doivent les administrer dans l'intérêt des créanciers.

Il me semble véritablement grave que le Gouvernement belge qualifie d'aberration juridique la thèse espagnole, selon laquelle le dessaisissement transmet *ipso jure* la possession du patrimoine du failli aux organes de la faillite, et qu'il formule des affirmations aussi absurdes et fausses que celle qui consiste à dire que dans aucun système le dessaisissement n'entraîne la dépossession automatique du failli (VIII, p. 209). Il s'agit là, pour la Partie adverse, d'une affirmation essentielle et fondamentale, qui

ne semble pas due à une méconnaissance de notre système juridique et des systèmes juridiques voisins : l'explication serait invraisemblable de la part d'un plaideur qui dispose de conseils juridiques aussi doctes. Mais alors, dans quelle intention est-elle formulée ? Pour cacher la réalité dans un but de défense ? Je le dis avec fermeté, car il suffit de lire les ouvrages courants de la doctrine continentale européenne sur la faillite pour constater que les affirmations du Gouvernement belge sont inexactes. Permettez-moi de rappeler quelques opinions :

« La procédure de faillite consiste essentiellement — affirmant en France Ripert-Roblot — dans la saisie collective de tous les biens présents et à venir du débiteur au profit de la masse de ses créanciers. Les effets du dessaisissement se produisent même à partir de l'heure où le jugement a été rendu » (*Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, p. 369).

« L'administrateur du patrimoine de la faillite (*curatore*) — dit Ferrara Jr. (*Il fallimento*, Milan, 1959, p. 222) — est investi *ope legis* de la possession des biens détenus par le failli. »

« L'investiture de *iure* des organes de la faillite dans la possession des biens du failli a lieu — signale Candian (revue *Il diritto fallimentare*, 1956, p. 457) — le jour du jugement déclaratif de faillite. »

Et Provinciali (*Manuale di diritto fallimentare*, Milan, 1962, p. 602-603) affirme que le dessaisissement est « quelque chose de plus que la simple dépossession », puisqu'il transfère aux organes de la faillite « non seulement la possession mais aussi la faculté de disposer, qui est un des attributs fondamentaux du droit de propriété ». Rappelons enfin que le professeur Van Ryn nous indique également, dans son ouvrage précédemment cité, que « le dessaisissement » est en quelque sorte une « paralysie juridique » du failli (*Principes de droit commercial*, t. IV, p. 229) qui consiste en une « sorte de saisie ou de mainmise collective opérée par le fait de la loi au profit des créanciers au jour de la faillite » (*ibid.*, p. 232). Comment pourrait-on expliquer cette saisie sans possession ?

Nous pourrions continuer à citer des opinions, tout aussi autorisées, de la presque totalité de la doctrine espagnole et des pays les plus proches de notre ordre juridique, mais il n'y a pas lieu d'insister sur un point aussi évident.

2. Ces conclusions sur les effets du dessaisissement du failli, telles qu'elles résultent de l'article 878 de notre code de commerce, trouvent leur fondement ou leur confirmation — comme c'est le cas dans les autres ordres juridiques qui s'inspirent de la même orientation — dans les règles légales qui régissent la possession.

Le Gouvernement belge prétend le nier et se dresse, avec une spéciale irritation, contre la notion de possession civilissime adoptée par le juge de Reus. Il n'hésite pas à qualifier cette notion de « miraculeuse » et d'« artifice particulièrement audacieux et cynique » (VIII, p. 199). A son avis, en droit espagnol, la possession est un « état de fait » et on ne peut l'acquérir que par appréhension matérielle des biens (R., V, p. 420). Or, cette affirmation, absolument erronée et dépourvue de fondement (D., VI, p. 346), est en contradiction manifeste avec d'autres affirmations du même Gouvernement belge (R., V, p. 406) et ne résiste pas à la moindre confrontation avec les textes légaux.

Les affirmations inexactes de notre distingué contradicteur obligent à donner les quelques précisions suivantes.

1. On ne saurait admettre, de par la contradiction intime que cela comporte, que, d'une part, l'on qualifie cette possession de formule magique ou « miraculeuse » et que, d'autre part, l'on reconnaisse (R., V, p. 406) que l'article 440 du code civil espagnol en consacre une application précise et que les tribunaux espagnols ont également appliqué la notion de possession médiante et civilissime à d'autres hypothèses, cela en vertu d'autres textes légaux.

2. Il est inexact que la citation que mon honorable contradicteur a faite de l'ouvrage du grand civiliste espagnol, Castan, « laisse entendre » que les seuls cas de possession civilissime retenus par la loi soient ceux des articles 440, 450 et 466 du code civil. Ce que dit Castan, dans les strictes limites du droit civil, c'est simplement que cette possession est « appliquée surtout aux acquisitions faites à titre héréditaire ». Il admet donc qu'elle puisse également s'appliquer dans d'autres cas, parmi lesquels, évidemment, l'article 878 du code de commerce.

3. Nous admettons que notre distingué contradicteur n'ait pas eu — de son propre aveu — « la moindre connaissance » de la possession civilissime « avant d'aborder l'étude de cette affaire » (VIII, p. 202), mais s'il fait lui-même cette citation du professeur Castan, il ne peut en même temps affirmer, sans tomber dans une nouvelle contradiction, que le juge de Reus aurait eu recours à « un artifice particulièrement audacieux et cynique » (*ibid.*, p. 199) lorsqu'il a invoqué la possession médiante et civilissime des actions.

Les contradictions patentes qui entachent tout ce raisonnement enlèvent toute valeur aux arguments développés par la Partie adverse en ce qui concerne la possession médiante et civilissime. La possession médiante et civilissime n'est pas un jeu de magie ni un miracle, mais bien une « réalité » du système juridique espagnol en matière de possession, dont l'article 878 de notre code de commerce est un cas d'application.

Le Gouvernement belge, s'efforçant une fois de plus de semer la confusion, invoque à nouveau (VIII, p. 209) les articles 1334 et 1335 du code de procédure civile, et 1046, 1079 et 1081 du code de 1829, en soutenant qu'ils imposent aux organes de la faillite l'obligation de procéder à une appréhension matérielle des biens, qui n'est pas réalisée par la possession civilissime. Dans ses écritures (D., VI, p. 350 et 351, A.D., vol. II, n° 78 et références qui y sont indiquées), le Gouvernement espagnol a souligné que cette saisie matérielle implique précisément l'existence d'une possession médiante antérieure acquise *ope legis* ou, si l'on préfère, de façon civilissime.

Je ne m'étendrai donc pas davantage sur cette question, qui a suffisamment été discutée par écrit. Mais je ne peux m'abstenir de répondre à l'affirmation téméraire faite dans la procédure orale (VIII, p. 203) selon laquelle le juge de Reus aurait « sans titre ni loi » procédé à une saisie sans possession matérielle, en la remplaçant par une possession fictive. Non. Les choses ne se sont pas passées ainsi. La déclaration de faillite a transféré automatiquement aux organes de la faillite la possession de tous les biens de Barcelona Traction, et le tribunal de Reus a simplement ordonné de procéder à la saisie de ces biens comme l'aurait fait n'importe quel tribunal de n'importe quel autre pays ayant un système légal analogue au nôtre. C'est-à-dire: « avec titre et avec loi ».

Mais le Gouvernement belge revient, dans ses plaidoyers, sur la vieille

question suivante : pour le juge de Reus, la possession médiante et civilissime aurait été liée à la saisie des actifs des filiales et n'aurait pas été un effet qui s'est produit *ope legis*, mais au contraire la conséquence d'une disposition expresse du jugement (VIII, p. 203 et 204). Ces affirmations de la Partie adverse ne sont qu'une demi-vérité, ce qui équivaut presque toujours à la plus grande inexactitude. Il est vrai qu'on trouve, dans le jugement, des dispositions concernant la possession médiante et civilissime, mais cela n'implique nullement que le juge nie ou méconnaisse la transmission *ope legis* de la possession de tout le patrimoine du failli aux organes de la faillite. La possession de ce patrimoine impliquait la possession des actions des filiales, acquise de façon civilissime, c'est-à-dire en vertu de la loi, du fait même du dessaisissement prévu à l'article 878 du code de commerce et de l'ordre général de saisie énoncé par les premières dispositions du jugement. Aussi, la mention, dans les dispositions du jugement, de la possession civilissime — citée par le juge en tant que mode d'acquisition de la possession — confirme la thèse du dessaisissement automatique, au lieu de la contredire. Le Gouvernement espagnol a dit dans ses écritures, et je répète très volontiers, que le juge aurait pu s'abstenir de toute référence à la possession civilissime, puisqu'elle n'ajoutait rien qui ne soit déjà dans la loi.

II

Si la Cour veut me le permettre, je montrerai maintenant que les droits de la Barcelona Traction sur ses filiales étaient des biens susceptibles d'être saisis en Espagne, sans qu'il fût nécessaire de saisir matériellement les titres ou récépissés qui les constataient.

A cet égard, la thèse du Gouvernement belge demeure en apparence immuable. A l'en croire, il aurait fallu, pour que les organes de la faillite prissent valablement possession des actions des filiales, adresser une commission rogatoire aux tribunaux canadiens, de façon que ceux-ci pussent réaliser l'appréhension physique des titres ou certificats. Pour éviter tout malentendu, voyons le paragraphe suivant du compte rendu de la septième audience de cette affaire :

« Si les organes de la faillite déclarée en Espagne voulaient prendre possession de ces avoirs, il leur fallait au préalable demander l'exequatur du jugement aux juridictions canadiennes. Sur ce point il ne peut pas y avoir de discussion. » (VIII, p. 201.)

Telle est, Messieurs les juges, la « protection naturelle » que les dirigeants de Barcelona Traction avaient imaginée.

Mais, comme je vous l'ai déjà dit, Messieurs, la thèse adverse n'est immuable qu'en apparence, car en réalité le Gouvernement belge a, sur ce point également, totalement modifié la position qu'il soutenait dans le mémoire et dans la réplique.

Pour montrer que les droits de Barcelona Traction sur ses filiales ne pouvaient pas être saisis en Espagne, le Gouvernement belge avait toujours eu recours à la notion théorique de titre valeur. Bien qu'en réalité les arguments développés par le Gouvernement belge dans ses écritures (R., V, p. 411 et suiv.) soient, plus qu'une théorie juridique des titres-valeurs, une espèce de « mythe » des titres-valeurs — comme l'a signalé la duplique (VI, p. 332). Or, cette vision « mythique » de la notion

juridique de titre-valeur évoluée — comme nous allons le voir — au gré des convenances du gouvernement demandeur.

La réplique soutenait (V, p. 412) que les actions des filiales, étant des titres-valeurs, constituaient des documents ou des inscriptions auxquels les droits étaient indissolublement incorporés; et qu'en vertu de cette « incorporation » le droit se confondait avec le document qui le matérialisait, au point qu'on pouvait affirmer que « le titre c'est le droit ». Une telle conception du titre-valeur, qui en vient à *confondre intimement le droit* et le document qui le constate, est inadmissible. Bien que la doctrine juridique ait en la matière fait preuve de l'imagination la plus riche, on est rarement arrivé à une telle exagération.

Des critiques décisives ont évidemment été adressées, dans la duplique, à cette conception des titres-valeurs (VI, p. 333 et suiv., et A.D., vol. II, n° 70) appliquée aux actions, et c'est sans doute pourquoi mon illustre contradicteur a, dans sa plaidoirie, abandonné la notion d'« incorporation » qui figurait dans la réplique, pour en adopter une autre, plus proche de la vérité.

Dans certains passages de sa plaidoirie, qui ne rappellent en rien les idées défendues par la réplique (VIII, p. 210-212), il ne dit plus que le document est le droit, mais qu'il le constate. Voilà qui est tout différent. L'incorporation ne matérialise plus le droit dans le document; mais signifie seulement que l'on ne peut pas exercer le droit sans avoir le titre; de plus — ô surprise! — la possession requise pour exercer le droit ne doit plus être nécessairement une possession matérielle du document. La Partie adverse reconnaît donc maintenant qu'en pratique il est fréquent que l'exercice du droit ait lieu par le moyen d'une possession médiate — en effet, il est bien dit « médiate » — alors que c'est une autre personne qui a la possession matérielle, comme cela peut se produire dans le cas de dépôt bancaire de titres ou de mise en gage d'actions. D'autre part, on verra dans ces mêmes passages que, pour les actions nominatives, on n'affirme plus maintenant l'« incorporation » lorsqu'il existe des inscriptions sur les registres des actions.

Si je souligne une fois encore devant la Cour ces changements d'attitude de la Partie adverse, c'est pour faire bien ressortir — ainsi que je l'ai déjà indiqué précédemment — qu'il est inadmissible de partir d'une interprétation donnée du droit interne pour accuser le juge d'avoir commis des violations graves et flagrantes, pour ensuite modifier les fondements de cette accusation par de nouvelles interprétations de ce même droit interne qui sont, les unes en accord avec celles du juge (comme c'est maintenant le cas dans une certaine mesure pour la possession « médiate » si durement attaquée), et les autres, les plus nombreuses, complètement erronées. Cela n'est pas sérieux et, de plus, cela montre jusqu'à quel point a été poussée l'intention de soutenir à outrance certaines accusations contre la magistrature espagnole.

Il est également inadmissible de prétendre (VIII, p. 214-215) que le Gouvernement espagnol aurait soutenu que les actions ne seraient pas de véritables titres-valeurs, pour pouvoir affirmer que la possession du titre n'est pas toujours une condition indispensable à l'exercice du droit.

Le Gouvernement espagnol n'a jamais nié que les actions soient des titres-valeurs. Il a soutenu (D., VI, p. 332 et suiv., et A.D., vol. II, n° 69) que, bien qu'elle présente les caractéristiques minimales du titre-valeur, l'action n'est qu'un titre imparfait et causal soumis aux règles de la société émettrice quant à l'exercice et à la transmission des droits incor-

porés. Mais cela tout le monde le reconnaît! Notre erreur semble donc consister à être d'accord avec l'opinion générale et dominante!

Nous soutenons, d'autre part, que la possession du titre — à supposer que l'action soit matérialisée par un titre — n'est pas toujours une condition indispensable à l'exercice des droits sociaux, car il existe de nombreux cas où cet exercice est possible sans possession physique et matérielle du titre.

Mais, ainsi que je l'ai rappelé, le Gouvernement belge reconnaît aujourd'hui également que l'on peut parfois exercer les droits sans posséder le titre, et il cite le vol, la perte ou le dépôt bancaire d'actions comme étant des cas indiscutables dans lesquels les droits sont exercés par le moyen d'une possession médiate (VIII, p. 215 et 216). Mais c'est justement là la thèse que nous avons soutenue dans la duplique (VI, p. 334)!

Le reproche que nous fait le Gouvernement belge est donc incompréhensible.

Nous avons dit, et nous continuons à dire que, quelque idée que l'on se fasse du titre-valeur, l'« incorporation » ne peut en aucun cas signifier qu'il soit impossible de dissocier le droit du titre dans le cas où le maintien de leur unité empêcherait ou rendrait extrêmement difficile l'exercice du droit incorporé, contrairement au principe de la bonne foi qui domine tout le droit des titres-valeurs. Il ne faut, en effet, pas oublier que la théorie du titre-valeur n'est qu'une création intellectuelle, dans laquelle il y a beaucoup d'abstraction et de dogmatisme. Or, nul ne saurait s'abriter derrière l'abstraction ou le dogmatisme pour empêcher l'exercice d'un droit au mépris de la bonne foi. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de droits sociaux, dont la naissance est antérieure à l'émission des titres des actions. Et cela est encore plus vrai lorsque, comme en l'espèce, une bonne part des actions n'avait pas été incorporée dans des titres, ceux-ci n'ayant pas été imprimés.

Le Gouvernement belge aurait dû, d'autre part, s'apercevoir que l'on ne peut confondre la question de savoir qui est titulaire du droit avec celle de savoir qui a qualité pour l'exercer. La théorie de l'« incorporation » du droit au titre ne s'applique, en effet, qu'à la qualité requise pour l'exercice du droit. Cela signifie que, dans la meilleure des hypothèses, la possession matérielle ne serait nécessaire qu'afin d'établir la qualité requise pour l'exercice du droit.

Cette conception seule correcte de l'incorporation du droit au titre éclaire suffisamment le problème que nous examinons. Mais la question concrète de la saisie des droits de Barcelona Traction sur ses filiales ne peut être sérieusement débattue que si l'on tient compte des deux éléments suivants: *a)* le rôle des actions dans les sociétés unipersonnelles, et *b)* la possibilité de saisir ou de séquestrer les droits « incorporés » dans un titre-valeur, sans appréhension matérielle du titre.

a) Le Gouvernement belge a préféré passer pratiquement sous silence le premier point. Il nous semble toutefois absurde de parler des titres-valeurs en général et dans l'abstrait, sans se référer aux circonstances particulières et essentielles du cas d'espèce. Nous ne sommes en effet pas ici pour parler d'actions en général, mais bien pour débattre des actions des filiales unipersonnelles que Barcelona Traction avait dans son portefeuille et qui ont été saisies en vertu de la déclaration de faillite.

Le Gouvernement espagnol a exposé dans la duplique (VI, p. 336-337) que la possession de la totalité des actions d'une société affecte nécessaire-

ment la nature des droits de l'actionnaire, qui dispose d'un pouvoir de domination absolu et total sur la société qu'il contrôle. Cette affirmation n'a pas pu être contredite par le Gouvernement belge. Celui-ci n'a pas pu nier non plus que, dans les sociétés anonymes unipersonnelles, l'actionnaire unique impose sa volonté à tout moment, à tel point que les assemblées générales, si elles se réunissent — comme cela est arrivé quelquefois en l'espèce —, ne sont qu'une pure formalité. Et j'affirme, Messieurs de la Cour, que le Gouvernement belge ne pourra pas le nier, notamment parce que le professeur Lauterpacht l'a reconnu, admis et utilisé dans sa plaidoirie (VIII, p. 464).

Nous ne voulons pas dire par là que ce pouvoir de domination constitue un droit nouveau et autonome, distinct et indépendant de l'ensemble des droits sociaux. Nous voulons seulement montrer — comme la doctrine le fait depuis longtemps — que ce pouvoir entraîne une certaine transformation qualitative des droits de l'actionnaire qui domine et contrôle absolument la société. C'est pour cela qu'en cas de faillite ce pouvoir de contrôle passe aux organes de la faillite au moment même où ils entrent en possession des actions, avec ou sans appréhension matérielle des titres. Il en est ainsi parce que, dans la double hypothèse de faillite et de sociétés anonymes personnelles, les titres perdent logiquement leur fonction spécifique de légitimation pour l'exercice des droits. Que reste-t-il, en effet, de cette fonction lorsque toutes les actions appartiennent à une seule et même personne? Il est manifeste que cette fonction disparaît. Nul n'a en effet besoin de se prouver son droit à lui-même!

A cela, il faut ajouter que les actions des filiales de Barcelona Traction n'étaient pas destinées à circuler et à être transmises, parce que les filiales étaient nées intégrées à la structure de l'entreprise unique et que la mise en circulation de leurs actions aurait détruit toute l'organisation. Il est, dès lors, évident que les organes de la faillite n'avaient pas besoin d'appréhender physiquement les titres pour pouvoir exercer les droits. En raison de la structure du groupe, les titres-actions n'avaient jamais servi à attester la qualité de leur propriétaire. Le juge de Reus a donc simplement tenu compte de la véritable nature de l'entreprise et de son fonctionnement pour prévenir les abus que la société faillie aurait pu commettre. Les arguments que le Gouvernement belge utilise pour contester sa décision sont donc, à proprement parler, inconcevables.

b) En ce qui concerne la deuxième question, on ne peut oublier que la saisie des droits correspondant aux actions des filiales a été ordonnée dans le cadre d'une procédure d'exécution universelle.

Cette circonstance est décisive. Comme nous le verrons, notre jurisprudence admet en effet, sans hésitation, qu'il est possible de saisir les droits d'actionnaire dans une exécution singulière sans saisir matériellement les titres. Cela est donc a fortiori possible dans une procédure d'exécution universelle, comme la faillite, où les intérêts des créanciers sont plus gravement exposés. On peut, dans l'un et l'autre cas, protéger les créanciers en saisissant les droits grâce à un acte d'autorité, tel que la décision du juge, sans nécessité de saisir physiquement les titres.

Cette question a déjà été examinée dans la duplique (VI, p. 339 et suiv.). Je n'y reviendrais pas si le gouvernement demandeur n'y avait prêté une attention toute particulière dans sa plaidoirie. La Partie adverse s'est longuement efforcée de contester l'application que nous avons faite, dans la duplique, de la doctrine établie par le seul arrêt où notre Tribunal suprême ait dû, il y a de nombreuses années, trancher ce pro-

blème. Il s'agit de l'arrêt du 17 avril 1917, très gênant assurément pour la Partie adverse.

Mon illustre contradicteur nous a dit (VIII, p. 217-218) avoir examiné cet arrêt « à la loupe ». Nous n'en sommes pas surpris. Cette décision justifie en effet, à elle seule, la saisie ordonnée par les tribunaux espagnols et elle a été expressément invoquée par la cour d'appel de Barcelone dans l'arrêt du 5 février 1952 qui a confirmé l'autorisation de vente des biens de Barcelona Traction.

Je ne lirai pas le texte de l'arrêt qui se trouve transcrit dans les annexes à la duplique (vol. II, n° 72, p. 555). Il s'agissait d'une société à cinq actionnaires, dont deux se partageaient par moitié la presque totalité des actions. Il existait des certificats provisoires des actions, mais pas de titres définitifs. Les actions de l'un des actionnaires furent saisies dans une exécution singulière, dirigée contre lui puis contre ses héritiers. L'intérêt exceptionnel de cet arrêt réside justement dans le fait que, dans l'unique affaire où le Tribunal suprême s'est penché sur un problème semblable à celui qui est traité ici, il n'a pas hésité à déclarer la validité et l'effectivité de la saisie pratiquée dans une exécution singulière sur les droits d'un actionnaire, indépendamment du sort des titres relatifs aux actions.

L'arrêt est très clair. Mais la loupe utilisée par la Partie adverse devait être embuée, ou sans lentille, ou encore munie d'une lentille déformante. On ne peut en effet expliquer autrement les propos que le Gouvernement belge a tenus dans sa plaidoirie au sujet de cet arrêt. Il a en effet affirmé (VIII, p. 217) que l'on n'avait pas saisi les actions qui « n'existaient pas encore », puisqu'il n'y avait que des « récépissés provisoires », mais seulement le « droit aux actions », « le droit à de futures actions ».

C'est ici que nous devenons perplexes, et nous le devenons de plus en plus en examinant les commentaires de la Partie adverse. Peut-on en effet soutenir sérieusement que, dans une société anonyme, il n'y a pas d'actions tant que les titres définitifs ne sont pas émis? Oublierait-on, par hasard, que l'action naît lorsque la société est constituée, sans préjudice de ce que le titre puisse être émis postérieurement ou même ne soit pas émis du tout?

Plus loin, dans cette même page de la plaidoirie, on ajoute que la saisie a porté « sur les récépissés provisoires, mais non pas sur les actions qui n'existaient pas encore ». Or, cette affirmation n'est pas non plus exacte. La saisie ne portait pas le moins du monde sur les récépissés provisoires. En réalité, comme le débiteur était défaillant, le tribunal a ordonné la saisie sans appréhension des récépissés provisoires des actions. Voilà la raison pour laquelle les héritiers du débiteur, qui avaient les récépissés en leur pouvoir, ont pu par la suite les échanger contre des titres définitifs que la société leur a remis sans respecter la saisie. Il y eut donc une saisie d'actions, sans appréhension ni de certificats provisoires ni des titres définitifs, et l'échange des récépissés contre les titres définitifs n'a été un obstacle ni à la saisie ni à la vente des actions.

Ce qui importe, Monsieur le Président, c'est justement que le tribunal ait ordonné la vente des actions saisies sans appréhension ni des titres ni des récépissés et que, la société ayant contesté la validité et l'efficacité de la saisie et de la vente, le Tribunal suprême ait rejeté son recours qui reposait sur une argumentation très semblable à celle que le Gouvernement belge fait valoir aujourd'hui (A.D., vol. II, p. 558). Le tribunal lui-même a déclaré que la saisie était valable tout comme la vente et que l'on ne pouvait y opposer le fait que les titres avaient pu passer aux mains de

tiers. Il a indiqué que les adjudicataires devenaient propriétaires et possesseurs des actions du fait de la vente et de l'adjudication, avec le même droit de propriété et la même possession que le débiteur avait auparavant. Il a précisé que les adjudicataires avaient en outre acquis la possession légitime des actions par la remise de la copie authentique du jugement d'adjudication. Le Tribunal suprême a enfin ajouté — j'attire respectueusement votre attention sur ce point — que l'on peut acquérir la possession des actions sans détenir ou appréhender matériellement les titres.

Telle est, Messieurs les juges, la décision rendue *in tempore non suspecto* par le Tribunal suprême espagnol. Et c'est cette règle jurisprudentielle que la cour d'appel de Barcelone a appliquée dans son arrêt du 5 février 1952. Je crois sincèrement qu'il ne fait aucun doute qu'aussi bien le Tribunal suprême, en 1917, que la cour d'appel de Barcelone, en 1952, et le juge de Reus, ont correctement appliqué l'ordre juridique espagnol. Et je ne crois pas nécessaire de faire la preuve du bien-fondé de cette conviction devant une cour internationale. J'estime en effet que lorsqu'un tribunal inférieur applique les règles établies par le Tribunal suprême de son pays, on ne pourra jamais soutenir qu'il a commis une violation grossière ou impardonnable de l'ordre juridique.

La Partie adverse a voulu éviter l'application de cet arrêt par deux procédés différents: a) en niant qu'il y ait parallélisme avec notre affaire; et b) en prétendant que le Gouvernement espagnol cherche à tirer de cet arrêt une conclusion qui ne s'y trouve pas. Ces arguments sont tous deux infondés. C'est ce que nous allons voir en commençant par le deuxième.

Mon illustre contradicteur se demande: comment peut-on déduire de cet arrêt qu'il soit permis d'exercer les droits correspondant à des actions sans appréhension matérielle de celles-ci?

La réponse est très simple. Le Gouvernement espagnol affirme, et le Gouvernement belge ne peut pas le contester, que cet arrêt déclare valable l'acquisition de la propriété d'actions préalablement saisies et vendues sans appréhension physique des titres, ainsi que l'acquisition de la possession des actions par les adjudicataires du fait de la remise de la copie authentique du jugement d'adjudication. Or, s'il en est ainsi, si les adjudicataires ont acquis la propriété et la possession des actions, qui peut leur contester l'exercice des droits sociaux, sans préjudice de leur faculté d'exiger de la société l'émission de *duplicata* des actions?

On a également dit que l'affaire tranchée par le Tribunal suprême n'est pas identique à celle de Barcelona Traction. Cela est vrai, mais la conclusion que l'on doit en tirer est à l'opposé de celle qu'en tire la Partie adverse. Dans l'affaire de la société *Foley et Sturges*, qui avait recouru en 1917, il s'agissait d'un débiteur qui voulait, avec la complicité de la société, soustraire aux créanciers les titres d'un certain nombre d'actions. Dans le cas de Barcelona Traction, il s'agit d'une débitrice qui a voulu, avec la complicité de ses agents et de ses filiales, soustraire à ses créanciers tout son patrimoine. La différence consiste — comme on peut le voir — en ce que la société *Foley et Sturges* était indépendante des associés, alors qu'*Ebro*, *Catalonian*, *Barcelonesa*, etc., étaient des *alter ego* de Barcelona Traction, qui possédait toutes leurs actions. *Foley*, directeur de la société, n'était que l'ami de *Sturges*, le débiteur; en revanche, MM. *Lawton*, *Menschaert*, *Puig Doménech*, etc., n'étaient pas des amis mais des agents de Barcelona Traction. Il n'est donc pas nécessaire de juger de la bonne ou mauvaise foi des uns et des autres. Les faits suffisent en eux-

mêmes. Et le défaut d'identité absolue entre les deux affaires — la Cour l'a compris — n'avantage pas particulièrement la thèse du gouvernement demandeur.

Il est donc clair qu'en cas de saisie ou d'exécution singulière ou universelle portant sur des actions, on peut procéder, en vertu d'un acte de l'autorité judiciaire — le jugement déclaratif de faillite dans notre cas —, à la saisie intégrale des droits sociaux, sans que l'appréhension matérielle des titres ne soit nécessaire. Telle est la règle qui résulte clairement de l'arrêt du 17 avril 1917.

Mais il y a plus, Messieurs les juges, la disjonction entre droit et document est encore sensiblement plus grande dans notre système juridique. Elle apparaît : a) dans certaines hypothèses où, bien que la qualité de titulaire du droit soit démontrée, il ne peut pas disposer du document ; et b) en cas de saisie de la valeur d'une lettre de change.

a) Le premier cas énoncé comprend la perte de la lettre régie par les articles 498 et 499 du code de commerce et tout particulièrement les cas de vol, qualifié ou simple, ou de perte de titres au porteur (art. 547 à 566 de ce même code). Dans tous ces cas il est clair que le code autorise l'exercice du droit par le titulaire dessaisi du document. La Partie adverse fait à nouveau preuve, à cet égard, d'une information insuffisante sur le droit interne espagnol (VIII, p. 215). C'est en effet à tort qu'elle prétend que la loi autorise seulement en cas de vol ou de perte de titres au porteur l'émission d'un duplicata permettant la preuve et l'exercice des droits. Notre code autorise au contraire les juges ou tribunaux saisis de l'affaire à permettre au titulaire dessaisi de toucher les intérêts ou dividendes des titres, voire leur capital s'il devient exigible avant que le duplicata ne soit délivré (art. 552 à 554 et 562 à 564).

b) La référence au cas de la saisie de la valeur d'une lettre de change nous est suggérée par l'allusion que la Partie adverse fait à la lettre de change (R., p. 421, et VIII, p. 215) pour tenter de démontrer que le droit est inséparable du titre. En droit espagnol, comme en tant d'autres, on ne peut pas même prendre ce cas comme exemple d'une indissociabilité absolue. La saisie de la valeur de la lettre de change est traitée à l'article 491 du code de commerce dans les termes suivants :

« Le paiement fait au porteur d'une lettre de change échue sera présumé valable s'il n'est pas précédé de la saisie de sa valeur sur décision judiciaire. »

Il est à remarquer que la règle parle de « saisie de la valeur de la lettre » et non pas de saisie de la lettre elle-même en tant que titre. Dans le commentaire qu'il fait de cet article dont l'interprétation est assurément discutée, le professeur Garrigues rejette la thèse soutenue par notre Tribunal suprême dans son arrêt du 8 novembre 1933, et affirme que :

« Dans le conflit entre le porteur de la lettre de change et le créancier qui saisit la provision, le code de commerce donne priorité à ce dernier ... en ce sens que l'article 491 n'exige pas la saisie de la lettre de change mais celle de sa valeur ... et paralyse le paiement normal non seulement vis-à-vis du tireur, mais encore vis-à-vis du porteur » (*Tratado de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1955, p. 509).

Personnellement, je pense également que la règle en question implique une dissociation entre le droit et le titre. Cela me semble conforme à la disposition correspondante du précédent code de commerce, qui se

référerait expressément à la saisie de la valeur de la lettre de change en cas de faillite du porteur (art. 496 et 497). Quoi qu'il en soit et quelles que soient les querelles auxquelles l'interprétation de cet article a donné lieu, il est en tout cas clair que plusieurs commercialistes espagnols considèrent comme possible la séparation entre droit et titre même en ce qui concerne la saisie de la valeur d'une lettre de change; c'est-à-dire en ce qui concerne le titre-valeur parfait par excellence.

Or, il ne faut pas croire qu'il s'agisse là d'une position originale et exclusive de notre droit. Le Gouvernement belge a tenté de contester, dans ses exposés oraux, la portée de la jurisprudence internationale citée à ce propos par le Gouvernement espagnol, en affirmant qu'elle concerne des cas de confiscation, de nationalisation différente du cas de la faillite (VIII, p. 220). Cet argument est cependant sans valeur, car dans l'un et l'autre cas — dans la faillite et dans la confiscation ou nationalisation —, la séparation du droit et du document résulte d'un acte d'autorité, soit judiciaire, soit administratif.

La séparation entre le droit et le document, en cas de nécessité absolue, se trouve en outre consacrée par d'autres arrêts qui ne concernent ni la confiscation ni la nationalisation. Si le Gouvernement belge a besoin de nouveaux exemples, il peut se reporter à un cas déjà ancien — car la règle et la nécessité dont elle découle sont en effet anciennes — en lisant l'arrêt de la Cour de cassation française, du 31 mai 1848 (affaire *Enregistrement contre héritiers Taphinon*, Sirey, 1848, 1144). Il y a encore un autre cas plus proche dans le temps et plus voisin de l'affaire *sub judice*, c'est celui cité à plusieurs reprises de *San Antonio Land*. Je me permets d'y renvoyer la Cour.

Il nous faut toutefois dire que la position de la Partie adverse en arrive, sur ce point, à des extrêmes véritablement insolites. Pour compléter la thèse de la nécessité de l'appréhension matérielle des titres, qui eût comblé ses désirs, elle est allée jusqu'à nier que le failli et les tiers aient l'obligation de remettre aux organes de la faillite les biens du failli se trouvant en leur pouvoir. Il semble tout simplement antijuridique d'alléguer, d'une part, que l'appréhension matérielle des titres est indispensable à la saisie d'actions dans une faillite et, d'autre part, que le failli n'a pas l'obligation de remettre les titres se trouvant en son pouvoir. Cela revient tout simplement à légaliser la fraude et l'abus!

Dans ses exposés oraux (VIII, p. 218-219), la Partie adverse a continué à contester ce devoir du failli avec un argument qui est courant chez elle: aucune règle ou aucun principe n'établirait l'obligation du failli de remettre les biens et documents aux organes de la faillite. Nous devons donc conseiller à la Partie adverse de lire attentivement l'article 890 du code de commerce, qui qualifie de frauduleuse la faillite de quiconque détourne tout ou partie de ses biens ou se livre à d'autres actes au préjudice de ses créanciers; nous citerons également l'article 520 du code pénal qui sanctionne les faillites frauduleuses.

Bien plus. Dans le droit moderne de la faillite, cette obligation de remettre les biens aux organes de la faillite, inhérente à la nature et à la fonction mêmes de la procédure, est tout simplement la conséquence d'un devoir plus général: le devoir du failli de collaborer avec les organes de la faillite pour permettre à la procédure d'atteindre son but. Cette obligation de collaborer implique non seulement la remise des biens, mais encore la remise de tous les documents qui peuvent faciliter le déroulement de la procédure.

Evidemment gênée par cette fâcheuse réalité, la Partie adverse affirme que le failli doit seulement tenir ses biens à la disposition des organes de la faillite, mais non pas les leur remettre. Voilà qui est surprenant! Supposons même que cela soit vrai. Nous devons alors demander: quand Barcelona Traction a-t-elle tenu des biens à la disposition des organes de la faillite?

Nous ne saurions non plus admettre que l'on conteste l'obligation de remettre les biens en alléguant que National Trust était en possession des titres ou certificats. Bien que la Partie adverse n'y ait fait qu'une simple allusion dans son exposé oral, nous devons signaler qu'en droit espagnol les tiers qui ont en leur pouvoir des biens du failli ont l'obligation de le faire savoir aux organes de la faillite (art. 1081 du code de commerce de 1829), sous peine de complicité du délit de faillite frauduleuse (art. 893 du code de commerce et 522 du code pénal). C'est pourquoi nous affirmons, et nous répétons, que National Trust avait de toute façon l'obligation d'indiquer aux organes de la faillite quelles étaient les *pertenencias* du failli qu'elle avait en son pouvoir, sans que sa résidence dans un pays autre que celui du siège du failli ne la libère de cette obligation. Mais si ce *trust* avait véritablement considéré que son droit de garantie lui permettait d'exercer un droit de séparation de la masse de la faillite (art. 918 du code de commerce) — comme le prétend la Partie adverse —, il aurait dû le faire valoir lorsqu'il fut légalement mis en demeure de remettre les documents et *pertenencias* du failli par l'intermédiaire de son avoué. Il n'a pas procédé à cette remise et s'est borné à alléguer, sans motif aucun (cf. A.D., vol. II, n° 85), le défaut de qualité de son représentant pour recevoir la mise en demeure. On s'explique dès lors facilement que, dans ses plaidoiries, le Gouvernement belge ait passé aussi rapidement que possible sur cette question.

Le Gouvernement espagnol reproche à la Barcelona Traction, et il regrette que le Gouvernement belge s'obstine à ne pas le comprendre, d'avoir abusé des formes juridiques en plaçant les titres au Canada dans le but de bénéficier d'une « protection naturelle » contre les futures actions des créanciers. Il est surprenant que le Gouvernement belge, qui a reconnu tout cela devant la Cour lorsqu'il a exposé sa théorie de la « stérilisation » de la faillite espagnole, ose maintenant prétendre que l'appréhension matérielle des titres a fait défaut lors de la saisie, lors de l'exercice et lors de la vente des droits.

L'appréhension matérielle des titres n'a en effet pas eu lieu parce qu'elle n'était pas nécessaire et parce que la Barcelona Traction l'a rendue impossible en violant son obligation de les livrer. Cela ne pouvait toutefois pas faire obstacle à la saisie des droits correspondant aux actions des sociétés filiales, et cette saisie a effectivement été pratiquée là où elle devait l'être, c'est-à-dire en Espagne. Le Gouvernement espagnol a montré dans la duplique (p. 356 et suiv.) que les droits correspondant à ces actions étaient effectivement situés en Espagne, conformément au droit espagnol. La Partie adverse n'a rien répondu dans ses plaidoiries à cet argument qui avait réduit à néant la tentative faite dans la réplique pour soutenir le contraire. Il ne nous appartient évidemment pas de rompre le silence significatif de la Partie adverse.

Il me reste à traiter une dernière question au sujet de la saisie sans appréhension matérielle des actions des filiales de la Barcelona Traction: il s'agit de la prétendue lésion des droits de National Trust.

Nous avons ici un nouvel exemple particulièrement significatif de la

manière de procéder de la Partie adverse. Le Gouvernement belge s'intéresse tellement à la noble cause de National Trust qu'à force de chercher des arguments pour sa défense il a fini par découvrir, vingt ans après la déclaration de faillite, qu'il pouvait faire valoir un droit à la séparation de la masse en ce qui concerne les actions et obligations qui se trouvaient, d'après lui, en possession de National Trust. Le gouvernement demandeur a longuement développé ce grief dans la réplique (p. 438 et suiv.) en fondant son argumentation sur une idée de génie, que je citerai intégralement :

« En outre, en vertu d'un principe universellement reconnu, également consacré par l'article 918 du code de commerce, elle n'était tenue, en sa qualité de créancière-gagiste, de remettre les biens donnés en gage à la masse que contre paiement intégral de la dette garantie par celui-ci » (R., V, p. 440).

Le principe universellement reconnu n'existe, naturellement, que dans l'imagination du Gouvernement belge. Nous l'affirmons parce que nous avons déjà démontré dans la duplique (A.D., vol. II, n° 83, p. 375 et suiv.), que le « principe universellement reconnu » allégué est totalement inexistant. Les différentes législations peuvent, au contraire, se classer en cette matière dans deux groupes distincts : les législations du premier groupe qui sont favorables à une liquidation unique, c'est-à-dire au maintien dans la masse de la faillite des objets donnés en garantie ; les législations du second groupe qui suivent le principe de la liquidation séparée et reconnaissent un droit de séparation à tout créancier bénéficiant d'une garantie réelle. Malgré les allégations contraires du Gouvernement belge, il a également été démontré dans la duplique que l'ordre juridique espagnol s'inspirait incontestablement du principe de la liquidation unique, sous réserve de quelques exceptions, notamment celle prévue pour le gage à l'article 918. Après avoir procédé à un examen approfondi et objectif de cette disposition et des règles de garantie prévues par les *Trust Deeds*, le Gouvernement espagnol a démontré dans la duplique qu'aussi bien le *mortgage* que la *floating charge* n'étaient que des formes atypiques de garantie qui ne peuvent être comprises dans le cas exceptionnel du gage prévu à l'article 918.

Le Gouvernement belge n'a pas répondu à cette argumentation dans ses plaidoiries. Il s'est contenté d'affirmer que la thèse du Gouvernement espagnol, selon laquelle l'article 918 était inapplicable, était une « thèse inexacte » (VIII, p. 235). Il n'a cependant pas dit pourquoi.

L'audience est levée à 13 heures

TRENTE-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (4 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. URÍA: Au cours de l'audience d'hier, nous avons vu que la déclaration de faillite de Barcelona Traction a entraîné le dessaisissement de la société faillie, que le juge a correctement ordonné la saisie des droits qu'a cette société auprès de ses filiales et que les droits d'associés dont parlait cette décision ont pu être saisis en Espagne sans appréhension physique des titres ou récupérés des actions.

III

Je passerai maintenant, Monsieur le Président et Messieurs les juges, à l'examen du troisième et dernier paragraphe de ce chapitre: l'exercice légitime, par les organes de la faillite, des droits dont ils avaient été investis par suite du dessaisissement de la faillite.

Les considérations qui précèdent ont démontré l'absence de fondement de la thèse adverse d'après laquelle la saisie des droits correspondant aux actions des filiales ne pouvait pas intervenir sans appréhension matérielle des titres. Il convient maintenant de répondre à l'argument d'après lequel les organes de la faillite ne pouvaient pas exercer valablement les droits de la société faillie avant d'avoir matériellement appréhendé au Canada les titres des actions. Il ne s'agit, en réalité, que d'un nouvel aspect de la même thèse déjà réfutée. Le Gouvernement belge affirme (R., V, p. 421) que tant que les organes de la faillite n'avaient pas saisi matériellement les titres les droits des actionnaires ne pouvaient être exercés que par les possesseurs ou détenteurs de ces titres, « y compris la société faillie elle-même ».

Cette dernière affirmation est totalement inexacte pour tous les systèmes de faillite analogues à celui en vigueur en Espagne. Notre système pose le principe de l'incapacité absolue du failli. Comment le Gouvernement belge peut-il prétendre ignorer une règle aussi claire que l'article 878 du code de commerce? Le droit espagnol de la faillite ne laisse pas la place au moindre doute. La société faillie, la Barcelona Traction, n'aurait jamais pu exercer les droits attachés aux actions de ses filiales. Dès l'instant précis de la déclaration de faillite, elle est devenue totalement et absolument incapable d'administrer et de disposer de ses biens et tous les actes de cette sorte qu'elle a pu effectuer sont radicalement nuls. L'affirmation du Gouvernement belge ne peut donc s'expliquer que par un regrettable désir d'induire la Cour en erreur. Son ignorance ne peut, en effet, pas être admise dans ce cas.

Ceci dit, je vais répondre à l'argumentation développée dans les plaidoiries de la Partie adverse. Le Gouvernement belge a regroupé ses arguments sur ce point en distinguant entre les actions d'Ebro et Catalanian et les actions des autres sociétés.

a) Le Gouvernement belge affirme que les actions d'Ebro et Catalanian étaient nominatives et que les registres étaient tenus en Ontario par National Trust. Il ajoute que les organes de la faillite devaient nécessairement se faire inscrire sur ces registres pour pouvoir exercer les droits

correspondant à ces actions et contrôler les deux sociétés. Pour cela, il aurait fallu décerner une commission rogatoire aux tribunaux du Canada pour qu'ils ordonnent ladite inscription. Nous ne voulons pas revenir ici sur tout ce que cette position implique. Nous nous sommes déjà exprimés au sujet de cette « protection naturelle » imaginée par la faillie et sur ses erreurs de calcul.

Ce qui importe maintenant, c'est de répondre à l'affirmation répétée selon laquelle « seul peut exercer les droits celui qui est inscrit sur le registre des actions nominatives » (R., V, p. 412-417, note 1, et p. 421). Le Gouvernement belge a répété cette affirmation à satiété pendant les plaidoiries en précisant qu'en méconnaissant ce principe le juge avait commis à la fois une violation de l'ordre juridique espagnol et une usurpation de la compétence des tribunaux canadiens (VIII, p. 221). Du moment que la Partie adverse n'y a pas répondu, je ne répéterai pas ce qui a été dit dans la duplique à ce sujet (VI, p. 354). Je tiens toutefois à faire deux observations.

1. Personne n'a indiqué au juge de Reus que les actions étaient nominatives et personne ne lui a parlé des registres des actions tenus par National Trust. On lui a dit exactement le contraire. Dans le recours en rétractation qu'elle a déposé en date du 16 février 1948 contre le jugement de faillite, Ebro a en effet prétendu qu'il était impossible d'affirmer que la totalité de ses actions étaient la propriété de la Barcelona Traction au moment de la déclaration de faillite, parce que ces actions étaient au porteur — je dis bien au porteur, Monsieur le Président et Messieurs les juges! — et qu'elles pouvaient, par conséquent, être transférées avec la plus grande facilité (A.C.M., vol. VIII, p. 26). La duplique a fait état de cette affirmation (VI, p. 453), mais la Partie adverse a préféré l'ignorer afin d'éviter toute explication. Est-il admissible de tromper un juge sur les faits et de l'accuser ensuite d'avoir violé grossièrement les règles de droit applicables aux faits qu'on lui a dissimulés?

2. Passons maintenant aux arguments de fait. Le professeur Van Ryn dans sa plaidoirie, et M. Pattillo, dans sa consultation, ont affirmé tous deux qu'en application du droit d'Ontario les droits inhérents aux actions nominatives ne pouvaient être exercés que par les personnes inscrites sur le registre de la société. Si cela est exact, il faudra que l'on nous explique le fait suivant: on nous a dit (VIII, p. 197) que le *receiver* nommé par le juge d'Ontario avait pris part à une assemblée générale d'Ebro, réunie le 30 avril 1949 au Canada (A.C.M., vol. VIII, n° 94, p. 75 et suiv.), et qu'il y avait « exercé directement les droits de vote afférents aux titres dont Barcelona Traction avait la possession et qui étaient enregistrés au nom de cette dernière ». Il semble donc, Messieurs, que le *receiver* a pu exercer directement les droits de vote sans être préalablement inscrit au registre de National Trust, et cela bien qu'il n'eût besoin ni de commissions rogatoires ni d'un exequatur impossible à obtenir. M. Pattillo a également reconnu, dans sa consultation, que le *receiver* exerça le droit de vote correspondant aux actions des sociétés filiales de Barcelona Traction. Cela ne l'a pas empêché de reconnaître, dans la même consultation, que les 125 000 actions d'Ebro étaient enregistrées au nom de Barcelona Traction.

M. Pattillo nous révèle donc, dans sa consultation, et le Gouvernement belge nous confirme dans ses plaidoiries (VIII, p. 197), que le *receiver* a pu voter avec les actions des filiales en vertu des pouvoirs et de l'autorité que le tribunal et le droit canadiens confèrent à un *receiver*. Les deux

situations étant identiques, il faut dès lors admettre, Monsieur le Président et Messieurs, que le juge espagnol pouvait, conformément au droit de son pays, conférer légitimement au séquestre-dépositaire l'exercice des droits dont Barcelona Traction était titulaire en qualité d'actionnaire d'Ebro.

Contrairement à toute logique, le Gouvernement belge invoque pourtant la législation de l'Ontario pour affirmer que le séquestre-dépositaire espagnol ne pouvait pas exercer ces droits avant de s'être fait inscrire sur le registre des actions par le moyen d'une *commission rogatoire* et d'une décision d'exequatur. Ceci alors que le *receiver* avait pu exercer les droits correspondant aux actions sans aucune inscription dans ledit registre. La Partie adverse s'étonne ensuite de ce qu'on lui reproche de professer que ce qui est bon pour les uns ne l'est pas pour les autres!

b) Si vous me le permettez, je passerai maintenant, Monsieur le Président et Messieurs, à la question de l'exercice des droits sur les filiales de Barcelona Traction constituées en Espagne et de nationalité espagnole.

Les actions de ces filiales, propriété de Barcelona Traction à 100%, étaient des actions au porteur. D'après la thèse belge, les organes de la faillite ne pouvaient pas exercer les droits de vote correspondant à ces actions tant qu'ils n'auraient pas obtenu la remise des titres par le moyen d'une *commission rogatoire* et d'une décision d'exequatur dont l'obtention était impossible.

Signalons, tout d'abord, que la position adoptée à ce sujet par le Gouvernement belge dans sa plaidoirie marque un net recul par rapport aux thèses qu'il avait soutenues dans la réplique. Dans la réplique, le Gouvernement belge affirmait que la possession était un fait et que celui qui avait la possession physique des titres était le titulaire du droit. Nous avons déjà vu que mon honorable contradicteur reconnaît maintenant que le titre et le droit peuvent se trouver entre les mains de deux personnes distinctes sans que le titulaire du droit ne perde ni son droit ni la possibilité de l'exercer. Il a tout simplement admis qu'il était possible qu'un tiers non titulaire possède le titre *alieno nomine*, c'est-à-dire pour le compte d'un possesseur médiateur.

Même en partant du point de vue de la Partie adverse, qui semble maintenant coïncider avec celui du juge, il faut admettre l'importante conclusion suivante: si — comme le prétend la Partie adverse — National Trust était possesseur des titres au moment de la déclaration de la faillite, elle ne pouvait l'être qu'*alieno nomine*, c'est-à-dire pour le compte de Barcelona Traction. Dès le moment où Barcelona Traction a été dessaisie par la déclaration de faillite et où le pouvoir de disposer et d'administrer ses biens a passé aux organes de la faillite, National Trust ne pouvait plus être, dans le meilleur des cas, que possesseur pour les organes de la faillite, eux-mêmes possesseurs médiats. Si la possession médiate des titres suffisait à l'exercice des droits de la Barcelona Traction avant la faillite, il est évident que cette même possession médiate devait également suffire à l'exercice des droits des organes de la faillite après la déclaration de faillite.

Il n'est pas possible de contester cette conclusion en alléguant que la déclaration de faillite de la société propriétaire des actions n'affectait pas National Trust. Cela n'est en effet pas vrai. National Trust était à tel point affecté que, comme nous l'avons vu, il avait l'obligation « de tenir les titres à la disposition des organes de la faillite espagnols ». Comment peut-on, dès lors, nier que National Trust était, du point de vue du droit

espagnol, possesseur des titres *alieno nomine* et pour le compte des organes de la faillite?

Tout ceci démontre que la déclaration de faillite avait donné la possession médiate des titres aux organes de la faillite. Il n'est donc même pas nécessaire d'invoquer la séparation entre le droit et le titre pour constater que rien ne pouvait s'opposer à ce que les organes de la faillite exercent les droits sociaux correspondant aux actions.

Je ne voudrais pas toutefois mettre un terme à la présente partie de mon exposé, Monsieur le Président, sans mentionner deux faits précis qui révèlent clairement la façon dont les sociétés auxquelles participait le groupe de Barcelona Traction accueillirent l'exécution des mesures qu'avait ordonnées le juge de Reus en vue de la saisie des droits de la société faillie.

Le groupe de Barcelona Traction avait — le fait est bien connu — une participation dans les sociétés Productora de Fuerzas Motrices, S.A. et Carbones de Berga, S.A. Le groupe était représenté dans les conseils d'administration de ces sociétés par des personnes qui étaient tout à la dévotion de Barcelona Traction, MM. Puig Doménech et Menschaert, etc. Eh bien, lors des premières assemblées générales d'actionnaires que tinrent ces deux sociétés, postérieurement à la faillite de Barcelona Traction, ce fut M. Alegre, en sa qualité de président d'Energía Eléctrica de Cataluña, d'Unión Eléctrica de Cataluña et de Barcelonesa, qui se présenta, en compagnie de M. Gambús, le séquestre-dépositaire, pour exercer les droits d'associés inhérents aux actions du groupe. Aucun des associés ne vit le moindre inconvénient à ce que ces deux personnes prennent part aux assemblées générales et même, à la demande de M. Alegre, les deux sociétés adoptèrent la décision de relever de leurs fonctions les anciens administrateurs qui jouissaient de la confiance de Barcelona Traction et de désigner, en revanche, M. Alegre pour être membre du conseil d'administration. La duplique (A.D., vol. II, n^{os} 81 et 82) relate en détail les circonstances de toutes ces modifications auxquelles je viens de faire allusion. Pour être bref, je m'en remets au texte de la duplique. En tout état de cause, je me suis permis de rappeler ces faits qui attestent que même à cette époque, immédiatement postérieure à la déclaration de faillite, les personnes qui avaient des liens avec Barcelona Traction étaient les seules à contester l'exécution des décisions du juge de Reus.

Ici prend fin, Monsieur le Président, Messieurs les juges, mon exposé consacré à la saisie des droits de la faillie sur ses filiales et à l'exercice desdits droits par les organes de la faillite. Les arguments que nous avons opposés aux raisonnements plus ou moins habiles mais toujours fragiles de la Partie adverse nous permettent d'affirmer, une fois de plus, que les tribunaux espagnols ont toujours agi avec la plus grande rectitude et dans le plus profond respect des règles de notre ordre juridique.

Avec votre permission, Monsieur le Président, j'aborderai à présent la troisième partie de mon exposé, qui a trait aux mesures de saisie des actifs des sociétés filiales et à la « normalisation » de celles-ci, intervenue ultérieurement.

LA SAISIE DES ACTIFS DES FILIALES

A propos des mesures de saisie des actifs, le Gouvernement belge s'est attaqué avec une ténacité toute particulière au fondement même de l'ordre de saisie. Il a axé son argumentation essentiellement sur trois affirmations fondamentales :

- a) le juge n'a pas respecté la personnalité morale des sociétés filiales ;
- b) le caractère unipersonnel de ces sociétés ne faisait pas obstacle à ce que leur personnalité soit dûment reconnue et respectée ;
- c) l'idée de fraude ne suffit pas à justifier les mesures de saisie ordonnées par le juge.

Etant donné que la Partie adverse a tant insisté sur ces idées, tout au long des plaidoiries, le Gouvernement espagnol se voit contraint à revenir sur ces trois affirmations fondamentales, afin de justifier, à la lumière du droit espagnol, l'ordre de saisie et ses conséquences.

A) Pour appuyer sa première affirmation, à savoir que le juge a arbitrairement méconnu la personnalité juridique des sociétés filiales lorsqu'il a pris les mesures de saisie de leurs actifs, la Partie adverse a consacré toute la première partie de son exposé (VIII, p. 148 à 154) à la reproduction et à l'analyse du texte des décisions, déjà bien connues, des 12 et 25 février 1948 et des 9, 17 et 27 mars de la même année.

Il n'y a pas lieu, à présent, de se livrer à nouveau à l'examen minutieux des décisions judiciaires, car il figure déjà dans la duplique (VI, p. 423 et suiv.). Je me permettrai donc, Monsieur le Président, d'y renvoyer pour l'essentiel, en me bornant aux quelques références concrètes qui seront nécessaires.

Voyons d'abord, à ce propos, le jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948. Il ne peut être question d'interpréter ce jugement comme le fait la Partie adverse. S'il est vrai que la mesure de saisie, d'*ocupación*, des actifs d'Ebro et de Barcelonesa s'explique par le caractère unipersonnel de ces sociétés et par la constatation de l'évidente réalité, à savoir que Barcelona Traction disposait des biens propres des filiales comme s'il ne s'agissait que d'une seule entreprise — mon collègue, le professeur Waldock, nous a d'ailleurs tous éclairés sur ce point — ce fait ne présupposait aucunement la négation de la personnalité morale des filiales. Il est inadmissible que l'on prétende confondre personnalité et patrimoine, car il est évident que des mesures peuvent être prises à l'égard du patrimoine d'une société sans détruire la personnalité de celle-ci.

L'intention très nette de maintenir intacte la personnalité des filiales transparait clairement dans le jugement déclaratif de faillite. L'on ne peut certes pas dire que le juge a voulu la nier, alors qu'il prend, dans ce même jugement, des mesures tendant notamment à autoriser les organes de la faillite à révoquer le personnel de ces sociétés et à en nommer d'autre, ou encore à « opérer la saisie (*ocupación*) judiciaire qui s'imposait auprès de Riegos y Fuerza del Ebro et des autres sociétés, ainsi qu'auprès de Barcelonesa de Electricidad », mesures qui sont toutes absolument incompatibles avec la prétendue négation de la personnalité morale.

Par ailleurs, la Partie adverse nous a dit (VIII, 148) que le juge s'est borné à résumer et à reprendre la demande « telle qu'elle a été introduite par les requérants » à la faillite. Or il est évident que la requête ne demande à aucun moment que soit déclarée éteinte la personnalité des filiales ; au contraire il y est clairement indiqué que les requérants, tout en considérant les filiales comme des sociétés unipersonnelles, ne prétendaient pas que l'on aille jusqu'à faire disparaître leur personnalité (D. VI, p. 424).

Dans les décisions postérieures au jugement du 12 février ; il n'est pas non plus fait appel à l'extinction de la personnalité morale des filiales pour justifier les mesures prises. La duplique a parfaitement expliqué (VI, p. 426), et ce sans aucun de ces « exercices de sémantique » que la

Partie adverse nous impute chaque fois qu'il lui convient de masquer la vérité, comment, dans son jugement du 25 février 1948, le juge a utilisé l'expression « c'est comme si la personnalité ... disparaissait », pour justifier la saisie des actifs tout en respectant la personnalité morale des filiales.

Le juge a utilisé cette formule pour expliquer certaines mesures de précaution absolument nécessaires pour défendre efficacement les intérêts des créanciers et garantir l'intangibilité économique des biens de la masse.

Tenant compte des mêmes exigences, le juge affirma en effet dans d'autres décisions, et notamment dans l'ordonnance du 9 mars 1948 et dans le jugement du 17 mars 1948, le manque d'indépendance des filiales, et ce tout en respectant leur personnalité. La preuve incontestable en est que, dans ce jugement, le juge indiquait à Ebro que si elle voulait attaquer les mesures de saisie qui la concernaient elle pouvait avoir recours à la procédure de *tercería de dominio*. Est-ce là mettre fin à la personnalité d'Ebro? Certes pas. Le fait d'admettre la possibilité d'un recours par la voie de la *tercería de dominio* implique, bien au contraire, la reconnaissance, sans équivoque aucune, de la personnalité du tiers revendiquant. Aucun doute n'est possible à cet égard.

En définitive, donc, ce qu'a fait le juge c'est respecter la personnalité morale des filiales en reconnaissant leur caractère de sociétés dépendantes de la société faillie.

Lorsque, dans le jugement déclaratif de faillite lui-même, le juge a parlé de la saisie de l'actif d'Ebro « sans préjudice de son fonctionnement » (*sin detrimento de su función*) (D., VI, p. 427 et suiv.), il a tout simplement voulu dire que la saisie devait se faire sans qu'il soit porté préjudice au fonctionnement de la société filiale en tant que personne morale. La Partie adverse a spéculé interminablement sur cette formule, en nous faisant grief de « cueillir » cinq mots pour démontrer que le juge a respecté, dans le jugement déclaratif de faillite, la personnalité morale des filiales (VIII, p. 186). Ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Nous reprenons cette formule parce que nous y voyons une preuve de plus que la lecture du jugement déclaratif de faillite et des décisions postérieures mène, en interprétant les choses d'une façon logique et systématique, à une conclusion certaine : la saisie des actifs ordonnée par le juge ne portait pas atteinte à la survie des sociétés en tant que personnes morales.

C'est là une interprétation cohérente que la Partie adverse voudrait remplacer par une autre interprétation, qui n'a aucun sens et selon laquelle le juge, contre toute logique, aurait à la fois méconnu et confirmé la personnalité des filiales.

Tout cela est absurde. Un grief sérieux ne peut se fonder sur quelques mots ou expressions glanés de-ci de-là et cela va à l'encontre des règles d'interprétation les plus élémentaires. En effet, les actes contemporains ou postérieurs du juge de Reus ou des juges spéciaux qui sont intervenus dans la procédure, loin de confirmer la thèse de la Partie adverse, impliquent de façon constante la reconnaissance de la personnalité des filiales.

Il est donc aisé d'expliquer ce qui s'est passé : tenu de prendre les mesures conservatoires indispensables dans toute faillite, le juge, qu'il emploie une formule ou une autre, une expression ou une autre, ne pouvait pas ne pas tenir compte du fait que les sociétés filiales, encore qu'ayant une personnalité propre ou distincte, étaient néanmoins des sociétés absolument dépendantes de Barcelona Traction (D., VI, p. 426 et suiv.). Ainsi, le juge protégeait les créanciers sans pour autant mettre en cause la survie et la personnalité même des filiales.

Rien ne permet d'en douter ni d'ailleurs de prétendre que cela constitue une explication à posteriori, élaborée pour les besoins de la cause. Il est inadmissible de formuler des affirmations aussi inconséquentes d'autant qu'il est évident que la compatibilité entre le concept de personne morale distincte et celui d'interdépendance entre des personnes morales distinctes est admise et correspond d'ailleurs à une réalité indiscutable. Le droit espagnol lui-même le reconnaît et y fait expressément référence dans l'exposé des motifs de la *Ley de Entidades Estatales Autónomas*, du 26 décembre 1958, la loi relative aux personnes morales autonomes de droit public, qui affirme notamment que, « même dans les cas où les entités jouissent d'une personnalité distincte de celle de l'Etat, il ne s'agit pas de personnes indépendantes de celui-ci... »

Le Gouvernement espagnol a démontré dans la duplique (VI, p. 430), en invoquant à l'appui des faits concluants, que même pendant les deux premiers mois qui ont suivi la faillite, les sociétés filiales ont continué à fonctionner normalement dans leurs relations avec les tiers, en conservant leur personnalité propre, par l'intermédiaire soit de leur conseil d'administration, soit des cadres supérieurs techniques et administratifs qu'il n'avait pas été nécessaire de destituer. Telle est la réalité, et elle est en tous points incompatible avec la thèse de la Partie adverse fondée sur la prétendue méconnaissance de la personnalité morale.

B) J'en arrive ainsi à la seconde des affirmations fondamentales du gouvernement demandeur, qu'il m'appartient à présent de réfuter. On nous dit que, en méconnaissant la personnalité des filiales, le juge de Reus a commis une violation flagrante tant du droit canadien que du droit espagnol, puisque tous deux admettent la validité de la société unipersonnelle.

Le Gouvernement espagnol considère que ce raisonnement repose sur une prémisse fautive. En effet, on l'a déjà vu, le juge n'a pas nié la personnalité des filiales. En outre, même si l'on admettait sur ce point la thèse adverse que le Gouvernement espagnol rejette, le juge de Reus n'aurait pas pour autant commis la violation de l'ordre juridique qui lui est imputée, parce que d'une part le droit canadien n'était pas applicable au cas d'espèce et d'autre part la doctrine et la jurisprudence espagnoles étaient hostiles aux sociétés unipersonnelles.

a) Il n'y a pas lieu de démontrer ici que le droit canadien admet ou n'admet pas les sociétés unipersonnelles. Quelle que soit la solution que consacre ce droit, elle n'aurait pu être prise en considération par le juge de Reus, pour cette simple raison qu'en droit international privé espagnol une loi étrangère ne peut pas être appliquée d'office et qu'en outre elle est considérée simplement comme un fait. C'est ce que reconnaissent les arrêts de la cour suprême espagnole et notamment ceux des 28 mai 1880 (*Colección legislativa*, n° 166), du 7 novembre 1896 (*ibid.*, n° 135), du 15 novembre 1898 (*ibid.*, n° 69), et du 19 décembre 1935 (*ibid.*, n° 115). Et comme le droit canadien n'a jamais été invoqué à l'occasion de la voie de recours où il aurait pu l'être, il est évident qu'il n'a jamais pu être violé par le juge.

b) Voyons maintenant quelle était, à l'époque de la déclaration de faillite, la position du droit espagnol sur la question de la société unipersonnelle (VIII, p. 165 et suiv.).

Le Gouvernement belge n'hésite pas à affirmer que l'ordre juridique espagnol admettait avant la mise en faillite et continue d'admettre la société unipersonnelle et qu'il lui reconnaît la personnalité morale. Cepen-

dant, dans cette matière comme à propos de tant d'autres points de droit espagnol, le Gouvernement belge est notoirement mal informé.

La duplique a déjà montré (VI, p. 433 et suiv., et annexes qui y sont citées) qu'il n'est pas vrai que la doctrine espagnole contemporaine en matière de déclaration de faillite soit favorable à la société unipersonnelle; qu'il n'est pas vrai non plus que depuis l'entrée en vigueur de l'actuelle loi sur les sociétés anonymes la jurisprudence et la doctrine soutiennent, l'une et l'autre, la validité ou la légalité de la société anonyme unipersonnelle; enfin qu'il est également erroné de présenter la société d'une seule personne comme une forme de société normale et inattaquable; qu'enfin, il est faux de dire qu'en Espagne l'ordre juridique et la doctrine n'admettent pas qu'il y ait interdépendance sur le plan patrimonial entre l'associé unique et la société, dans la mesure où cela peut être nécessaire pour que soit dûment assurée la protection des créanciers.

Après tout cela l'on peut à vrai dire s'étonner que l'on soit allé jusqu'à affirmer dans les plaidoiries (VIII, p. 165) que « l'opinion dominante » parmi la doctrine espagnole admet la validité de l'« unipersonnalité préordonnée », c'est-à-dire « décidée entre les fondateurs dès avant la constitution de la société », alors que la vérité est que, dans la doctrine espagnole, il ne se trouve qu'un seul auteur, le professeur Jordano, pour soutenir pareille thèse.

Quiconque a des notions de droit espagnol ne manquera pas de trouver étranges les affirmations de la Partie adverse sur la société unipersonnelle, tout comme la référence qui est faite à la jurisprudence pour montrer que la cour suprême espagnole aurait admis la validité de la société unipersonnelle sauf dans un arrêt, celui du 13 juin 1891. La vérité est tout autre: en Espagne, comme dans bien d'autres pays, l'hostilité de la doctrine et de la jurisprudence envers la société unipersonnelle était tellement évidente que lorsque, dans la loi sur les sociétés anonymes de 1951, le législateur a décidé de la tolérer, et ce incontestablement dans des limites précises, il a indiqué dans son exposé des motifs que jusqu'alors la législation espagnole y était opposée. Il n'en pouvait être autrement. En effet, l'on ne pouvait oublier que tant l'article 1665 du code civil que le premier alinéa de l'article 116 du code de commerce exigent de façon très nette qu'il y ait au moins deux personnes pour que l'on puisse parler de société.

Dans son *Curso de Derecho Mercantil*, le professeur Garrigues, refusant d'admettre la validité des sociétés unipersonnelles et se référant à la jurisprudence de l'arrêt du 13 juin 1891, écrit ce qui suit:

« Notre Tribunal suprême a repoussé incidemment ces déformations juridiques dans son arrêt du 13 juin 1891, en affirmant qu'il ne peut exister de société composée d'un seul individu. Et tant que notre droit en vigueur ne sera pas modifié (art. 1911), pour étendre au commerçant individuel le bénéfice légal de la responsabilité limitée, qui entraîne la séparation du patrimoine civil et du patrimoine commercial et les garanties nécessaires de publicité, il faudra admettre la thèse de la cour suprême, en repoussant comme artificielle toute construction juridique qui prétende protéger par les prérogatives du patrimoine social des patrimoines qui sont en réalité individuels. » (*Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1936, p. 327.)

Il me semble, Monsieur le Président, que ce passage fait apparaître très clairement pourquoi le Gouvernement belge a voulu donner, à propos des

sociétés unipersonnelles, cette vision erronée et tout à fait différente de la véritable position de la doctrine et de la jurisprudence espagnoles. Se référer au sens réel de cette doctrine revient à dire que même si le juge de Reus avait écarté — ce que nous n'admettons absolument pas — la personnalité des sociétés filiales, il n'aurait pas même pu commettre la violation de l'ordre juridique interne qui lui est imputée, car, contrairement à ce que soutient la Partie adverse, à l'époque de la mise en faillite la doctrine et la jurisprudence espagnoles n'étaient pas favorables aux sociétés unipersonnelles. Le juge s'est écarté de cette doctrine.

Mais même ainsi le juge ne pouvait pas ignorer quels abus ou quelles fraudes la société faillie ou ses hommes de paille dans les filiales étaient susceptibles de commettre. C'est bien pourquoi, tout en adoptant une position favorable au maintien de la personnalité des filiales, il ne pouvait manquer de reconnaître le caractère dépendant de ces sociétés et les risques qu'une telle situation pouvait entraîner pour la protection que le droit accorde aux créanciers.

Toutefois, la Partie adverse, sans doute consciente de la faiblesse de ses arguments, a cru bon de soutenir que même dans l'hypothèse où la société unipersonnelle n'aurait pas été admise, le juge aurait commis une autre illégalité, puisque, dit-elle, il ne pouvait décider de la confusion immédiate des patrimoines, sans prononcer préalablement la dissolution des sociétés et ordonner leur mise en liquidation (VIII, p. 168 et suiv.). Afin de consolider cette nouvelle position, elle a recours à la théorie de la *simulation dans les sociétés à « unipersonnalité préordonnée »*.

Nous pensons, quant à nous, que la prémisse est fautive. Il n'y a eu ni extinction de la personnalité ni confusion de patrimoines. Il est donc superflu d'aborder ces questions. Le juge a respecté la personnalité des sociétés filiales unipersonnelles et a maintenu la séparation entre leurs patrimoines respectifs.

Mais puisque la Partie adverse a jugé opportune cette manœuvre de diversion fondée sur la simulation et sur la nécessité d'une dissolution préalable des sociétés filiales, le moment est peut-être venu de lui rappeler la célèbre décision de la direction générale des registres, du 11 avril 1945 (*Colección legislativa*, n° 68), qui a ouvert la voie, en Espagne, à la reconnaissance de la société d'une seule personne, encore que dans les strictes limites de la *spes refectioinis*. Le Gouvernement belge s'est particulièrement intéressé à cette décision, au cours de ses plaidoiries à l'appui de la thèse de la validité des sociétés unipersonnelles (VIII, p. 166). Un passage nous intéresse à présent tout particulièrement, pour préciser l'idée que nous venons d'exposer. Ce passage, qui — comme cela est indiqué dans la duplique (VI, p. 436) — gêne sans doute la Partie adverse est ainsi conçu :

« si le titulaire unique (de la société anonyme unipersonnelle), en se prévalant de la lacune législative, venait à commettre des abus de droit, les tribunaux de justice peuvent, le moment venu, à l'initiative des parties ou d'office selon les cas, prendre les mesures (*adoptar los acuerdos*), et même imposer les sanctions correspondantes ».

Ces mots montrent bien l'erreur manifeste commise par le Gouvernement belge lorsqu'il affirme qu'il aurait été nécessaire d'exercer contre les sociétés une action en dissolution ou en déclaration de simulation (R., V, p. 381, 4^e conclusion). Tout au contraire, cette décision fait ressortir que, dans l'ordre juridique espagnol, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours

à la solution extrême consistant à dissoudre la société; les tribunaux peuvent, même d'office, prendre les mesures ou imposer les sanctions correspondantes.

Conformément à cette règle le juge de Reus et les tribunaux espagnols n'ont pas déclaré la nullité des sociétés filiales, ne leur ont imposé aucune sanction et n'ont pas confondu le patrimoine de la société mère avec le patrimoine des filiales. Ils se sont bornés, à la requête des parties, à prendre les décisions ou les mesures qui convenaient compte tenu, d'une part, de la structure du groupe Barcelona Traction et, d'autre part, des risques prévisibles qu'auraient pu courir les intérêts légitimes des créanciers si l'on avait négligé de prendre ces mesures. De toute manière, nos estimés contradicteurs devront reconnaître qu'il aurait fallu prendre des mesures de ce genre même si le juge avait fait sienne la thèse inacceptable de la Partie adverse concernant la dissolution et la liquidation des sociétés. A plus forte raison les mesures conservatoires correspondantes se seraient-elles imposées en pareil cas.

Nous ne voulons pas non plus nous laisser entraîner à discuter la question complexe, objet de maintes discussions doctrinales, des communications de responsabilité entre la société mère chef de file d'un groupe et les sociétés filiales. En citant exclusivement le professeur Garrigues, la Partie adverse s'étend longuement sur ce sujet pour nous dire que, puisque les sociétés filiales étaient distinctes, le juge ne pouvait pas, sans méconnaître leur personnalité morale, incorporer leur patrimoine à la masse de la faillite. Si nous refusons de nous laisser entraîner dans l'examen de cette question, c'est que nous venons d'exposer que les prémisses même de la discussion sont, à nos yeux, fausses et inacceptables.

Point n'est besoin donc d'aller plus avant sur ce terrain. Point n'est besoin non plus de discuter ici de questions aussi étranges que le point de savoir si le juge pouvait ou ne pouvait pas, devait ou ne devait pas, avant de passer outre la personnalité et de confondre les patrimoines — ce que, répétons-le, il n'a pas fait —, utiliser pour protéger les créanciers l'action paulienne ordinaire ou l'action en nullité contre les filiales. Voici, à vrai dire, un excellent et efficace moyen de défense dans le cadre d'une faillite que celui que prône la Partie adverse! Nous ne saurions toutefois aller de l'avant sans rappeler ce que dit exactement le professeur Garrigues, dans le passage cité comme suit par la Partie adverse (VIII, p. 179):

« lorsque la société dominante fait faillite, les syndics peuvent demander, le cas échéant, que le patrimoine des filiales soit attiré par la masse de la faillite, s'ils prouvent que la constitution de ces filiales n'a eu d'autre objet que de réduire (et il nous faut souligner ces mots) la garantie des créanciers de cette société. En dernière analyse, il s'agit d'un problème de preuve: si l'on démontre que la société dominée constitue une simple apparence de société (prête-nom), derrière laquelle se cache la société dominante, et que cette société interposée est utilisée pour éluder l'accomplissement de contrats ou pour réduire la propre garantie (sic) face aux créanciers, les tribunaux devraient passer outre aux obstacles juridiques formels et établir la communication de responsabilité entre les deux sociétés. »

J'ose espérer que, ceci étant dit et après la plaidoirie de mon collègue, le professeur Waldock, il est définitivement établi que toutes les prévisions qui, de l'avis du professeur Garrigues, permettent aux syndics

d'apporter à la masse de la faillite le patrimoine des filiales, se sont trouvées réunies dans notre espèce. Pourtant, alors que le juge disposait de preuves suffisantes pour établir que la structure du groupe avait servi à « réduire la propre garantie (*sic*) face aux créanciers », il n'a, à aucun moment, et même pas après avoir eu pleinement connaissance de ces faits, pris ces graves décisions d'extinction de la personnalité morale et de confusion des patrimoines sociaux que la Partie adverse lui impute tout à fait gratuitement.

C'est pour la même raison qu'il est inutile d'insister encore sur l'idée de la fraude aux créanciers et sur l'application des règles relatives aux effets rétroactifs de la faillite; ou sur l'idée de la fraude à la loi — comme le fait la Partie adverse (VIII, p. 181 et suiv.) — ou encore sur l'article 174 du code de commerce espagnol (VIII, p. 162) qui est absolument étranger, par son contenu et sa finalité mêmes, à l'hypothèse de la société anonyme unipersonnelle. La seule chose qui ait un sens à ce propos, me semble-t-il, c'est d'exposer ce que le juge et les organes de la faillite ont cru devoir faire et ont effectivement fait au sujet de la saisie des actifs. Il apparaîtra ainsi que la troisième affirmation fondamentale formulée par le Gouvernement belge, à savoir que l'idée de fraude ne suffit pas à justifier les mesures de saisie, est dépourvue de tout fondement.

C) Les sociétés unipersonnelles étaient — cela ne fait pas de doute — un instrument permettant de masquer des desseins frauduleux; et ce tout autant pour les fraudes imminentes qu'avant toute chose le juge a tenu à prévenir dès le départ, que pour les fraudes qui — ainsi qu'on l'a démontré par la suite — ont été réellement commises par la société faillie. Il s'ensuit que, si l'on s'en était tenu, sans défaillances, à la ligne défensive que constituait la personnalité autonome des filiales, qui toutes étaient de véritables *alter ego* de Barcelona Traction, l'on aurait rendu inefficaces aussi bien les règles de l'ordre juridique espagnol relatives à l'incapacité résultant du dessaisissement du failli (art. 878 du code de commerce) que celles qui prescrivent l'extinction des mandats en cas de faillite (art. 1732 du code civil).

Telle est la position qu'a adoptée le juge, position logique, d'ailleurs, et conforme au droit. La lecture du jugement déclaratif de faillite devrait suffire pour apprécier la portée que le juge a voulu donner aux mesures de saisie. Néanmoins, s'il fallait une preuve de plus pour démontrer la nécessité d'éviter les fraudes éventuelles, il suffirait de se reporter à l'ordonnance du juge de Reus du 9 mars 1948 qui parle de l'inopposabilité de la personnalité morale, dans la mesure où elle impliquerait que soient « laissés sans protection les créanciers de Barcelona Traction », et qui déclare catégoriquement, à propos de la structure du groupe et de la situation de la société faillie et des sociétés filiales, que, « abstraction faite de la réalité économique, elles deviennent des sociétés de protection de la société faillie, plaçant ainsi un rideau d'immunité entre elle et ses risques financiers ».

Nous attendons toujours que nos estimés contradicteurs veuillent bien expliquer de façon satisfaisante cette position du juge autrement que par l'évidente nécessité de prévenir les fraudes imminentes. La Partie adverse, qui met en relief dans sa plaidoirie quelques expressions tirées de cette ordonnance et relatives à la fiction de la personnalité, préfère se taire prudemment sur le lien entre ces expressions et les mots que nous venons de transcrire et qui donnent tout leur sens aux références faites par le juge à la personnalité des filiales (VIII, p. 154 et 164).

Le Gouvernement belge nous dit, d'une façon générale, que s'il était exact que le juge a basé son raisonnement sur la fraude il aurait eu recours au moyen spécifique dont il disposait pour faire échec à cette fraude: conférer à la déclaration de faillite un effet rétroactif. Mais cette affirmation n'a pas de sens, car il est évident, et naturellement le juge ne pouvait pas non plus l'ignorer, que cette mesure — comme cela a déjà été expliqué dans la duplique (VI, p. 431) — aurait été aussi lourde de conséquences qu'inefficace du point de vue pratique.

Ce que le juge avait fort bien compris, c'est que la nécessité primordiale n'était pas « d'agir rétroactivement », mais bien « d'agir par anticipation », c'est-à-dire de prendre par avance des mesures conservatoires de saisie, afin de couper court ou de parer au risque grave et imminent que les hommes de paille de la société faillie, disposant de l'argent, du patrimoine et des livres des sociétés filiales dont les actions étaient la propriété de Barcelona Traction, soient en mesure de démembrer l'entreprise unique constituée par ces sociétés.

Les événements ne tardèrent pas à montrer combien le danger était réel. Les anciens administrateurs — le fait a été relevé dans le contre-mémoire et dans la duplique (A.C.M., vol. VII, p. 357, et A.D., vol. II, n° 89, p. 687) — s'empressèrent en effet de prendre aussitôt toute une série de mesures frauduleuses dont les unes sont très graves et les autres très pittoresques. Tel d'entre eux refusait de remettre les clés d'un bureau pour empêcher la saisie des papiers qui s'y trouvaient déposés; tel autre remplaçait une plaque portant le nom de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad*, par une simple feuille de papier blanc ou était écrite à la main la raison sociale de *Salto del Ebro, S.A.* L'éventail de ces manœuvres frauduleuses va depuis le fait extrêmement grave de renoncer à une option dont la valeur financière était considérable jusqu'au fait de faire inscrire au registre du commerce toute une série de pouvoirs conférés par M. Menschaert postérieurement à sa destitution et jusqu'aux lettres par lesquelles MM. Menschaert et Puig Doménech sommaient les banques de s'abstenir d'exécuter l'ordre du juge d'avoir à remettre aux organes de la faillite les soldes des comptes des filiales (A.C.M., vol. VII, p. 353 et suiv.).

Ainsi qu'il a déjà été relevé dans nos écritures, le juge n'a pris aucune mesure d'exécution (du genre de celle qui aurait consisté à considérer les sociétés filiales comme éteintes) (D., VI, p. 440 et suiv.).

Bien au contraire, après avoir ordonné la saisie des actions et obligations qui constituaient formellement le patrimoine de la société faillie, il s'est borné, à l'égard des actifs des filiales, à ordonner la saisie à titre de mesure complémentaire, sans préjuger de l'objet et de la portée de cette mesure, attendant de voir quelle attitude adopteraient ultérieurement les parties au litige.

Le caractère strictement conservatoire de ces mesures explique:

- a) que l'ordre de saisie, qui concernait tous les actifs des filiales, ait été exécuté uniquement sur les livres, papiers et espèces;
- b) que la saisie ait été transitoire et adaptée par la suite au nouvel état de fait et
- c) qu'enfin les actifs des filiales n'aient pas été aliénés lors de la vente aux enchères.

C'est bien pourquoi l'on est surpris par l'affirmation toute gratuite selon laquelle le Gouvernement espagnol aurait imaginé après coup de

qualifier de conservatoire l'ordre de saisie, qualification qui n'aurait pas été admise par les tribunaux. Le Gouvernement belge affirme ainsi une inexactitude de plus. Nous avons déjà indiqué dans la duplique (VI, p. 442) que la première chambre du Tribunal suprême, dans son arrêt du 22 juin 1954, a reconnu le caractère conservatoire de la mesure. Voici le passage de la décision :

« la saisie et le contrôle des biens, livres et documents de certaines sociétés ayant été prononcés comme mesure de précaution ou de garantie, du fait que la société propriétaire des actions du capital des sociétés précitées a été déclarée judiciairement en faillite, la décision, qui, sur la demande des syndics de la faillite, lève la saisie et le contrôle par suite de la vente desdites actions et le transfère à un tiers des droits qui pouvaient se trouver rattachés à la société faillie à leur sujet, se borne à laisser sans effet une mesure de précaution qui s'avérait superflue du moment que disparaissait la cause qui la motivait... » (A.D., vol. III, n° 100).

Dans la procédure orale (VIII, p. 159), la Partie adverse fait mention de cette décision du Tribunal suprême, non pas certes pour reconnaître le caractère conservatoire des mesures de saisie, mais pour essayer de démontrer que la saisie des actifs aurait été maintenue avec tous ses effets jusqu'à la vente des actions des sociétés filiales. Une fois de plus, il est difficile de comprendre la Partie adverse, car le texte de l'arrêt dit clairement que la saisie et la mise sous séquestre ont été ordonnées « à titre de mesure de précaution ou de garantie » et qu'il s'agissait de rapporter une mesure conservatoire. Manifestement s'il y a eu à ce moment-là levée d'une mesure conservatoire de contrôle ou de surveillance l'on ne peut pas parler de l'existence d'une saisie des actifs avec plénitude d'effets. On en vient à croire que la Partie adverse n'a peut-être pas lu la décision du Tribunal suprême avec toute l'attention souhaitable, car à la ligne suivante (VIII, p. 159) elle prend la liberté de « mettre la Cour en garde » contre l'omission du mot « saisie » dans la traduction de l'arrêt du Tribunal suprême, qui se trouve à l'annexe n° 100 de la duplique; or, il se trouve que, si l'on se reporte audit texte, on constate qu'il n'en est rien et que le mot « saisie » se trouve bien dans l'annexe. Ce n'est qu'une preuve de plus de la façon d'agir de la Partie adverse.

Nous avons donc affaire à des mesures conservatoires qui sont modérées dans leur formulation et modérées dans leur exécution, puisqu'elles n'ont porté que sur les biens qui risquaient d'être frauduleusement soustraits par les hommes de paille de la société faillie. L'ordre de saisie a porté — nous n'avons jamais dit le contraire — sur la totalité des actifs des filiales, mais, au moment de donner exécution à cet ordre, les organes de la faillite ont limité la portée des mesures de garantie, les opérations de saisie n'ayant lieu que dans les bureaux du numéro 2 de la Plaza de Cataluña, où étaient conservés les archives et les documents des sociétés affectées par la saisie. D'un autre côté, les banques, dans les caisses desquelles se trouvaient en dépôt des actions des sous-filiales, ont été constituées en dépositaires desdites actions pour le compte des organes de la faillite; quant aux banques où étaient ouverts des comptes courants, ordre leur fut donné de virer les fonds de ces comptes au Banco de España pour y être tenus à la disposition du séquestre-dépositaire de la faillite.

Il n'est rien dans tout cela qui ne soit, aux yeux d'un observateur impartial, parfaitement correct et normal, et c'est en vain que le Gouver-

nement belge essaie une fois de plus, à propos de la prétendue omnipotence de M. March et des communications adressées aux banques, de décrire la « stupeur » que ces mesures auraient produite, dans ces établissements (VIII, p. 156). S'il est vrai que les banques demandèrent des éclaircissements concernant le transfert de fonds au Banco de España, à aucun moment elles n'ont manifesté la moindre hésitation ni la moindre répugnance pour exécuter les ordres de saisie.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Et puisqu'il est question de ces demandes d'éclaircissement présentées par les banques, force nous est de dire qu'il n'y a rien là de surprenant, étant donné l'attitude qu'ont adoptée à ce moment-là MM. Menschaert et Puig Doménech, lesquels, après avoir été destitués des fonctions qu'ils exerçaient dans Ebro et Barcelonesa, se sont adressés aux banques pour les sommer de désobéir aux ordres du juge en les menaçant de mettre en cause leur responsabilité. Assurément, c'est cette sommation qui pourrait susciter la « stupeur » ! Il est bien naturel que les banques, en recevant les sommations de MM. Menschaert et Puig Doménech, aient, pour mettre leur responsabilité à couvert, demandé au tribunal qu'il leur expliquât ou confirmât l'ordre de virement des fonds qu'elles avaient reçu. Et voilà qu'aujourd'hui la Partie adverse voudrait (VIII, p. 156) présenter les demandes d'éclaircissement adressées par les banques au juge comme l'expression des doutes sérieux qu'auraient éprouvés ces banques quant à la légalité des mesures de saisie qui avaient été ordonnées à l'encontre d'Ebro et Barcelonesa.

C'est bien inutilement que la Partie adverse cherche à rendre obscur (VIII, p. 155) le sens parfaitement clair de la déclaration que renferme la décision rendue par le tribunal n° 4 de Barcelone le 13 février 1948, car, quoi qu'en dise le Gouvernement belge, cette décision n'a pas attribué aux organes de la faillite la possession de tous les biens ; elle leur a attribué uniquement la possession des biens situés dans la ville de Barcelone. D'ailleurs les opérations de saisie se sont uniquement déroulées dans les bureaux situés Plaza de Cataluña, où étaient conservés les archives et les documents des sociétés affectées par la saisie.

C'est en vain aussi que le Gouvernement belge dira et redira que la prise de possession des immeubles a été opérée de façon automatique. Au cours de la procédure-orale, la Partie adverse ne s'arrête plus sur la grave accusation que formulait la réplique (V, p. 25), à savoir que les organes de la faillite se sont abstenus de demander l'inscription à titre préventif au registre des hypothèques de l'ordre de saisie desdits immeubles, et ce de crainte que le conservateur des hypothèques ne refuse cette inscription. Le Gouvernement belge a laissé passer l'occasion que lui offrait la procédure orale de répondre aux arguments par lesquels la duplique (VI, p. 445) a démontré que cette accusation de la réplique était dépourvue de tout fondement.

D) Je pense avoir montré ainsi, Monsieur le Président, Messieurs, que la saisie des actifs des filiales a été opérée de façon correcte et conforme au droit. Voyons à présent ce qui s'est réellement passé. Voici, très simplement, les faits : une fois conjuré le risque de fraude, les organes de la faillite qui avaient qualité à cet effet (c'est-à-dire le commissaire et le tribunal de Reus) ont mis fin à la saisie conservatoire, au sens d'une gestion directe des filiales par le séquestre-dépositaire et ont établi une

situation normale dans le fonctionnement des sociétés afin qu'elles soient administrées par leurs propres organes. De sorte que la mesure conservatoire de saisie s'est trouvée modifiée jusqu'à n'être plus qu'un contrôle et une surveillance exercés par les organes de la faillite sur la gestion des conseils d'administration des filiales.

a) La conversion de la saisie conservatoire en un contrôle et une surveillance exercés par les organes de la faillite sur les sociétés « normalisées » s'est produite — on le sait — deux mois après la déclaration de faillite. Le jugement du 12 février 1948 avait ordonné la saisie des actifs des filiales « sans préjudice de leur fonctionnement » et, fidèle à cette idée, le commissaire, par ordonnance du 7 avril de la même année, ordonna qu'il fût disposé de certains fonds bancaires appartenant aux filiales « par l'intermédiaire de leurs organes d'administration et de gestion, sous le contrôle du séquestre-dépositaire administrateur de la faillite, étant donné que les sociétés saisies étaient des *pertenencias* du failli ». Cette ordonnance fut confirmée trois jours plus tard, c'est-à-dire le 10 avril, par le tribunal qui ratifia, d'une part, « la personnalité juridique » et le fonctionnement avec « gestion autonome » des sociétés filiales, et d'autre part la soumission desdites sociétés au « contrôle et à la haute surveillance du séquestre-dépositaire administrateur de la faillite », en raison du fait que la totalité de leurs actions appartenait à la société faillie. Trois jours plus tard, par ordonnance du 13 avril, le commissaire considérait les opérations de saisie comme terminées en déclarant qu'il tenait pour effectuée la saisie des filiales et sous-filiales. Le texte de l'ordonnance est le suivant :

« les organes statutaires desdites sociétés étant normalisés, et ceux-ci devant désormais effectuer l'administration sociale desdites sociétés, sans autres limitations que celles qui découlent des statuts et du jugement déclaratif de faillite ainsi que des décisions judiciaires ultérieures qui l'ont complétée, il y a lieu de maintenir, en ce qui concerne M. le dépositaire-administrateur, du fait des prescriptions desdites décisions judiciaires, la nécessaire intervention ou contrôle qu'exige l'intérêt qu'ont les créanciers sur les biens desdites sociétés, *pertenencias* du failli » (A.C.M., vol. VII, p. 230).

Naturellement, pendant la faillite la normalisation des filiales ne pouvait être et n'a pas été absolue. La structure même du groupe, qui explique pourquoi le jugement déclaratif de faillite a affecté les filiales et sous-filiales, exigeait que les organes de la faillite restent chargés d'un rôle de contrôle à l'égard de la gestion quotidienne des différentes sociétés du groupe.

Comment s'est exercée cette mission de contrôle? Elle a, sans aucun doute, pris une forme très modérée et discrète: d'une part, elle a consisté en un contrôle des organes de la faillite sur les mouvements de fonds des filiales; d'autre part, lesdits organes ont exercé les droits d'associé dans les filiales et ont assisté aux assemblées générales des sous-filiales aux côtés du représentant ou des représentants de la société filiale titulaire des actions de la sous-filiale dont il s'agissait.

C'est ainsi qu'a pu se poursuivre de la façon la plus libérale possible le contrôle exercé sur le fonctionnement des sociétés filiales normalisées, contrôle pleinement justifié puisque les patrimoines de ces sociétés — unique garantie effective dont disposaient les créanciers — étaient véritablement en fin de compte des *pertenencias* de la société faillie. En

employant ce terme de *pertenencias* nous ne saurions manquer de remercier la Partie adverse d'avoir donné tant d'explications du concept juridique de *pertenencias* (VIII, p. 187 et suiv.). A vrai dire, ce terme a pour nous une signification parfaitement claire par rapport à l'unité économique de l'entreprise.

Ce contrôle prit fin lorsque fut rendue l'ordonnance du 16 août 1952, qui prescrivait la cessation de l'intervention des organes de la faillite au sein des sociétés du groupe.

b) D'autre part, les causes ou les raisons qui ont déterminé la transformation de la mesure conservatoire de saisie en un simple contrôle sont fort simples et ont déjà été exposées dans nos écritures (D., VI, p. 451 à 461). Toutefois la Partie adverse a gardé le silence sur la quasi-totalité de cet exposé. Cela n'a rien de surprenant. Nous nous bornerons, à présent quant à nous, à rappeler ce qui suit.

1. Il ne faut pas perdre de vue la façon dont le groupe Barcelona Traction s'est comporté du point de vue de la procédure au cours des journées qui ont suivi immédiatement la déclaration de faillite.

a) Une fois la faillite déclarée par le tribunal et une fois ordonnée la saisie conservatoire des actifs des deux sociétés filiales dont le caractère unipersonnel était évident pour le juge, il aurait été logique que puisse se produire une réaction contre ces mesures, si les sociétés avaient considéré que la saisie était inadéquate (*ibid.*, p. 452 et suiv.). Mais les filiales n'ont exercé aucune des actions qui leur étaient ouvertes. Il y a eu, il est vrai, le recours d'Ebro, le 15 février 1948, contre le jugement déclaratif de faillite, recours dirigé contre le passage de cette décision qui concernait la saisie de ses propres actifs. Mais, comme l'a relevé la duplique (*loc. cit.*), non seulement Ebro n'avait pas qualité pour être partie au litige, mais encore la procédure employée n'était pas celle qui convenait. Le juge de Reus, dans son jugement du 17 mars 1948, a indiqué à la société Ebro que, si elle s'estimait lésée par la procédure de faillite, elle pouvait se défendre « au moyen de la *tercería de dominio* », mais Ebro ne pouvait suivre ce conseil pour la bonne raison qu'en 1948 toutes ses actions étaient encore la propriété de Barcelona Traction.

b) Et, en second lieu, il importe de ne pas oublier non plus que les opérations de saisie effectuées dans les bureaux des sociétés filiales ont révélé au juge la réalité d'une fraude qui, une fois connue, ne pouvait manquer d'influer sur ses décisions. Compte tenu de ces faits, il est absurde que la Partie adverse essaie d'éluder le reproche qui est fait à ce propos en affirmant que l'organisation du groupe de Barcelona Traction répondait à une pratique courante dans le monde des affaires. Il n'en est rien. Personne n'ignore qu'il existe des groupes de sociétés et personne ne nie que ce soit là une pratique qui peut être légitime. Ce qu'affirme le Gouvernement espagnol, c'est que le groupe Barcelona Traction, par les manœuvres de toutes sortes auxquelles il se livrait, a fait apparaître de façon absolument évidente ce qu'était son objet ainsi que le caractère frauduleux de son comportement.

c) Tels sont les faits, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour. Au vu de ces faits, il n'y a manifestement aucun fondement à la thèse de la Partie adverse selon laquelle la saisie aurait impliqué tout d'abord la perte de la personnalité juridique puis sa reconnaissance et selon laquelle la saisie, loin d'être temporaire, aurait persisté au-delà même de la normalisation des filiales. L'une et l'autre de ces affirmations, ainsi que j'espère l'avoir démontré, sont dépourvues de tout fondement. Ce

son, pour nos contradicteurs, deux idées fixes qui pourtant ne découlent ni des décisions de justice ni des faits et toute l'insistance que l'on mettra à les répéter ne pourra rien y changer.

Certains des arguments avancés par la Partie adverse à l'appui de cette thèse ont été passés sous silence dans la procédure orale, sans doute parce que le Gouvernement belge n'était pas en mesure de répondre aux raisonnements contenus dans la duplique. Il en est d'autres sur lesquels nos estimés contradicteurs continuent à insister: ainsi, par exemple, l'argument relatif aux pouvoirs que le juge a conférés, à l'égard des filiales, aux organes de la faillite. De l'avis du Gouvernement belge, ces pouvoirs impliqueraient pour les filiales la perte de leur personnalité juridique et seraient en contradiction avec l'exercice par le dépositaire et par les syndics des droits inhérents aux actions, alors que cet exercice suppose précisément le maintien de cette personnalité (VIII, p. 157 et 158). Dans les cas de ce genre, on est amené, selon mon éminent contradicteur, à « sauter d'un pied sur l'autre ». L'ennui c'est qu'ici il n'y a qu'un seul pied, à savoir que la personnalité juridique a toujours été reconnue aux filiales, personnalité compatible, bien entendu, tant avec la saisie des droits de la société faillie au sein desdites filiales qu'avec les mesures conservatoires prises par le juge et avec l'exercice des droits d'associé par les organes de la faillite.

La Partie adverse insiste également sur les termes employés dans l'ordonnance du commissaire en date du 7 avril 1948, prétendant y voir la preuve du maintien des mesures de saisie (VIII, p. 158). Pourtant les faits prouvent très clairement que — on l'a déjà souligné — les mesures de saisie ont pris complètement fin dans les premiers jours d'avril 1948, une fois normalisés les organes des filiales.

Au lieu de spéculer sur telle ou telle expression extraite de l'ordonnance rendue par le commissaire le 7 avril 1948 et dont l'interprétation serait incertaine, la Partie adverse aurait dû s'en tenir aux termes — qui sont, logiquement, plus précis et plus rigoureux — de l'ordonnance rendue par le juge le 10 avril, pour confirmer l'ordonnance du commissaire. Il y est indiqué avec une parfaite clarté et sans la moindre possibilité d'équivoque, quelle est la portée des mesures en vertu desquelles les filiales doivent dès lors poursuivre — c'est la formule employée par le juge — « leur vie sur le plan économique et administratif avec une gestion autonome ». L'ordonnance ajoute en outre que « comme il s'agit de sociétés auxiliaires de la société faillie, pour la raison que c'est à cette dernière qu'appartient la totalité de leurs actions, elles doivent demeurer assujetties à la haute surveillance et au contrôle du séquestre-dépositaire administrateur de la faillite » (A.C.M., vol. VII, p. 229). Il est donc clair et manifeste que cette ordonnance a entraîné la levée de la saisie et a permis la gestion autonome des filiales.

D'autre part, les faits eux-mêmes confirment le sens de ces ordonnances judiciaires. A partir du mois d'avril 1948, il n'y eut plus d'opérations de prise de possession. Les espèces, les titres et les documents ont été restitués aux filiales. Les droits attachés aux actions dont étaient titulaires les filiales ont été dès lors exercés par les organes de ces filiales; quant aux organes de la faillite, ils se bornèrent à exercer le contrôle et la surveillance dont les avait chargés le commissaire avec l'approbation du tribunal. Est-il possible, Messieurs, que l'on veuille faire abstraction de tous ces faits?

D'autre part, l'on prétend aussi (VIII, p. 158) fonder la continuité de la

saisie jusqu'en 1952, sur le simple fait suivant : jusqu'à cette date l'on n'a pas radié l'inscription au registre du commerce du jugement déclaratif de faillite pour autant qu'il affectait Ebro et Barcelonesa. A ce propos, l'on « oublie » — et pourtant on ne devrait pas l'oublier — que l'inscription au registre n'a pas en la matière d'incidence sur le plan des droits réels ni de valeur constitutive et qu'elle n'a eu d'autre rôle que de publier certaines décisions judiciaires qui affectaient ces sociétés; et que si la radiation a été faite en 1952, ce n'est pas parce que la saisie aurait pris fin à cette date, mais parce que l'inscription portée au registre était devenue caduque.

Il est donc évident que nos contradicteurs s'efforcent de défendre une fiction et, ce faisant, entrent en contradiction avec les ordonnances du commissaire et du juge, ainsi qu'avec la réalité même. Pourquoi tout cela? La réponse est aisée: pour continuer à dire que la saisie a été maintenue afin d'avantager le groupe espagnol. Mais si telle a été l'intention du juge dans toutes ses décisions, une question vient à l'esprit: à quoi bon prolonger la saisie sous la forme d'un contrôle sur les filiales puisque la normalisation de ces sociétés constituait en fait — c'est ce que prétend le Gouvernement belge — l'abandon de ces sociétés à des personnes jouissant de la confiance absolue du groupe March?

Il n'y a pas lieu de s'attarder beaucoup plus longtemps à un autre argument dont la Partie adverse a fait l'essai pour tenter de démontrer la continuité de la saisie. Il s'agit de l'affirmation inexacte selon laquelle les fonds des filiales auraient été inclus dans la masse de la faillite. La duplique a décrit la réalité des faits (VI, p. 446-448, et A.D., vol. III, n° 105, p. 24) pour répondre à l'interprétation arbitraire qu'en avait donné la Partie adverse et cet exposé semble avoir produit son effet puisque au cours de la procédure orale la Partie adverse n'a plus mentionné à ce propos que les 81 millions de pesetas de fonds des filiales (VIII, p. 158-159) qui sont demeurés en dépôt à la caisse générale des dépôts jusqu'à une date postérieure à l'adjudication à Feccsa des biens de la société faillie, et ce bien que les juges spéciaux n'aient pas exigé des syndics que les liquidités des filiales soient mises en dépôt.

La duplique a précisé, en outre, pourquoi il est absolument faux que les 81 millions de pesetas d'Ebro aient été inclus dans la masse de la faillite, et a montré que la cour d'appel de Barcelone elle-même, dans son arrêt du 22 décembre 1954, a ordonné aux syndics de faire remise de cette somme à Ebro, qui en était la propriétaire. Cela aussi c'est la simple et l'unique vérité.

Dans son désir, à vrai dire inexplicable, d'altérer la véritable portée de la saisie, le Gouvernement belge a insisté également sur le fait que les syndics se seraient vus contraints de demander la levée des mesures de saisie en août 1952 et que cette levée aurait été opérée par l'ordonnance du juge spécial en date du 16 de ce mois (VIII, p. 158-159). Autre affirmation contraire à la réalité. Les syndics n'ont jamais demandé la levée de ces mesures. Ils ne pouvaient pas la demander pour la bonne raison que la saisie conservatoire des actifs des filiales avait pris fin depuis de longues années. Ce qu'ont demandé les syndics, c'est la levée des mesures de contrôle et de surveillance à l'égard des filiales, ce qui est très différent. Pourquoi vouloir dénaturer la réalité?

E) Enfin, Monsieur le Président, Messieurs les juges, le Gouvernement belge dirige également ses accusations contre les pouvoirs que le jugement déclaratif de faillite a conférés au commissaire afin qu'il soit habilité, au

cas où il le jugerait nécessaire, à déplacer, destituer et nommer le personnel, y compris le haut personnel, des sociétés dont les actions représentatives du capital appartenaient en totalité à la société faillie.

Au cours de la procédure orale (VIII, p. 193-194), la Partie adverse a préféré reprendre et résumer les arguments de la réplique et ne pas tenir compte de la réponse contenue dans la duplique (VI, p. 307 et suiv.); ce faisant, elle visait surtout à esquiver la discussion des problèmes sur le plan juridique pour revenir sans cesse sur les prétendues manœuvres du groupe March. Ainsi voudrait-elle, grâce au moyen commode des accusations insidieuses formulées contre le juge, masquer le fait qu'elle n'a pas raison et que le droit n'est pas de son côté.

C'est en vain que l'on chercherait une réponse satisfaisante aux développements de la duplique concernant les fonctions du commissaire en tant que délégué du juge doté de pouvoirs de gestion, surtout avant la nomination des syndics. C'est en vain que l'on chercherait une réponse adéquate à l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1045 du code de commerce de 1829 en nous référant à la règle qui confère au commissaire le pouvoir de « prendre les ordonnances d'ordre intérimaire qui peuvent être nécessaires d'urgence pour garder en sécurité et en bon état de conservation les biens de la masse ».

C'est en vain que l'on chercherait une réponse suffisante à notre argumentation relative à la nécessité de veiller à la sécurité et à la bonne conservation des biens, ou encore à nos observations concernant l'obstination et l'hostilité que manifestèrent les cadres supérieurs de la direction et de l'administration des sociétés filiales lorsqu'il fut procédé à la saisie conservatoire.

C'est en vain que l'on chercherait un mot concernant notre point de vue que le dessaisissement du failli aurait également eu pour conséquence de conférer ce même pouvoir au commissaire et qu'au surplus celui-ci n'en a fait usage que dans des cas de nécessité ou d'urgence absolue.

F) Voilà, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quels ont été les vains efforts de la Partie adverse pour mettre en cause des mesures judiciaires de saisie conservatoire et de contrôle concernant les sociétés filiales du groupe, c'est-à-dire en définitive de l'entreprise unique, groupe dominé par la volonté toute puissante de la société faillie Barcelona Traction.

A cet effet, le Gouvernement belge fonde son grief le plus grave et le plus important sur le fait que les tribunaux espagnols auraient adopté successivement deux points de vue contradictoires à propos du maintien de la personnalité juridique des sociétés filiales. Le Gouvernement espagnol a mis en relief l'inconsistance de l'argumentation adverse et il a décrit la réalité telle qu'elle résulte de l'ensemble des décisions judiciaires et des mesures d'exécution les concernant. Toutefois, avant d'en terminer avec cette matière et d'aborder l'examen concret des mesures de normalisation des filiales, qu'il me soit permis, Monsieur le Président, de présenter quelques considérations finales sur ce prétendu grief.

Il est bien connu que certaines tendances modernes sont favorables à ce qu'il soit passé outre la personnalité morale lorsque des circonstances bien déterminées justifient et rendent nécessaire la quête de la réalité. Le droit espagnol lui-même contient à cet égard un indice qui figure dans le jugement déjà cité du 11 avril 1945.

En matière de baux urbains, il est fréquent, en outre, que les juges passent outre la personnalité juridique des sociétés. D'une façon générale,

il en va de même lorsque les juges estiment nécessaire de tenir compte de la réalité et non pas des formes employées pour la dénaturer. Le Gouvernement espagnol a jugé utile de présenter à titre d'exemple récent une copie du jugement rendu le 16 août 1968 par le juge spécial saisi de l'affaire relative à la suspension des paiements du Banco Commercial de Menorca, S.A. (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 235 et suiv.). Dans l'un des considérants de cette décision — considérant suffisamment explicite pour que l'on puisse comprendre l'affaire — on lit ce qui suit :

« Que l'apparente diversité des sujets juridiques « Banco Commercial de Menorca, S.A. », « Financiera de Menorca, S.A. » et « Urbanizadora de Menorca, S.A. » masque une réalité patrimoniale, je veux dire une unité patrimoniale et économique qui, dans une procédure à caractère de faillite telle que celle-ci, ne peut être ignorée au détriment des créanciers et qui empêche, par conséquent, d'attribuer une autonomie juridique à chacune de ces entreprises, puisque, dans le cas contraire, elles pourraient se soustraire à l'exécution de leurs obligations, du fait qu'il n'y a pas communication de responsabilité entre elles. »

Et pourtant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il ne s'agissait pas d'une véritable faillite où les motifs qui amènent à la décision sont plus graves, mais d'une procédure de concours préalable à la faillite, c'est-à-dire d'une suspension des paiements. Il s'agissait non pas de sociétés unipersonnelles, mais de sociétés comprenant plusieurs associés, bien que toutes, il est vrai, aient regroupé les mêmes actionnaires. Dans ces conditions, est-il permis de douter que dans le cas de Barcelona Traction les tribunaux espagnols soient allés moins loin que n'est allé le juge spécial saisi de la suspension des paiements du Banco de Menorca, bien que les circonstances de notre espèce soient beaucoup plus graves ?

Si la Partie adverse persiste à penser que ce qu'a fait le juge de Reus serait inacceptable dans le cadre d'autres ordres juridiques, qu'il me soit permis de lui rappeler l'exemple le plus significatif qui soit : l'affaire de la *San Antonio Land*. En effet, tant par ses origines que par son déroulement, cette affaire semble n'être qu'une première version de la faillite de Barcelona Traction. Je ne voudrais pas lasser l'attention de la Cour en relatant à nouveau l'historique de cette affaire, autre aventure financière de M. Pearson, le père de Barcelona Traction. Le professeur Waldock l'a déjà relatée. Qu'il me soit seulement permis de rappeler que, dans cette affaire si semblable, où se trouvait également en discussion ce qui est la base même de ce qui nous oppose à présent, à savoir la question de la personnalité juridique dépendante des filiales, le juge Augustus Hand a dit ceci :

« Il n'est pas nécessaire de tenir pour inexistantes les sociétés filiales ni de faire abstraction de celles-ci en aucune manière qui soit susceptible de porter préjudice à leurs créanciers respectifs ; toutefois il me paraît raisonnable de les traiter comme des représentants de la *San Antonio Land & Irrigation Company, Limited* » (nouv. doc. 1969, vol. III, p. 114).

Est-il besoin d'ajouter quelque chose ?

To be or not to be? That is not the question.

Prévenir ou ne pas prévenir ? Défendre les créanciers ou les laisser sans défense ? Voici la question. Ayant à résoudre le même problème, le juge

américain et le juge espagnol ont tranché tous deux de la même façon : en faisant prévaloir la justice et le bon sens.

JUSTIFICATION DES MESURES DE « NORMALISATION »
PRISES PAR LES ORGANES DE LA FAILLITE

J'en arrive ainsi au dernier point de mon exposé et, avec la permission de la Cour, je me propose d'examiner maintenant les accusations formulées par le Gouvernement belge en ce qui concerne les mesures prises par les organes de la faillite afin de normaliser le fonctionnement des sociétés filiales de Barcelona Traction.

Dès l'abord, je dois souligner que, sans l'habile et trompeuse création des filiales, l'entreprise que constituait le groupe aurait été directement privée de l'administration et de la disposition de ses biens à la suite de la faillite. La structure formelle du groupe, qui avait déjà été très utile à d'autres fins illicites, pouvait l'être désormais face à une déclaration de faillite que l'on pressentait et voyait venir.

Heureusement, ni le droit espagnol, ni aucun autre ordre juridique ne pouvait tolérer le succès d'une telle manœuvre. Afin d'éviter la fraude qui mettrait en grave danger les intérêts des créanciers, la législation espagnole consacre — ainsi qu'on l'a vu — le dessaisissement automatique du failli et le transfert *ope legis* de la possession de son patrimoine aux organes de la faillite.

Cet effet du dessaisissement — nous l'avons vu aussi — n'est pas annihilé lorsqu'il existe dans le patrimoine du failli des actions d'autres sociétés, quand bien même les titres correspondant à ces actions n'auraient pas été émis, ou ne pourraient faire l'objet d'une appréhension matérielle immédiate; les organes de la faillite sont en toute hypothèse automatiquement habilités à administrer ce patrimoine mobilier; ils exercent les droits d'associé, correspondant aux actions qui constituent ce patrimoine, sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient la possession matérielle des titres. De sorte que rien n'était plus normal que de voir les organes de la faillite substitués à la société faillie Barcelona Traction dans l'exercice du pouvoir de contrôle dont celle-ci était investie sur ses filiales.

Puisque la possession et l'administration du patrimoine de la société faillie sont passées automatiquement aux organes de la faillite, et puisque ces organes, dans leur fonction d'administration, firent usage des droits d'associé relatifs aux filiales, en prenant les mesures nécessaires de normalisation, il est indiscutable qu'ils n'ont pu commettre, par le fait même de cet exercice, les violations de la loi que l'on prétend leur imputer.

I

Le premier grief formulé par la Partie adverse a trait à la destitution par le séquestre-dépositaire d'administrateurs et d'avoués des sociétés filiales, et à la désignation de nouveaux titulaires de ces fonctions.

En ce qui concerne la révocation des administrateurs, l'accusation belge formulée dans la procédure orale suit une ligne déjà connue (VIII, p. 223 et suiv.); elle consiste à affirmer une fois de plus que toutes les procédures furent réalisées dans l'intérêt du groupe March. Mais à aucun moment on n'apporte la preuve de cette grave accusation (on ne saurait prouver ce qui n'a pas existé); et il n'est pas répondu aux arguments juridiques présentés dans la duplique (VI, p. 392 et suiv.).

La Partie adverse feint de se scandaliser de ce que le séquestre-dépositaire, se constituant en assemblée générale, ait procédé à la destitution des administrateurs d'Ebro; elle indique que cette mesure, qu'elle qualifie de « brutale », mettait la société Ebro dans une situation plus grave que si elle avait été mise en faillite, puisqu'en ce cas son conseil d'administration aurait pu poursuivre son activité à la tête de la société.

Laissons de côté le qualificatif, et bornons-nous à demander à la Partie adverse: combien d'associés avaient constitué les assemblées d'Ebro durant près de quarante ans, jusqu'à ce que fût déclarée la faillite de Barcelona Traction? Après avoir tant défendu la validité de la société anonyme unipersonnelle, pourquoi se scandaliser de cette réunion de l'assemblée générale à laquelle assistait la seule personne qui fût en droit à ce moment-là d'exercer les droits de vote correspondant aux actions saisies?

L'unipersonnalité n'avait pas été créée par les organes de la faillite et il n'était pas en leur pouvoir de rétablir la pluralité des associés.

Le séquestre-dépositaire possesseur légitime des actions a pu faire ce qu'il a fait comme le faisait la Barcelona Traction avant d'être frappée d'incapacité par la déclaration de faillite. Et il l'a fait en vue seulement de sauvegarder les intérêts des créanciers, en empêchant le maintien, à la tête d'Ebro, d'administrateurs, hommes de paille, qui auraient sacrifié sans vergogne les intérêts des créanciers à ceux du « groupe » économique dont ils vivaient et dépendaient.

Mais la Partie adverse s'obstine à dissimuler tout cela, et elle tente de dénaturer les raisons de cette mesure en soulignant un point sur lequel, pour ma part, je ne reviendrai plus maintenant: la prétendue saisie fictive des actions, les titres étant au Canada.

En revanche, elle ne fait pas la moindre référence aux pouvoirs qu'a le séquestre-dépositaire en matière de conservation des biens saisis (art. 1044, 4^o, du code de commerce de 1829); et elle persiste à attaquer spécialement l'un des motifs que le commissaire a invoqués pour désigner de nouveaux administrateurs dans son ordonnance du 20 février 1948: à savoir l'absence du conseil d'administration et du comité consultatif.

Malgré cela et bien que le centre de gestion et d'exploitation d'Ebro fût en Espagne, le Gouvernement belge n'a pas manqué de reconnaître que le conseil d'administration, lui, ne s'y trouvait pas. Cependant, il se garde bien de mentionner un fait très significatif qui est le suivant: lorsque la faillite fut déclarée il y avait déjà plus d'un an que le comité consultatif local ne se réunissait plus. Il ne veut rien savoir non plus de cette justification de la mesure, qui procède de l'obligation inéluctable qu'avait le séquestre-dépositaire de veiller aux intérêts des créanciers en protégeant le patrimoine du failli. Car personne ne peut douter que lorsque le commissaire mentionnait dans son ordonnance la nécessité de veiller à la bonne administration des biens de la société faillie, il n'agissait pas sans raison. Si cette tâche n'était pas remplie en maintenant les anciens administrateurs — quel que fût le lieu de leur résidence — il est évident que le commissaire, le séquestre-dépositaire ou les syndics non seulement pouvaient mais encore devaient prendre les mesures nécessaires pour éviter qu'il fût ainsi porté préjudice aux biens compris dans la procédure de faillite.

Par ailleurs, il est véritablement surprenant que la Partie adverse persiste à affirmer que, du fait des mesures de normalisation, Ebro aurait été mise dans une situation plus grave que si elle avait été déclarée faillie, car dans ce dernier cas son ancien conseil d'administration aurait été

maintenu en fonction (VIII, p. 223). Il est certain que conformément à l'article 929 du code de commerce espagnol, les sociétés faillies peuvent continuer à être représentées durant la faillite par leurs conseils d'administration. Mais le Gouvernement belge n'ignore pas que les conseils d'administration des sociétés faillies se trouvent privés des fonctions de gestion et d'administration de l'entreprise puisque tout failli est frappé de dessaisissement et d'incapacité totale en vertu de l'article 878, que j'ai dû si souvent rappeler. Sans préjudice de la faculté qui leur est ouverte de former opposition à la déclaration de faillite au nom de la société, le maintien en existence des conseils d'administration vise uniquement à faciliter la collaboration de la société faillie avec les organes de la faillite et à lui permettre, le cas échéant, de proposer un concordat aux créanciers. Cela et rien de plus! Si Ebro avait été déclarée en faillite, l'ancien conseil d'administration qui aurait été maintenu ne lui aurait pas rendu grand service.

C'est dans un dessein identique de protection que furent prises les mesures de révocation des avoués. C'était là une mesure liée à la précédente, une mesure conservatoire indispensable, car les administrateurs et les avoués étaient de connivence avec la société faillie. N'oublions pas que les uns et les autres étaient des mandataires, que tout rapport de mandat est fondé sur la confiance et qu'il se trouve affecté dès qu'un fait quelconque détruit cette confiance: de là vient que, d'une part, les administrateurs ne furent pas tous révoqués dans toutes les sociétés filiales, et que, d'autre part, ces révocations n'intervinrent pas aussitôt après la nomination du séquestre-dépositaire ni ne furent opérées simultanément dans les différentes sociétés du groupe, et qu'enfin les nouveaux conseils ne procédèrent pas immédiatement à la nomination de nouveaux avoués et au désistement des recours.

Au vu de ces faits, il est inconcevable que la Partie adverse formule la grave allégation qu'il y aurait eu complot entre le séquestre-dépositaire, les administrateurs, les avoués et les tribunaux pour empêcher la défense des sociétés filiales. Qui pourrait admettre aussi gigantesque complot?

Mais la manœuvre va se développer et va désormais prendre pour cible (VIII, p. 225) l'avoué qui, au nom des filiales, déclara devant le juge de Reus qu'il se désistait des demandes présentées dans les diverses branches de la procédure universelle de faillite. Ce qui était une mesure de prudence et de bon sens prise par les filiales, en raison de l'irrévocabilité du jugement déclaratif de faillite, devient complot aux yeux de la Partie adverse. En fait, ce qui s'est passé est fort simple. Barcelona Traction a été victime de la stratégie judiciaire erronée qu'elle avait mise au point et qui reposait sur le mécanisme des filiales. Elle aurait pu contester elle-même le jugement déclaratif de faillite, et, en formant opposition contre celui-ci, attaquer aussi les mesures conservatoires dont avaient fait l'objet ses filiales. Mais nous savons déjà — comme l'a expliqué le professeur Gil-Robles — pourquoi la société faillie n'a pas recouru elle-même, mais en revanche a fait intervenir ses filiales, cherchant par cette manœuvre indirecte à paralyser la faillite avec toutes les conséquences gravement préjudiciables que cela impliquait pour les intérêts des créanciers. La manœuvre, cela va de soi, ne pouvait réussir. D'ailleurs, après l'exposé de mon collègue le professeur Guggenheim et les précisions qu'apporteront d'autres conseils sur la façon dont les filiales se sont comportées dans la procédure et sur les moyens de défense dont elles dispo-

saient et pouvaient user conformément au droit espagnol, il n'est pas nécessaire que je m'attarde sur ce thème.

II

Regardons se dérouler, Messieurs de la Cour, le brillant spectacle agencé par la Partie adverse dans ses plaidoiries. Le second acte traite de la prétendue « hispanisation » des filiales. Les avocats du Gouvernement belge déclarent que la nomination de nouveaux administrateurs visait à rendre possible la « spoliation », moyennant la vente du portefeuille de Barcelona Traction à la société Fecsa. Pour cela, dit-on, les syndics vont faire en sorte que les nouveaux conseils d'administration prennent les décisions les plus audacieuses, qui atteignent leur point culminant dans les assemblées générales qui décideront l'« hispanisation » des deux sociétés canadiennes et l'émission de nouveaux titres (VIII, p. 225 et suiv.).

Et c'est alors l'entrée en scène des syndics. On les fait entrer, en premier lieu, pour leur faire le reproche véritablement insolite d'avoir rempli l'obligation qu'ils avaient de dresser l'inventaire des biens saisis dans la faillite aussitôt après leur nomination. Ici comme en d'autres occasions, on dirait que le Gouvernement belge estime que les organes de la faillite sont relevés de l'obligation de s'acquitter de leur mission, car il y a des accusations qui ne peuvent se comprendre autrement. La Partie adverse émet des affirmations aussi incroyables que les suivantes : bien que le commissaire eût, le 8 octobre 1949, sommé les avoués de Barcelona Traction et de National Trust, accrédités devant le juge spécial, de remettre aux syndics les titres énumérés dans l'inventaire, c'était là, dit-on, pure formalité, parce que « les syndics et le commissaire ne pouvaient se faire d'illusions sur les résultats de cette sommation », étant donné le prétendu défaut de pouvoir des avoués (VIII, p. 226); et ce qu'ils faisaient n'était en réalité qu'un prétexte pour pouvoir émettre ultérieurement des « titres en lieu et place de ceux sur lesquels ils étaient dans l'impossibilité de mettre la main ». Naturellement c'est là pure imagination, et nous allons voir maintenant pourquoi.

Ebro et Catalanian étaient deux sociétés fondées au Canada. Mais sitôt créées, elles s'établissent en Espagne, se font inscrire au registre du commerce de Barcelone, déclarent s'installer à Barcelone et y transférer tout leur capital et précisent que pour les « opérations » qu'elles réaliseront et pour ce qui est du maintien de leur personnalité juridique et de leur capacité d'agir, elles se soumettront aux lois en vigueur en Espagne où elles élisent domicile.

Si l'on considère maintenant les statuts d'Ebro et de Catalanian — textes d'une imprécision indiscutable, n'en déplaise à la Partie adverse (VIII, p. 228) — et plus précisément l'acte dénommé « acte de fondation » d'Ebro tel que le reçut un notaire espagnol, et toutes les autres circonstances qui suivirent sa création, personne ne sera surpris du fait que les syndics aient estimé nécessaire de dissiper tout doute sur le domicile et sur l'ordre juridique auquel étaient assujetties les sociétés. Ils procédèrent à cet effet à la modification de leurs statuts pour préciser les choses et rendre le régime de fonctionnement interne de la société conforme à la réalité de son exploitation industrielle en Espagne.

Le Gouvernement belge s'obstine à vouloir nier cette réalité (VIII, p. 228) en invoquant la prétendue clarté de l'acte notarié de constitution d'Ebro du 14 décembre 1911, et en ajoutant, ni plus ni moins, Monsieur

le Président, que « le centre principal de direction et de gestion des affaires » de cette société se trouvait à Toronto. Ni l'une ni l'autre chose n'est exacte.

On ne peut absolument pas dire que cet « acte de constitution » soit clair. C'est là, il est vrai, une question d'appréciation sur laquelle il n'y a pas lieu d'insister. Mais il faut dire de plus que — et cela a été indiqué dans la duplique (VI, p. 418), et le Gouvernement belge s'en souvient — que, selon nous, les doutes des syndics procédaient de l'ensemble des circonstances dans lesquelles Ebro s'était établie et exploitait son affaire en Espagne grâce au double-jeu du siège fictif au Canada et de l'établissement unique assujéti à l'ordre juridique espagnol.

De là, le bien-fondé de la décision prise par la cour d'appel de Barcelone dans son arrêt du 8 février 1950 — arrêt qui dans la procédure orale (VIII, p. 229) n'a donné lieu qu'à une brève allusion — selon laquelle « le siège réel et effectif » était la ville de Barcelone pour la raison que le capital social et l'intégralité des activités y étaient concentrés.

De là aussi l'affirmation de la duplique (VI, p. 416 et suiv.) qui souligne que les syndics n'ont pas prétendu changer la nationalité d'Ebro et de la Catalonian, mais qu'ils ont essayé de résoudre une situation véritablement confuse en adoptant certaines mesures qu'il était en leur pouvoir d'adopter.

La position espagnole est si ferme que les témoignages ne manquent pas qui attestent des doutes et incertitudes qui se présentèrent immédiatement à l'esprit des dirigeants du groupe sur la question de la nationalité d'Ebro. Le Gouvernement belge n'a pas fait la moindre allusion à cet argument espagnol. Il faut donc lui rafraîchir la mémoire en lui rappelant que, dès 1918 et à la demande de Barcelona Traction représentée par son agent en Espagne, Arnús-Garí, un avocat espagnol donna une consultation dans laquelle, parlant d'Ebro, il disait notamment que « le fait est que l'Ebro est une compagnie espagnole, inscrite au registre du commerce, et de ce fait, sujette aux lois en vigueur dans notre pays » (D., VI, p. 416).

La thèse de la réplique (V, p. 454) était que, si l'on pouvait admettre que l'activité d'administration des syndics comporte l'exercice du droit de vote inhérent aux actions appartenant à la société faillie — activité limitée à « l'administration et à la conservation des actions jusqu'à leur vente » — ils n'avaient en revanche aucun droit pour faire procéder au changement de nationalité.

Quant à moi, je persiste à nier que les syndics se soient proposés de changer la nationalité des sociétés, ce qui fait que la façon dont la Partie adverse pose le problème n'a pas de sens. Mais en toute hypothèse je ne peux pas davantage admettre que les syndics ne soient pas habilités à exercer le droit de vote inhérent aux actions saisies sur le failli dans une assemblée générale où pourrait être prise une décision touchant le changement de nationalité de la société. Peut-être est-ce pour cette raison que la Partie adverse dans ses plaidoiries n'a pas cru devoir insister sur ce point. En revanche, ce qu'elle a fait dans un grand effort d'imagination, déployé pour trouver un nouvel argument, a consisté à affirmer quelque chose de véritablement ineffable: la Partie adverse déclare qu'au moment où fut prise la décision il n'aurait pas été permis en droit espagnol de changer la nationalité des sociétés étrangères et que les changements de nationalité n'auraient été autorisés qu'à partir de « la loi du 14 décembre 1956, modifiant l'article 89 du règlement sur le

le registre du commerce » (VIII, p. 228). Voilà une autre grave méconnaissance du droit interne espagnol!

Je dois, en premier lieu, souligner que le règlement espagnol actuellement en vigueur sur le registre du commerce a été pris non pas au moyen d'une loi, mais par décret; en conséquence, il ne pouvait pas à lui seul altérer la légalité établie en consacrant le principe du changement de nationalité des sociétés, si ce même principe n'avait pas été préalablement admis par la loi. Mais indépendamment de ce problème tenant à la hiérarchie des normes juridiques, il se trouve qu'il n'est pas vrai que le règlement du registre du commerce du 14 décembre 1956 actuellement en vigueur qu'invoque la Partie adverse réglemente pour la première fois en Espagne le changement de nationalité des sociétés commerciales. Ce règlement ne fait rien d'autre sur ce point que suivre les traces du règlement précédent en date du 20 septembre 1919, lequel contenait déjà une règle substantiellement identique à celle de l'article 89 du règlement actuel qui est invoqué. C'est l'article 141 du règlement de 1919 qui est passé inaperçu aux yeux de mon illustre contradicteur, faute peut-être, et cela serait explicable, d'avoir l'habitude de compulsier des textes espagnols. J'espère qu'à présent il reconnaîtra — indépendamment de notre thèse selon laquelle jamais les syndics n'ont songé à changer la nationalité — que cette règle ruine toute son argumentation et que le droit espagnol admettait bien avant la faillite de la Barcelona Traction le changement de nationalité des sociétés commerciales. Au surplus, la duplique (VI, p. 420) a rappelé la résolution sur les sociétés anonymes adoptée par l'Institut de droit international à la session de Varsovie de 1965. Suivant cette résolution, les sociétés étrangères sont soumises à la législation de l'Etat dans lequel se trouve soit leur « domicile réel » (et non leur « domicile statutaire ») soit le lieu de « l'objet principal » de l'entreprise (art. 3 de la résolution). Dans sa plaidoirie, la Partie adverse a affirmé que cette résolution aurait été invoquée « imprudemment » par le Gouvernement espagnol. En réalité, l'imprudence — comme on va le voir — est bien le fait de la Partie adverse.

En ce qui concerne le premier critère, celui du « domicile réel », s'il est bien vrai que de temps en temps un conseil d'administration d'Ebro se réunissait à Toronto pour ratifier quelques-unes des décisions qui étaient adoptées continuellement hors du Canada, il n'en est pas moins vrai, comme l'a démontré de façon concluante le professeur Waldock, que ce n'était pas au Canada que se trouvait le centre principal de direction et de gestion des affaires de l'entreprise.

En ce qui concerne le second critère que pose l'Institut pour autoriser l'application de la loi territoriale, celui qui est relatif au lieu de « l'objet principal » des affaires, je ne pense pas non plus qu'il y ait aucun doute sur le fait que c'est en Espagne et seulement en Espagne que se réalisait et que pouvait se réaliser non pas seulement « l'objet principal », mais bien « l'objet unique et exclusif » de l'activité sociale (A.C.M., vol. IV, n° 485, p. 41-42, et vol. I, n° 85, p. 589).

La résolution de l'Institut justifie ainsi, aux yeux du droit international, la mesure adoptée qui consistait à assujettir complètement la société à la législation espagnole. Comme disait le rédacteur de la résolution, le professeur belge Van Hecke, « cette soumission de la société étrangère au droit local doit être aussi grande qu'est intense le degré de pénétration » de la société étrangère dans l'économie du pays (*Annuaire de l'Institut*, 1965, vol. I, p. 252).

Le Gouvernement belge, persistant dans son point de vue erroné fondé sur l'intention prêtée aux syndics, essaie finalement de s'abriter, une fois encore, derrière le droit canadien, mais il est vain de penser que les syndics auraient dû se conformer aux normes de ce droit. En qualité d'organes d'une faillite déclarée en Espagne, les syndics ne pouvaient faire autrement que d'appliquer les normes du droit espagnol. Il est erroné de fonder cette prétention sur la règle de l'article 15 du code de commerce espagnol, parce que l'assujettissement à la loi territoriale et l'installation du siège social en Espagne ne peuvent être considérés comme relevant de la « capacité de contracter », seul et unique point pour lequel cette règle respecte la loi du pays de la société; il s'agit là, au contraire, d'une disposition d'ordre public qui, selon l'article 11, 3^o, du code civil, relève de la loi espagnole.

Le Gouvernement belge a invoqué encore un nouveau motif pour dénier aux organes de la faillite le droit de vote. Il n'hésite pas pour cela à mettre en avant des intérêts qui ne soient pas belges! Ce sont, cette fois, les prétendus droits de National Trust. Il prétend, en effet, que les clauses du *Trust Deed* relatives au droit de vote auraient été violées, et plus précisément la clause 12 du *Trust Deed* du 1^{er} décembre 1911 (VIII, p. 235 et suiv.). Rien de tout cela n'a le moindre sens.

La réplique alléguait (V, p. 442 et suiv.) que si, en fait, Barcelona Traction exerçait le droit de vote dans les filiales, c'était seulement en vertu des pouvoirs ou autorisations donnés par National Trust, ce qu'affirmait l'annexe 106 de ladite réplique (A.R., vol. II, p. 528).

La duplique a démontré (VI, p. 389 et suiv., et A.D., vol. II, p. 668 à 674) que le fait ainsi allégué par la réplique ne s'est jamais produit, que les prétendus pouvoirs ou autorisations ne visaient nullement les assemblées générales des actionnaires des filiales et que la société faillie n'avait jamais fait état de ces prétendus pouvoirs ou autorisations au moment d'exercer son droit de vote: ce qui explique qu'on n'ait jamais trouvé nulle trace de ces pouvoirs ou autorisations dans les procès-verbaux des assemblées générales.

Eh bien! si Barcelona Traction s'est abstenue d'observer ces formalités sans la moindre protestation du National Trust, comment le Gouvernement belge pourrait-il tirer grief du fait que le séquestre-dépositaire espagnol, qui fut substitué à Barcelona Traction dans la possession des droits, s'en soit également abstenu?

Ce n'est pas non plus un argument valable que de dire que, la procédure de *receivership* ayant été engagée au Canada, National Trust avait seul le droit de vote, en vertu des clauses du *Trust Deed* (VIII, p. 236). Il me paraît superflu d'entamer la discussion de cette question. Qu'il me suffise de dire que, en se plaçant sur le terrain même de la thèse adverse, il aurait fallu pour que le jugement rendu par le juge d'Ontario pût sortir en effet en Espagne, il aurait fallu, dis-je, que le *receiver* eût préalablement obtenu l'exequatur des tribunaux espagnols. A moins, Messieurs, que l'on admette le système « deux poids, deux mesures » et que l'on dise que les décisions judiciaires espagnoles requièrent l'exequatur pour sortir effet au Canada, mais que les jugements canadiens sortiraient leurs effets en Espagne sans aucune formalité. Que l'on n'aille donc pas dire que le *Trust Deed*, du seul fait de son existence, liait les syndics et les empêchait d'exercer les droits de vote.

Enfin, Messieurs les juges, si les intérêts du National Trust tiennent véritablement à cœur au Gouvernement belge, peut-être serait-il bon de

lui rappeler qu'il n'a pas de motif d'inquiétude, car les garanties des obligataires ont été pleinement respectées lors de la liquidation, ainsi que l'exposera, dans quelques jours, le professeur Carreras; et si la mission première de National Trust était de défendre les obligataires, il a dû éprouver, pour la première fois, la satisfaction de voir, grâce à la faillite, tous les obligataires de Barcelona Traction percevoir leur dû dans la monnaie convenue.

Quelle signification peut bien avoir cette référence qui est constamment faite à National Trust?

III

Nous en arrivons ainsi, Monsieur le Président, à ce que la Partie adverse a qualifié d'« opération fameuse » (VIII, p. 229): l'émission de nouveaux titres.

En réalité, c'est dans les assemblées générales des sociétés qu'il fut décidé de modifier les statuts en raison des circonstances dans lesquelles se trouvait la société, à savoir la faillite de Barcelona Traction. C'est dans cet esprit et grâce aux modifications statutaires que furent établies des règles régissant certains points importants sur lesquels les statuts étaient restés silencieux ou que le bon sens commandait de régler (par exemple, les règles concernant les assemblées générales, le registre des actions, la représentation des actionnaires aux assemblées générales, le dépôt préalable des actions de qui souhaitait y assister, etc.). Il s'agissait de modifications absolument normales et recommandées par les circonstances de la faillite (cf. D., VI, p. 410 et suiv. et les annexes auxquelles renvoie ce passage).

Une fois lesdites modifications décidées, les assemblées considèrent la forme que revêtaient les titres respectifs et décidèrent d'en émettre de nouveaux. Sur ce point, le contre-mémoire (IV, n° 219, p. 385) justifiait la décision d'émettre de nouveaux titres en alléguant, entre autres raisons, qu'il convenait de substituer aux certificats ou récépissés provisoires des titres définitifs. Il n'est pas superflu, toutefois, d'ajouter, à propos de cet argument précis, que le Gouvernement belge, si « soucieux » de prouver qu'Ébro avait déjà émis des titres définitifs, n'agit pas de même pour les autres sociétés qui procédèrent à l'émission de nouveaux titres. Et dans les plaidoiries, la Partie adverse a déclaré (VIII, p. 233) que la discussion sur ce point serait véritablement « stérile ». Nous sommes d'accord et nous pensons, nous aussi, qu'il n'y a pas lieu de discuter du point de savoir s'il existait ou non des titres définitifs, et nous n'avons rien à ajouter.

En effectuant l'émission de nouveaux titres et en créant des registres d'actions, on élimine pour l'avenir toutes les ambiguïtés antérieures et toutes les discussions possibles sur la question de savoir qui était actionnaire. L'on procéda pour cela avec la plus grande correction, en portant, lors de la première inscription sur ces registres, le nom de Barcelona Traction qui était — il faut le rappeler à la Partie adverse au vu de ses affirmations (VIII, p. 231) — l'unique et véritable actionnaire, et ce indépendamment des droits de garantie du National Trust, dont il a d'ailleurs été dûment tenu compte. De sorte que ce qui fut fait fut parfaitement normal et correct. De nouveaux titres ont été émis qui furent « enregistrés » au nom du seul et unique propriétaire: Barcelona Traction. Dans ces conditions, qui a été victime d'une spoliation?

Toute l'argumentation belge vise plus ou moins à démontrer que, par l'émission de titres nouveaux et les modifications statutaires, on cherchait uniquement à permettre aux syndics d'opérer plus facilement la liquidation du portefeuille de Barcelona Traction, en tournant la difficulté qu'aurait constitué le fait que toutes les actions étaient au Canada. Cet argument n'a aucun poids, car il est évident qu'avec ou sans titres les droits de la société faillie sur les filiales étaient saisis et pouvaient être aliénés.

Cela étant, il faut en outre se souvenir que la décision d'émettre de nouveaux titres a été prise deux ans avant la vente. C'est donc réellement attribuer aux organes de la faillite un don de prévoyance peu commune. Bien entendu, ils n'ont jamais eu cette intention, et cela a été aisément expliqué dans le contre-mémoire et dans la duplique (VI, respectivement p. 385 et 415), qui ont fait pleine lumière sur la pseudo-surprise dont fait étalage la Partie adverse. Rappelons donc ici un paragraphe du contre-mémoire — que la Partie adverse, dans sa plaidoirie (VIII, p. 231), a considéré comme particulièrement « remarquable ». Voici ce que dit le paragraphe en question :

« Lors de la déclaration de faillite de Barcelona Traction, les droits furent saisis, mais on ne put pas saisir matériellement les titres, qui se trouvaient à l'étranger. Rien de plus logique donc que d'émettre de nouveaux titres *pour les substituer aux certificats provisoires.* »

Si je souligne les derniers mots « pour les substituer aux certificats provisoires », c'est parce que le hasard — heureux hasard ! — fait qu'ils sont si brefs qu'ils ont été omis par la Partie adverse. Sans doute parce qu'ils jettent trop de lumière sur l'obscurité qu'elle prétend créer.

Au surplus, dans le contre-mémoire figure (voir D., VI, p. 415) cet autre paragraphe, dont la Partie adverse préfère ne pas se souvenir :

« S'il ne fut pas possible d'effectuer l'échange matériel, il faut en chercher la raison dans le fait que le failli manqua à son devoir, qui était de mettre tous ses biens à la disposition des organes de la faillite » (IV, p. 386).

C'est là qu'il faut chercher le motif de l'émission de nouveaux titres : dans le manquement flagrant par le failli à ce qui est, pour lui, l'obligation primordiale. Face à ce manquement, l'ironie ne sert de rien !

En émettant de nouveaux titres, les syndics ont à tout moment agi de façon correcte et conforme à la légalité espagnole qui ne s'opposait pas, et qui ne s'oppose pas, à ce que l'on procède à l'émission de nouveaux titres lorsqu'il y a, comme en l'espèce, des raisons de le faire. La Partie adverse affirme que le code de commerce espagnol n'admettrait qu'en deux cas cette opération d'émission de duplicata avec annulation corrélative des titres primitifs : le cas de vol, larcin ou disparition de titres au porteur (article 562) et le cas de défaut de paiement de dividendes échus, visé par l'article 164 aujourd'hui abrogé. Mais, encore une fois, il y a là une nouvelle et grave erreur, car la Partie adverse ne devrait pas ignorer qu'en matière d'échange d'actions, l'énumération que donne le code — et c'est le cas également dans d'autres systèmes juridiques — n'est absolument pas exhaustive et n'établit en rien un *numerus clausus*, car ce problème est régi par un principe d'extrême liberté. Où est donc la règle qui interdirait aux sociétés d'émettre des titres nouveaux en remplacement d'autres titres ? Nulle part. Cette interdiction n'existe pas.

L'échange ou substitution de titres est quelque chose qui, en dernière analyse, relève de la volonté de la société émettrice qui peut — en respectant les formalités requises — décider d'y procéder, pourvu que soient sauvegardés les droits des associés, quand il y a des motifs d'agir ainsi. La Partie adverse ignorerait-elle qu'avant et après la faillite de Barcelona Traction ont été effectuées et sont encore effectuées, en Espagne et hors d'Espagne, des opérations d'échange ou de substitution de titres dans des cas tout autres que ceux de vol ou de disparition des anciens titres ou de défaut de paiement du non-versé? Il en est ainsi dans les cas de regroupement de titres lors d'une réduction de capital, de transformation de sociétés, de conversions d'actions nominatives en actions au porteur ou à l'inverse, etc. Il n'y a pas lieu de pousser plus loin cette énumération.

L'important est qu'à l'occasion de ces nouvelles émissions les droits des actionnaires ne soient pas lésés, et en l'espèce on ne peut parler de lésion, car les nouveaux titres, nous l'avons dit, furent émis et enregistrés au nom de l'actionnaire unique: Barcelona Traction.

La société faillie refusant de remettre matériellement les titres correspondant aux actions des sociétés filiales, les organes de la faillite, habilités à exercer les droits appartenant au failli, décidèrent d'émettre de nouveaux titres en remplacement des anciens, sans que pour cela fût porté le moindre préjudice aux droits éventuels dont disposait la société faillie comme actionnaire des filiales, ni que fût modifiée la situation juridique créée par le dessaisissement du failli et la saisie de ses biens.

C'est bien là ce qui est important et décisif. Si, en ce principe, rien n'empêche une société de décider l'échange des titres originaires d'actions (provisaires ou définitifs) contre des titres nouveaux, en l'espèce non seulement la situation créée par la déclaration de faillite ne pouvait gêner l'application de ce principe, mais encore elle autorisait pleinement certaines sociétés filiales à échanger d'anciens titres ou récépissés contre des titres nouveaux, en annulant les anciens.

A cela s'ajoutait une circonstance extrêmement importante, à savoir que la société faillie était l'actionnaire unique des sociétés filiales. Les syndics étant subrogés à Barcelona Traction dans l'exercice des droits d'associé dont la société faillie était titulaire relativement aux filiales, il est évident que les syndics pouvaient prendre, à l'unanimité des voix représentant la totalité du capital social, la décision d'échanger les titres anciens contre de nouveaux, comme Barcelona Traction elle-même aurait pu le faire si elle n'avait pas été déclarée en faillite. Il s'agit là d'un acte ressortissant à la vie interne de la société qui affectait exclusivement les rapports de l'actionnaire unique avec la société.

Aussi est-il absurde de prétendre parler de responsabilité des syndics. Et, à ce sujet, la meilleure preuve de l'inconsistance de cette imputation se trouve sans doute dans l'évolution qu'a subie l'argumentation de la Partie adverse. Dans le mémoire, elle affirmait (I, p. 170, et A.M., vol. II, p. 280) que l'émission de nouveaux titres constituait un délit de faux sanctionné par les articles 293, 295 et 296 du code pénal. Dans la réplique, elle insistait (V, p. 311) sur le fait que l'émission aurait constitué le délit de contrefaçon de titres émis par des sociétés étrangères impliquant une usurpation de compétence de la part de l'Etat espagnol. Aujourd'hui et dans ses plaidoiries (VIII, p. 233), elle déclare — sans doute après avoir lu la duplique (VI, p. 272 et suiv., et A.D., vol. II, p. 498 et suiv.) — qu'il est complètement inutile de discuter sur ce point.

Admettons! On comprend qu'après la duplique il ne puisse plus y avoir

de discussion possible. Car le Gouvernement espagnol a démontré que, quand bien même il n'y aurait pas eu de modifications des statuts ni d'émission de nouveaux titres, la procédure se serait rigoureusement déroulée de la même façon. On ne voit donc pas où peut être le dommage ou la lésion qu'auraient pu causer ces mesures. L'unique infraction grave que l'on relève est le fait que la société faillie n'a pas mis, à la disposition des organes de la faillite, les titres qu'elle avait.

La duplique (VI, p. 406) rappelait, d'autre part, en des termes que vient de reprendre la Partie adverse dans ses plaidoiries (VIII, p. 236), que même dans l'hypothèse — que nous rejetons — où il y aurait eu un quelconque dommage, aucune responsabilité n'en résulterait pour le Gouvernement ou les tribunaux espagnols: en effet, les syndics étant les représentants des créanciers du failli et n'ayant pas, de ce fait, la qualité de fonctionnaires publics, leur activité ne saurait engager la responsabilité de l'Etat. Le Gouvernement belge ne le nie pas, mieux encore, il le reconnaît et il l'admet à la page 358 de la réplique (V), en se référant à l'affaire *Venable*.

C'est cependant avec stupeur que l'on entend dire que, ce faisant, le Gouvernement espagnol chercherait « à échapper à sa responsabilité » et à « se laver les mains » (VIII, p. 236-237). Face à cette nouvelle attaque, j'affirme une fois de plus qu'il n'y a pas eu de responsabilité de l'Etat ni des syndics.

Tout au long de l'exposé que j'ai eu l'honneur de faire devant votre haute juridiction, nous avons pu voir que toutes les fois que les organes de la faillite ont pris des mesures pour protéger l'intérêt des créanciers mes distingués contradicteurs ont affirmé avec feu qu'il y aurait eu une grave illégalité. Quelle étrange idée cela suppose des buts de la procédure de faillite!

Monsieur le Président, Messieurs les juges, ainsi prend fin mon intervention dans la procédure orale. J'espère avoir persuadé la Cour que les imputations de la Partie adverse sont dénuées de tout fondement; qu'il n'est pas vrai que la procédure de la faillite ait été mise au service de vils intérêts; que la faillite, loin d'avoir été provoquée artificiellement, a été la conséquence inexorable des manquements répétés à l'obligation de payer qui pesait sur Barcelona Traction; et que les tribunaux espagnols, appliquant correctement notre droit, ont fait simplement leur devoir.

Il me reste enfin à vous remercier à nouveau, Messieurs, de l'attention que vous avez bien voulu m'accorder.

L'audience est levée à 13 heures

TRENTE-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (5 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

QUESTIONS BY JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE¹

Judge Sir Gerald FITZMAURICE: In the Spanish oral statements, great stress has been laid on the fact that, according to Spanish law, a state of insolvency on the part of the debtor is not necessary in order to justify a declaration of bankruptcy and that a simple cessation of payments suffices. It has even been said that a single failure to pay is enough, at least in theory, and that this is so whenever payment is not made as soon as it is due. I would therefore like to be quite clear as to what is the exact position under Spanish law.

According to many systems of law—and this is certainly so under the common law systems—failure to pay a debt is not a ground of bankruptcy unless certain preliminary steps have been gone through. It is necessary in the first place for the creditor to bring an action in the courts to recover the debt, and a judgment should be given in his favour, since it is always possible that the debtor may have a good defence to the action. Next, it is necessary that this judgment should not have been complied with within the time-limits prescribed by the law; and, finally, under some systems it is necessary that steps should have been taken to try to enforce the judgment and that these also should have failed to procure payment.

Now, is it the case that under Spanish law a resident of Madrid who, for instance, was away in America on a lecture tour, could be declared bankrupt because in his absence some bill had remained unpaid and that upon proof that the debt was owing a Spanish judge would have no alternative but to pronounce the bankruptcy? Is it also the case that under Spanish law, if every debtor so situated failed to appeal against the bankruptcy order within eight days even though he might have no knowledge of it for two or three weeks, the bankruptcy would become irrevocable, all his property would pass to a curator and he would become totally incapacitated from dealing with it in any way?

Now, if this is not the position under Spanish law, then I would be glad to know what it would be in circumstances of the kind which I have just described.

¹ See *infra*, p. 398.

DÉCLARATION DE M. CASTRO-RIAL**AGENT DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL**

M. CASTRO-RIAL: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je remercie sincèrement M. le juge sir Gerald Fitzmaurice pour les questions qui viennent d'être posées.

J'espère que notre réponse aidera à éclairer des points qui viennent d'être soulevés. Je vous demande respectueusement d'avoir l'obligeance de me laisser consulter mes conseillers, en vue de vous répondre aussitôt que possible, et je vous prie respectueusement, Monsieur le Président, de donner la parole, si vous l'estimez opportun, à notre conseil le professeur Carreras pour poursuivre le développement normal de notre plan d'exposé sur le fond de la faillite.

Le PRÉSIDENT: La Cour prend note de la demande faite par M. l'agent du Gouvernement espagnol.

PLAIDOIRIE DE M. CARRERAS¹

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. CARRERAS: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous sais infiniment gré de l'honneur que vous me faites en me donnant la parole. M. l'agent du Gouvernement espagnol et mon confrère, l'éminent professeur Gil-Robles, se sont, mieux que je ne le pourrais, fait les interprètes des sentiments de tous les conseils du Gouvernement défendeur. Qu'il me soit permis, tout simplement, de faire miennes leurs paroles.

Ma tâche consistera à exposer devant vous les raisons pour lesquelles les griefs de la Partie adverse relatifs à la nomination et à l'activité des syndics ainsi qu'à la vente des biens de Barcelona Traction sont dépourvus de fondement.

Vous avez entendu mon éminent contradicteur dresser, avec des accents dramatiques, voire pathétiques, le tableau d'une société canadienne qui aurait été, à l'en croire, victime d'une spoliation effectuée avec le concours actif des autorités judiciaires espagnoles. J'ai bon espoir, Messieurs de la Cour, qu'au terme de ma plaidoirie, il ne restera rien de l'image déformée que vous a présentée la Partie adverse.

M^e Grégoire, au cours de ses plaidoiries du 29 avril au 5 mai, a dit à plusieurs reprises que, si le Gouvernement espagnol voulait répliquer de façon convaincante à son argumentation, il lui faudrait organiser un véritable « festival de virtuosité dialectique ». J'ignore si le fait de rapprocher adroitement des faits isolés de phrases ou de passages extraits de décisions judiciaires ou de textes de loi constitue un festival dialectique. S'il en était ainsi, M^e Grégoire nous en aurait assurément donné une brillante démonstration pratique, lorsqu'il a présenté, avec l'aisance que lui donne une grande éloquence, sa version personnelle des faits.

Contrairement à ce que semble penser M^e Grégoire, je suis certain que la Cour n'est pas sensible au simple feu d'artifice de la pure dialectique et qu'elle n'est sensible qu'à la vérité. C'est dans cette conviction — car je crois que la justice et le droit doivent être l'expression de la vérité — que je vais vous exposer, le plus brièvement possible, la façon dont a été opérée la vente des biens d'un débiteur récalcitrant qui entendait ne pas payer ses créanciers.

Vous n'ignorez pas, Messieurs de la Cour, que la demande du Gouvernement demandeur repose sur des affirmations d'ordre général qu'il nous fait accepter comme si elles étaient des postulats qui n'ont pas besoin d'être démontrés.

Ainsi, selon le Gouvernement demandeur, Barcelona Traction était une société qui ne faisait pas d'affaires en Espagne, qui n'avait dans ce pays ni siège social, ni biens, ni employés. Ses seuls et uniques biens, nous dit-on, étaient des morceaux de papier qui, dès avant la faillite, étaient déposés à Toronto et qui s'y trouvent encore.

Barcelona Traction aurait bien voulu payer ses créanciers; mais, nous dit-on, les autorités espagnoles l'en ont empêchée, au moyen de mesures illégales et discriminatoires.

¹ Plaidoirie prononcée en langue espagnole (voir *supra*, p. 19).

Barcelona Traction n'avait pas cessé ses paiements; elle s'était bornée, nous dit-on, à suspendre le service financier de ses obligations.

Barcelona Traction, une fois la faillite déclarée, devait, nous dit-on, pouvoir continuer à diriger ses affaires en Espagne, par l'intermédiaire des dirigeants des filiales, comme si rien ne s'était passé, etc.

A ce stade du procès, la Cour connaît la vérité sur ces postulats du Gouvernement belge. En effet, les conseils du Gouvernement espagnol qui m'ont précédé ont, l'un après l'autre, mis en relief combien il est paradoxal qu'une accusation de déni de justice soit fondée sur des artifices de forme qu'un débiteur avait créés dans la seule et unique intention de duper ses créanciers, en usant de fraudes.

Mon distingué contradicteur, toutefois, continue à s'appuyer sur ces artifices. Il se heurte toutefois, au surplus, à un fait nouveau. Dans la procédure de faillite de Barcelona Traction, l'on a nommé des syndics, représentants des créanciers, et ils ont procédé à la vente des biens de la société faillie, ainsi qu'il arrive dans toutes les faillites. Le prix — « une croûte de pain », selon M^e Grégoire — était supérieur à un milliard de pesetas, car l'acquéreur devait liquider et payer la totalité des obligations de Barcelona Traction. Et les créanciers avant la vente aux enchères, les syndics dans le cahier des charges et l'adjudicataire après la vente aux enchères, ont à plusieurs reprises offert à Barcelona Traction ou à ses prétendus actionnaires la possibilité de recouvrer le patrimoine de la société faillie à la seule et unique condition de payer les dettes de cette dernière.

La Partie adverse soutient que la différence entre la valeur de l'actif, d'une part, et le montant du passif, d'autre part, était d'une centaine de millions de dollars. Or, voici que les soi-disant actionnaires de Barcelona Traction ont, à maintes reprises, refusé de racheter l'actif pour une simple « croûte de pain ».

Pour masquer ce fait insolite, qu'il ne saurait expliquer, mon éminent contradicteur n'a pu se satisfaire des postulats utilisés jusqu'ici par le Gouvernement demandeur. M^e Grégoire, dont la plaidoirie a révélé toute l'intelligence et le talent, a très vite compris l'immense difficulté de sa tâche. Et il a senti qu'il lui fallait trouver un nouveau mode de présentation, construire un raisonnement, élaborer une philosophie adaptée aux besoins de la cause. C'est ce que je me permettrai d'appeler « les dix piliers de la sagesse de M^e Grégoire ». Cette sagesse repose avant tout sur une faculté particulièrement développée, semble-t-il, de l'autre côté de la barre: l'oubli.

En effet, pour suivre mon éminent contradicteur dans son argumentation, il faut d'abord avoir grand soin d'oublier dix faits dont l'importance pourtant est capitale car, si on les gardait présents à l'esprit, la thèse de M^e Grégoire s'écroulerait d'un seul coup.

Ainsi, s'appuyant sur les postulats de ses confrères et sur ce que j'ai appelé les dix piliers de sa sagesse, M^e Grégoire s'est employé à disséquer les faits et les règles: il a cueilli un mot ici, une phrase là, il a attiré l'attention de la Cour sur un point ou sur une virgule, tout cela pour construire, avec la patience d'un orfèvre, un mélodrame en trois actes intitulé « la monumentale hérésie juridique » de la vente (VIII, p. 309).

Le premier acte, il vous en souvient, est consacré aux mesures préparatoires à la vente; le second, à l'autorisation accordée aux syndics de vendre; et le troisième, au cahier des charges et aux modalités de la vente.

Je passerai en revue, cela va de soi, tous les actes de cette pièce, en

m'efforçant d'être bref. Il convient, toutefois, d'énumérer auparavant les dix piliers de la sagesse de M^e Grégoire, qui servent de décor à son mélodrame.

Le premier pilier de la sagesse peut se résumer en la règle suivante: il faut oublier que le jugement déclaratif de faillite était irrévocable.

A d'innombrables reprises, en effet, M^e Grégoire a été obligé de souligner, pour fonder son argumentation, que le jugement de faillite n'était pas irrévocable. Les syndics, a-t-il dit (VIII, p. 318), ne pouvaient être nommés, en raison du caractère révocable du jugement de faillite. La vente des biens de la société faillie (VIII, p. 323, 325 et 332) ne pouvait avoir lieu, parce que la déclaration de faillite n'était pas irrévocable.

Cette prémisse, qui est fondamentale pour toute l'argumentation de la Partie adverse présentée au cours des audiences du 29 avril et du 1^{er} mai, va directement à l'encontre des faits. Le jugement du 12 février 1948, par lequel Barcelona Traction a été déclarée en faillite, est devenu irrévocable le 24 février 1948 en application de la loi. Il est devenu irrévocable et irréversible parce que Barcelona Traction n'a pas voulu introduire de recours.

M^e Grégoire est allé jusqu'à insinuer que les tribunaux espagnols et même le Gouvernement espagnol auraient eu conscience du fait que le jugement de faillite n'était pas irrévocable.

Pareille insinuation ne peut guère résulter que d'une amnésie momentanée. En effet :

a) Les ordonnances du 2 et du 17 mars 1948 (C.M., IV, p. 350 et suiv. ; D., VII, p. 493 et suiv., et A.C.M. nos 103 et 130, vol. VIII, p. 127 et 130) déclarent que le jugement de faillite était irrévocable. La cour d'appel de Barcelone, en confirmant l'autorisation de vendre, a indiqué dans son arrêt du 5 février 1952 (A.C.M. n° 153, doc. 3, vol. VIII, p. 332) que le jugement de faillite était irrévocable. Cette même cour d'appel, par arrêt (*sentencia*) du 15 mai 1963, a réitéré cette affirmation. (A.C.M. n° 193, vol. IX, p. 270). A son tour, le juge spécial, en statuant en juin 1963 sur la pseudo-opposition de Barcelona Traction, a déclaré cette pseudo-opposition irrecevable, pour la raison qu'elle avait été formée hors délai, c'est-à-dire à un moment où la déclaration de faillite était déjà irrévocable (A.C.M. n° 196, vol. IX, p. 281). En statuant, également en juin 1963 (A.C.M. n° 197, vol. IX, p. 283 et suiv.), sur la recevabilité de la demande incidente en nullité de procédure présentée par Barcelona Traction le 5 juillet 1948 (A.C.M. n° 75, doc. 1, vol. VII, p. 393 et suiv.), le juge spécial a dû déclarer également irrecevable ce recours extraordinaire, pour la raison que la société faillie n'avait pas fait usage, dans les délais, du recours ordinaire d'opposition et avait laissé la déclaration de faillite devenir irrévocable.

b) Dès le début, et précisément en raison du caractère irrévocable du jugement déclaratif, le Gouvernement espagnol a soutenu, au cours des négociations diplomatiques ainsi que devant la Cour, l'exception tirée du non-épuisement des recours internes. C'est seulement en dehors de la procédure de faillite, au moyen d'un recours en révision, que Barcelona Traction aurait pu faire annuler le jugement qui l'avait déclarée en faillite; or, Monsieur le Président, nous savons tous que ce recours-là elle ne l'a jamais exercé.

Dans ces conditions, comment pourrait-on tenir pour correcte l'argumentation que mon honorable contradicteur a développée devant la

Cour, en prenant pour point de départ la prétendue révocabilité du jugement de faillite?

J'en viens maintenant, Messieurs de la Cour, au deuxième pilier de la sagesse: on vous demande d'oublier que Barcelona Traction et ses « coïntéressés » ont eu, lors de l'assemblée générale des créanciers chargée de désigner les syndics, un comportement tout à fait inexplicable.

La Partie adverse a rappelé (VIII, p. 318) qu'à cette assemblée des créanciers, *les syndics avaient été élus avec les voix du groupe que dirigeait M. Juan March*. Dans d'autres passages de la plaidoirie, elle a prétendu, sur un ton de triomphe, découvrir des preuves du fait que les syndics avaient des relations avec le groupe majoritaire d'obligataires.

Il n'est pas dans mes intentions de perdre du temps pour justifier ces relations entre les syndics et les obligataires. Les syndics sont des créanciers élus par les créanciers et représentant les créanciers. Peut-on dès lors imaginer une faillite où les syndics ne soient pas en contact avec les créanciers? En faire grief c'est s'indigner qu'un représentant ait à cœur les intérêts et les soucis des personnes qu'il représente.

Ce qui importe, c'est de savoir pourquoi les syndics furent élus précisément par le vote des obligataires groupés autour de M. Juan March et de rechercher si la Partie adverse est fondée à faire grief de ce fait au Gouvernement espagnol.

La loi espagnole régleme l'élection des syndics de façon que tous les créanciers aient un représentant parmi les syndics; deux de ces syndics sont nommés par la majorité, mais un au moins peut être désigné par la minorité. Qu'a-t-il bien pu se passer dans la faillite de Barcelona Traction pour que les trois syndics fussent choisis par un seul et même groupe de créanciers?

A l'assemblée des créanciers, régulièrement convoquée pour nommer les syndics de la faillite de Barcelona Traction, ont pris part tous les créanciers qui croyaient détenir des créances contre la société faillie; le droit d'accès à l'assemblée et le droit de vote n'ont été refusés à personne et nul ne s'est permis de dire que les personnes qui ont assisté à cette assemblée n'étaient pas de véritables créanciers. Y ont assisté les obligataires « coïntéressés » de Barcelona Traction; le National Trust, lui aussi, y a pris part, en tant que titulaire de certaines obligations. La Cour ne manquera pas de remarquer, au passage, que, lorsque National Trust décidait de se comporter en créancier, il ne lui était opposé aucun obstacle; il a donc pris part à l'assemblée et fait toutes les déclarations qu'il a estimé devoir faire.

Mais les alliés et « coïntéressés » de Barcelona Traction qui assistaient à l'assemblée se sont abstenus de prendre part au vote; ils étaient allés à cette assemblée pour protester, mais non pas pour voter (A.M. n° 155, vol. III, p. 608). Sidro et Sofina — c'est du moins ce qu'affirme la Partie adverse — détenaient un gros paquet d'obligations de Barcelona Traction; en qualité d'obligataires, elles auraient pu se présenter à l'assemblée convoquée pour nommer les syndics et y former une minorité, ce qui leur aurait permis d'avoir, à tout le moins, un représentant parmi les syndics. Ai-je besoin d'ajouter que Sidro et Sofina se sont abstenues de prendre part à l'assemblée?

Si les trois syndics — les trois! — avaient été nommés pour être l'instrument des obligataires majoritaires; si le groupe dirigeant de Barcelona Traction, en 1949, croyait de bonne foi que cette nomination n'était qu'une manœuvre tendant à détourner la faillite de son but,

comment se fait-il qu'ils n'aient rigoureusement rien fait pour faire échec à la machination de leurs adversaires?

Mais il est d'autres anomalies encore. Plus d'une année avant que ne se réunît l'assemblée des créanciers, les représentants de la Westminster Bank avaient proposé à M. Heineman, dirigeant de Sofina-Sidro, de lui vendre des obligations *First Mortgage* pour un montant de 2 640 000 livres sterling; et celui-ci avait refusé l'offre (A.D. n° 155, vol. III, p. 280). Si cette offre avait été acceptée, le résultat de l'assemblée des créanciers aurait pu être bien différent de ce qu'il fut. En effet, le groupe dirigeant de Barcelona Traction aurait pu désigner la majorité ou, à tout le moins, la minorité des syndics, ce qui aurait coupé court à toute prétendue manœuvre visant à spolier la société faillie.

Loin de moi l'idée de prétendre que M. Heineman ait eu l'obligation d'acheter, en payant en pesetas le montant des obligations. Mais il me paraît illogique que celui à qui on a offert la possibilité d'orienter le cours de la procédure de faillite viennoise, après coup, se plaigne des conséquences de cette occasion perdue. Et il est encore plus illogique que l'on prétende rendre le Gouvernement espagnol responsable de ces conséquences.

Troisième pilier de la sagesse de M^e Grégoire: oublier que les créanciers — avant et après la nomination des syndics, comme avant et après l'autorisation de vendre — n'ont eu d'autre but que de percevoir ce que Barcelona Traction leur devait et n'ont pas eu la moindre intention de s'emparer de l'exploitation industrielle de Barcelona Traction.

Au dire de la Partie adverse, les créanciers auraient demandé la nomination des syndics pour que ceux-ci puissent procéder à la vente des biens. Mais il se trouve que la société Namel, en demandant au tribunal qu'intervienne la nomination des syndics, a proposé que leurs pouvoirs fussent limités aux actes d'administration des biens. Cela a été rappelé par le professeur Rolin¹ et M^e Grégoire l'a répété après lui². Si Namel souhaitait vraiment faire vendre les biens par les syndics, pourquoi s'être donné la peine de faire cette proposition? Mes estimés contradicteurs n'ont pas répondu à cette question.

Les textes mêmes qu'invoque la Partie adverse prouvent d'ailleurs que les créanciers, lorsqu'ils demandèrent la nomination des syndics, ne pensaient pas à la vente. Ils voulaient tout simplement que l'administration du patrimoine de la société faillie fût placée entre les mains de représentants des créanciers, ainsi que le prescrit la loi espagnole.

Une fois nommés et quoi qu'en dise le Gouvernement belge, les syndics n'ont pas non plus manifesté le moindre désir de procéder à la vente des biens. Il s'est écoulé deux années avant que les syndics se voient contraints à demander l'autorisation de vendre.

¹ M. Rolin (VIII, p. 252) a rappelé que Namel avait suggéré ceci au juge:

« Pour plus de clarté, nous nous permettons de proposer au juge qu'il pourrait souligner, dans la décision que nous sollicitons, la limitation de ce qu'en ce qui concerne l'activité des syndics [elle doit être limitée aux actes d'administration]. »

² M^e Grégoire (VIII, p. 326) a dit que Namel avait pris la

« précaution d'ajouter — et M^e Rolin vous l'a fait remarquer au cours de sa plaidoirie — qu'il ne s'agirait pas de donner aux syndics le pouvoir de procéder à la vente et elle avait invité le juge spécial, pour qu'il n'y ait à cet égard ni aucune ambiguïté ni aucun risque, à préciser *expressis verbis* cette restriction ».

On constatera que le texte de Namel, en passant de l'un à l'autre de nos adversaires, a subi une certaine transformation.

Je comprends sans peine que cet intervalle de deux ans mette mes contradicteurs dans l'embarras. Pour essayer de donner de ce fait une apparence d'explication, ils prétendent qu'au cours de ce laps de temps les créanciers auraient trouvé un prétexte pour procéder à une vente d'urgence. Ce prétexte, est-il besoin de le dire, ce serait la déclaration tripartite signée en juin 1951 par les Gouvernements de l'Espagne, de la Grande-Bretagne et du Canada.

La duplique (VI, p. 169, et VII, p. 588) a rappelé que cet intervalle de deux ans s'explique d'une façon infiniment plus simple que par cet invraisemblable prétexte: c'est que le groupe majoritaire d'obligataires avait vainement essayé d'entrer en négociations avec le groupe dirigeant de la société faillie pour obtenir que cette dernière payât ses dettes. Et à ce propos, M^e Grégoire s'est non seulement abstenu de répondre aux explications de la duplique, mais à deux reprises il s'est référé¹ (VIII, p. 335 et suiv.) à des lettres écrites au cours des négociations, afin d'en tirer des arguments favorables à ses thèses.

Mon collègue, le professeur Reuter, a démontré à quel point il est inadmissible de prétendre, comme le veut la Partie adverse, voir dans la déclaration tripartite un prétexte pour parvenir à la vente: (*supra*, p. 239 et 255). Il a rappelé aussi la chronologie des événements, en mettant l'accent sur les négociations (*supra*, p. 241 et suiv.). Si l'on place les deux lettres dont il est question dans le cadre général de ces événements et si l'on tient compte de leur date et de leur texte intégral, il apparaît que les créanciers n'avaient pas le moindre désir de s'emparer de l'entreprise et que la déclaration tripartite n'a pas été un prétexte, même pour les obligataires majoritaires (VIII, p. 335 et 349).

Rappelons donc que le 27 juillet 1951, une fois que la déclaration tripartite eut été rendue publique, M. Juan March proposa au *receiver* canadien que des négociations soient ouvertes entre la société faillie et ses obligataires, avec la participation du *receiver* lui-même et en présence d'observateurs du Gouvernement britannique et du Gouvernement canadien (*Receivership*, vol. V, fol. 774 et suiv.). Ces négociations auraient eu pour objet d'assurer à tous les obligataires, qu'ils fissent ou non partie du groupe majoritaire, le paiement de leurs créances (fol. 773). Et quelle a été la réponse des gens de la société faillie à cette proposition, que leur a transmise loyalement le *receiver*? Ils ont différé leur réponse jusqu'en septembre et ont déclaré finalement qu'ils « n'étaient pas disposés à négocier tant que la situation en Espagne n'aurait pas été régularisée ou, du moins, tant que la déclaration tripartite n'aurait pas été modifiée » (fol. 758 et suiv.).

Pour que la société faillie consente à négocier, il était indispensable que les trois gouvernements de trois Etats souverains modifient une déclaration tripartite qui ne convenait pas à la société faillie.

C'est ainsi qu'il faut comprendre la déclaration de M. Juan March fils, dont a parlé mon contradicteur, à l'audience du 1^{er} mai (VIII, p. 335). Après le refus de Barcelona Traction et de ses dirigeants, il n'y avait plus d'autre solution, si les créanciers voulaient recevoir leur dû, que de poursuivre les démarches en vue de la vente.

La Cour, qui est désormais en possession de toutes les données, comprendra aisément combien sont erronées les conclusions que M^e Grégoire prétend tirer des paroles de M. Juan March. Selon mon contradicteur, les obligataires se déclaraient prêts

« à entamer ce qu'il appelait des négociations mais qui, en réalité, n'avaient d'autre objet que la capitulation sans conditions de ses adversaires. Elles devaient nécessairement échouer et, en conséquence, elles échouèrent. »

Si la déclaration tripartite n'avait été qu'un prétexte fourni à M. Juan March pour que celui-ci pût demander la vente, on ne comprend vraiment pas pourquoi il aurait essayé d'engager des négociations. M. Juan March, au dire de la Partie adverse, avait besoin d'un prétexte pour s'emparer des biens par le moyen d'une vente judiciaire; pour y parvenir, il aurait fait agir le Gouvernement espagnol afin qu'il déclenche une subtile manœuvre diplomatique; il aurait ensuite obtenu que trois gouvernements, dans ce que l'on a appelé, de l'autre côté de la barre, un « regrettable document », consentent à détourner de sa fin normale l'œuvre de la Commission internationale d'experts, ainsi que l'a soutenu le mémoire du Gouvernement belge (I, p. 87), et rédigent — selon la réplique (V, p. 96) — une déclaration conjointe équivoque et destinée à servir les intérêts de M. Juan March.

Or, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ne voilà-t-il pas que M. Juan March, ayant réussi ce prodigieux travail, se déclare prêt à renoncer à tous les avantages obtenus. Il est disposé, si la société faillie paie tous ses obligataires, à demander qu'il soit mis fin à la procédure de faillite et à laisser le patrimoine aux mains de la société faillie. Et il demande qu'à la table des négociations prennent place non seulement Barcelona Traction elle-même, mais aussi le *receiver* et des observateurs des Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada.

La société faillie, d'après le *receiver*, ne veut pas négocier tant que l'on n'a pas modifié la déclaration tripartite. Selon mon honorable contradicteur, c'est parce que M. Juan March aurait exigé une capitulation sans conditions. Pour Barcelona Traction en effet, et toujours selon M^e Grégoire, payer à tous les obligataires ce que, en toute justice, elle leur doit, équivaldrait à une « capitulation sans conditions ».

Mais là ne s'arrêtent pas les efforts de M. Juan March. En novembre 1951, le capitaine Hillgarth a adressé à sir Herbert Brittain la lettre dont a parlé mon honorable contradicteur (VIII, p. 350).

Que déclare le capitaine Hillgarth, s'adressant cette fois à un haut fonctionnaire du Trésor britannique? Que, si Sofina ou Barcelona Traction dépêchent à March un représentant et manifestent sérieusement l'intention de payer les obligataires intégralement :

« Moi [c'est-à-dire le capitaine Hillgarth], je ne doute pas le moins du monde que la majorité des obligataires demanderait aux syndics (qu'ils ont élus) de différer la vente » (documents déposés par le Gouvernement espagnol, juillet 1968, vol. 5 (III-6)).

Et là, la Partie adverse ne se hasarde plus à dire que les obligataires ont exigé de la société faillie une capitulation sans conditions: le désir qu'avaient les obligataires de percevoir leur dû est trop manifeste pour qu'elle le mette en relief. Aussi préfère-t-elle demander :

« Que devenaient, en ce cas, les dangers de détérioration des biens? »

La réponse est aisée. Si Barcelona Traction ou Sofina se déclaraient prêtes à payer les obligataires, pourquoi les créanciers auraient-ils alors

continué à se soucier des risques de dépréciation que pouvait ou non courir le patrimoine de la société faillie? Aussi longtemps que ce patrimoine constituait la garantie de leurs créances, il leur fallait veiller à ce que cette garantie ne disparût pas; mais, une fois que tous les créanciers étaient assurés d'être désintéressés, la procédure de faillite n'avait plus d'objet et le patrimoine pouvait être rendu à la société faillie avec ou sans risque de dépréciation.

Tels étant les faits, Messieurs, comment peut-on continuer à prétendre que la vente aurait été fondée sur des prétextes et que la procédure de faillite aurait été détournée de sa finalité légale? Mon illustre contradicteur a cité un proverbe de langue française: « Qui veut frapper un chien trouve toujours un bâton » (VIII, p. 336). Il est tant de faits qui prouvent que Barcelona Traction et ses gens ont fait la sourde oreille à la proposition réitérée de recouvrer leurs biens en payant leurs dettes, que je me permettrai de citer ici un autre proverbe: « Il n'est pire sourd que celui qui ne veut pas entendre. »

Permettez-moi de reprendre, à propos de Barcelona Traction, cette phrase bien connue d'un célèbre auteur dramatique espagnol: « payer est un mot injurieux ».

Avant de passer au quatrième pilier de la sagesse de M^e Grégoire, je tiens à corriger un lapsus qui s'est glissé dans la lecture d'un passage de la page 588 de la duplique (VIII, p. 334), passage « savoureux », paraît-il, où il est dit que si les créanciers n'ont pas, deux ans durant, demandé aux syndicats de vendre les biens, ce fut en raison du

« désir évident du groupe March de voir les obligataires — appartenant ... au groupe — toucher ce qui leur était dû ».

Si la Cour a la curiosité de rétablir les mots qui, dans le texte de la duplique, tiennent la place des points de suspension, elle constatera qu'il s'agit des mots « ou non ». De sorte que le désir évident du groupe March était que pussent toucher leur dû tous les obligataires, « appartenant ou non au groupe ». Il me semble que les deux monosyllabes qui se cachent derrière les points de suspension ne sont pas dépourvues d'importance.

Et j'en viens, Monsieur le Président, Messieurs les juges, au quatrième pilier de la sagesse. M^e Grégoire voudrait maintenant nous voir oublier qu'à l'époque où se sont déroulés les faits que nous connaissons, et après la nomination des syndicats, personne ne doutait qu'ils eussent, en vertu de la loi, le pouvoir de procéder à la vente.

Les créanciers n'en doutaient pas. Namel, nous a-t-on dit, avait suggéré au juge que les pouvoirs des syndicats fussent limités à l'administration des biens. Il me semble que lorsqu'un créancier demande que les pouvoirs des syndicats soient restreints, c'est qu'il estime qu'à défaut de cette restriction, les syndicats auront tous les pouvoirs que leur confère la loi, et notamment le pouvoir de vendre.

La société faillie, elle non plus, n'en doutait pas. En effet, dans ses conclusions en date du 14 juin 1949, Barcelona Traction s'opposait à la nomination des syndicats en disant explicitement qu'une fois les syndicats nommés, la procédure de faillite reçoit une impulsion telle qu'il se peut que les biens de la masse soient liquidés avant qu'il soit statué sur l'opposition (A.M. n^o 151, vol. III, p. 586).

Les avocats de Barcelona Traction n'en doutaient pas davantage. M^e Chapapieta disait, le 17 février 1950:

« en droit espagnol, tous les biens de la société faillie sont placés sous le contrôle des syndics, qui peuvent les vendre sous réserve de l'approbation du tribunal » (*Receivership*, vol. III, fol. 494).

Et le *receiver* canadien non plus n'en doutait pas. Dans une déclaration rendue publique le 12 août 1949, il reconnaissait que les syndics ont « des pouvoirs d'administration et de disposition plus étendus que ceux dont sont investies les personnes qui jusqu'ici étaient chargées par le tribunal espagnol de la gestion des biens » (*Receivership*, vol. II, fol. 300).

Il n'est pas jusqu'à l'ambassade de Belgique à Madrid qui n'ait eu le moindre doute sur ce point : dans sa note du 22 juillet 1949, elle déplorait que les syndics eussent en Espagne des pouvoirs « plus larges que ceux de l'actuel dépositaire » et qu'« ils auraient ainsi la disposition des biens saisis sans aucun droit » (A.M. n° 252, vol. IV, p. 981-982).

Enfin, le Gouvernement canadien n'en doutait pas : dans ses notes transmises par l'ambassade de Grande-Bretagne et datées du 21 juillet 1949 (A.E.P. 1960, vol. III, p. 204), du 17 mai 1950 (A.C.M. n° 1, doc. 4, vol. VI, p. 13) et du 3 août 1950 (A.C.M. n° 19, vol. IX, p. 365), il reconnaissait le pouvoir de vendre qu'avaient les syndics.

Comme dirait la Partie adverse, il serait cruel d'insister. Il est clair comme le jour que tout le monde savait et reconnaissait — *urbi et orbi* — que les syndics avaient en l'espèce le pouvoir de vendre. Est-il logique, je dirais presque est-il sérieux que M^e Grégoire ait passé une matinée entière à essayer de nous convaincre que les syndics n'avaient pas le droit de vendre ?

C'est par rapport aux trois notes diplomatiques précitées qu'il y a lieu de considérer la réponse que le ministère espagnol des affaires étrangères fit, le 13 octobre 1950, à l'ambassade de Grande-Bretagne (A.C.M. n° 20, vol. IX, p. 366). Si on lit maintenant le texte dont a parlé mon éminent contradicteur (VIII, p. 326), on s'aperçoit qu'il a un sens fort différent de celui que l'on voudrait lui donner en l'interprétant d'une façon toute subjective et personnelle. M^e Grégoire soutient que, selon le ministère espagnol, la vente ne pouvait avoir lieu « pendant de longs mois », étant donné « les exigences du code espagnol de procédure ». Et il prétend relier ces exigences aux pouvoirs dont seraient dotés les syndics. Mais il suffit de lire le texte d'un œil impartial pour voir que le Gouvernement espagnol n'entendait pas le moins du monde se référer aux pouvoirs des syndics, mais aux formalités de la vente.

Or, quelles sont, Messieurs de la Cour, ces formalités ? Il n'est que de lire le dossier de la procédure de faillite pour le voir. Ce sont la demande d'autorisation nécessaire pour la vente d'« effets de commerce », la fixation du prix, la détermination des conditions dans lesquelles doit s'opérer la vente, la convocation publique aux opérations de la vente aux enchères et la tenue des enchères. Ce sont là des formalités qui ne se font pas en un jour ; au contraire, elles exigent un délai et il a été, en l'espèce, de plusieurs mois.

Le 13 octobre 1950, aucune demande d'autorisation de vendre les biens n'avait encore été présentée et, dans ces conditions, le ministère espagnol des affaires étrangères pouvait fort bien indiquer, comme il l'a fait, qu'il n'y avait pas lieu de prévoir de vente avant l'expiration du laps de temps dont les experts allaient disposer pour mener à bien leurs travaux.

Une fois de plus, Monsieur le Président, Messieurs les juges, mon illustre contradicteur s'est trompé.

Le cinquième pilier de la sagesse de M^e Grégoire touche à une question très grave. Il suppose que l'on oublie la façon dont la société faillie s'est comportée devant la justice espagnole, et ce pour pouvoir donner corps à la légende selon laquelle Barcelona Traction aurait prétendument été mise dans l'impossibilité de se défendre.

Mon contradicteur affirme que Barcelona Traction

« n'avait jamais réussi à se faire entendre, ni dans ses moyens de fonds (opposition), ni dans ses moyens de forme (nullité de la procédure) » (VIII, p. 323).

Contrairement à ce qu'imagine M^e Grégoire, la vérité est que Barcelona Traction s'est délibérément abstenue de faire opposition au jugement déclaratif de faillite dans le délai et en la forme prescrits. La vérité est que, plusieurs mois après la date à laquelle le jugement de faillite était devenu irrévocable, Barcelona Traction a prétendu faire une pseudo-opposition et a saisi le tribunal d'une demande incidente de nullité de procédure; du fait même de l'irrévocabilité du jugement de faillite, il n'existait pas la moindre chance que les tribunaux espagnols déclarent recevables, examinent ou statuent sur l'un et l'autre de ces recours.

Mon éminent confrère, le professeur Jiménez de Aréchaga ne manquera pas de revenir sur ce point. Mais je tiens à signaler que, si l'objection de la Partie adverse était fondée, il eût été normal que Barcelona Traction, devant la menace de vente de ses biens, mit tout en œuvre pour que fussent soustraites à l'effet suspensif d'un déclinatoire de compétence à la fois sa prétendue opposition et sa demande en nullité de procédure. Le professeur Rolin a reconnu (VIII, p. 257) que l'article 114 du code de procédure civile, en vertu duquel avait été suspendue la première section de la procédure de faillite, admet que puisse être soustrait à l'effet suspensif

« tout acte qui, de l'avis du juge, serait absolument nécessaire et dont le retard pourrait engendrer des préjudices irréparables ».

Mais, pour obtenir cette exception à l'effet suspensif, encore fallait-il tout bonnement la demander. Or, Barcelona Traction n'a jamais présenté la moindre demande en ce sens, ni lorsque le tribunal autorisa la réunion de l'assemblée des créanciers appelée à nommer les syndics ni lorsqu'il autorisa la vente, et ce bien qu'au dire de la Partie adverse ces autorisations aient porté à la société faillie un préjudice irréparable.

Pourquoi Barcelona Traction n'a-t-elle pas fait une demande aussi élémentaire?

L'explication, à mon avis, est parfaitement claire. Barcelona Traction savait pertinemment que, si elle avait demandé au tribunal de soustraire à l'effet suspensif les recours formés par elle hors délai, le juge spécial, aussi bien en 1949 qu'en 1951, les aurait déclarés irrecevables, comme il le fit d'ailleurs quelques années plus tard.

Voilà pourquoi Barcelona Traction, contrairement à ce qu'affirme mon illustre contradicteur, n'a pas demandé à être entendue à l'époque; elle ne voulait pas être entendue, elle voulait seulement que soit suspendue la deuxième section de la procédure de faillite dans le cadre de laquelle allait s'opérer la vente.

Cette explication est la seule qui permette de comprendre pourquoi l'avocat de la société faillie a déclaré à l'époque que ses clients lui avaient donné pour instructions de s'efforcer de gagner du temps; et qui explique

que les recours formés contre les décisions du juge relatives à la vente n'avaient d'autre objet que de satisfaire ce vœu (*Receivership*, vol. V, fol. 806/8).

J'ai le devoir de proclamer très haut que la justice espagnole a suivi une ligne de conduite tout autre que celle que lui attribue la Partie adverse. Je veux dire que, loin d'avoir donné l'ordre de vendre sans examiner les allégations de Barcelona Traction concernant la prétendue irrégularité de la procédure de faillite, les tribunaux espagnols en ont connu et, en toute justice, n'ont pu que les rejeter. C'est bien là ce qui irrite la Partie adverse.

Je ne reprendrai pas ici tout ce qu'a exposé à ce sujet le Gouvernement espagnol (D., VII, p. 619 et suiv.). Il convient toutefois de rappeler qu'à l'occasion des recours formés par elle contre l'ordonnance autorisant la vente, Barcelona Traction a soumis ses griefs, tant au juge spécial qu'à la cour d'appel: faillite illégale, jugement déclaratif pas irrévocable et bien d'autres encore.

Avant de confirmer l'autorisation de vendre et compte tenu du fait que Barcelona Traction avait allégué que ses biens allaient être vendus dans une faillite nulle et non avenue, le juge spécial et la cour d'appel ont patiemment analysé l'argumentation de la société faillie. Cette analyse a été détaillée et complétée et le juge spécial aussi bien que la cour d'appel ont rejeté les allégations de Barcelona Traction.

La Partie adverse prétend aujourd'hui que le juge spécial et la cour d'appel n'auraient pas dû statuer sur les points qu'avait soulevés la société faillie. Cela revient à dire qu'elle se plaint que les tribunaux aient entendu Barcelona Traction avant d'autoriser la vente ou à l'occasion de cette autorisation.

Le Gouvernement belge devrait reconnaître que ce qui le gêne ce n'est pas le refus d'audience, c'est au contraire que, la société faillie ayant été entendue, alors même que le jugement déclaratif de faillite était devenu irrévocable, ses réclamations aient été rejetées.

Le sixième pilier de la sagesse élaboré par mon estimé contradicteur, Monsieur le Président, exige que l'on oublie l'énorme masse de documents qui a été soumise à la Cour et à laquelle je ne me référerai que très brièvement. Car ces documents font apparaître que la situation économique de l'exploitation industrielle de Barcelona Traction en Espagne était exactement inverse de ce que prétend, non sans un optimisme démesuré, la Partie adverse.

Au tableau réel de la situation que présentent les documents tirés des archives de Barcelona Traction qui se trouvent à Barcelone, l'on prétend substituer les conclusions des experts du Gouvernement belge, conclusions formulées une vingtaine d'années après l'événement et qui procèdent notamment d'une source aussi suspecte que les renseignements fournis verbalement par MM. Menschaert et Hiernaux, anciens dirigeants de l'exploitation. Ce qu'il y a de plus curieux, c'est que, comme le montrera le professeur Sureda, non seulement ces conclusions sont inacceptables, mais encore les experts du Gouvernement belge ont « oublié » de lire les études qu'avaient effectuées à l'époque MM. Menschaert et Hiernaux eux-mêmes et qui révèlent la situation économique catastrophique de Barcelona Traction mise en pleine lumière tout récemment encore par le nouveau rapport de la firme Peat, Marwick, Mitchell & Co., déposé par le Gouvernement espagnol.

A en croire mon distingué contradicteur, l'exploitation était tellement

prospère que les bénéfices qu'elle produisait auraient permis non seulement d'assurer le fonctionnement des installations et services d'exploitation, mais encore :

Premièrement : de satisfaire aux incessants besoins de capitaux qu'impose aux sociétés d'électricité la nécessité de répondre à l'augmentation constante et incessante de la demande par une augmentation parallèle de la production.

Deuxièmement : de conserver en argent liquide une réserve permettant, à n'importe quel moment, d'assurer le paiement des intérêts dus aux obligataires et l'amortissement du principal des obligations.

Troisièmement : de payer tous les impôts et taxes que les autorités espagnoles avaient le droit d'exiger et qui, selon la société faillie, étaient acquittés dans leur intégralité.

Et quatrièmement : de distribuer aux actionnaires un dividende annuel.

De cette magnifique prospérité, la Partie adverse tire cette conséquence que l'entreprise aurait eu pleinement accès au marché des capitaux et que, si elle n'a pas cherché à emprunter de l'argent, ce serait que ses ressources propres lui suffisaient.

Je ne doute pas le moins du monde que tant que la dette obligataire demeurait impayée, les actionnaires s'appropriaient une partie des bénéfices annuels. Mais l'on ne saurait ajouter foi aux autres affirmations optimistes de la Partie adverse. Pour pouvoir y ajouter foi, il faudrait avoir oublié un certain nombre de faits.

Il faudrait oublier, premièrement, les prévisions financières effectuées en 1942 par M. Speciael¹, en 1944 par M. Menschaert² et à la veille de la faillite par MM. Hiernaux et Bock³. Loin de partager l'optimisme de mon estimé contradicteur, tous ces personnages étaient extrêmement pessimistes et croyaient qu'il serait impossible d'effectuer, au sein de l'exploitation, les travaux les plus indispensables. C'est la raison pour laquelle certaines concessions furent perdues, comme l'a rappelé le professeur Gil-Robles (*supra*, p. 61). La réplique elle-même (V, p. 116), dans un moment de sincérité, a reconnu qu'à l'époque, les bénéfices des entreprises d'électricité étaient extrêmement faibles; et M^e Grégoire lui-même a laissé échapper un aveu de ce genre (VIII, p. 320).

Il faudrait oublier, deuxièmement, que tous les dirigeants de l'entreprise ont avoué qu'il n'existait pas de réserves d'argent liquide permettant d'assurer le service des intérêts des obligations et l'amortissement du principal de celles-ci. C'est ce qui ressort très clairement d'une étude de M. Hiernaux, datée de septembre 1944⁴, de la note de M. Menschaert du

¹ Dans sa lettre du 3 avril 1942 (A.C.M. n° 932, vol. V, p. 229), M. Speciael disait : « malgré une augmentation incessante et considérable des ventes en kWh, les bénéfices diminuent rapidement d'année en année. Il en résulte qu'après très peu de temps les excédents annuels de bénéfices ne seront plus suffisants pour effectuer les travaux indispensables, bien que la société ne paie pas actuellement la totalité de ses charges financières. »

² Télégramme de M. Menschaert à M. Speciael dont le texte a été remis le 23 mars 1944 à M. Lawton (A.C.M. n° 962, vol. V, p. 276).

³ Voir doc. dép. 1969, annexe P.M.M., doc. n°s 3 et 12.

⁴ M. Hiernaux disait (A.D. n° 8, doc. n° 7, vol. II, p. 248) :

« A l'heure actuelle, le revenu qu'elle obtient de ses investissements est de l'ordre de 4% et ne lui permet pas de faire face à l'intérêt des obligations qu'elle doit émettre, et en terme final, l'entreprise se ruinerait au fur et à mesure de son développement si des augmentations de tarif ne lui sont pas accordées. »

23 mars 1944¹, de la lettre de M. Clark du 15 avril 1947², de la lettre de M. Speciael du 18 septembre 1947³ et de bien d'autres.

Dans un autre instant de sincérité, la réplique l'a d'ailleurs avoué elle-même⁴.

Il faudrait oublier, troisièmement, que le groupe ne payait pas les impôts et taxes que les autorités espagnoles étaient en droit d'exiger. Le rapport des experts du ministère espagnol des finances (A.D. 1-A, vol. I, p. 13 et suiv.) a réfuté de façon décisive la thèse selon laquelle il n'y aurait pas eu de fraude fiscale, et aucun de mes contradicteurs ne s'est hasardé à faire mention des conclusions de ces experts⁵.

Pour couronner le tout, voici un passage d'une lettre que M. Pomerol écrivait le 23 janvier 1946 (A.D. n° 8, doc. 8, vol. II, p. 257), dont je prendrai la liberté de donner lecture à la Cour:

« La nouvelle formule prévoit des augmentations des tarifs si réduites en elles-mêmes et si disproportionnées par rapport aux investissements nécessaires qui sont à leur origine, qu'elles mèneraient fatalement notre industrie à une situation de faillite. »

Dans ces conditions, Messieurs les juges, comment ose-t-on prétendre que l'entreprise, avant ou après la faillite, était prospère et avait accès au marché des capitaux? Comment M^e Grégoire peut-il dire que les syndics étaient en mesure d'emprunter des centaines de millions? Et ce d'autant plus que la réplique elle-même⁶ a reconnu qu'à l'époque même les sociétés d'électricité solvables ne pouvaient avoir accès au marché des capitaux.

Le septième « pilier de la sagesse » suppose que l'on oublie que la société Fuerzas Eléctricas de Cataluña, adjudicataire des biens de Barcelona Traction, n'avait aucunement la certitude d'acquérir lesdits biens.

L'acte de constitution de la société a été passé devant notaire le 13 décembre 1951, par sept personnalités du monde financier espagnol, parmi lesquelles se trouvait en effet M. Juan March. Le montant du capital social initial a été fixé à 5 millions de pesetas; et il a été précisé que, comme une vente aux enchères avait été ordonnée en vue de la vente des biens de Barcelona Traction, la société se donnait pour objet de prendre part auxdites enchères.

¹ A.C.M. n° 962, vol. V, p. 276.

² A.C.M. n° 991, vol. V, p. 341.

³ « En ce qui concerne le bilan de Barcelona Traction, la *footnote* du côté du passif, se référant aux bénéfices non distribués, doit être absolument changée; la totalité de ce montant a été évidemment investi dans nos entreprises et on ne peut donc pas dire qu'il n'est pas disponible à cause de l'impossibilité des transferts » (A.C.M. n° 1001, vol. V, p. 383).

⁴ Selon la réplique (V, p. 94, note 3), le groupe aurait dû recourir à des « emprunts bien plus considérables s'il n'avait pas utilisé les disponibilités qui eussent dû servir normalement au transfert des devises ».

⁵ Dans le rapport de ces experts (A.D. n° 1-B, vol. I, p. 267 et suiv.), il est fait état de non moins de trente-six inexactitudes graves commises par la réplique en la matière; l'artie adverse n'a pas été capable de réfuter cette affirmation sur un seul point.

⁶ La réplique disait (V, p. 117) que le décret portant unification des tarifs, pris en 1951 (décret qui ne pouvait valoir aucun avantage à l'exploitation),

« tendrait à restituer aux sociétés d'électricité une rentabilité suffisante pour leur permettre de trouver sur le marché les capitaux nécessaires au financement du développement, indispensable et incessant, de leurs installations ».

Pour le Gouvernement belge, le fait de constituer une société ayant pour objet de prendre part aux enchères et le fait qu'ensuite cette société ait été adjudicataire, tout cela signifierait que cette société se serait constituée parce que ses fondateurs avaient l'absolue certitude que les biens leur seraient adjugés.

C'est un argument inacceptable. L'expérience, en effet, enseigne qu'il est fréquent, dans le monde des affaires, qu'une société se constitue en vue de prendre part à une vente aux enchères judiciaire ou à un appel d'offres administratif. S'il fallait conclure à chaque fois que les promoteurs ont d'avance la certitude d'être l'adjudicataire, il n'y aurait pas d'autorité administrative, il n'y aurait pas de tribunal qui puisse échapper à des accusations de discrimination ou de collusion.

Le fait que Fecsa se soit constituée au capital de 5 millions de pesetas démontre, comme l'a déjà relevé la duplique (VII, p. 702), que les promoteurs de la société n'avaient pas le moins du monde la certitude d'être adjudicataire; et ils avaient encore moins la certitude, au cas où ils obtiendraient l'adjudication, que Barcelona Traction s'abstiendrait de faire usage de l'option qui lui avait été ouverte.

Les frais et taxes fiscales qu'entraîne la constitution d'une société anonyme varient en fonction du montant du capital social. Si Fecsa avait eu la certitude que les biens lui seraient adjugés, il eût été naturel et logique qu'elle se constituât immédiatement avec un capital suffisant pour satisfaire aux besoins de l'exploitation de l'entreprise. Mais, précisément parce que cette certitude n'existait pas, le capital a été limité à cette somme extrêmement modique. C'est un argument dont mon contradicteur n'a pas tenu compte.

Il existe d'ailleurs encore une autre circonstance qui démontre que la société n'était disposée à prendre à sa charge l'exploitation de l'entreprise que s'il ne lui restait pas d'autre solution, c'est-à-dire si les actionnaires de la société faillie persistaient à refuser de recouvrer les biens en payant les dettes de la société.

Il y avait, dans le cahier des charges, une clause, la clause 11, intitulée « déclaration de command ». On y lit :

« L'adjudication pourra se faire sous réserve de déclaration de command » (A.C.M. n° 158, vol. VIII, p. 363).

C'est là une formule qui est prévue pour toutes les adjudications de biens meubles et immeubles par l'article 1499, alinéa 2°, du code de procédure civile. Il convient de dire quelques mots de sa signification.

Quiconque est déclaré adjudicataire dans une vente aux enchères peut, cela va de soi, se subroger un tiers avant d'avoir acquis la propriété par la tradition des biens; mais si, au moment de prendre part aux enchères, il n'a pas fait constater qu'il se portera adjudicataire « sous réserve de déclaration de command », il est réputé en droit être le sujet d'une double transmission, à savoir l'achat aux enchères et la cession à un tiers. Au contraire, s'il s'est porté adjudicataire « sous réserve de déclaration de command », dès lors qu'il a fait connaître son intention de n'être qu'un simple intermédiaire, il n'y a qu'une seule transmission, un seul acte de cession, à savoir l'acte qui lie le débiteur à l'adjudicataire définitif, c'est-à-dire au cessionnaire de l'adjudication. Dans le premier cas, il y aura, aux yeux du fisc, deux transmissions, tandis que dans le second, il n'y aura lieu qu'à une seule et unique transmission, puisque

l'adjudicataire qui a remporté les enchères est réputé en droit avoir été le mandataire de l'acheteur définitif.

Fecsa fit donc constater dans le procès-verbal de la vente aux enchères, alors que rien ne l'y obligeait, qu'elle se portait adjudicataire « sous réserve de déclaration de command » (A.C.M. n° 165, vol. IX, p. 14). Si elle avait eu la ferme intention de s'approprier l'exploitation à vil prix et si l'offre faite à Sidro — dont je parlerai dans un instant — n'avait été qu'une simple farce, la société adjudicataire n'aurait eu aucune raison de faire usage de cette formule.

C'est qu'en réalité Fecsa était bien déterminée à offrir aux actionnaires de Barcelona Traction une dernière occasion d'acquérir les biens en payant les dettes de la société faillie; elle avait donc grand intérêt à se comporter, dans la vente aux enchères, comme un simple intermédiaire, pour le cas où Sidro ou bien les actionnaires eux-mêmes feraient usage de l'option qui leur était ouverte.

De cette façon, si Sidro acceptait, il n'y aurait à tous égards du point de vue de l'ordre juridique espagnol qu'une seule transmission, à savoir celle faite par Barcelona Traction à Sidro ou aux actionnaires, et Fecsa ne serait intervenue qu'en tant que mandataire, sans avoir aucune charge à supporter sur le plan fiscal.

De ce comportement de la société adjudicataire, il faut déduire plusieurs conséquences qu'impartialement nul ne saurait nier : il en découle que l'offre faite à Sidro — que la réplique prétendait mettre en doute, mais dont mon distingué contradicteur n'a soufflé mot — était une offre réelle et sincère; que Fecsa n'avait pas le moins du monde l'intention de dominer l'exploitation, et surtout qu'il est faux de dire, comme le fait la Partie adverse, que Fecsa aurait eu la certitude d'être l'adjudicataire des biens vendus.

Le huitième « pilier de la sagesse » doit nous faire oublier que le cahier des charges de la vente aux enchères n'a jamais — je dis bien jamais — fait l'objet d'un recours de la part de Barcelona Traction.

Le cahier des charges était, d'après la Partie adverse, une véritable anthologie de dispositions illégales, une pièce rare et extraordinaire pour un éventuel musée des horreurs juridiques (VIII, p. 398). Je m'abstiendrai de qualifier ce qui se voudrait un mot d'esprit; je pourrais m'en amuser si ce n'était si insultant pour l'honneur et la compétence des tribunaux de mon pays.

Quelle a donc été, Monsieur le Président, Messieurs, la réaction de la Barcelona Traction en présence de cette anthologie d'illégalités? Il eût été naturel et logique qu'elle dénonçât immédiatement ces illégalités aux tribunaux espagnols de façon que ceux-ci puissent redresser les torts prétendument causés. C'est du moins ce qu'aurait fait tout plaideur normal.

M^e Grégoire exige toutefois que l'on oublie que Barcelona Traction n'en a rien fait. Le cahier des charges ayant été approuvé par ordonnance du 22 novembre 1951 (A.C.M. n° 161, doc. 4, vol. VIII, p. 403), Barcelona Traction a introduit un recours contre cette décision, non pas pour dénoncer les prétendues illégalités du cahier des charges, mais seulement pour protester contre de prétendus vices de procédure qui n'avaient rien à avoir avec le cahier des charges.

Aujourd'hui, devant votre haute juridiction, les griefs contre le cahier des charges couvrent des douzaines de pages. Et pourtant, dans son recours, Barcelona Traction ne consacrait pas même une demi-page à

ces griefs: elle leur consacrait seulement et exactement neuf lignes (A.C.M. n° 161, doc. 5, vol. VIII, p. 405).

La réplique a bien dû reconnaître ce fait (V, p. 567, note 3) et le professeur Rolin en a fait autant dans la plaidoirie (VIII, p. 599). : Pourtant, M^e Grégoire exige que nous l'oublions. Il n'a, d'après lui, aucune importance, parce qu'il juge le recours inutile et de portée limitée (VIII, p. 377) et parce que les tribunaux ont considéré l'ordonnance comme une simple décision de routine et, à ce titre, non susceptible d'appel et de recours en cassation (VIII, p. 375).

Je n'examinerai pas le point de savoir si l'ordonnance était ou non une simple mesure de procédure et si d'autres recours étaient ou non possibles; je ne pense pas que cela présente le moindre intérêt pour la Cour. Tout cela n'est qu'une manœuvre de diversion destinée à dissimuler le fait que le seul recours qui pouvait être incontestablement formé n'a pas été utilisé par la société faillie pour dénoncer les prétendues illégalités du cahier des charges. Cette digression de la part de mon contradicteur révèle, une fois de plus, le mépris de la société faillie pour les autorités et les lois du pays dont elle exploitait les ressources naturelles.

Je dois ouvrir ici une parenthèse pour signaler à la Cour qu'une fois au moins le professeur Rolin n'a pas tenu compte du huitième pilier de la sagesse élaborée par son confrère, M^e Grégoire. Se rendant compte que le fait de n'avoir pas introduit de recours contre le cahier des charges porte un coup très dur à la thèse belge, il a en effet préféré reconnaître le fait et chercher des excuses à cette conduite inexcusable.

M^e Rolin reprend l'argument de dernière heure invoqué dans la réplique (V, p. 567) et soutient que l'avocat n'avait pas le temps d'examiner à fond la question dans son recours en quarante-huit heures (VIII, p. 599). Comme la duplique a dûment fait justice de cette excuse (VII, p. 656 et suiv.), M^e Rolin ouvre aujourd'hui une nouvelle discussion sur le point de savoir si le délai était de trois ou de cinq jours et si l'ordonnance était ou non de simple routine. La discussion est inutile. Elle ne fournit aucune explication du fait que l'avocat a présenté son recours dans un délai de quarante-huit heures en renonçant, compte tenu des jours fériés, à trois ou à cinq jours supplémentaires dont il aurait pu disposer.

La Partie adverse sait fort bien, d'ailleurs, que ce n'est pas par manque de temps que l'on a omis d'introduire le recours. M^e Roberto Sánchez, avocat de Barcelona Traction à l'époque, en a indiqué au *receiver* canadien la véritable cause:

« Comme on le verra, il n'y a pas un seul commentaire sur l'essentiel de l'affaire, malgré l'immense importance des questions en jeu, car je me suis borné à laisser ouverte la possibilité de les discuter si on le désire.

La raison en est qu'il y aurait eu une grande indiscretion à ce moment-là à exposer la position de Barcelona Traction par rapport à l'ordre de vente aux enchères et aux conditions de celle-ci, point culminant, sans aucun doute, de toute la procédure de faillite. » (*Receivership*, vol. V, fol. 824/5.)

Comme l'a rappelé le professeur Guggenheim, cette attitude de Barcelona Traction à l'égard du cahier des charges suffrait à elle seule à exempter le Gouvernement espagnol de toute responsabilité sur le plan international.

M. Rolin se plaint de ce que le Gouvernement espagnol ait violé le

secret professionnel en produisant le rapport de M. Sánchez. Rien n'est moins vrai que le *receiver*, à qui le rapport était destiné, l'a produit comme moyen de preuve devant le tribunal de l'Ontario.

Oubliant toujours les règles posées par son confrère, M. Rolin prétend ensuite que National Trust aurait recouru contre le cahier des charges par le moyen d'une action en revendication et que la Barcelona Traction aurait dénoncé les prétendues illégalités du cahier des charges dans une demande en nullité de la procédure (VIII, p. 599).

L'on ne saurait invoquer une action en revendication du National Trust comme s'il s'agissait d'un recours de la société faillie contre le cahier des charges. La demande présentée par National Trust tendait à obtenir une déclaration de propriété au profit de la société demanderesse; l'issue favorable dépendait du fait que cette société soit ou non propriétaire des biens sans qu'entre en ligne de compte la question de savoir si le cahier des charges était ou non conforme aux dispositions légales. Si National Trust avait été propriétaire, la déclaration demandée aurait été obtenue dès lors que le cahier des charges était en fait parfaitement légal. N'étant pas propriétaire des biens, National Trust ne pouvait, par contre, obtenir en sa faveur une déclaration de propriété, et ce en dépit de toutes les prétendues illégalités que contiendrait le cahier des charges.

Il n'est toutefois même pas nécessaire d'avoir recours à ces subtilités juridiques. J'invite respectueusement la Cour à examiner simplement la demande en revendication de National Trust (A.M. 210, vol. IV, p. 811 à 816): pas une seule fois — je dis bien pas une seule fois — le cahier des charges n'y est cité.

La situation est analogue en ce qui concerne la demande incidente de nullité déposée par la société faillie. Une seule des onze pages imprimées qui constituent la demande (A.M. n° 208, vol. IV, p. 798 à 808) se réfère à l'ordonnance qui a approuvé le cahier des charges (*ibid.*, p. 801). Même dans cette page, Barcelona Traction se contente d'affirmer, sans tenter aucunement de le démontrer, d'une part, que l'ordonnance qui avait autorisé la vente n'aurait pas dû être rendue tant que la section quatre n'était pas ouverte et, d'autre part, que le cahier des charges octroyait des pouvoirs excessifs aux syndics. Il n'y a, par contre, pas la moindre allusion aux griefs actuels du Gouvernement belge concernant la prétendue nullité de la vente pour indétermination de l'objet, la prétendue novation des créances par substitution du débiteur, l'incompréhensible illégalité des conventions entre l'adjudicataire et les obligataires, le caractère discriminatoire des clauses concernant le dépôt que devaient effectuer les enchérisseurs et la renonciation de l'adjudicataire à la garantie d'éviction, la prétendue violation des règles concernant la conversion des créances en monnaie étrangère, etc. Pas un mot n'est dit de ces différents griefs auxquels M^e Grégoire a consacré plusieurs heures de plaidoirie.

La demande contenait, il est vrai, le paragraphe suivant:

« On peut relever dans cette ordonnance du 22 novembre bien d'autres motifs de nullité dérivant des conditions prévues pour la vente par le cahier des charges approuvé. »

Mais donnant une nouvelle preuve de sa discrétion, l'avocat de la société faillie se refusait toutefois à indiquer quels étaient ces prétendus motifs de nullité.

Il reste donc incontestable que Barcelona Traction n'a pas recouru contre les prétendues illégalités du cahier des charges. Les excuses imaginées par M. Rolin rendent plus significatif encore le huitième des dix piliers de la sagesse imaginés par son confrère.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Et voici le neuvième « pilier de la sagesse » de mon distingué contracteur : il faut oublier que Sidro et National Trust, loin de répudier le cahier des charges, l'ont au contraire expressément accepté.

Lors des négociations entre MM. Frère et Juan March, qui avaient entraîné le retrait de la première demande du Gouvernement belge devant votre Cour, Sidro avait prétendu que les obligations en livres de la Barcelona Traction, appartenant à Sofina et à elle-même, soient payées conformément aux dispositions de ce cahier des charges que l'on qualifie aujourd'hui d'« anthologie d'illégalités ». Ce fait a déjà été souligné dans le contre-mémoire (IV, p. 422).

Dans sa lettre du 9 septembre 1961, M. Frère écrivait à M. Juan March que, pour faciliter la conclusion d'un accord, les représentants de Fecsa devraient s'engager

« à consigner aux mains du *Trustee* les montants revenant aux obligations qui ne lui auraient pas été remises (c'est-à-dire celles de Sidro et Sofina) ; cette consignation se ferait conformément aux dispositions du Cahier des charges de la vente du 4 janvier 1952 » (A.C.M. n° 162, vol. IX, p. 7).

Ce fait a été rappelé dans la duplique (VII, p. 656, note 1) et la Partie adverse n'y a pas répondu.

Une conclusion s'impose. Lorsqu'il s'agit de payer, le cahier des charges est un tissu d'illégalités et une pièce de collection pour un musée des horreurs juridiques. Mais lorsqu'il s'agit d'être payé, le cahier des charges mérite la pleine approbation du président de Sidro. Ne convient-il pas d'appliquer ici le principe qui veut que nul n'est admis à se mettre en contradiction avec ses propres actes ?

Sidro n'est pas la seule à avoir accepté le cahier des charges. National Trust a présenté ses obligations au paiement, conformément aux conditions prévues par le cahier des charges et elle a été dûment payée par Fecsa (C.M., IV, p. 422, et A.C.M. n° 163, vol. IX, p. 8).

Parmi les annexes à la réplique (vol. I, n° 31, doc. 2, p. 121), se trouve une déclaration de National Trust qui reconnaît expressément ce qui vient d'être dit. National Trust y indique à deux reprises qu'elle a conseillé aux obligataires de présenter leurs obligations au paiement à Fecsa et que les bénéficiaires avaient intérêt à accepter le paiement, conformément aux conditions prévues par le cahier des charges de la vente aux enchères.

Cette attitude de National Trust est si constante qu'elle a conseillé, en 1967, à un obligataire de s'adresser à Fecsa pour obtenir le paiement de son obligation, conformément au cahier des charges. Et Fecsa, Messieurs, a payé scrupuleusement malgré le temps qui s'était écoulé (nouv. doc., II, 6, p. 205 et suiv.).

Et le Gouvernement belge ose maintenant prétendre que le cahier des charges aurait été conçu pour défendre et servir les intérêts d'un groupe

sans souci des droits des autres obligataires. Je laisse à la Cour le soin de tirer les conclusions qui s'imposent.

J'en arrive enfin, Monsieur le Président, Messieurs, au dixième et dernier « pilier de la sagesse ». La Partie adverse prétend cette fois faire oublier simultanément tous les faits suivants :

Premièrement : que Barcelona Traction, qui a essayé d'empêcher la vente par toute une série de procédés inadmissibles, n'a pas eu recours au seul moyen efficace : proposer un concordat aux créanciers.

Deuxièmement : que Barcelona Traction, Sidro et National Trust ont mené une campagne intensive pour éviter que des enchérisseurs étrangers aux groupes privés qui s'opposaient dans la faillite ne se présentent à la vente.

Troisièmement : que Barcelona Traction n'a pas fait usage de l'option que lui octroyait le cahier des charges et qui aurait permis à ses actionnaires de se subroger à l'adjudicataire¹.

Et quatrièmement : que Sidro n'a pas accepté l'offre aux termes de laquelle Fecsa lui a proposé, immédiatement après la vente, de céder sans aucune contrepartie aux actionnaires de Barcelona Traction les droits qu'elle avait acquis dans la vente².

A la veille de la vente aux enchères, la Barcelona Traction et son groupe ont déployé une activité fébrile pour empêcher la vente par toute une série d'actions judiciaires inadmissibles. Le contre-mémoire (IV, p. 422) a exposé ces diverses procédures auxquelles la Partie adverse n'a même pas fait allusion. La société faillie n'a, par contre, pas eu recours au plus simple de tous les moyens : l'offre d'un concordat aux créanciers. Comme cela a déjà été indiqué dans la procédure écrite (C.M., IV, p. 377, et D., VIII, p. 603), l'offre de concordat peut être présentée quel que soit l'état de la procédure et même en cas de suspension de la section première de la faillite.

¹ La clause 5^o du cahier des charges (A.C.M. n^o 158, doc. 1, vol. VIII, p. 361) prévoyait que :

« Quel que soit le résultat de l'adjudication, la Barcelona Traction, dans un délai de neuf jours à compter de celle-ci, pourra désigner une personne physique ou morale qui accepte la plus haute enchère, pourvu que dans ledit délai de neuf jours elle fournisse les cautionnements et garanties et accepte en outre les conditions offertes par le dernier enchérisseur. »

² L'offre a été faite à Sidro dans un télégramme (A.C.M. n^o 160, vol. VIII, p. 370) dont le texte était le suivant :

« Fuerzas Eléctricas de Cataluña offre aux actionnaires de ladite société Barcelona Traction une nouvelle occasion en plus de celle établie en sa faveur par les conditions de vente d'acquiescer lesdits biens pour la valeur des obligations de cette société Barcelona Traction et des intérêts non payés par elle depuis seize ans, le paiement desquels est garanti par les propres biens adjugés. Stop. A cet effet Fuerzas Eléctricas de Cataluña offre aux actionnaires de Barcelona Traction la possibilité d'acquiescer ces biens sans verser aucun prix à Fuerzas Eléctricas de Cataluña pour la cession qu'elle est disposée à leur faire. Stop. Fuerzas Eléctricas de Cataluña est disposée à étudier une proposition de Sidro dans le sens de lui céder, dans les intérêts de tous les actionnaires de Barcelona Traction, tous droits et obligations obtenus à la vente aux enchères précitée à la condition que la liquidation et paiement préalable soit faite par Sidro avant le trente et un du mois en cours à pleine satisfaction de Fuerzas Eléctricas de Cataluña de toutes les sommes auxquelles se réfèrent les concepts détaillés à la deuxième condition des conditions de vente aux enchères. »

Si, comme le prétend la Partie adverse, le temps travaillait en faveur de la société faillie et s'il était vrai que les bénéfices de l'exploitation pouvaient augmenter au cours des années suivantes, pourquoi donc la faillite n'a-t-elle pas proposé de concordat à ses créanciers?

La réplique a cherché à justifier cette omission significative par une explication si faible (V, p. 609) que, après la réponse donnée dans la duplique (VII, p. 604, note 2), mon illustre contradicteur ne l'a pas reprise.

Il est permis de penser que si Barcelona Traction a renoncé à proposer un concordat, c'est peut-être, entre autres raisons, pour la suivante: si le concordat contenait des propositions honorables impliquant le paiement de tous les obligataires, la société faillie courait le risque de le voir accepter par les créanciers et d'être, par conséquent, contrainte de faire ce qu'elle avait toujours refusé: payer ses dettes. Si, au contraire, les offres concordataires impliquaient, comme les arrangements antérieurs, une lésion manifeste des droits des créanciers, la proposition de concordat aurait eu pour seul effet de dévoiler le véritable visage de la société faillie: le visage morose d'un débiteur récalcitrant dont toutes les explications ne sont que prétextes à la seule fin de justifier le non-paiement de ses dettes.

La Partie adverse fait grief de ce que le cahier des charges aurait eu pour objet d'écartier les tiers de la vente et d'assurer au groupe March la position d'enchérisseur unique. Cela n'est pas exact. Ce sont la société faillie et son groupe qui ont orchestré à l'époque une campagne intense destinée à décourager la participation d'enchérisseurs indépendants.

La Barcelona Traction a publié, dans la presse de Madrid et de Paris¹, un « avis » dans lequel elle annonçait que ni la faillie ni ses filiales ne reconnaîtraient la validité juridique de l'acquisition des actions et des obligations propriété de la Barcelona Traction et par lequel elle mettait en garde les enchérisseurs éventuels contre les risques auxquels ils s'exposaient.

Sidro a délivré des procurations à divers mandataires en les autorisant à s'opposer à la vente aux enchères par tout moyen de fait ou de droit de nature à intimider toute personne dont on saurait — ou simplement soupçonnerait — qu'elle serait susceptible de se porter enchérisseur². Mon cher confrère, le professeur Gil-Robles, a justement qualifié cet acte de délit de contrainte (*supra*, p. 63).

C'est également Sidro qui s'est adressée au conseil supérieur bancaire espagnol, le 27 décembre 1951, afin d'écartier de la vente aux enchères tout groupe financier indépendant (A.D. n° 164, doc. 4, vol. III, p. 324-325). L'extrême gravité de cet acte n'a pas besoin d'être soulignée.

¹ L'avis de la Barcelona Traction a été publié le 18 décembre 1951 dans le journal *ABC* de Madrid, et les 21, 22 et 28 décembre respectivement, dans les journaux parisiens suivants: *l'Agence économique et financière*, *L'information* et *La vie française* (A.D. n° 164, doc. 1, vol. III, p. 321 et suiv.).

² La procuracion avait été établie à Bruxelles, le 21 décembre 1951, et elle donnait aux mandataires notamment les pouvoirs suivants:

« Sommer les personnes qui assisteraient aux ventes aux enchères, ou dont on suppose qu'elles pourraient y assister, de s'abstenir d'y prendre part, sous peine de faire l'objet des actions et poursuites estimées pertinentes, en dommages et intérêts entre autres; commettre, aux fins précédemment indiquées, les notaires, avocats, avoués, courtiers, agents de change, experts auprès des tribunaux, officiers ministériels, agents commerciaux au simplement privés » (nouv. doc., II, 4, p. 25).

Faut-il encore rappeler, Monsieur le Président, les autres interventions de Sidro et de la Barcelona Traction¹ et la campagne internationale menée par leurs comparses?

Il est inadmissible, Messieurs les juges, que l'on accuse les syndics et les tribunaux espagnols d'avoir voulu écarter les tiers de la vente aux enchères, alors que cet objectif est précisément celui que poursuivaient les protégés du Gouvernement demandeur.

Quant à l'option que le cahier des charges accordait à la Barcelona Traction, le Gouvernement espagnol a dit, dans le contre-mémoire (V, p. 421) et répété dans la duplique (VII, p. 651, note 1):

« Si les prétendus actionnaires belges de la Barcelona Traction, et spécialement Sidro, croyaient que le prix de vente était dérisoire, ils disposaient du moyen juridique d'éviter le préjudice que la vente pourrait leur causer; si l'achat était une bonne affaire, ils pouvaient faire la bonne affaire et nul n'eût été lésé. Ils pouvaient s'abstenir de participer à la vente aux enchères, de façon à ne pas faire monter le prix minimum; il leur suffisait d'être présentés par la société faillie après l'adjudication faite. »

Le Gouvernement belge a multiplié les excuses pour tenter d'expliquer le comportement de la société faillie. Il a tout d'abord allégué que l'exercice de l'option l'obligeait à contracter une nouvelle dette en livres sterling (M., I, p. 100). Le Gouvernement espagnol a alors demandé dans le contre-mémoire (IV, p. 421), comment l'on pouvait qualifier de « dette nouvelle » de la société faillie et de ses actionnaires ce qui n'était que le paiement d'une « dette ancienne ».

Le Gouvernement belge a ensuite expliqué que la Barcelona Traction n'aurait pas pu faire usage de l'option sans reconnaître la légalité de la faillite espagnole (R., V, p. 123). La duplique (VII, p. 651) a alors montré combien cet argument était inacceptable.

Le Gouvernement belge a également allégué que la Barcelona Traction n'aurait pas eu le temps de trouver un tiers dans le délai de neuf jours prévu par l'option et qu'il aurait, de toute façon, été illicite qu'un tiers s'enrichît avec le bénéfice qui devait prétendument résulter de la vente. Il a donc fallu rappeler, dans la duplique (VIII, p. 652), qu'il résultait du cahier des charges que l'option était accordée aux actionnaires de la Barcelona Traction. Il n'était, par conséquent, pas nécessaire de chercher un tiers et l'exercice de l'option ne pouvait rien avoir d'illicite.

Le dernier argument du Gouvernement belge, qui contredit d'ailleurs le précédent, consiste enfin à affirmer que neuf jours n'auraient pas suffi à la Barcelona Traction pour réunir ses actionnaires et leur proposer de faire usage de l'option. A ceci il a déjà été répondu, dans la duplique (VII, p. 653), que le temps dont disposait la faillie pour réunir ses actionnaires était en réalité de près de deux mois. Ce qui est essentiel et réellement paradoxal c'est que la Partie adverse ait pu oublier que, d'après sa thèse constante, reprise devant votre haute juridiction (VIII, p. 74), c'était Sidro qui prenait toutes les décisions.

Les arguments espagnols étaient tellement clairs que Me Grégoire a jugé préférable d'abandonner la ligne de défense que le Gouvernement belge avait adoptée dans la procédure écrite. Il ne cherche plus aujourd'hui

¹ A.D. n° 165, doc. 1, 2 et 3, vol. III, p. 326-331.

d'hui à expliquer pourquoi la Barcelona Traction n'a pas exercé l'option, mais prétend seulement que la clause d'option était un instrument illégal destiné à éloigner de la vente les éventuels enchérisseurs (VIII, p. 397).

Il est absolument évident que cette accusation n'a aucun fondement. Si M^e Grégoire a des doutes au sujet de la légalité de cette clause, il lui suffira de consulter l'article 1506 du code de procédure civile qui prévoit expressément une option analogue pour toutes les espèces de ventes aux enchères judiciaires sans prix minimum.

Quant à l'éloignement des tiers, quel est l'homme d'affaires qui renoncerait à participer à une vente aux enchères, à laquelle il serait réellement intéressé, uniquement par peur de perdre le temps et l'argent nécessaires à l'étude de l'affaire? D'autant plus si le prix de vente était aussi vil que le prétend la Partie adverse? Comment M^e Grégoire peut-il oublier que c'est précisément le groupe que le Gouvernement belge défend qui a déclenché une violente campagne en vue d'éloigner les tiers?

Est-il enfin logique que les défenseurs de la Barcelona Traction se plaignent d'une clause qui a été incontestablement établie en faveur de la faillie?

Tels étant les faits, il est inadmissible, Monsieur le Président, Messieurs, que l'on prétende que la vente aux enchères était « un simulacre, un trompe-l'œil, une véritable comédie judiciaire »!

La position de la Partie adverse face à l'offre de Fecsa à Sidro est la répétition de celle qu'elle a adoptée en ce qui concerne l'option octroyée à la société faillie.

La question étant posée, dans le contre-mémoire, de savoir pourquoi Sidro n'avait pas accepté l'offre si le prix était vil et dérisoire, le Gouvernement belge a multiplié les explications dans la réplique. Il a affirmé qu'il ne s'agissait pas d'une offre véritable, que Fecsa n'était pas liée et que Sidro avait répondu en donnant les raisons de son refus (R., V, p. 124). A cela le Gouvernement espagnol a répondu dans la duplique (VII, p. 654-655) et mon contradicteur a gardé le silence.

Pour faire oublier que Sidro n'a pas fait usage de l'option, M^e Grégoire affirme maintenant que l'offre n'était qu'un acte de propagande. Son seul argument dans ce sens est tiré de la publication de l'offre dans la presse mondiale. Mais où donc, Messieurs, la Barcelona Traction avait-elle procédé à sa campagne contre la vente en dénonçant sa prétendue illégalité et en prétendant que les biens étaient vendus à un prix dérisoire? Où donc National Trust avait-elle publié ses « mises en garde » aux obligataires? Le télégramme même de Fecsa (A.C.M. n^o 160, doc. 1, vol. VIII, p. 370) indique expressément que l'offre faite à Sidro était une conséquence de la campagne de publicité orchestrée par cette société.

Mon estimé contradicteur affirme aussi que l'offre est incompatible avec le désir des obligataires majoritaires d'acquérir l'entreprise à vil prix; et, compte tenu de cette incompatibilité, il conclut que l'offre ne pouvait pas être honnête. Se référant à la sagesse populaire, il affirme que l'offre était « trop belle pour être honnête » (VIII, p. 399).

Il est évident que l'offre était belle, car si Sidro avait été sincère elle aurait suffi à satisfaire toutes ses prétentions. Et elle était honnête, car si Sidro avait accepté il n'y a aucun doute que Fecsa aurait honoré l'offre qu'elle avait faite. Mais l'honnêteté des uns met parfois en lumière la malhonnêteté des autres. L'offre de Fecsa a obligé Sidro à démasquer sa propre malhonnêteté. Sidro a dû inventer les prétextes les plus spécieux

pour tenter de dissimuler la vérité, à savoir qu'elle ne voulait ou ne pouvait pas l'accepter.

Selon la Partie adverse, Sidro savait que les transferts de devises au profit des sociétés en Espagne ne seraient pas autorisés « tant que celles-ci n'auraient pas régularisé leur situation vis-à-vis de l'Espagne ». La précision est significative. Ce n'est pas faute de sérieux que l'offre a été refusée, c'est parce qu'il ne convenait pas de l'accepter ; parce que, outre qu'il aurait fallu payer, accepter l'offre aurait impliqué pour Sidro l'obligation de régulariser la situation de l'entreprise en Espagne, c'est-à-dire d'agir sans tromperies ni dissimulations.

Comme la duplique l'a souligné, sans être démentie par la Partie adverse, le sérieux de cette offre était indiscutable. Une lettre a été déposée devant la Cour (nouv. doc., II, 3, p. 22), qui ne laisse subsister aucun doute sur ce point. Le 31 décembre 1951, M. Juan March a adressé au ministre des affaires étrangères espagnol une lettre dans laquelle il lui faisait part de la décision que le conseil d'administration de Fecsa avait prise de faire l'offre à Sidro, au cas où Fecsa serait adjudicataire des biens. Dans cette lettre, sur laquelle j'attire respectueusement l'attention de la Cour, M. March disait au ministre :

« Il me semble impossible, Monsieur le Ministre, d'offrir de plus grandes facilités au groupe étranger qui a des intérêts dans les affaires de Barcelona Traction pour lui permettre, en payant les créanciers de cette société, de conserver sa situation économique actuelle et la propriété des biens mis aux enchères, ce qui démystifie la campagne injustifiée qui a été menée. »

Cette lettre confirme, une fois de plus, tout comme l'offre, que les créanciers avaient un seul but : encaisser ce qui leur était dû et ne pas s'emparer de l'entreprise.

En résumé, le dernier « pilier de la sagesse » de M^e Grégoire consiste à oublier la véritable raison pour laquelle Barcelona Traction n'a pas fait usage de l'option et pour laquelle Sidro n'a pas accepté l'offre. Mon collègue, le professeur Sureda, démontrera quelle est la vraie cause de cette double abstention : la véritable valeur de l'exploitation était inférieure au passif obligataire de la société faillie. De la même manière, il montrera que, pour la même raison renforcée encore par la campagne lancée par Barcelona Traction, Sidro et National Trust, aucun tiers n'a été tenté de se présenter comme enchérisseur.

Si mon contradicteur est choqué de voir le Gouvernement espagnol reconnaître que les obligataires majoritaires étaient dans une position plus favorable pour devenir adjudicataires des biens (VIII, p. 395), je lui suggère de lire ce qu'affirme M. Duncan, administrateur de Barcelona Traction, dans son affidavit du 29 septembre 1949 (*Receivership*, vol. II, folio 354).

Il est reconnu sans ambages dans ce texte que si M. Juan March achetait les obligations *First Mortgage* qui se trouvaient entre les mains de la Westminster Bank (obligations que Sidro aurait pu et n'a pas voulu acheter), et étant donné que la majorité des obligations *Prior Lien* étaient déjà entre les mains de son groupe, « il se trouvera ainsi dans une situation privilégiée pour acheter les biens situés en Espagne de la société défenderesse et ses filiales ». Ceci se passe de tout commentaire.

Je passerai maintenant, avec votre permission, Monsieur le Président et Messieurs, à la seconde partie de ma plaidoirie.

En vous décrivant ce que j'ai appelé les « piliers de la sagesse » de M^e Grégoire, qui ont « l'oubli » pour fondations, j'ai voulu faire ressortir une réalité qui, avec plus de force que ne le sauraient faire mes paroles, aboutit à trois conclusions qui me paraissent éminemment raisonnables :

1. La vente des biens de Barcelona Traction a été autorisée et a été effectuée parce que ni Barcelona Traction ni Sidro-Sofina n'ont voulu payer aux obligataires, à tous les obligataires, ce que la société faillie leur devait depuis de longues années.

2. Il n'y a eu, dans la vente des biens, aucun élément de discrimination contre Barcelona Traction ni contre ses actionnaires, quels qu'ils fussent ; et il n'y a eu, de la part des organes de la faillite, aucune intention d'écarter des enchères les tiers enchérisseurs.

3. Si Fecsa s'est vu adjuger les biens mis en vente, c'est parce que personne — ni Sidro, ni les actionnaires de Barcelona Traction, ni aucun tiers indépendant —, absolument personne n'a estimé que ces biens aient eu une valeur supérieure au montant du capital-obligations de la société faillie augmenté des intérêts arriérés.

De ces conclusions, l'on peut déduire deux conséquences :

Premièrement : il n'y a aucun lien de cause à effet entre le prétendu fait illicite et les prétendus préjudices. Si Barcelona Traction a subi un quelconque préjudice, ce ne peut être que du fait d'actes ou d'omissions imputables à elle seule.

Barcelona Traction aurait pu éviter la mise en vente de ses biens en proposant à ses créanciers un concordat raisonnable ; elle aurait pu éviter l'adjudication des biens à Fecsa en faisant usage de l'option que lui offrait le cahier des charges ; et Sidro-Sofina auraient pu accepter l'offre de Fecsa et se subroger à cette dernière dans ses droits.

Elles n'en ont rien fait ni l'une ni l'autre et cette circonstance suffit à éliminer le lien de cause à effet entre les illégalités que dénonce M^e Grégoire, eussent-elles existé, ce que pour ma part je conteste, et les conséquences dommageables dont fait grief le Gouvernement demandeur.

Deuxièmement : la procédure de faillite n'a pas eu pour but de transmettre à M. Juan March le patrimoine de Barcelona Traction. La procédure de faillite a eu pour objet de faire en sorte que le droit des créanciers puisse être reconnu. Et, comme pour mon éminent contradicteur, les prétendues illégalités de la vente étaient un moyen mis au service d'une fin dont il s'avère qu'elle n'existe pas, tous les griefs de la Partie adverse s'effondrent, faute de fondement.

Tout cela me paraît si clair, Monsieur le Président, que je pourrais clore ici cette partie de mon exposé. Malheureusement, si nous ne nous employons pas à réfuter les prétendues illégalités que dénonce la Partie adverse, l'on nous accusera tout aussitôt de les reconnaître. C'est pourquoi je me trouve obligé de répondre, très brièvement, à ces accusations.

Toutefois, et encore que cela ne soit peut-être pas nécessaire, je formule l'expresse réserve qu'en aucun cas nous n'acceptons les accusations de la Partie adverse.

Les accusations d'illégalité dirigées contre les tribunaux espagnols ont pour fil conducteur, abondamment utilisé, un arrêt rendu le 27 janvier 1951 par la cour d'appel de Barcelone (VIII, p. 308).

Prenant prétexte des « difficultés insurmontables » auxquelles, selon l'arrêt précité, aurait pu se heurter la solution du problème dont était saisie la cour d'appel, mon contradicteur a longuement ironisé à propos

de l'«élasticité» que, d'après lui, la cour d'appel aurait reconnue aux règles d'ordre public.

La Partie adverse a toujours considéré cet arrêt de la cour d'appel comme une trouvaille¹; mais il faut dire qu'elle s'est trompée et que sa «trouvaille» se retourne contre elle dès que l'on procède à une lecture attentive et fidèle du texte de l'arrêt.

Il est exact que, dans ce texte, il est question de l'«élasticité» — ou, pour mieux dire, de la souplesse — qu'il convient d'apporter à l'interprétation des textes de lois, compte tenu des «difficultés insurmontables» qui pourraient résulter de la «coloration internationale» propre à la faillite de Barcelona Traction. Mais je pense qu'en faire grief à la cour d'appel de Barcelone équivaldrait à reprocher la souplesse dont font preuve les tribunaux des pays de *common law* ou le Conseil d'Etat français.

Cette souplesse est d'autant moins critiquable — c'est ici que le raisonnement de M^e Grégoire se heurte à la réalité — qu'elle ne concerne aucunement la «solution pratique» dont il est question à la fin du considérant. En effet, il suffit de lire le texte (pour plus de brièveté je me permettrai, Monsieur le Président, de l'insérer en espagnol et en français dans le compte rendu² pour constater que ce n'est pas la cour d'appel, mais bien

¹ Cf. M., I, p. 179, et C.M., IV, p. 539.

² « CONSIDÉRANT que pour statuer sur le présent recours dirigé contre la désignation de syndics dans la faillite de la société appelante Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, il importe de tenir le plus grand compte du fait qu'en raison des circonstances exceptionnelles de cette faillite, qui a une certaine coloration internationale étant donné que la société a son siège principal à Toronto (Canada) et qu'un grand nombre de créanciers sont domiciliés ou éparpillés dans différentes villes d'Europe, il est évident qu'en raison de la complexité des questions susceptibles de se poser et qui sont principalement de caractère procédural il faut résoudre ces questions non pas en se basant sur le sens grammatical des dispositions légales applicables, mais en les interprétant de façon rationnelle et en leur conférant une certaine souplesse; car autrement l'instruction de cette faillite deviendrait en tous points impossible, étant donné les difficultés insurmontables qui pourraient se présenter; ceci n'implique toutefois pas qu'il y ait lieu de faire abstraction des principes que la loi établit pour la garantie des droits non seulement du failli, mais de ses créanciers; il ne faut cependant pas les dénaturer, par une interprétation qui soit en contradiction avec l'esprit de la loi, qui ne peut que viser à établir une réglementation adéquate et rationnelle pour régir la procédure applicable à ce genre de procès afin d'aboutir à une solution pratique. »

« CONSIDERANDO que para la resolución del presente recurso sobre impugnación al nombramiento de Síndicos en la quiebra de la entidad apelante «Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited», precisa tener muy en cuenta que dadas las circunstancias excepcionales concurrentes en dicha quiebra que reviste un cierta matiz de carácter internacional puesto que la Sociedad quiebrada tiene su sede principal en Toronto (Canadá) y gran número de acreedores se hallan avecindados o repartidos en diferentes poblaciones europeas resulta evidente que dada la complejidad de las cuestiones que pueden suscitarse, principalmente de índole procesal hay que resolverlas, no por el sentido gramatical de los preceptos legales aplicables, sino interpretándolos racionalmente dándoles cierta elasticidad, ya que de otro modo sería de todo punto imposible el poder tramitar dicha quiebra, por las dificultades insuperables que podían presentarse, y sin que ello quiera significar que hayan de prescindirse de aquellos preceptos que la Ley establece para garantía de los derechos, no sólo del quebrado sino de sus acreedores, pero sin tergiversarlos con una interpretación que pugne con el espíritu de dicha Ley, que no puede ser otro sino una ordenación adecuada y racional en el procedimiento por el que se regula esta clase de juicio para llegar a una solución práctica. »

le législateur qui a voulu — je cite ici le texte même de l'arrêt — « une réglementation adéquate et rationnelle pour régir la procédure applicable à ce genre de procès afin d'aboutir à une solution pratique ».

La cour d'appel espagnole a opposé à une interprétation strictement grammaticale une interprétation logique et rationnelle (et c'est là un principe d'interprétation unanimement reconnu par la doctrine). Il faut souligner que la cour d'appel a ajouté qu'il ne pouvait être fait abstraction des principes que la loi établit pour la garantie des droits non seulement du failli mais de ses créanciers, indiquant enfin qu'il ne fallait pas les dénaturer par une interprétation contraire à l'esprit de la loi. Cette mise en garde est lourde de sens du point de vue juridique et elle dément l'interprétation fantaisiste de M^e Grégoire qui, pour cette raison, en parle dédaigneusement comme d'un « coup de chapeau à l'orthodoxie juridique » (VIII, p. 308).

Je me félicite, Monsieur le Président, que les tribunaux de mon pays aient toujours grand soin de préciser que, s'il est souhaitable de chercher à atteindre l'objectif pratique d'une norme, surtout lorsque l'on a affaire à un plaideur hostile ou à un fraudeur, il importe de ne jamais perdre de vue les principes que pose la loi pour garantir les droits de toutes les parties au litige. Point n'est besoin d'énumérer ici toute une série d'arrêts dans lesquels la cour suprême espagnole a énoncé la même doctrine. Mais je tiens à signaler que l'arrêt du 17 avril 1917, dont a longuement traité mon collègue, le professeur Uría, établit clairement lui aussi que les tribunaux doivent passer outre aux obstacles que peut opposer le débiteur de mauvaise foi et précise que toutes les décisions qui peuvent être adoptées dans une intention « aussi louable et juste » sont « pleinement justifiées dans la mesure où elles ne contredisent pas ouvertement les dispositions d'une loi quelconque les interdisant de façon expresse » (A.D., n^o 72, app. 1, vol. II, p. 559).

Le droit espagnol, que M^e Grégoire en soit assuré, ne consacre pas le principe selon lequel la fin justifie les moyens. Par contre, il consacre cet autre principe d'après lequel si la lettre tue, l'esprit vivifie. Barcelona Traction aurait voulu, et le Gouvernement belge le voudrait encore aujourd'hui, que les tribunaux espagnols se soient abstenus en présence du mécanisme frauduleux échafaudé par les avocats d'un failli, en oubliant que le code civil espagnol, de même que les codes civils français ou belge, va jusqu'à affirmer la responsabilité du juge qui s'abstiendrait de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Cela dit, je vais maintenant étudier les trois actes de la « Monumentale hérésie juridique de la vente », c'est-à-dire du drame que vous a présenté, avec une remarquable virtuosité, mon estimé contradicteur.

Le rideau se lève à la nomination des syndics; c'est ce thème qui constitue l'argument du premier acte, consacré aux prétendues mesures préparatoires à la vente.

L'assemblée des créanciers, nous a-t-on dit (VIII, p. 22 et 318), ne pouvait se tenir parce que la procédure de faillite était doublement bloquée. Elle aurait été bloquée d'abord à cause du déclinatoire Boter et ensuite en raison de l'impossibilité où aurait été le commissaire de dresser la liste des créanciers de la société faillie¹.

¹ C'est le professeur Rolin qui s'est chargé des accusations concernant le prétendu blocage causé par la suspension de la procédure (VIII, p. 250 et suiv.); et M^e Grégoire a traité du grief relatif au prétendu défaut de liste de créanciers (VIII, p. 310 et suiv.).

Je traiterai ces deux thèmes en accordant au premier une plus grande attention. Ce n'est pas qu'il soit mieux fondé que le second, mais c'est à cause de la surprenante signification que lui a donnée le professeur Rolin en attribuant au fait que les syndics furent nommés, alors que se trouvait suspendue la première section de la procédure, une gravité qui ne le céderait qu'à la gravité du jugement déclaratif de faillite lui-même (VIII, p. 241).

La convocation de l'assemblée des créanciers chargée de désigner les syndics d'une faillite est réglementée par l'article 1062 du code de commerce de 1829, dont le texte, fort clair, dispose :

« La date à laquelle se tient la première assemblée des créanciers est fixée en fonction du temps qui est rigoureusement nécessaire pour que les créanciers qui se trouvent sur le territoire du royaume soient informés de la faillite et puissent désigner leurs représentants à l'assemblée. *En aucun cas la tenue de cette assemblée ne peut être différée au-delà de trente jours à compter de la déclaration judiciaire de faillite.* »

Le délai de trente jours au maximum que fixe la loi commence donc à courir à partir de la déclaration judiciaire de faillite. Et en aucun cas la tenue de l'assemblée ne pourra être différée au-delà de trente jours à compter du jugement déclaratif.

Le professeur Rolin (VIII, p. 251) oppose à ce texte tout à fait clair l'article 114 du code de procédure civile qui, en effet, prescrit que les déclinatoires ont pour effet de suspendre la procédure jusqu'à ce que l'on ait statué sur la question de compétence. De l'avis du professeur Rolin, l'assemblée des créanciers convoquée pour désigner les syndics aurait dû tomber sous le coup de la suspension découlant du déclinatoire Boter.

Le problème consiste donc à déterminer laquelle de ces deux règles était applicable au cas d'espèce : était-ce l'article 114 du code de procédure civile, règle de caractère général qui, d'après son texte même, admet certaines exceptions, ou bien était-ce l'article 1062 du code de commerce, règle spéciale qui prescrit que la nomination des syndics ne saurait en aucun cas être différée ?

Est-il possible, Messieurs les juges, de douter de la réponse à cette question ? En Espagne, comme dans le monde entier, la règle spéciale s'applique de préférence à la règle générale, à moins que l'on ne prétende bouleverser les principes de l'interprétation des textes¹.

Je vais exposer brièvement la façon dont les tribunaux espagnols ont appliqué la règle particulière. Je me bornerai à relever les faits les plus importants pour une bonne compréhension du problème.

En recevant le déclinatoire Boter, le tribunal estima que la suspension de la procédure affectait la convocation de l'assemblée des créanciers appelés à désigner les syndics. Aucun recours ne fut formé et nul ne demanda que l'assemblée des créanciers se réunît en dépit de la suspension.

Nous arrivons ainsi au 3 janvier 1949, date où la société Namel, créancière partie au litige, demanda que l'assemblée fût convoquée. Elle invoquait à cet effet — cela a été reconnu par le professeur Rolin (VIII, p. 251-252) — l'article 1062 du code de commerce et affirmait que l'ar-

¹ Cf. l'arrêt (*auto*) de la cour d'appel de Barcelone, en date du 7 juin 1949 (C.M., IV, p. 392).

ticle 114 du code de procédure civile n'était pas applicable à la nomination des syndics.

La société Namel, Messieurs, ne demanda pas au juge d'excepter la convocation de l'assemblée des créanciers de la suspension provoquée par le déclinatoire Boter. Pourquoi voudrait-on qu'elle eût demandé cela, puisqu'elle estimait que la décision de convoquer l'assemblée des créanciers devait être prise en dépit de la suspension? C'est pourquoi le juge spécial, par ordonnance en date du 12 février 1949, rejeta purement et simplement la demande de Namel, sans se prononcer sur la question de savoir si la convocation de l'assemblée des créanciers devait être exceptée de la suspension, car personne ne lui avait demandé cela¹.

C'est donc une erreur de dire (VIII, p. 255-256) que la cour d'appel de Barcelone, en soustrayant de la suspension la convocation des créanciers, le 7 juin 1949, aurait infirmé l'ordonnance du 12 février, puisque nul ne l'avait demandé. Comment la cour d'appel aurait-elle pu, Messieurs les juges, infirmer une ordonnance qui statuait sur une question différente de celle que trancha la cour d'appel²?

Pour tenter de donner de la consistance à cette confusion, le professeur Rolin rappelle (VIII, p. 252) que le juge spécial avait pris, pour motif de sa décision, le fait que le cours de la procédure se trouvait suspendu. Pour refuser la requête de convocation de l'assemblée des créanciers, le juge a allégué une raison juridique, mais ce qu'il a rejeté c'est la demande formulée par Namel, sans se prononcer sur la possibilité de prévoir des exceptions à la suspension. Il existe une différence notoire entre le motif ou la raison de la décision et la décision elle-même. Il est évident que les tribunaux supérieurs ne peuvent entériner ou réformer que la décision et non les motifs dont s'est inspiré le juge pour la rendre.

Le tribunal, aussi bien en frappant de suspension la convocation des créanciers qu'en rejetant la demande de Namel, aurait commis une erreur. Il avait appliqué la règle générale, en oubliant qu'une règle particulière lui interdisait de différer la convocation des créanciers en aucun cas.

Comme, en raison de l'erreur commise par le tribunal, il s'était écoulé plusieurs mois depuis la déclaration de faillite, la cour d'appel a pu certes appliquer la loi, mais elle ne possédait pas le pouvoir thaumaturgique de faire en sorte que les syndics fussent nommés dans les trente jours suivant la déclaration de faillite. Une cour d'appel peut bien, comme l'a dit mon collègue, le professeur Gil-Robles, corriger une erreur commise par l'instance inférieure, mais elle ne peut pas faire le miracle de remonter le cours du temps.

Ainsi que l'a rappelé mon estimé collègue, le professeur Guggenheim, du point de vue du droit international, ce sont les décisions rendues en dernière instance qui comptent principalement et non pas les décisions des instances inférieures. De l'erreur qu'a commise le tribunal, M^e Grégoire ne saurait tirer aucune conséquence valable.

Durant cette même journée du 12 février 1949, au cours de laquelle il avait rejeté la demande de Namel, le juge spécial rendit un jugement par lequel il rejetait le déclinatoire Boter et reconnaissait la compétence des tribunaux espagnols pour connaître de la faillite de Barcelona Traction.

¹ Cf. ordonnance du tribunal spécial, en date du 12 février 1949 (A.M. n^o 145, vol. III, p. 564).

² C.M., IV, p. 389, note 1.

Ces deux décisions donnèrent lieu l'une et l'autre à des recours de la part des parties: Namel interjeta un recours en rétractation contre l'ordonnance et le sieur Boter fit appel du jugement.

Ainsi qu'il le devait, le juge spécial reçut à deux effets — c'est-à-dire avec effet dévolutif et avec effet suspensif — l'appel interjeté contre le jugement qui rejetait le déclinatoire. En vertu de ce même effet suspensif de l'appel, le juge devint incompétent pour connaître de la première section de la procédure de faillite et le dossier fut transmis à l'instance supérieure.

Quel était, à ce moment-là, l'état de la procédure? Le juge ne pouvait statuer sur le recours formé par Namel, parce qu'il avait perdu compétence et que le dossier avait été transmis à la cour d'appel. Cette dernière, de son côté, avait compétence pour statuer sur le recours interjeté par le sieur Boter et sur les incidents concernant ce recours; mais elle n'avait pas le moins du monde compétence pour prendre, dans le cadre du procès, des décisions qui relevaient du tribunal inférieur.

Il y eut alors, devant la cour d'appel, deux nouvelles démarches parallèles. D'une part, Barcelona Traction comparut à la procédure en demandant que l'appel Boter fût reçu à un seul effet.

D'autre part, la société Genora, créancière de la société faillie, demanda que fût rendue au juge spécial la compétence nécessaire à seule fin de statuer sur le recours en rétractation de Namel, et ce pour satisfaire à la règle de l'article 1062 du code de commerce d'après laquelle, comme on l'a vu, la nomination des syndics ne doit en aucun cas être différée.

La cour d'appel avait à statuer sur les deux questions, soulevées parallèlement. Elle statua le 7 juin 1949, en prenant deux décisions qui ont été vivement critiquées par la Partie adverse. La duplique (VII, p. 570 et suiv.) a exposé en détail les raisons pour lesquelles ces critiques sont dépourvues de fondement, et le professeur Rolin n'a répondu à aucun de ces arguments.

Qu'il me suffise de dire, Messieurs les juges, que la cour d'appel de Barcelone, statuant sur la demande de Barcelona Traction, dut la rejeter en vertu de l'article 114, règle générale, qui prescrit que la procédure doit être suspendue tant qu'il n'a pas été statué sur le déclinatoire.

Et la cour d'appel, elle-même statuant sur la demande de Genora, estima que la convocation des créanciers en assemblée pour nommer les syndics était régie par l'article 1062 du code de commerce, règle spéciale, qui prescrit — comme je l'ai indiqué — que l'assemblée des créanciers ne sera différée en aucun cas.

La cour d'appel avait affaire à une règle impérative qui ne souffre aucune exception et elle était tenue d'en assurer le respect. Mais, comme je l'ai dit, elle n'avait pas compétence pour ordonner elle-même la convocation de l'assemblée des créanciers. Aussi prit-elle, Messieurs les juges, la seule décision que la loi lui permit de prendre: elle ordonna que fût établie une copie authentique des actes de la procédure et que cette copie fût transmise au juge spécial afin que ce dernier statuât ce que de droit sur le recours de Namel dans les limites de sa compétence.

Ce faisant, la cour d'appel rendit au tribunal spécial la compétence que celui-ci avait perdue et lui renvoya les éléments du dossier dont il avait besoin pour pouvoir se prononcer.

On voit donc que les griefs qu'a formulés mon contradicteur n'existent pas. L'ordonnance du 12 février, qui rejetait la demande de Namel, n'a pas été infirmée par la cour d'appel, puisque celle-ci a précisément laissé

à la compétence du juge le soin de prendre une décision sur le recours en rétractation qu'avait interjeté Namel. Au surplus, la cour d'appel ne pouvait infirmer une décision que le juge n'avait pas prise, car le juge n'a jamais décidé de ne pas excepter de la suspension la convocation de l'assemblée des créanciers.

Ainsi que l'a démontré la duplique (VII, p. 570), la cour d'appel n'a pas statué *ultra petita*. Selon une jurisprudence constante de la cour suprême, il n'y a pas de décision *ultra petita* lorsque le juge se borne à ordonner quelque chose qui est une conséquence nécessaire de ce qu'ont demandé les parties, même si celles-ci n'ont pas demandé que les mesures décidées soient prises¹.

Il n'y a pas non plus la moindre contradiction entre les deux décisions de la cour d'appel. Comment pourrait-il y en avoir, Messieurs les juges, puisque dans l'une de ces décisions la cour d'appel a appliqué la règle générale de l'article 114 du code de procédure civile et, dans l'autre, la règle spéciale de l'article 1062 du code de commerce? Si l'on en croyait le professeur Rolin, il y aurait contradiction chaque fois qu'un tribunal appliquerait une règle générale à des cas qui en relèvent et simultanément une règle spéciale aux cas particuliers visés par ladite règle.

C'est donc une manifestation d'ironie tout à fait déplacée que de dire que l'appel Boter aurait été admis à « un effet et demi » (VIII, p. 256). L'article 1062 du code de commerce vise la convocation des créanciers et non pas les autres actes de procédure qui relèvent de la première section de la faillite. En conséquence, la règle spéciale ne pouvait s'appliquer qu'à la seule nomination des syndics, elle ne pouvait pas s'appliquer aux autres actes de la procédure, qui sont régis par la règle générale de la suspension.

Pour la même raison, il est sans pertinence de discuter du point de savoir s'il y avait ou non des causes d'urgence de nature à inciter le tribunal à excepter de la suspension la convocation des créanciers (VIII, p. 257). La loi, M. Rolin l'oublie de nouveau, ne subordonne pas la convocation de l'assemblée des créanciers à des motifs d'urgence, elle impose cette convocation dans un délai péremptoire clairement fixé et non susceptible de prorogation.

Cela étant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, à quoi bon discuter mille et mille détails de la procédure espagnole? Les autres griefs du professeur Rolin sont d'une nature telle qu'une cour de cassation n'aurait même pas à en connaître.

Quelle importance pratique peut avoir, par exemple, le fait que la cour d'appel ait transmis au tribunal la copie authentique du dossier à la date du 7 juillet ou à la date du 11 ou du 12 de ce même mois? Or, c'est à propos de ce détail sans importance que la Partie adverse fait un grand nombre de commentaires sur les recours dits *de súplica*, sur les demandes en nullité, sur les pourvois en cassation, etc. (VIII, p. 254-255), et a déposé des nouveaux documents contenant telles ou telles décisions judiciaires dépourvues de tout intérêt.

A quoi tendent tous les griefs tirés du fait que le juge spécial, lorsqu'il reçut la copie authentique de l'extrait du dossier et statua sur le recours de Namel, a modifié son point de vue et a ordonné la convocation de

¹ Cf. Fenech Miguel, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, vol. II, Barcelone, 1956, p. 3259; et Prieto Castro Leonardo, *El principio de congruencia*, in *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, p. 298-299.

l'assemblée des créanciers? Ayant recouvré compétence pour statuer sur ce point, le juge adapta sa décision à l'état de la procédure, tel que l'avait défini la cour d'appel.

On nous dit que le juge spécial aurait été contraint par l'instance supérieure de convoquer l'assemblée. Qu'est-ce que cela signifie? Si cela veut dire que le juge ne partageait pas l'opinion de la cour d'appel, je n'ai rien à dire, car cela manque totalement de pertinence.

J'entends bien, certes, qu'il n'est jamais agréable pour un magistrat de voir ses décisions réformées, mais je me refuse à croire qu'en Belgique, lorsqu'une cour d'appel rectifie une erreur commise par un tribunal de première instance, l'on estime que le juge est victime d'une contrainte et que son indépendance est violée. Je me refuse aussi à croire qu'un juge, pour maintenir son indépendance, modifie un arrêt de l'instance supérieure qui va à l'encontre de son opinion personnelle.

A quoi bon analyser les recours qu'a formés la société faillie contre le jugement par lequel le tribunal avait ordonné la convocation de l'assemblée des créanciers? Tous ces recours devaient nécessairement échouer, étant donné les dispositions de l'article 1062 du code de commerce. Je ne perdrai donc pas un instant à les analyser, car cela m'obligerait à répéter les mêmes arguments.

Je vais donc clore mon exposé sur ce point en formulant une ultime observation. Mon éminent collègue, le professeur Guggenheim, a rappelé qu'il existe une présomption importante: celle qui proclame la conformité des décisions judiciaires internes avec le droit interne. C'est donc à la Partie adverse qu'il incombe de prouver que les décisions qu'elle critique étaient illégales. Et il se trouve, Messieurs de la Cour, qu'après tant de discussions sur des vétilles de procédure, on a fini par reconnaître:

- a) qu'en droit espagnol, les syndics doivent être nommés dans le délai de trente jours au maximum à partir de la déclaration de faillite (VIII, p. 310);
- b) qu'il n'existe pas de jurisprudence qui interprète le droit espagnol dans un sens opposé à l'interprétation donnée par la cour d'appel de Barcelone (VIII, p. 258).

Etant donné que la Partie adverse a reconnu ces vérités, quel intérêt peut-il y avoir à discuter du point de savoir si un auteur, ou deux auteurs espagnols, pensent qu'il serait plus raisonnable que le délai commençât à courir à partir du moment où la déclaration de faillite serait devenue irrévocable et non pas à partir de la date même de la déclaration de faillite? L'opinion d'un auteur ou de deux auteurs n'est pas une source de droit et elle ne permet pas non plus aux tribunaux de s'abstenir d'appliquer la loi. Au demeurant, la duplique a mis en pleine lumière la fausseté de cette opinion isolée (D., VII, p. 574 et suiv.).

Mais l'on comprend la raison pour laquelle la Partie adverse tient tellement à discuter de cette question dépourvue de pertinence. M^e Grégoire (VIII, p. 318) s'aventure beaucoup plus loin que son éminent collègue: il dit que la convocation des créanciers aurait été illégale parce que le jugement déclaratif de faillite n'aurait pas été irrévocable. Or, Messieurs les juges, comme vous avez déjà pu le vérifier, cela est faux en fait et en droit. En fait, parce que la déclaration de faillite était irrévocable, en droit parce que le caractère révocable ou irrévocable du jugement de faillite n'a rien à voir avec le calcul du délai au cours duquel doit être convoquée l'assemblée chargée de désigner les syndics.

C'est cela, ni plus ni moins, que la cour d'appel de Barcelone a déclaré à la société faillie; la duplique (VII, p. 577), afin de démontrer que cette thèse n'avait pas été inventée à dessein pour porter préjudice à Barcelona Traction, a cité deux affaires dans lesquelles des syndics sont intervenus dans des recours en opposition, ce qui implique nécessairement qu'ils avaient été nommés avant que le jugement de faillite fût devenu irrévocable.

Le professeur Rolin met en doute la pertinence de ces précédents sous un prétexte qui n'affecte en rien la validité de l'argument. Je ne vois pas le moindre inconvénient à invoquer d'autres précédents. Ainsi, lors de la faillite qui a donné lieu à l'arrêt rendu par le Tribunal suprême le 20 décembre 1870 (C.L., T. 23, n° 48, p. 213), les syndics avaient été parties à la procédure d'appel contre le jugement (*sentencia*) rendu sur opposition. La cour d'appel ayant fait droit à ladite opposition, ce furent les syndics eux-mêmes qui se pourvurent en cassation et obtinrent que l'arrêt de la cour d'appel fût infirmé. Il en fut de même dans l'affaire sur laquelle a statué la cour suprême, le 23 juin 1961 (*Colección legislativa*, n° 511, p. 585). Dans les faillites qui ont donné lieu aux arrêts de la cour du 16 mai 1881 (*ibid.*, n° 233, p. 271) et du 24 mars 1886 (*ibid.*, n° 123, p. 581), l'assemblée des créanciers chargée de nommer les syndics se tint alors qu'il n'avait pas été statué en première instance sur l'incident d'opposition soulevé par le failli. Cela implique que, dans tous ces cas, les syndics avaient été nommés avant que le jugement déclaratif de faillite fût irrévocable.

Je vais traiter maintenant de la seconde cause qui, à en croire la Partie adverse, aurait bloqué la procédure et empêché la convocation de l'assemblée des créanciers. La Partie adverse a consacré beaucoup de temps pour tenter de vous convaincre qu'il aurait été impossible de convoquer cette assemblée pour la raison qu'il n'y aurait pas eu de liste des créanciers (VIII, p. 310 et 318).

J'ai le sentiment que l'on a fait ici du mot « blocage » un usage tout à fait impropre. L'idée de M^e Grégoire me semble claire. Il ne prétend pas que les syndics n'auraient pas dû être nommés en 1949 pour la raison que la procédure se serait alors trouvée bloquée. Selon sa thèse, les syndics de la faillite de Barcelona Traction n'auraient jamais pu être nommés.

Il ne s'agit donc pas de je ne sais quel blocage, mais plutôt d'une tentative de plus pour « stériliser » la faillite. Selon la Partie adverse, le séquestre-dépositaire aurait dû demeurer perpétuellement en fonctions, en attendant qu'il fût donné effet à une commission rogatoire qui n'aurait jamais pu être exécutée ou en attendant que la société faillie se décide à fournir aux organes de la faillite la liste de ces créanciers, ce qui — l'on s'en doute — était aussi illusoire que d'espérer qu'elle payât un jour à ses créanciers ce qu'elle leur devait.

Mon éminent contradicteur a dit (VIII, p. 315):

« La loi espagnole suppose des êtres de chair et des réalités concrètes et n'a nullement prévu une procédure poursuivie par des fantômes dans le royaume des ombres. »

C'est dans cette phrase que se trouve la clé de l'erreur; la loi espagnole, certes, est faite pour des êtres réels et concrets, et les activités de Barcelona Traction en Espagne étaient assurément réelles et concrètes. Mon collègue, le professeur Waldock, a démontré de façon irréfutable que la

société faillie était présente en Espagne, que c'est dans ce pays que se trouvait sa substance même, que c'est dans ce pays qu'elle agissait directement et indirectement. La société faillie n'était pas un fantôme dans le royaume des formes.

Mais aucune loi n'est conçue pour que les prescriptions qu'elle énonce soient tournées et bafouées à l'abri de fictions purement formelles. Le tribunal et le commissaire ne pouvaient tolérer que Barcelona Traction, pour se soustraire à la compétence effective des tribunaux espagnols, maintint sa substance même dissimulée en Espagne au fond du royaume des ombres.

La cour suprême espagnole, dans son arrêt du 17 avril 1917 (A.D. 72, app. 1, vol. II, p. 557), dont j'ai déjà parlé, a estimé que c'était un devoir que de surmonter de tels obstacles « par tous les moyens qu'offre la loi » et d'adopter toutes les mesures « qui ne vont pas directement à l'encontre de règles légales qui les interdisent de façon expresse ».

Les formes derrière lesquelles M. Pearson, suivant l'avis de conseillers astucieux, avait masqué son activité, n'ont pas prévalu devant les tribunaux du Texas ou de New York. Elles ne devaient pas prévaloir non plus devant la justice espagnole dans l'affaire Barcelona Traction.

Mais voyons les faits.

Dans le jugement (*auto*) du 28 juillet 1949, par lequel il décidait de convoquer l'assemblée des créanciers, le juge spécial avait ordonné que Barcelona Traction fût sommée de présenter le bilan d'ensemble de ses affaires. Et cet ordre fut communiqué à Barcelona Traction en la personne de son avoué.

La société faillie — contrairement à ce que prétend aujourd'hui M^e Grégoire — n'objecta pas à ce moment-là que l'article 1060 exigeait que le bilan fût dressé par le failli devant le commissaire, en présence des livres et des papiers.

En revanche, elle fit valoir, pour excuser sa carence, que son avoué n'avait pas qualité pour recevoir la sommation qui lui était adressée. Elle prétendait que cette sommation fût adressée à Barcelona Traction directement, à son siège social d'Ontario, par voie de commission rogatoire.

C'est là une excuse qu'on ne saurait accepter, ainsi qu'on l'a amplement démontré dans la duplique (A.D. n° 85, vol. II, p. 662). M. Carlos Muntaner Felip, que Barcelona Traction avait désigné comme mandataire en Espagne, avait des pouvoirs exprès « pour adresser et recevoir des notifications et des sommations » (A.C.M. n° 194, vol. IX, p. 276); et M. Carlos Muntaner, lorsqu'il donna pouvoir aux avoués de Barcelona Traction, leur conféra à son tour la totalité des pouvoirs qu'il avait lui-même reçus de la société. D'ailleurs, M^e Grégoire oublie aussi que lorsque Barcelona Traction elle-même voulut adresser des sommations, ce ne fut pas son conseil d'administration qui s'en chargea ni M. Muntaner, qui était son mandataire en Espagne, mais précisément l'avoué même dont on nous dit aujourd'hui qu'il n'avait pas qualité¹.

Etant donné l'inaction de la société faillie, qui ne donna pas suite à la sommation qui lui avait été adressée, le juge, par ordonnance en date du 4 août 1949 (A.D. n° 145, vol. III, p. 241), ordonna que le bilan fût dressé par un négociant de la localité, ainsi que le prescrit l'article 1061 du code de commerce de 1829. Le négociant désigné fut M. Juan Martorell,

¹ A.D. n° 85 et app. 1, vol. II, p. 662, ainsi que les documents déposés par le Gouvernement espagnol en juillet 1968.

qui dressa le bilan à partir des livres et documents qui lui furent présentés par le commissaire.

Il est vrai, Messieurs les juges, que ces livres et documents n'étaient pas ceux que la société faillie avait au Canada. Mais c'étaient les livres et documents qui avaient été trouvés dans les archives de Barcelona Traction à Barcelone et qui permettaient parfaitement de connaître la situation de la société faillie.

Or, que révélaient le bilan et les archives de Barcelona Traction? Ils révélaient un fait désormais bien connu: les créanciers de la société faillie ne pouvaient être énumérés individuellement, avec leurs noms et leurs adresses, parce que toutes les obligations étaient au porteur. Ni à Barcelone ni en Ontario, si on avait pu s'y rendre, il n'était possible de savoir quels étaient, à un moment donné, les détenteurs des obligations. Ni les représentants qu'avait la société faillie à Barcelone ni ceux qu'elle pouvait avoir dans l'Ontario n'étaient en mesure de fournir sur ce point des éclaircissements au commissaire.

La procédure fut donc conforme à l'esprit du code de commerce, bien que ce dernier, en 1829, n'eût pas pu prévoir le cas d'une faillite dans laquelle tous les créanciers seraient des personnes inconnues du failli parce que leurs titres seraient des titres au porteur.

Les créanciers dont l'adresse était déjà connue furent convoqués directement à l'assemblée (A.D. n° 146, doc. 1, vol. III, p. 242); parmi eux se trouvaient les « coïntéressés » de Barcelona Traction, MM. Andreu, Sagnier et Teixidor.

Pour convoquer les autres créanciers, des avis furent publiés dans la presse officielle et la grande presse de Madrid, Barcelone, Tarragone, Paris, Genève, Rome, Londres et Toronto (A.D. n° 146, doc. 2, vol. III, p. 244).

Toutes les précautions furent donc prises pour qu'aucun détenteur d'obligations ne demeurât dans l'ignorance du fait que l'assemblée des créanciers avait été convoquée. La preuve que cette façon de procéder avait atteint son but, c'est que, le 16 septembre, il fut possible de dresser une liste des créanciers, comprenant les quatre cent soixante-dix personnes qui avaient présenté leurs titres de créances, soit avant, soit après la convocation (A.D. n° 147, vol. II, p. 245).

Aucun créancier n'a jamais protesté devant les tribunaux espagnols en prétendant qu'il aurait ignoré la réunion de l'assemblée faute d'y avoir été convoqué ou en prétendant qu'un vice aurait affecté l'établissement de la liste des créanciers.

Durant l'assemblée, personne ne fit valoir que la liste des créanciers n'avait pas été établie au siège social de la société faillie à Toronto.

Enfin, les dispositions auxquelles la Partie adverse attache tant d'importance partent de l'idée que les livres et les documents du failli permettront d'établir l'identité des créanciers et c'est pourquoi elles prescrivent que cette liste doit précéder la convocation. Dans le cas de Barcelona Traction, au contraire, la liste ne pouvait être dressée qu'une fois que les obligataires se seraient fait connaître, et dans ces conditions il était inévitable que la convocation fût faite avant l'établissement de la liste.

On ne saurait donc dire qu'il n'y a pas eu de liste. Tout au plus peut-on dire qu'il y a eu, comme il était logique, inversion dans l'ordre de succession des actes. Est-il possible de dire, sans manquer absolument à l'objectivité, qu'il y aurait eu, dans cette manière de procéder, un élément

d'injustice? Est-il permis d'affirmer que les tribunaux espagnols auraient porté préjudice au droit d'un créancier quelconque ou de la société faillie elle-même? Est-il possible d'admettre qu'un préjudice quelconque ait été causé?

Un mot encore. Au cours de la procédure orale sur les exceptions préliminaires, le professeur Rolin, parlant de la série de décisions judiciaires espagnoles qu'il critiquait, a prononcé des paroles qu'il me faudra rappeler plus d'une fois. Il a dit — et ce sont ses propres termes (III, p. 989) :

« 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 ».

Mon collègue, le professeur Malintoppi, le moment venu, tirera de cette affirmation les conclusions qui s'imposent en ce qui concerne l'exception de non-épuisement des recours internes. Qu'il me soit permis ici de rappeler ces paroles du professeur Rolin pour démontrer combien est dépourvu de pertinence le grief relatif à la prétendue absence de liste des créanciers, question qui n'a jamais été posée et qui n'a jamais fait l'objet d'aucun recours devant les tribunaux espagnols.

Jusqu'à la réplique, la Partie adverse ne s'était pas avisée de la prétendue absence d'une liste de créanciers. C'est ce qu'a relevé la duplique (VII, p. 561) et mon adversaire n'y a pas répondu.

Ainsi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le rideau va tomber sur ce premier acte du mélodrame, tandis que je réfuterai les accusations que mon distingué contradicteur porte contre les syndics tant pour ce qu'ils ont fait que pour ce qu'ils n'ont pas fait.

On reproche aux syndics d'avoir émis de nouveaux titres de certaines des sociétés filiales et sous-filiales de Barcelona Traction, et l'on prétend y voir une manœuvre préparatoire à la vente.

Je n'entreprendrai pas de redire ici ce qu'ont exposé mes collègues, les professeurs Guggenheim et Uria, à propos des nouveaux titres. Ces conseils du Gouvernement espagnol ont démontré qu'il n'y a pas eu le moins du monde violation du droit interne ni usurpation de ce que la Partie adverse appelle la « compétence d'exécution ».

Mais la Partie adverse reprend le grief pour présenter l'émission de titres comme une manœuvre destinée à rendre la vente possible, manœuvre que les syndics sont supposés avoir réalisée dans le cadre de leur plan.

L'essentiel de ce grief, tant dans le mémoire (I, p. 77) que dans la réplique (V, p. 407, 408 et 545), consistait en ce que, en droit espagnol, il aurait été impossible d'aliéner des actions et obligations d'une société sans avoir la possession physique des titres correspondants.

Le Gouvernement espagnol, dans la duplique et ses annexes¹, a amplement répondu à cette accusation. Ni le professeur Van Ryn ni M^e Grégoire n'ont osé contester cette réponse.

La vente judiciaire de droits incorporels comme des actions ou des obligations ne suppose pas nécessairement la détention physique des titres ou documents représentatifs. La remise ou tradition des biens vendus peut s'opérer par voie d'acte authentique ou par la transmission d'une copie certifiée conforme du jugement d'adjudication².

¹ VI, p. 351 et VII, p. 633, et A.D. n° 71, vol. II, p. 552 et suiv.

² VI, p. 339 et suiv., et A.D. n° 72, vol. II, p. 555 et suiv.

Lors de la vente aux enchères des biens de Barcelona Traction, ce sont le « capital-actions » et le « capital-obligations » des filiales directes de Barcelona Traction et les droits s'y rattachant qui furent mis en vente. La tradition des biens vendus devait s'opérer — et s'est effectivement opérée — par la délivrance d'un procès-verbal visé par un courtier de commerce¹.

Les titres qui se trouvaient au Canada, pas plus que les titres nouveaux émis en Espagne n'étaient nécessaires ni pour vendre les biens ni pour opérer l'adjudication. La preuve évidente en est que, par exemple, le capital-actions d'International Utilities a été vendu sans que les syndics eussent émis de nouveaux titres de cette société; bien entendu, la Partie adverse n'en a pas soufflé mot.

L'audience est levée à 13 heures

¹ A.D. n° 161, vol. III, p. 296 et suiv.

TRENTE-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (6 VI 69, 10 h 15)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. CARRERAS: Au cours de la séance d'hier, j'ai eu l'honneur d'exposer à la Cour les oublis commis par la Partie adverse, seul moyen de mettre en scène le mélodrame de la vente des biens de Barcelona Trac-tion. J'ai ensuite abordé le premier acte de la pièce en montrant que la nomination des syndics avait été régulière au regard de la loi espagnole, et que l'artifice monté par les avocats de la société faillie pour stériliser la faillite était inadmissible.

A la fin de l'audience, j'ai ébauché ma réponse aux accusations formulées par la Partie adverse contre l'intervention des syndics. Les griefs de la Partie adverse — la Cour s'en souviendra — visent l'action des syndics, en tant qu'organes de la faillite en ce qui concerne l'émission de titres, et leur inaction: ne pas avoir exigé des filiales le paiement de leurs obligations envers la société mère.

Mes derniers mots ont servi à montrer l'absence de fondement du grief relatif à l'affirmation selon laquelle l'émission des titres était indispen-sable pour que la vente fût possible. J'ai indiqué qu'en droit espagnol la remise ou *traditio* des actions et obligations peut se faire sans remise matérielle des titres ou documents qui les représentent.

J'en viens maintenant à la deuxième accusation. Mon distingué contra-dicteur accuse les syndics de n'avoir pas payé aux obligataires *Prior Lien* et *First Mortgage* la totalité de leurs créances en puisant dans les caisses des filiales, ce qui, prétend-il, leur aurait épargné la nécessité de procéder à la vente.

Les syndics avaient-ils légalement l'obligation d'agir de la manière indiquée par mon contradicteur?

Le Gouvernement espagnol a montré que cette obligation n'existait pas (D., V, p. 585), puisque l'article 1218 du code de procédure civile, qu'invoque la Partie adverse, n'impose pas aux syndics des devoirs précis, mais leur confère des attributions ou des pouvoirs propres à leur per-mettre de s'acquitter de leur mission. M^e Grégoire (VIII, p. 322) prétend qu'il y aurait une contradiction entre cette thèse et celle que le Gouverne-ment espagnol soutient à propos du pouvoir de vendre, que le même article confère aux syndics. Dans un cas, dit-il, il s'agirait d'« une simple faculté »; dans l'autre « d'un devoir impérieux ».

Cette contradiction n'existe pas, car jamais le Gouvernement espagnol n'a dit que les pouvoirs des syndics consistent en une « simple faculté », ni que la vente soit un « devoir impérieux », abstraction faite des circons-tances de fait dans lesquelles la question se pose.

Il s'agit là de pouvoirs — comme l'a clairement exposé la duplique (VII, p. 585) — qui sont conférés aux syndics pour qu'ils s'acquittent de leur mission. Si, dans l'exercice de ces pouvoirs et par leur négligence, ils portent préjudice à la masse, ils doivent répondre des dommages ainsi causés. S'ils négligent de percevoir des créances, alors qu'il est possible et convenable de le faire, leur responsabilité est engagée; s'ils négligent de vendre aux moments opportuns, leur responsabilité est également engagée. Ce sont donc là des pouvoirs dont l'exercice doit être apprécié

selon les circonstances de fait qui se présentent dans chaque cas d'espèce, et l'exercice du pouvoir de vendre, si le failli ne propose pas de concordat, finit par devenir obligatoire pour les syndics qui ne sauraient maintenir indéfiniment la faillite en l'état.

Il n'y aurait donc pas eu, en tout état de cause, ces « deux justices » dont parle la Partie adverse (VIII, p. 323).

Mais il est une autre circonstance qui interdit de parler de deux justices: c'est que jamais les tribunaux espagnols n'ont été priés d'obliger les syndics à exercer le pouvoir qu'ils avaient de percevoir les créances que détenait la société faillite contre Ebro.

Bien au contraire, comme l'a exposé la duplique (VII, p. 584), le *receiver* canadien, dans son mémorandum du 20 juin 1951 — c'est-à-dire avant la vente —, exprimait la crainte qu'il avait, et que partageaient les avocats de Barcelona Traction, que les syndics ne vendent les obligations *General Mortgage et Cumulative Income* d'Ebro, ce qui aurait eu pour effet de créer une situation dans laquelle la société filiale eût été contrainte de payer ses dettes (*Receivership*, fol. 667). On craignait donc que les choses n'aboutissent, par une autre voie, à ce qu'aujourd'hui l'on estime que les syndics auraient eu l'obligation de faire. Et le *receiver* ajoutait que les avocats espagnols conseillaient d'exercer une action en Espagne pour empêcher les syndics de vendre les obligations d'Ebro.

Cela étant, je crois que je peux faire miennes les paroles de M. Rolin (P.O., III, p. 989) que j'ai citées tout à l'heure et arriver à la conclusion que

« le Gouvernement espagnol est en droit aujourd'hui d'exiger que le Gouvernement belge biffe ce grief de sa liste ».

Mais indépendamment de ces considérations, l'accusation de la Partie adverse est particulièrement dépourvue de fondement, pour la raison qu'elle s'appuie sur des prémisses de fait qui sont absolument fausses.

La Partie adverse imagine, tout à fait à tort, que l'entreprise de Barcelona Traction était florissante et prospère avant la faillite; et qu'après que celle-ci eut été déclarée, les revenus de l'exploitation devaient suffire aux syndics pour faire subsister l'entreprise, la faire fonctionner et, en outre, payer le principal et l'intérêt des obligations.

Mais nous savons qu'avant la déclaration de faillite, au dire des associés de Barcelona Traction et comme l'a reconnu la réplique, les liquidités du groupe ne permettaient même pas d'assurer le service des intérêts des obligations de Barcelona Traction; la totalité du produit de l'exploitation étant nécessaire pour maintenir tant bien que mal l'exploitation en état de marche, encore avait-on bien des difficultés à effectuer tous les investissements indispensables. Or, Messieurs, voici qu'une fois la faillite déclarée, on nous assure que les syndics, avec les revenus de l'exploitation, auraient pu assurer la bonne marche et le développement de l'entreprise, le paiement des intérêts et, par-dessus le marché, l'amortissement intégral du passif obligataire.

La contradiction est si manifeste qu'elle nous dispense de commentaires.

Comment la Partie adverse essaie-t-elle de résoudre le problème? Elle voudrait faire croire à la Cour qu'Ebro aurait pu obtenir des emprunts très considérables; mais nous avons déjà vu que la réplique elle-même reconnaissait qu'à cette époque les sociétés d'électricité n'avaient pas accès au marché des capitaux. Autre paradoxe: les éventuels prêteurs,

peu enclins à fournir des fonds à des entreprises électriques saines; n'auraient, nous dit la Partie adverse, pas vu le moindre inconvénient à consentir à Ebro de très gros prêts, tout en sachant que les sommes ainsi remises n'auraient pas du tout servi à financer l'entreprise débitrice, mais uniquement à éponger des dettes, de sorte qu'une fois les dettes payées l'exploitation industrielle de l'emprunteur serait restée exsangue et dépourvue des moyens de faire face aux obligations les plus pressantes.

Mon illustre contradicteur, en outre, semble avoir oublié que l'équipe dirigeante de Barcelona Traction n'a cessé d'alimenter une campagne de presse en Espagne et à l'étranger pour discréditer les administrateurs des filiales. Comment peut-on prétendre, après cela, que ces mêmes administrateurs n'auraient eu aucune peine à se procurer des prêts qui étaient difficiles à obtenir même pour des entreprises solvables?

Voilà, Monsieur le Président, voilà, Messieurs de la Cour, pourquoi le *receiver* et les avocats du groupe, à cette époque-là, redoutaient que les syndic ne vendent les obligations *General Mortgage* et *Cumulative Income Bonds*. Ils savaient que si l'on venait à exiger la liquidation de ces obligations-là, les filiales auraient été « frappées à mort ». Il ne s'agit donc pas là d'une affirmation gratuite de la duplique, comme le dit M^e Grégoire, il s'agit d'un fait indiscutable.

Contre cette évidence, dont faisait déjà état la duplique, mon contradicteur essaie de brandir un argument nouveau, et tout à fait inédit. Il n'était pas nécessaire, dit-il, que les syndic exigent le paiement en une fois; ils pouvaient retirer en plusieurs fois des sommes au cours des années, jusqu'au moment où ils auraient obtenu l'intégralité du montant nécessaire pour désintéresser les créanciers, ce qui les aurait menés en 1963 ou à l'infini.

Mais cet argument se heurte à deux obstacles évidents. La faillite est une procédure qui tend à l'aliénation des biens du failli; elle n'est pas un artifice destiné à permettre aux créanciers d'exploiter l'affaire et de se payer sur son revenu au cours des années, pour rendre ensuite l'affaire au débiteur failli. De plus si, en 1951, l'on n'avait pas vendu les droits de Barcelona Traction qui donnaient à celle-ci la maîtrise de l'entreprise, le danger aurait été grand qu'au cours des années suivantes il n'existât plus d'affaire permettant d'obtenir le moindre revenu.

La comptabilité de la Partie adverse, au demeurant, est très curieuse. Barcelona Traction devait uniquement à ses créanciers, en 1948, la somme de 371 millions de pesetas et, en 1951, les disponibilités des filiales s'élevaient à 266 millions de pesetas; les 105 millions qui manquaient étaient « cette relativement faible somme » que les syndic auraient pu emprunter.

Or, ces trois chiffres sont également inadmissibles. Le passif obligataire calculé en livres sterling devait être augmenté du montant de 2 640 000 livres d'obligations *First Mortgage* que détenait la Westminster Bank et que cette banque avait ensuite vendues, après les avoir proposées à M. Heineman qui refusa, à l'époque, de les acheter pour le compte de Sidro-Sofina. Il est donc inadmissible de calculer le passif sans mentionner cette perte (que la société faillie avait d'ailleurs mentionnée dans le passif dans son plan d'arrangement (A.C.M., vol. VII, n^o 8, p. 66). Il est encore plus inadmissible de passer sous silence les intérêts échus du chef de ces obligations au cours de ces années-là, car il s'agissait d'obligations privilégiées qui ne cessent pas de produire des intérêts.

De plus, si mon contradicteur veut apprécier le passif en pesetas, il

n'est pas correct d'appliquer le taux de change qu'utilise la Partie adverse dans un de ces tours de passe-passe dont elle est coutumière. Pour se procurer les livres sterling nécessaires à la liquidation du passif, en les payant en pesetas, c'est une somme voisine d'un milliard de pesetas qu'il aurait fallu à cette époque.

Enfin, la trésorerie d'Ebro n'atteignait pas la somme de 266 millions, même si l'on tient pour bonnes des données purement comptables. Se pourrait-il que mon distingué contradicteur ait oublié que 81 millions de pesetas se trouvaient déposés à la Caisse générale des dépôts et consignations et que Barcelona Traction avait fait tout ce qu'elle pouvait pour empêcher les filiales de disposer de cette somme?

Mais, Monsieur le Président, si cette comptabilité de la Partie adverse était exacte, comment pourrait-on comprendre que les personnes extrêmement intelligentes qu'étaient les dirigeants de Barcelona Traction n'aient pas, avant la faillite, consigné les fonds nécessaires en pesetas ou n'aient pas demandé à un tribunal de déclarer la société en état de suspension de paiements, ce qui leur aurait permis de conclure un arrangement avec les obligataires?

Comment comprendre encore que Barcelona Traction n'ait pas proposé, dans le cadre de la procédure de faillite, un concordat à ses créanciers?

Comment comprendre, enfin, que Barcelona Traction et Sidro-Sofina aient refusé, après la vente, de récupérer une entreprise aussi florissante, alors qu'il leur suffisait pour cela de désintéresser les obligataires de la société faillie?

Le Gouvernement belge n'a jamais répondu de façon raisonnable à ces questions-là que le Gouvernement espagnol a posées à maintes reprises au cours de la procédure écrite.

Pour toutes ces raisons, Monsieur le Président, je crois que je peux laisser tomber le rideau sur la fin du premier acte de la pièce de M^e Grégoire, en constatant que le bilan de l'opération est totalement négatif pour la Partie adverse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le second acte du drame composé par M^e Grégoire a pour thème l'autorisation qui fut donnée aux syndics de procéder à la vente des biens.

Cette autorisation a été donnée par une ordonnance en date du 27 août 1951 — dont, pour la commodité de la Cour, je ferai figurer dans le compte rendu le texte espagnol et la traduction française¹ — qui comporte une triple décision.

¹ « Con el anterior escrito del Comisario de la quiebra, con el formulado por los Síndicos, y con los documentos acompañados, fórmese ramo separado, quedando los volúmenes conteniendo informes, por su tamaño, en poder del Secretario; y habidas las consideraciones y razonamientos contenidos en el escrito de los segundos, el informe favorable del primero, así como la manifestado por el Corredor de Comercio de esta Plaza señor Climent y la resultancia de autos, se accede a la petición formulada por la Sindicatura en orden a la venta de los efectos mercantiles propiedad de la quiebrada, la que deberá realizarse en subasta pública con las debidas formalidades, previa la oportuna tasación y debiendo en todo caso intervenir en aquella un corredor de comercio colegiado en esta Ciudad. »

« Que l'on forme un dossier séparé avec l'acte du Commissaire de la faillite, celui présenté par les syndics, et les documents annexes, les volumes contenant les rapports restant, vu leur dimension, à la garde du greffier. Vu les considérations et arguments contenus dans l'acte des syndics, le rapport favorable du commissaire de même que

En premier lieu, le juge, en accordant l'autorisation de vendre les biens, a repris à son compte les raisons de fait dont les syndics avaient fait état pour justifier la nécessité et l'urgence de ladite vente.

En second lieu, il a estimé que les motifs juridiques qu'invoquaient les syndics étaient corrects, puisqu'il les a expressément faits siens.

Et, en troisième lieu, il a fixé les modalités de la vente, c'est-à-dire qu'il a précisé que cette vente devait s'effectuer aux enchères publiques, dans les formes prescrites et après fixation du prix.

Je vais donc traiter de chacun de ces points pour montrer la parfaite régularité de cette ordonnance.

Nous allons voir d'abord que la vente était nécessaire.

Au mois de juillet 1951, divers obligataires attirèrent l'attention des syndics sur « les dangers que, pour la conservation de la valeur des biens, signifie l'actuelle immobilisation en rapport avec le contenu de la note diplomatique précitée » (souscrite par le ministre de l'industrie et l'ambassadeur d'Angleterre) (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 2, p. 286).

Les syndics — que l'on voudrait nous présenter comme d'obéissants serviteurs de M. Juan March — ne se contentèrent pas des affirmations des obligataires, encore que leur opinion fût la même, et, bien que la loi ne les y obligeât pas le moins du monde, ils demandèrent l'avis d'experts comptables, d'un courtier de commerce et d'éminents professeurs de la faculté de droit de Barcelone (D., VII, p. 590, et A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 3 et 4, p. 295 et suiv.).

Voici, Monsieur le Président, comment se sont comportés ces syndics qui, à en croire la Partie adverse (VIII, p. 336), auraient été des instruments dociles dans les mains de M. March.

Interrogés sur la réalité des risques évoqués par les obligataires, les experts comptables déclarèrent que l'entreprise supportait deux catégories de risques extraordinaires: les uns résultaient des irrégularités qu'avaient commises les anciens dirigeants de la société faillie, et les autres procédaient de la difficulté insurmontable qu'il y avait à se procurer un financement approprié¹.

M^e Grégoire fait donc erreur quand il dit (VIII, p. 348) que les syndics n'auraient allégué d'autres risques que ceux qui découlaient de la déclaration tripartite. En reprenant ce grief de la réplique (V, p. 94), mon distingué contradicteur non seulement ferme les yeux sur la réfutation qu'en a donnée la duplique (VII, p. 591), mais encore s'écarte délibérément des conclusions des experts, MM. Bardia et Ibañez, relatives à la seconde

l'opinion du courtier de commerce de cette ville, M. Climent, et le résultat de l'examen du dossier, il est fait droit à la requête formée par les Syndics en ce qui concerne la vente des « effets de commerce » propriété de la société faillie, laquelle devra être réalisée, par la voie des enchères publiques, selon les formes prescrites, après estimation préalable. Etant entendu qu'un *corredor de comercio* (courtier de commerce) officiel de cette ville devra y intervenir. » (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 6, p. 318; et D., VII, p. 624.)

¹ Les experts disaient textuellement:

« Les risques extraordinaires auxquels est exposé l'actif actuel de la faillite sont essentiellement de deux sortes:

- a) risques découlant des irrégularités relevées dans les opérations de la Barcelona Traction et des sociétés subordonnées ou subsidiaires;
- b) risques provenant de la difficulté insurmontable de financer convenablement le groupe de sociétés. » (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 3, p. 302.)

catégorie de risques extraordinaires. La Cour trouvera ces conclusions dans les annexes au contre-mémoire; soucieux d'être bref, je m'abstendrai d'en donner lecture, mais j'en reprendrai le texte dans une note au compte rendu¹.

Les syndics, le 13 août 1951, demandèrent au commissaire l'autorisation de procéder à la vente des biens de Barcelona Traction, joignant à leur requête le rapport des deux experts et reprenant à leur compte, *expressis verbis*, les conclusions de leurs rapports (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 2, p. 286 et suiv.).

En rapprochant dans leur demande les risques qui résultaient de l'immobilisation de l'actif et ceux qui procédaient de la déclaration tripartite, les syndics indiquaient que ces risques menaçaient en même temps tout le patrimoine dont ils avaient la charge.

Le 20 août, le commissaire remit au juge spécial la requête des syndics ainsi que les documents et rapports y annexés, en émettant un avis favorable à la demande des syndics (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 5, p. 317). Au nombre desdits documents figurait le rapport de la Commission internationale d'experts, avec ses annexes.

Le juge spécial, le 27 août 1951, prit une ordonnance autorisant la vente, faisant ainsi siennes les raisons que les syndics, après avoir sollicité les avis nécessaires, avaient invoquées pour affirmer que la vente était nécessaire et urgente.

La Partie adverse attaque la décision du juge spécial en prétendant que les risques qui menaçaient le patrimoine de la société faillie n'étaient qu'un simple prétexte.

Je n'ai pas besoin d'insister sur ce qu'était la véritable situation économique de l'entreprise à ce moment-là et à quel point les risques découlant du manque de trésorerie n'étaient pas imaginaires. Je voudrais toutefois, avant de parler des autres risques, rappeler à la Partie adverse quelle était, à ce moment-là, l'opinion de Barcelona Traction elle-même.

La société faillie a introduit un recours contre l'ordonnance autorisant la vente; or, dans ce recours, elle a soutenu une thèse qui est diamétralement opposée à celle du Gouvernement belge. Elle n'a pas nié que les

¹ Les experts concluaient que:

«Le manque de financement adéquat, capable de fournir les ressources indispensables au développement normal des services publics en jeu, non seulement peut entraîner la perte ou la réduction des concessions qui sont à la base même des exploitations de ce groupe de sociétés, mais doit nécessairement, même dans l'hypothèse la plus favorable, provoquer un recul marqué dans la rentabilité de l'affaire, du fait que s'accroît la concurrence des autres entreprises d'électricité qui sont peut-être en mesure de satisfaire la demande croissante du public.

Les préjudices que ce risque pourrait comporter auraient des répercussions matérielles et tangibles sur la dépréciation générale de tout le système de production et de distribution, en même temps qu'ils aggraveraient la concurrence face au marché consommateur.

Les syndics de la faillite qui, par mandat légal, doivent limiter leur action à la gestion des biens qui constituent la masse, ne sont pas en mesure de répondre aux besoins financiers, puisqu'ils ne peuvent ni augmenter le capital social des sociétés, ni émettre des emprunts, ni négocier des crédits destinés à financer les exigences croissantes des services publics.

Dans ces conditions, le risque devient pratiquement insurmontable et peut causer une baisse graduelle de la valeur de l'actif de la faillite. » (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 3, p. 310.)

syndics aient invoqué les risques résultant de l'insuffisance de trésorerie; et, qui plus est, elle n'a pas prétendu que l'entreprise ait été en mesure d'acquitter les dépenses de construction de nouveaux barrages et de nouvelles centrales électriques, encore que l'on trouve çà et là une allusion à la prétendue aisance de la trésorerie d'Ebro.

La société faillie, après avoir déclaré explicitement que les syndics ne pouvaient mener à bien de nouveaux travaux d'exploitation¹, ajoutait ce paragraphe qui ne manque pas de saveur :

« Bien plus, la nécessité de nouvelles chutes et centrales à laquelle l'écrit des syndics fait allusion avec tant de légèreté, n'apparaît nulle part à ce moment, précisément où, comme le sait le Tribunal étant donné que toute la presse l'a publié, vient d'être terminée la construction de deux nouvelles chutes qui sont en exploitation, de la Empresa Nacional Hidroelectrica Ribagorzana, entreprise de l'Etat; ces régions se trouvent précisément dans la région du Rio Noguera Pallaresa, voisine de celle où s'exercent les activités de la « Canadiense » (A.M., vol. III, n° 180, p. 694).

Pourquoi, Messieurs les juges, une entreprise augmenterait-elle sa production quand l'accroissement de la demande est déjà satisfait par une société concurrente? La Cour se souviendra que mon collègue, le professeur Gil-Robles, a parlé des concessions qu'avait perdues Barcelona Traction, faute de pouvoir les exploiter, et il a dit comment ces concessions, devenues caduques, ont passé aux mains de l'entreprise national Enher.

Le vrai problème, d'ailleurs, consistait en ceci que, si l'entreprise n'opérait pas elle-même les investissements nécessaires, son existence même était compromise.

Car l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne était exposée aussi aux risques très graves qui découlaient des irrégularités commises par les anciens dirigeants de Barcelona Traction. Mon collègue, le professeur Reuter (*supra*, p. 240 et 243), a souligné que les syndics ont interprété la déclaration tripartite de 1951 de la même manière que le Trésor britannique et le conseil d'administration de Barcelona Traction dans sa note du 4 juillet.

Monsieur le Président, faisons abstraction un instant de toute considération juridique pour faire appel aux arguments de bon sens que prônent sans cesse les conseils du Gouvernement belge. Qu'est-ce que les syndics et le commissaire exposent au juge? Ils lui disent: il est notoire que les dirigeants de Barcelona Traction se sont rendus coupables d'irrégularités en matière fiscale et monétaire, et ont commis un délit de contrebande monétaire. De ce fait des poursuites ont été engagées qui peuvent aboutir à n'importe quel moment et à propos desquelles il a déjà été donné l'ordre d'opérer, sur les actifs d'Ebro, une saisie (*embargo*) d'un montant de 400 millions de pesetas.

Et le raisonnement des syndics et du commissaire devant le juge se poursuit: si le fisc exerce une action et si une amende est infligée à Ebro, l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne ne sera pas en mesure de payer les impôts et les amendes fiscales et monétaires, car elle n'a même

¹ Ces constructions, était-il dit, « pourraient seulement être réalisées après que les créanciers auraient perçu totalement, ou jusqu'au point où l'actif le permettrait, le montant de leurs créances respectives » (A.M., vol. III, n° 180, p. 694).

pas l'argent qu'il faudrait pour les travaux extraordinaires en vue de l'augmentation de la production. Nous ne pouvons pas non plus vendre une partie de l'actif, parce que l'entreprise est un tout dont les éléments sont indissociables.

Enfin, ajoutent-ils, nous ne pouvons pas non plus mettre en exploitation de nouvelles chutes et de nouvelles centrales, faute de moyens financiers, de sorte que nous ne sommes pas en mesure de répondre à l'accroissement de la demande. De plus, une entreprise nationale, qui a pris pied sur le marché, est sur le point de mettre l'entreprise de Barcelona Traction dans l'incapacité de faire face à la concurrence.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce juge, auquel on expose une telle situation avec toutes sortes de documents et de rapports d'experts à l'appui, ce juge peut-il être accusé d'avoir manqué aux devoirs de sa charge pour avoir pensé que l'entreprise était menacée de très graves risques de dépréciation? A tout prendre, il s'agit d'une question de fait : est-il quelqu'un qui puisse, sans manquer totalement d'objectivité, prétendre que ce juge aurait commis une grossière erreur en appréciant les faits? En droit espagnol, le juge doit apprécier les preuves conformément aux règles d'une saine critique : est-il permis de dire que, dans le cas d'espèce, ces règles, qui sont de simple bon sens, aient été méconnuées?

Il est aisé aujourd'hui, après une vingtaine d'années, de couvrir ce juge d'injures, en lui faisant un procès d'intention et en lui conférant un don de prescience qui ne saurait être exigé de personne. Mais, si nous nous replaçons par la pensée à la date du 27 août 1951, est-il quelqu'un qui ait le droit de dire que le juge aurait commis une erreur grossière et inexcusable en pensant que les risques qu'on lui décrivait étaient des risques réels?

La Partie adverse affirme, à tort, qu'il n'y aurait pas eu d'irrégularités commises par les dirigeants; et elle prétend que la déclaration tripartite n'aurait été qu'un prétexte fourni par le Gouvernement espagnol pour faire pression sur le juge, ce que nul ne saurait sérieusement croire. Elle soutient que les autorités administratives n'avaient exercé aucune poursuite et que l'amende imposée par le tribunal des délits monétaires fut très inférieure à 400 millions de pesetas. C'est oublier que le juge ne pouvait rien en savoir le 27 août 1951. Tout ce que savait le juge c'est qu'il y avait eu des irrégularités et qu'il existait, en conséquence, une saisie. Comment faire grief à un juge de n'avoir pas pris en considération des faits qui ne s'étaient pas encore produits?

Mon contradicteur n'ose aller jusqu'à accuser ouvertement le juge d'avoir commis le délit de prévarication et soutient qu'à cette époque-là il était de notoriété publique que les amendes infligées pour délits monétaires n'étaient jamais supérieures au double du montant sur lequel avait porté le délit. Si cela était vrai, comment comprendre que Barcelona Traction n'ait pas invoqué cette circonstance, prétendument publique et notoire, lorsqu'elle forma recours contre l'ordonnance du 27 août 1951? Je prie respectueusement la Cour de se reporter aux annexes au mémoire (A.M., vol. III, n° 180, p. 694-695) : la société faillie n'a consacré qu'un seul paragraphe de ses conclusions — lesquelles remplissent vingt-trois pages imprimées du volume d'annexes — au risque résultant de la saisie (*embargo*) ordonnée par le tribunal des délits monétaires; encore, dans ce paragraphe, n'est-il pas fait la moindre allusion à la prétendue notoriété de la jurisprudence de ce tribunal.

Si cette notoriété avait été chose certaine, comment s'expliquerait le

fait que le nouveau conseil d'administration d'Ebros ait fait, dès 1948, toutes sortes d'efforts et de démarches pour faire réduire le montant de la saisie (*embargo*)? Et, soit dit en passant, comment ces démarches et ces efforts peuvent-ils se concilier avec l'idée que tout cela n'était qu'un « coup monté »? (D., VII, p. 597.)

La Partie adverse (VIII, p. 347) prétend que les syndics, en divulguant l'existence d'une saisie, auraient contribué à déprécier le patrimoine de Barcelona Traction. Et elle ajoute, pour le démontrer, une phrase digne de retenir notre attention :

« Il est clair que si l'acquéreur d'un bien croit que celui-ci est grevé d'une dette de 400 millions, il le paiera moins cher que s'il sait qu'il n'est grevé que d'une dette de 66 millions. »

Mais, Messieurs les juges, la Partie adverse n'a-t-elle pas prétendu qu'il était public et notoire que l'amende ne dépasserait pas le double du montant? N'y a-t-il pas là une grave contradiction? La notoriété, d'après Pero Grullo, qui en Espagne est le pendant de M. de La Palice, s'attache à un fait connu d'un très grand nombre de personnes. Il semble, toutefois, que cette notoriété-là ait été si particulière que le fait n'était connu que des syndics et qu'il était, en revanche, ignoré de la société faillie — puisqu'elle ne le dénonça pas au tribunal — et des tiers qui auraient pu être tentés de participer aux enchères.

Sur ce point comme sur tant d'autres, la thèse belge n'est autre chose qu'une manœuvre de diversion.

Je ne saurais toutefois poursuivre sans signaler ce qu'il y a d'incorrect à insinuer que les sanctions fiscales ne furent pas infligées parce que les biens étaient passés aux mains du groupe March. Au lieu de poser ce problème, on devrait se demander ce qu'est venu faire en Espagne, en 1951, le *receiver* canadien. On devrait aussi se demander pourquoi, afin de rendre possible le voyage du *receiver*, M^e Roberto Sánchez, avocat, a, de son propre aveu, interjeté des recours qui n'avaient d'autre but que de « gagner du temps ».

L'intérêt qu'avait le *receiver* à ce que des négociations entre les obligataires et les dirigeants de la société faillie fussent ouvertes, intérêt en vue duquel il bénéficiait de l'appui du Gouvernement canadien, l'incita à prier le Gouvernement espagnol de s'abstenir de tout acte qui aurait risqué de rendre les négociations malaisées. Comme l'a dit M. l'agent du Gouvernement espagnol (*supra*, p. 13), l'administration espagnole n'a mis aucun obstacle à un arrangement entre les parties privées.

En ce qui concerne la question de savoir pour quelle raison le juge des délits monétaires imposa seulement une amende d'un montant double du montant du délit, il suffit de lire son jugement (A.C.M., vol. VII, n^o 63, doc. 1, p. 312). La principale raison en est que la condamnation visait directement les dirigeants d'Ebros et de Barcelona Traction, résidant à l'étranger et défaillants devant le tribunal. Ainsi l'amende retombait, en définitive, par voie subsidiaire, sur Ebros, de sorte que comme le disait le juge lui-même, « par un paradoxe évident, c'est l'économie espagnole elle-même qui subirait la sanction » (*ibid.*, p. 322).

Quels sont les autres arguments que M^e Grégoire fait valoir pour semer le doute? Il affirme, une fois de plus, que l'exploitation faisait des bénéfices suffisants pour que la société pût s'acquitter de toutes ses obligations d'ordre fiscal et monétaire sans qu'il fût nécessaire de procéder à la vente.

Ce n'était pas, Messieurs les juges, l'avis de la société faillie à ce

moment-là. Dans le recours en rétractation que j'ai déjà mentionné (A.M., vol. III, n° 180, p. 694-695), Barcelona Traction disait que si l'on venait à sanctionner les responsabilités qui résultaient de la saisie ordonnée à cause de délit monétaire, il ne serait possible de payer qu'« en vendant des biens d'Ebro ». C'est-à-dire qu'il aurait fallu aliéner une fraction de l'actif et rompre l'unité de l'entreprise.

La Partie adverse prétend ensuite que la vente que proposaient les syndics n'était pas le bon moyen d'échapper aux risques (VIII, p. 343), car ces derniers auraient continué à subsister malgré la vente. C'est exact, la vente ne pouvait empêcher les risques de continuer à peser sur l'entreprise, mais elle pouvait empêcher ces risques d'affecter les créanciers et les syndics. En effet, ils ne pesaient plus dès lors sur l'actif de la faillite. Le problème devenait donc un problème propre à l'acheteur et cessait d'affecter les créanciers.

Et voici encore un argument et une question :

« Va-t-on soutenir qu'en droit espagnol le séquestre provisoire aurait l'obligation de vendre les titres qu'il a saisis s'il prévoit que le cours boursier de ces titres risque, dans un avenir proche, de baisser considérablement? » (VIII, p. 343.)

Notons tout d'abord que cet exemple est peu pertinent. Etant donné le caractère unipersonnel des sociétés filiales de Barcelona Traction, leurs actions et obligations n'étaient pas cotées en Bourse. Mais je ne vois aucun inconvénient à dire à la Partie adverse que si un séquestre-dépositaire prévoit sérieusement que les titres vont subir une baisse assez forte pour leur causer une dépréciation manifeste, le séquestre-dépositaire aurait en effet l'obligation de vendre, pour cause de nécessité urgente, afin de défendre l'actif de la faillite. S'il ne le faisait pas, sa responsabilité serait engagée. Est-ce que le propriétaire de titres exposés à une forte baisse ne se hâte pas de s'en défaire? Le séquestre-dépositaire et les syndics doivent se comporter comme se comporterait un négociant normal.

L'on termine en nous disant que la vente (VIII, p. 345) était le moyen le plus sûr de déprécier les biens et qu'à cause de cette vente les créanciers ordinaires n'ont pas perçu le montant de leurs créances, à savoir 63 millions de pesetas.

Les arguments de la Partie adverse suscitent la stupéfaction. Il est fréquent, dans les faillites, que certains créanciers ordinaires, et même certains créanciers privilégiés, ne perçoivent pas une partie ou même la totalité de leurs créances. Il en est ainsi non seulement dans les faillites, mais même en cas de concordat que les créanciers sont souvent obligés d'accepter. Barcelona Traction possède en la matière une riche expérience. Mais, dans tous ces cas-là, Messieurs les juges, ce n'est pas la vente qui a entraîné, pour les créanciers, la perte de tout ou partie de leurs créances; la perte a eu pour cause le comportement du débiteur qui a rendu inévitables la faillite et la vente des biens. L'exemple de Gribouille qui se jetait à l'eau pour ne pas se mouiller, qu'a invoqué mon distingué contradicteur, cesse alors d'être un trait d'esprit pour devenir un paradoxe.

On oublie enfin que les créances ordinaires qui n'ont pas été liquidées dans la faillite sont venues à échéance après la déclaration de faillite. Actuellement, on ne connaît que deux obligataires qui n'aient pas perçu le montant de leurs obligations: ce sont Sidro et Sofina. Et si ces obliga-

taires n'ont pas touché leurs créances, c'est parce qu'ils ne l'ont pas voulu. Cela ne les empêche pas de prétendre se servir du présent litige pour se faire payer, avec l'aide de la Cour internationale, des obligations qu'ils n'ont jamais voulu présenter à l'encaissement.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour: je vais traiter maintenant de la légalité de l'ordonnance autorisant la vente. Les syndics, lorsqu'ils demandèrent l'autorisation de vendre, talonnés comme ils l'étaient par les périls urgents qui pesaient sur l'exploitation, invoquèrent des règles de droit et une doctrine générale en vertu de laquelle le séquestre-dépositaire peut, bien qu'il n'ait pas le pouvoir général de vendre, proposer l'aliénation des biens qui lui ont été confiés, lorsque ces biens courent un grave danger (A.C.M., vol. VIII, n° 152, doc. 2, p. 290).

Une conclusion s'impose: si le séquestre-dépositaire, qui n'a pas le pouvoir général de vendre, peut être autorisé à effectuer des ventes d'urgence, on ne saurait à plus forte raison refuser ce même pouvoir aux syndics. C'est ce qu'a bien dû reconnaître mon illustre contradicteur (VIII, p. 342).

Le juge spécial autorisa la vente pour les raisons et en vertu des prescriptions légales qu'invoquaient les syndics. Dans ces conditions, puisqu'il y avait des raisons de fait de procéder à une vente d'urgence, et puisque cette sorte de vente est autorisée par l'ordre juridique espagnol, comment la Partie adverse peut-elle prétendre que l'autorisation de vente accordée aux syndics n'aurait pas été légale?

On nous dit (VIII, p. 341) que les articles 1181 et 1354 du code de procédure civile n'étaient pas applicables au cas d'espèce, du fait que la vente d'urgence n'est pas autorisée lorsqu'il s'agit de biens immeubles. La vente d'urgence, à ce que l'on dit, n'affecterait que les biens qui peuvent se corrompre et, au demeurant, il ne peut être question que de biens isolés et non pas de la totalité des biens du failli.

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'infliger à la Cour un débat minutieux sur la façon dont il convient d'interpréter ces deux règles. La duplique (VII, p. 612 et suiv.) a donné de la thèse espagnole sur ce point un exposé complet auquel la Cour pourra se reporter.

Il est toutefois indéniable que l'article 1354 du code de procédure civile autorise les ventes d'urgence sans faire la moindre distinction selon la nature des biens et que l'article 1181 dispose que « le séquestre-dépositaire a l'obligation et la mission de: ... 3° proposer au juge l'aliénation des biens meubles qui ne pourraient pas être conservés ». Cela suffit pour réfuter les objections de la Partie adverse.

La vente des biens de Barcelona Traction a porté sur le capital-actions et sur le capital-obligations dont la société faillie était titulaire et je n'imagine pas que la Partie adverse aille jusqu'à prétendre que les actions et obligations d'une société anonyme soient des biens immobiliers.

La doctrine générale en matière de faillite — les syndics invoquaient l'autorité de Brunetti, et l'on pourrait citer d'autres noms — est de l'avis que les biens ne peuvent être conservés lorsqu'ils sont susceptibles de détérioration ou de corruption ou lorsqu'ils sont sujets à une diminution imminente de valeur. C'est ainsi que le juge spécial a interprété l'article 1181 du code de procédure civile et on ne saurait, sans manquer totalement à l'objectivité, prétendre que ç'a été là une interprétation arbitraire.

Mais la Partie adverse vient nous dire maintenant que lorsque la loi espagnole parle de « biens qui ne peuvent se conserver », il faut obligatoirement comprendre « biens qui peuvent se corrompre ».

Ce n'est pas là interpréter la loi, c'est changer de façon arbitraire les termes qu'a employés le législateur et un tel changement ne peut prendre appui sur aucun précédent de jurisprudence ni sur aucune autorité doctrinale constante émise *tempore non suspecto*. A l'interprétation du juge, qui en vertu du droit international, jouit de la présomption de conformité au droit interne dont bénéficient les décisions judiciaires, l'on oppose l'opinion de l'avocat de la société faillie et un ouvrage de doctrine écrit plusieurs années après les faits.

La Cour pourra vérifier que, dans les règles juridiques qu'invoque la Partie adverse, il n'est nullement précisé que la vente d'urgence ne concernerait que certains biens et non pas la totalité d'un patrimoine, lorsque la totalité de ce patrimoine est menacée d'un risque imminent de dépréciation. Il n'y aurait d'ailleurs aucune raison logique à cela.

Bien au contraire, dans la faillite d'une société anonyme, la loi témoigne d'un souci logique de sauvegarder la continuité de l'entreprise menacée. L'exposé des motifs de notre code de commerce montrait déjà le besoin qu'il y avait de parvenir, à n'importe quel moment de la faillite, à un concordat pour assurer la continuité ou le transfert de l'entreprise de la société, besoin ressenti aussi bien par la société faillie que par la personne ou la société qui acquiert cette entreprise. C'est ce principe qui a inspiré la rédaction des articles 928 et 929 du code. La société peut, à tout moment, présenter une proposition de concordat qui peut avoir pour objet soit la continuation soit la cession de l'entreprise.

On a certes tenu compte de ces prescriptions légales dans la rédaction du cahier des charges. Car le capital-actions et le capital-obligations des sociétés filiales, patrimoine de la société faillie, représentaient une entreprise unique, dont la conservation importait, à la fois, à la société faillie, aux créanciers et à l'économie nationale.

Etant donné que les risques menaçaient la totalité des biens qui représentaient une entreprise, non seulement le juge n'a pas forcé le sens de l'article 1181 du code de procédure civile, mais il l'a interprété systématiquement conformément aux prescriptions du code de commerce.

L'ordonnance du 27 août 1951, qui a autorisé la vente des biens, était donc tout à fait légale et il semble impossible que la Partie adverse prétende y trouver quelque chose d'aussi énorme qu'un déni de justice.

Contre cette ordonnance, Barcelona Traction a interjeté le recours en rétractation que l'on a si souvent mentionné (A.M., vol. III, n° 180, p. 685 et suiv.). Non seulement Barcelona Traction a prétendu que la vente des biens ne se justifiait pas par une raison de nécessité, mais elle a encore affirmé qu'en aucun cas les biens de Barcelona Traction ne pouvaient être vendus, du fait que le jugement de faillite n'était pas irrévocable et que la procédure se trouvait suspendue du fait du déclinatoire Boter, de sorte que les syndics étaient dépourvus du pouvoir de disposer des biens. De cette façon, la société faillie développait, à titre subsidiaire, une double argumentation juridique qu'il n'aurait fallu examiner que si le tribunal avait, au préalable, estimé qu'il ne s'agissait pas d'une vente d'urgence, car c'est à cette condition seulement qu'il y aurait eu lieu de rechercher si le pouvoir général de disposition dont jouissent les syndics était ou n'était pas efficace, étant donné le prétendu état de la procédure.

En réponse à ce recours, les syndics maintinrent leurs allégations concernant la nécessité de la vente. Ils rejetèrent également les thèses subsidiaires de la société faillie en faisant valoir que le jugement déclaratif de faillite était irrévocable et que la suspension découlant du déclinatoire

n'affectait pas la vente, car la seconde section de la faillite, dans laquelle la vente devait avoir lieu, était soustraite à ladite suspension.

Le débat se présentant ainsi, le juge spécial, dans son jugement (*auto*) du 15 septembre 1951 (C.M., IV, p. 405, et A.C.M., vol. VIII, n° 153, doc. 2, p. 324 et suiv.), après avoir rejeté les griefs généraux de Barcelona Traction contre la faillite, consacra les quatre derniers considérants de sa décision à confirmer qu'il y avait bien des raisons de droit et de fait qui permettaient d'autoriser une vente d'urgence. En revanche, il refusa, dans le considérant n° 29, de s'engager dans la discussion sur le point de savoir si le jugement de faillite était ou non irrévocable. Quant à la suspension de la procédure, il se borna à constater que la deuxième section était soustraite à la suspension.

Barcelona Traction interjeta un appel contre le jugement du juge spécial qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la cour d'appel le 5 février 1952 (A.C.M., vol. III, n° 153, doc. 3, p. 332 et suiv.). Devant la cour d'appel, la société faillie présenta les mêmes arguments qu'elle avait déjà énoncés dans son recours en rétractation.

La cour d'appel de Barcelone fit expressément siens les arguments du juge spécial et, reprenant les mêmes motifs que ce dernier, elle confirma l'ordonnance qui autorisait la vente des biens. Il n'y a donc pas eu de changement d'attitude; il n'y a eu ni hésitation ni doute dans le comportement des juridictions espagnoles.

Il se trouve que la cour d'appel — soucieuse de répondre à tous les arguments que l'avocat de la société faillie avait présentés, pour subsidiaires qu'ils fussent, et bien que présentés à titre d'hypothèses ne correspondant pas au cas d'espèce — entreprit de les examiner et d'y répondre. C'est pourquoi, après avoir déclaré que le jugement de faillite était irrévocable et indiqué que, les syndics ayant été nommés, rien ne pouvait plus les empêcher d'exercer le pouvoir général qu'ils avaient de procéder à la vente, la cour d'appel démontra qu'il n'était pas impossible que la vente s'effectuât alors même que le jugement de faillite aurait été encore révoquant et alors même que la première section de la faillite était suspendue.

Aussi bien dans le contre-mémoire (IV, p. 406) que dans la duplique (VII, p. 599 et suiv.), on a tenu à montrer à la Cour que la cour d'appel a également soutenu une thèse correcte en statuant sur les arguments avancés subsidiairement par la société faillie. Mais cela ne signifie pas le moins du monde qu'il ait voulu intervertir l'ordre chronologique des décisions judiciaires, ni faire passer les arguments subsidiaires de la cour d'appel avant les fondements sur lesquels avait pris appui le juge pour autoriser la vente.

La Partie adverse met tout en œuvre précisément pour combattre les arguments qu'ont avancés les tribunaux espagnols pour statuer sur la thèse subsidiaire de la société faillie. La Cour pourra constater que mon distingué contradicteur, loin de combattre ouvertement les véritables arguments énoncés dans les écritures espagnoles, utilise toutes sortes de procédés dialectiques pour les éluder; parfois, il invente des arguments tout nouveaux, qui non seulement ne réfutent pas le moins du monde les allégations de la duplique, mais constituent en outre des constructions juridiques totalement inédites en droit espagnol. Tel est, par exemple, le cas de l'interprétation qu'il donne de l'article 1330, alinéa 2^e, du code de procédure civile (VIII, p. 331).

Pour M^e Grégoire, qui suit les explications du seul juriste qui semble compter pour lui, M^e Garrigues, et de la consultation qu'il a rédigée pour

la défense de Barcelona Traction, le jugement qui rejette l'opposition du failli ne peut être exécuté qu'en ce qui concerne une série de mesures qu'il appelle « conservatoires ». L'appel, bien qu'il n'ait pas, en droit, d'effet suspensif, devrait — nous dit-on, et l'on se demande en vertu de quelles prescriptions légales — laisser pratiquement en suspens toutes les branches de la procédure de faillite. Admettre cette thèse reviendrait à conférer à l'appel non pas « un effet et demi », comme l'a ironiquement prétendu parfois la Partie adverse, mais bien « un effet et trois quarts ».

Mais en revanche, et selon cette thèse même, si le jugement fait droit à l'opposition du failli, alors aucun obstacle ne s'oppose plus à ce que, malgré l'appel, ce jugement puisse être exécuté dans son intégralité et qu'il puisse être mis fin à la faillite. L'exécution du jugement, malgré l'appel, affecterait donc toute la faillite et non seulement sa phase conservatoire, ce qui irait à l'encontre de l'esprit même de la thèse énoncée.

Je conclus : ni les tribunaux espagnols ni le Gouvernement espagnol n'ont prétendu s'engager dans des discussions d'ordre théorique sur le point de savoir si la vente, quand le jugement de faillite est encore révoquant, est une règle générale ou un cas d'exception. S'agissant du cas de Barcelona Traction, cette question n'avait pas la moindre pertinence, puisque le jugement de faillite était irrévocable et que la cour d'appel de Barcelona l'a envisagée uniquement parce qu'elle avait été soulevée par la société faillie.

Il n'y a donc pas eu d'atermoiements dans l'argumentation du Gouvernement espagnol ou de ses tribunaux ; les contradictions que mon adversaire s'est complu à imaginer avec plus de talent que de respect pour les faits n'existent pas. Et la façon dont la Partie adverse présente tout le problème révèle qu'en définitive elle se fait une idée fautive de ce qu'est un litige international. Le Gouvernement belge voudrait soulever à nouveau, devant la Cour, toutes les questions de fait et de droit qu'eût à trancher en son temps le juge espagnol.

Il prétend ainsi faire oublier qu'il n'a jamais réussi à prouver que la décision du juge autorisant la vente ait été si gravement contraire au droit qu'elle ne pourrait être justifiée par aucune raison valable de droit ni de fait. Or, tant qu'il ne réussira pas à prouver cela, il ne saurait y avoir, comme l'a rappelé le professeur Guggenheim, responsabilité pour l'Etat espagnol du chef de décisions de ses magistrats.

Mais, en fin de compte, Monsieur le Président, les deux Parties ne s'accordent-elles pas à penser que c'est la vente des biens du failli, opérée pour désintéresser les créanciers de ce dernier, qui constitue l'objet principal de la faillite ?

Est-il normal que l'on consacre des heures entières à discuter sur des points de technique juridique alors que la vente en soi est le point essentiel de toute procédure de faillite ?

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

J'en viens maintenant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à la dernière série de questions posées par la Partie adverse à propos de l'autorisation de vente du 27 août 1951 ; il fut alors décidé d'effectuer « la vente des effets de commerce appartenant à Barcelona Traction », et les dispositions appropriées furent prises concernant le mode de fixation du prix et les modalités de la vente des biens.

Au moment où se déroulaient les événements, Barcelona Traction

savait parfaitement que les effets de commerce qui allaient être mis en vente étaient « les actions, obligations et créances » de la société faillie contre ses filiales; c'est ce que reconnaît explicitement l'avis que son conseil d'administration publia dans la presse madrilène du 18 décembre 1951¹.

La Partie adverse s'est évertuée à compliquer la question de l'objet sur lequel portait la vente, et cela dans une double intention: elle a voulu, d'une part, affirmer que la vente aurait été nulle, parce que l'objet vendu n'aurait pas été un objet certain; d'autre part, elle a voulu contester la qualification juridique donnée par le juge aux biens vendus et accuser ainsi ledit juge d'avoir violé les règles qui régissent le mode de fixation du prix et les modalités de la vente.

Lors de la procédure orale sur les exceptions préliminaires de 1964, M^e Rolin (III, p. 988), parlant de l'objet de la vente, prétendait que les titres déposés à Toronto auraient été annulés par l'effet de je ne sais quels rayons de la mort qui auraient traversé l'Atlantique, et que les actions et obligations auraient été représentées par d'autres titres, ceux qu'il appelle « les faux titres », qui auraient été ceux que l'on aurait vendus.

Et voici que M^e Van Ryn a été contraint de convenir qu'il n'y avait pas de délit de falsification; il y a là un progrès, un progrès très modeste certes, mais un progrès tout de même.

Mon estimé contradicteur n'a pas repris — il y a songé toutefois — l'histoire des rayons de la mort et des faux titres; il a dit (VIII, p. 353) que l'on aurait vendu, simultanément, semble-t-il, premièrement, la possession médiante et civilissime des titres déposés hors d'Espagne; deuxièmement, les titres des filiales de Barcelona Traction imprimés en Espagne; et enfin, les biens qui constituaient l'actif social des sociétés auxiliaires, tout au moins indirectement, dans la mesure où cet actif était mentionné au cahier des charges comme entrant dans l'ensemble des droits inhérents aux titres vendus.

Telle était le version de la réplique (V, p. 103 à 107); il n'y a donc pas grand-chose de nouveau dans ce qu'a dit M^e Grégoire.

Ce qui frappe, en revanche, c'est la persistance dans l'erreur. La duplique (VII, p. 623 à 634) a démontré quel a réellement été l'objet de la vente, et la pertinence de ce qu'a dit la duplique n'a pas été le moins du monde émoussée par les tentatives de la Partie adverse pour embrouiller ce qui est clair.

En effet, la question est d'une clarté parfaite. Il suffit de lire le cahier des charges pour comprendre combien il est fantaisiste de prétendre que l'objet de la vente aurait porté sur les trois éléments dont parle le Gouvernement belge.

Le cahier des charges, sous le sous-titre « biens qui font l'objet de la vente », énumère les effets de commerce de la façon suivante: a) la totalité du capital-actions, avec tous les droits et prérogatives inhérents, c'est-à-dire les actions représentatives du capital social des sociétés Ebro, Catalanian, Electricista Catalana, Unión Eléctrica de Cataluña, et Inter-

¹ Cet avis, qui fut publié dans le journal *ABC* de Madrid (A.D., vol. III, n° 164, doc. 1, p. 321), se terminait ainsi:

« les sociétés (filiales) respectives et la société Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd., ne reconnaîtront, le moment venu, aucune efficacité juridique aux acquisitions d'actions et d'obligations que l'on prétend réaliser au moyen desdites enchères ».

national Utilities; b) la totalité du capital-obligations d'Ebro et de Catalanian et c) toutes les obligations et autres dettes que les documents fournis révèlent avoir été contractées par International Utilities. Lorsque, dans le cahier des charges, il était question des conditions de la vente, il était dit à nouveau, sous le titre de « biens qui font l'objet de la vente », que ce qui était mis en vente c'était la totalité des actions et des obligations de toutes les sociétés filiales directes de Barcelona Traction avec tous les droits inhérents¹.

Je ne crois pas que l'on puisse dire que l'expression « capital-actions » soit un terme bizarre ou hermétique, car la Partie adverse n'a pas hésité à s'en servir dans son mémoire (I, p. 19 et 181) lorsqu'elle a prétendu que les personnes que protège le Gouvernement belge étaient « propriétaires de quelque 88 pour cent du *capital-actions* » de Barcelona Traction.

Lorsque l'on vend la totalité du capital-actions d'une société, on vend la totalité de son capital social, dont chaque action représente une partie; ce qui ne signifie pas que la vente soit seulement possible s'il existe des documents représentatifs ni que, si ces documents existent, la vente porte sur ces seuls documents. Le montant du capital-actions est constaté dans l'acte constitutif de la société, dans les statuts de celle-ci et à son bilan, du fait de la souscription des actions correspondantes, que les titres aient été ou n'aient pas été émis.

A partir du moment même où la société a été constituée et les actions souscrites, ces dernières sont identifiées par le numéro qu'elles portent. Où mon distingué contradicteur a-t-il pris l'idée que les actions ne recevraient de numéro qu'après l'émission des titres? S'il en était ainsi, il serait impossible d'identifier les actions entre le moment où la société se constitue et le moment où un titre est émis pour chaque action. Quant au capital-obligations, lorsqu'il est aliéné dans sa totalité, tout se passe comme si l'on vendait une créance unique, constituée par une série entière d'obligations qui figure en tant que telle dans les actes d'émission et au bilan.

L'on ne vendit donc ni les titres ni les actifs des filiales; l'on vendit ce qui avait été saisi, et l'objet de la vente découlait directement du texte même du jugement déclaratif de faillite et des dispositions complémentaires de celui-ci. L'on vendit la seule chose dont fût propriétaire Barcelona Traction, la chose qui avait fait l'objet de la saisie, conséquence de la faillite.

Le Gouvernement belge prétend que la totalité du capital-actions et la totalité du capital-obligations, avec tous les droits inhérents, ne pouvaient avoir été saisies en Espagne sans appréhension des titres; il s'en remet à la démonstration que, dit-il, en aurait fournie M^e Van Ryn (VIII, p. 356). Mon collègue, le professeur Uría, a déjà relevé que cette démonstration n'a même pas été tentée et que, comme l'a dit la duplique, la saisie des actions et obligations, comme la vente de ces actions et obligations, est possible et légale sans appréhension physique des titres. Je n'ai donc rien à ajouter.

En conclusion, Messieurs de la Cour, l'objet de la vente est clair. On vous a dit (VIII, p. 21) que les syndics auraient vendu, le 4 janvier 1952, « l'actif intégral de Barcelona Traction »; si Barcelona Traction n'avait pas interposé entre elle-même et son entreprise en Espagne les personnes morales de filiales qu'elle possédait intégralement, la vente aurait eu

¹ A.C.M., vol. VIII, n° 158, doc. 1, p. 351-354 et 358.

pour objet cette entreprise elle-même considérée en tant qu'unité. Mais Barcelona Traction était propriétaire de l'entreprise par l'intermédiaire du capital-actions et du capital-obligations de ses filiales; par la vente de ce capital-actions et de ce capital-obligations, l'entreprise fut transmise à l'acquéreur dans les conditions mêmes où Barcelona Traction l'avait possédée et dominée.

Par contre, si l'on avait aliéné les « faux titres » ou la possession des titres déposés à Toronto, nous ne serions pas ici à discuter sur les conclusions du Gouvernement demandeur, en raison de la vente de l'actif de la société faillie (R., V, p. 763). Cela revient à dire que le mécanisme de la vente fut imposé aux organes de la faillite par la structure même que la société faillie avait choisie pour effectuer ses affaires en Espagne. Elle ne saurait donc faire grief d'un effet qui ne fut que l'inévitable conséquence de son propre comportement.

J'en viens maintenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, à la partie finale du second acte, qui est consacrée au mode de fixation du prix et à la vente des biens.

Le contre-mémoire (IV, p. 396-397) et la duplique (VII, p. 636-637) ont exposé que, pour déterminer les modalités de la fixation du prix et de la vente, la loi répartit les biens du failli en trois groupes, à savoir: les biens immobiliers, les biens mobiliers non commerciaux et les effets de commerce; que, lorsqu'il s'agit de ces derniers, la fixation du prix des biens est opérée par le commissaire; et qu'une fois que ce dernier a fixé le prix, les syndics procèdent d'ordinaire à une vente de gré à gré, dans laquelle intervient un courtier de commerce qui joue le rôle d'intermédiaire¹ Exceptionnellement, toutefois, la vente peut s'effectuer par voie d'enchères publiques².

C'est seulement lorsqu'il s'agit de biens mobiliers non commerciaux ou de biens immobiliers que le code prévoit qu'il soit procédé à la fixation du prix par voie contradictoire et que la vente ait lieu aux enchères publiques³.

L'ordonnance du 27 août 1951 autorisait la vente des « effets de commerce qui appartenaient à Barcelona Traction ». Les actions, obligations et créances dont la société faillie était propriétaire ont donc été qualifiées par le juge d'« effets de commerce ».

La réplique (V, p. 538) a prétendu que cette qualification n'était qu'un jeu de mots, une simple question de terminologie soulevée par le Gouvernement espagnol dans le contre-mémoire. La duplique (VII, p. 637) a dû rectifier cette étourderie en faisant constater que la qualification a été faite par le juge et non par le contre-mémoire et que

« quand une règle juridique prescrit un traitement distinct pour trois catégories de biens, l'application de cette règle ne dépend pas d'« un jeu de mots » et ne se ramène pas à une simple « question de terminologie », mais à la qualification juridique qu'il convient de donner aux biens objet de la vente ».

Mon illustre contradicteur a été contraint de convenir de l'exactitude de ces observations (VIII, p. 358). Il en a convenu, non pas certes pour

¹ Article 1084 du code de commerce de 1829 (A.C.M., vol. VIII, n° 150, p. 281).

² Article 1085 du code de commerce de 1829 (*ibid.*).

³ Articles 1087 et 1088 du code de commerce de 1829 (A.C.M., vol. VIII, n° 150, p. 281).

confesser l'erreur de la Partie adverse, mais pour arriver à cette conclusion que la question à trancher dans ce litige, l'unique question — nous dit-il —, consiste à savoir si l'objet de la vente, tel que l'a défini le Gouvernement espagnol, est bien constitué par des « effets de commerce » appartenant à la société faillie, au sens des articles pertinents du code de procédure civile et du code de commerce (VIII, p. 359).

Au sujet de cette façon de poser la question, Monsieur le Président, Messieurs les juges, il me faut apporter un éclaircissement.

Nous ne sommes pas ici pour discuter des points purement techniques de droit espagnol; il ne s'agit pas ici de savoir si les actions, obligations et créances de Barcelona Traction pourraient être qualifiées de telle ou telle façon. Ce qui est en cause ici, c'est la question de savoir si le juge, en émettant la qualification qu'il a émise, a commis une violation de son propre droit interne dans les conditions requises pour que prenne naissance une responsabilité internationale imputable au Gouvernement espagnol; cela a été exposé par mon collègue, le professeur Guggenheim.

Mon distingué contradicteur a été contraint de confesser (VIII, p. 358) que ni la jurisprudence ni la doctrine ne lui permettent de démontrer que le juge spécial ait violé la loi espagnole dans son ordonnance du 27 août 1951, en qualifiant d'effets de commerce les actions, obligations et créances dont Barcelona Traction était propriétaire. Et pour se soustraire à la charge de la preuve, il pose le problème faussement.

Partant de la prémisse indéniable que ce fut le jugement espagnol et que ce furent les tribunaux espagnols qui qualifièrent les biens de Barcelona Traction, je vais vous démontrer, Messieurs les juges:

- 1) qu'il n'y a pas eu la moindre violation du droit espagnol dans le fait de qualifier les biens d'« effets de commerce »;
- 2) que, cette qualification ayant été faite, la société faillie a bénéficié du maximum des garanties qu'autorisait la loi espagnole;
- 3) qu'il est faux de dire, comme le fait la Partie adverse, que les tribunaux aient pris des décisions contradictoires afin de permettre un prétendu « revirement des syndics »;
- 4) que toute la thèse de mon distingué contradicteur, en ce qui concerne la fixation du prix minimum, est pleine de contradictions qui sont, du point de vue juridique, insurmontables.

Je ne parlerai pas, en revanche, Messieurs les juges, de la critique que M^e Grégoire s'est cru le droit de faire de l'expertise de M. Soronellas. Cette question, qui a un caractère économique, sera traitée plus loin.

Le juge spécial, Monsieur le Président, n'a pas procédé de façon arbitraire en qualifiant d'« effets de commerce » les actions, obligations et créances dont Barcelona Traction était propriétaire.

Sont des effets de commerce les marchandises qu'achète et vend un négociant; de même sont des effets de commerce les lettres de change, les actions et les obligations, et tous les biens qui entrent dans l'activité normale d'une entreprise ou qui font partie intégrante de son patrimoine social considéré du point de vue de l'accomplissement de son objet social.

Tous les effets de commerce sont nécessairement des biens mobiliers. Et lorsque la loi parle de biens mobiliers qui ne sont pas des effets de commerce, elle vise des biens mobiliers qui font partie du patrimoine commercial de façon statique et non pas de façon dynamique.

Il n'existe donc pas de définition unique et immuable des biens qui sont des effets de commerce et de ceux qui n'en sont pas. Un seul et même

bien pourra être un effet de commerce dans une certaine entreprise et ne pas l'être dans une autre. Encore cela ne constitue-t-il pas une règle générale, car il y a des biens qui, du fait du rôle particulier qu'ils jouent dans la vie commerciale, sont *per se* des effets de commerce, qu'ils se trouvent ou non entre les mains de commerçants et qu'ils entrent ou non directement dans l'activité de l'entreprise; tel est le cas des lettres de change, des actions et des obligations.

Parmi les articles du code de commerce et du code de procédure civile, nombreuses sont les prescriptions où les actions et obligations d'une société sont explicitement qualifiées d'« effets de commerce »¹. Si le code de commerce et le code de procédure civile rangent normalement les actions et les obligations sous ce concept, c'est parce qu'ils estiment qu'il y a lieu de les qualifier de la sorte.

Mon distingué contradicteur objecte cela même que la société faillie objecta autrefois, à savoir que l'article 1086 du code, en énonçant les règles selon lesquelles le commissaire doit fixer le prix des effets de commerce, établit une procédure qui, de l'avis de la Partie adverse, ne serait applicable qu'aux marchandises. M^e Grégoire ne va pas jusqu'à dire ouvertement, comme le faisait la réplique, que la notion d'effets de commerce ne peut s'entendre, en droit espagnol, que des marchandises du commerçant².

Pourquoi ne va-t-il pas jusque-là? C'est parce que la duplique (VII, p. 641) a clairement exposé que, même pour certains auteurs parmi lesquels se trouve Garrigues, les marchandises ne sont pas des effets de commerce³. A quoi se réduit donc, dès lors, la thèse de mon contradicteur?

Je relaterai maintenant deux faits qui, à eux seuls, suffiraient à faire ressortir la correction avec laquelle le juge spécial a agi. Ils sont relatés dans la duplique et M^e Grégoire a eu grand soin de n'en rien dire.

Barcelona Traction, en faisant recours contre l'ordonnance du 27 août 1951, qui qualifiait les biens d'« effets de commerce », non seulement n'a pas formulé la moindre protestation contre cette qualification, mais encore a reconnu vingt-quatre fois que les biens à vendre étaient des « effets de commerce »; vingt-trois fois elle a parlé des « effets de commerce » dont la société faillie était propriétaire et une fois des « effets »⁴. Je ne crois pas avoir fait d'erreur en comptant, mais si l'on me disait que le chiffre est de vingt seulement, je m'y résignerais sans peine. Comme dirait M^e Grégoire, Messieurs de la Cour, « tout le reste n'est qu'arguties ou diversions ».

Et le 29 septembre 1950, un an avant que fussent qualifiés les biens de la société faillie par le juge, le *receiver* avait fait savoir, à en croire la déclaration de son conseiller juridique espagnol, que si l'on vendait les actions d'Ebro et de Catalanian à la place des actifs de ces sociétés, « la formalité de l'évaluation n'existerait pas suivant le droit espagnol »

¹ A.C.M., vol. VIII, n° 149, p. 274, et A.D., vol. III, n° 162, p. 309.

² R., V, p. 541.

³ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 1936, Madrid, vol. I, p. 415:

« En définitive, il peut y avoir une notion légale de marchandise formée par exclusion; les marchandises sont des choses meubles qui ne sont ni des fruits, ni des titres-valeurs, ni des effets de commerce. »

⁴ Acte de recours en date du 1^{er} septembre 1951 (A.M., vol. III, n° 180, p. 685 et suiv.; cf., en outre, D., V, p. 638).

(*Receivership*, fol. 538, et D., V, p. 639). Le contexte indique, sans erreur possible, que le *receiver* voulait parler de la fixation contradictoire du prix qui est prescrite pour les biens mobiliers non commerciaux et pour les biens immobiliers.

La Partie adverse peut-elle continuer à prétendre que le juge aurait violé la loi? Manifestement non. Peut-on admettre que le juge aurait commis une erreur sur une question d'appréciation? Le Gouvernement espagnol estime qu'il n'en est rien non plus, mais en fût-il ainsi, il est manifeste que Barcelona Traction et l'avocat du *receiver* et de la société faillie l'ont également commise.

Etant donné la qualification donnée aux biens par le juge, il était possible de vendre les actions, obligations et créances dont Barcelona Traction était propriétaire, en vente de gré à gré, avec la seule intervention d'un agent intermédiaire.

La Partie adverse n'a jamais été capable d'expliquer pourquoi les syndicats ont proposé au commissaire une vente aux enchères au lieu d'une vente de gré à gré si, comme on le prétend, leur but était de vendre les biens aux obligataires majoritaires en éliminant les tiers.

Que nous disent à ce sujet les conseils du gouvernement demandeur? « Je ne commente pas » (VIII, p. 362); et cela se comprend car je ne pense pas qu'on puisse opposer le moindre commentaire à l'argumentation du Gouvernement espagnol.

Mon contradicteur se borne à ajouter que la vente de gré à gré aurait été illégale parce que les biens « n'étaient pas des effets de commerce ». Mais il saute aux yeux que ce n'est pas là donner une explication, c'est confesser que l'on n'a pas d'explication à donner.

Les syndicats, le commissaire et le juge, vous l'avez fort bien vu, s'accordaient à penser que les biens étaient « des effets de commerce ». La société faillie elle-même reconnaissait cette qualification: qu'elle se trompât ou non, le fait est que c'est en partant de cette qualification et sur la base de celle-ci que les syndicats, qui pouvaient choisir la vente de gré à gré, se décidèrent pour la vente aux enchères publiques.

La Partie adverse n'a pas davantage su expliquer pourquoi le commissaire, alors qu'aucune prescription légale ne l'y contraignait, demanda l'autorisation de recourir à des avis d'experts. Si le commissaire avait fixé lui-même directement le prix, le Gouvernement demandeur ne pourrait pas se servir aujourd'hui du rapport d'expertise pour attaquer les tribunaux espagnols.

Les syndicats demandèrent au juge que la fixation du prix s'effectuât par voie d'expertise et de façon contradictoire. Le juge, dans son ordonnance du 27 août, ne fit pas droit à cette demande; la vente d'effets de commerce aux enchères publiques est certes exceptionnelle, mais elle est prévue à l'article 1085 du code de commerce. Seulement, la fixation du prix de ces effets de commerce — la loi est formelle sur ce point — doit être toujours réalisée par le commissaire, quelles que soient les modalités de la vente.

Que prétend donc la Partie adverse? Elle prétend qu'il n'est pas vrai que le juge ait rejeté la demande des syndicats; que l'ordonnance du 27 août aurait prescrit que la vente fût effectuée « après due estimation », ce qui serait revenu, de l'avis de mon distingué contradicteur, à accepter ce que demandaient les syndicats; dans le cas contraire, nous dit-il, le juge aurait refusé explicitement la demande qui lui était adressée (VIII, p. 361).

On nous dit ensuite que les syndicats, après avoir présenté leur demande

et après que le juge y eut prétendument accédé, auraient eu un repentir; c'est alors que l'on nous parle de « l'inexplicable revirement des syndics » (VIII, p. 362).

Je conjure la Cour de se reporter à l'annexe 163 de la duplique (vol. III, p. 312 et suiv.). Elle y trouvera, preuves à l'appui, la plus complète réfutation de cette invention qu'ont imaginée les avocats de la société faillie *ex post facto* et pour les besoins de la cause, dans la seule intention de dénigrer non pas les syndics, mais un magistrat espagnol. L'annexe que je viens de désigner contient un bref exposé des faits ainsi que le texte des écrits qui ont été présentés à la Cour¹. Il y est démontré qu'à l'époque, tous les protagonistes des événements estimèrent que le juge avait, le 27 août, rejeté la demande des syndics et que c'est pour cette raison que ceux-ci avaient demandé au commissaire de fixer lui-même le prix.

Le pronom « tous » englobe tout particulièrement la société faillie. Peut-être la Partie adverse n'a-t-elle pas lu le recours que présenta Barcelona Traction et qui figure d'ailleurs dans les annexes du mémoire lui-même? (n° 198, vol. III, p. 757); si elle le lisait cela lui permettrait de constater que Barcelona Traction, en octobre 1951, c'est-à-dire *tempore non suspecto*, accusait le juge spécial d'avoir fait savoir aux syndics, le 27 août 1951, que la fixation du prix minimum devait être réalisée par le commissaire; il semble donc que « l'inexplicable revirement des syndics » n'avait pas encore été inventé par les avocats de Barcelona Traction.

Selon la Partie adverse, les juristes « doivent savoir en tout cas à quoi s'en tenir ». Or, l'ordonnance du 27 août était si claire en ce qui concerne le fait de ne pas accepter une fixation de prix par voie d'expertise contradictoire que tous les juristes de l'époque surent, en vérité, à quoi s'en tenir.

Avant de clore la présente partie de ma plaidoirie, je voudrais formuler quelques ultimes considérations. Mon distingué contradicteur aura beau faire, il ne saurait expliquer à la Cour les anomalies que je vais mentionner.

Premièrement: on nous dit que les syndics, d'une part, éludèrent la fixation du prix minimum par voie contradictoire pour abaisser ce dernier et vendre les biens à M. Juan March pour « une croûte de pain ». Et, d'autre part, on soutient qu'ils ont rédigé le cahier des charges dans le dessein d'écartier des enchères les tiers. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ces deux thèses me paraissent inconciliables. Quiconque a le moins du monde l'habitude des enchères sait que le meilleur moyen d'attirer les enchérisseurs consiste à abaisser le prix.

C'est pourquoi, en droit espagnol, lorsque les premières enchères n'ont pas attiré d'enchérisseurs, on tient une seconde vente dans laquelle le prix minimum est plus bas et, si la seconde vente n'attire pas non plus d'enchérisseurs, on tient une troisième vente au cours de laquelle il n'est pas fixé de prix minimum et les biens sont adjugés au plus offrant, sans la moindre limite minimum de prix.

¹ Ecrit des syndics en date du 11 octobre 1951 (A.C.M., vol. VIII, n° 154, doc. 1, p. 337-339); acte du commissaire du 13 octobre 1951 (A.C.M., vol. VIII, n° 154, doc. 2, p. 340); ordonnance du 15 octobre 1951 (A.C.M., vol. VIII, n° 154, doc. 3, p. 341); recours de Barcelona Traction contre ladite ordonnance (A.M., vol. III, n° 198, p. 754 et suiv.); écrit des syndics attaquant le recours (A.D., vol. III, n° 163, doc. 1, p. 316-320) et jugement (*auto*) du 5 novembre 1951 (A.C.M., vol. VIII, n° 157, doc. 2, p. 346).

C'est verser dans une contradiction insoluble que de prétendre en même temps que les syndics voulaient vendre à bas prix et qu'ils voulaient éloigner les enchérisseurs.

Deuxièmement: entre la fixation du prix minimum d'une vente aux enchères, consécutive à une estimation par voie d'expertise, contradictoire ou non, et la vente des biens, il n'existe pas de relation précise de cause à effet. Le prix de la vente dépend essentiellement des offres des enchérisseurs et de leur présence aux enchères. Si les biens mis en vente ont une valeur supérieure au prix minimum fixé, les enchérisseurs accourront et offriront davantage; lorsque nul n'est disposé à en offrir le prix minimum, que ce prix soit ou non correct, la vente n'aura pas lieu. Mon éminent collègue, le professeur Gil-Robles, a déjà montré à la Cour que l'inexistence d'un lien de causalité entre ces deux faits suffit à invalider tous les griefs adverses concernant la fixation du prix minimum.

Cela est si vrai que, dans les droits qui s'inspirent du droit romain — comme, par exemple, dans le droit civil actuellement en vigueur en Catalogne ou en droit autrichien — l'action de *lesio enormis*, résolutoire des ventes à vil prix, ne peut précisément être exercée lorsque la vente a eu lieu par voie d'enchères publiques.

Troisièmement: la réplique (V, p. 544) prétendait qu'une vente aux enchères ne garantit les droits du failli que si elle est précédée d'une évaluation qui a lieu de façon contradictoire. En soutenant cette thèse, elle ne discutait pas les solutions que pouvait offrir le droit espagnol, elle formulait un argument tiré de ce qu'elle appelle « le bon sens ».

La duplique (VII, p. 642) a contesté ce postulat sur le terrain même où il avait été formulé. Elle a soutenu qu'une vente aux enchères remplit son rôle de garantie même quand l'évaluation n'a pas eu lieu par voie contradictoire.

Prévoyant que mon distingué contradicteur pouvait insister sur ces arguments de prétendu « bon sens », j'ai fait quelques modestes recherches de droit comparé. J'ai constaté que la fixation du prix minimum par voie contradictoire préalable à une vente aux enchères constitue un cas que j'aurais l'audace de qualifier d'exceptionnel. Il est un groupe de législations (la britannique, la philippine, la nigériane, la néerlandaise, la canadienne, etc.) où la vente aux enchères n'est pas même précédée de la moindre fixation d'un prix minimum. Un second groupe de législations (la péruvienne, l'uruguayenne, etc.) exige la fixation d'un prix minimum pour la vente d'immeubles mais non pas pour la vente de biens mobiliers. Enfin, un troisième groupe de législations (l'italienne, la française, le *Bankruptcy Act* de 1898 aux Etats-Unis, etc.) exige la fixation d'un prix minimum pour toutes les sortes de ventes aux enchères. Mais la règle générale, dans ces deux derniers groupes de législations, est que la fixation du prix minimum est confiée à un expert désigné par le tribunal et non qu'elle a lieu par voie d'expertise contradictoire.

La Partie adverse, dans ce cas, n'est pas allée jusqu'à invoquer « le bon sens »; par une de ces pirouettes dont elle a le secret, elle a, une fois de plus, déplacé le débat. Elle a dit: peu importe que la fixation du prix minimum par voie d'expertise contradictoire confère ou non plus ou moins de garanties puisque c'est le droit espagnol qui l'exige (VIII, p. 362).

Mon enquête de droit comparé me permet d'offrir à la Cour une explication plausible de ce nouveau changement de direction. M^e Grégoire savait fort bien qu'un avocat belge ne saurait soutenir que « le bon sens » exigeait que toute vente aux enchères soit précédée de la fixation d'un

prix minimum par voie d'expertise contradictoire. Pourquoi cela? Parce que le droit belge de la faillite n'exige aucune fixation de prix, ni même celle d'un prix minimum. La protection des droits du failli est assurée de façon exclusive et complète par le caractère public de la vente aux enchères; encore n'en est-il ainsi que lorsqu'il s'agit d'immeubles; quant aux biens mobiliers, le curateur les vend librement sans être assujéti au moindre prix minimum.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette fois encore nous pouvons laisser tomber le rideau sur la fin du second acte de la pièce.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'éprouve la satisfaction que vous partagerez, sans doute, d'aborder maintenant la dernière partie de ma plaidoirie. Elle traitera, comme je l'indiquais en commençant, du cahier des charges qui régissait la vente aux enchères des biens de Barcelona Traction.

Les conseils du Gouvernement belge prétendent que le cahier des charges constituerait un document unique dans les annales du droit de la faillite, et qu'il pourrait figurer dans un musée des horreurs juridiques (VIII, p. 398); ses clauses ont été qualifiées « d'aberrantes », de « violations des règles d'ordre public », « d'illégalités flagrantes », et j'en passe.

Le caractère excessif de ces attaques pourrait nous dispenser à lui seul de commentaires. *L'on a vraiment quelque difficulté à croire qu'un cahier des charges, qui fut rédigé par les syndicats avec le concours de conseillers juridiques de renom et après consultation d'éminents professeurs de droit et qui reçut, au surplus, l'approbation du juge spécial, mérite de telles qualifications.*

Je ne prétendrai pas que les syndicats et les avocats aient été infaillibles. Il pouvait leur arriver de commettre des erreurs. Il est pourtant difficile à croire que chaque clause contenait une violation flagrante du droit espagnol et chaque alinéa une mesure discriminatoire; il est inimaginable de conclure que le cahier des charges constituait « une véritable anthologie de dispositions illégales en matière de faillite » (VIII, p. 398). L'accumulation de tant d'accusations leur enlève toute valeur.

En matière d'interprétation des contrats, les actes contemporains et postérieurs des parties ont une importance décisive. De même il importe, *je pense, avant tout, pour juger du cahier des charges, de rappeler la réaction qu'il suscita, à l'époque, chez les gens de Barcelona Traction.* En effet, s'il avait revêtu les caractéristiques que lui prête la Partie adverse, il eût été naturel que Barcelona Traction réagît vigoureusement au moyen d'un recours énergique. Toutefois, aucun recours n'a réellement été exercé contre le cahier des charges.

La correspondance diplomatique qu'échangèrent les deux gouvernements, à cette époque, ne contient pas non plus un seul grief dirigé contre la légalité du cahier des charges; il suffit, pour s'en assurer, de lire les notes diplomatiques belges de l'année 1951. Ce n'est que cinq ans plus tard, dans le mémorandum joint à la note du 31 décembre 1956, que le cahier des charges fut taxé d'illégal; or, cette note est déjà un préambule à la requête de 1958, ce qui laisse soupçonner que ces accusations ont été élaborées en songeant au litige international.

Peut-on admettre qu'un cahier des charges, contre lequel ne fut exercé aucun recours, soit aujourd'hui considéré comme une espèce de monstre juridique? Est-il possible que ce document, qui n'a jamais été attaqué devant la justice espagnole, soit aujourd'hui devenu une anthologie de dispositions illégales?

Les actes postérieurs confirment ceux qui ont été réalisés à l'époque. Je n'ai pas besoin de rappeler quelle fut l'attitude de National Trust et de M. Frère à l'égard du cahier des charges.

L'opinion des conseils du Gouvernement belge au sujet du cahier des charges me paraît réellement inadmissible.

Après cette introduction qui était, je pense, indispensable, nous allons assister maintenant au troisième acte de la pièce de mon estimé contracteur.

Avant tout, il est une idée centrale que nous ne devons jamais perdre de vue. Les syndics avaient, de par la loi, le devoir, auquel ils ne pouvaient manquer en aucun cas, de protéger les droits des créanciers de Barcelona Traction. Et c'est du point de vue de la protection des créanciers qu'il convient d'apprécier la question de savoir si les lois espagnoles ont été ou n'ont pas été violées.

Je ne m'efforcerai pas de réfuter tous les arguments de la Partie adverse; je crois que je dois épargner à la Cour des discussions superflues sur des questions qui ont été amplement traitées dans les écritures du Gouvernement espagnol. Il est bien entendu que si je ne parle pas de tel point particulier, cela ne signifie nullement un acquiescement à la thèse adverse que je rejette; il s'agit simplement d'un renvoi au contre-mémoire et à la duplique.

Tous les problèmes qu'a soulevés le Gouvernement belge à propos du cahier des charges gravitent autour de deux points fondamentaux.

1. Les syndics ont déterminé les charges qui grevaient les biens à mettre en vente, et dont il a été tenu compte pour fixer la mise à prix. Car, en définitive, elles faisaient partie du prix qu'il y aurait lieu de payer.

2. Les syndics ont mis au point, pour la liquidation et le paiement de ces charges, un mécanisme efficace qui était absolument nécessaire pour que la vente fût possible.

Si l'on regroupe les accusations de la Partie adverse autour de ces deux points fondamentaux, l'on s'aperçoit qu'elles sont fréquemment contradictoires et qu'elles s'excluent mutuellement.

Je traiterai séparément de ces deux points fondamentaux.

Les passages du cahier des charges qui concernent la détermination des charges font l'objet d'une double attaque; la Partie adverse prétend critiquer ce que les syndics ont fait et déplorer ce qu'ils n'ont pas fait. Ainsi, selon la Partie adverse, les syndics auraient dû considérer que les obligations en livres étaient déjà converties en obligations en pesetas; cette conversion aurait dû se réaliser au taux de change pratiqué le jour de la déclaration de faillite. Pour utiliser une image audacieuse, le passif de la faillie aurait ainsi été définitivement « pétrifié » à cette date.

La Partie adverse prétend, par contre, que les syndics se seraient arrogé, dans la détermination des charges, « des fonctions souveraines » qui étaient à la fois illégales et discriminatoires.

Nous allons voir, Monsieur le Président, ce que recouvrent ces griefs.

La première question qui s'impose est la suivante: peut-on estimer que le tribunal spécial, en approuvant le cahier des charges, ait violé une loi espagnole qui lui aurait imposé l'obligation de « pétrifier » définitivement le passif au jour de la déclaration de faillite et de convertir en obligations en *moneta fori* les obligations en monnaie étrangère?

Je crois que l'on ne saurait accuser un tribunal d'avoir violé une loi, si l'on n'a pas d'abord établi l'existence de cette loi; ou, en l'absence d'une

telle loi, sans avoir démontré au moins que la jurisprudence constante des tribunaux déduit la règle en question d'autres prescriptions légales.

Voilà donc ma réponse, d'autant plus que mes contradicteurs reconnaissent (VIII, p. 392) que :

« Sans doute, en droit espagnol, il n'existe aucune disposition qui édicte, *expressis verbis*, la nécessité de la conversion. »

La Partie adverse n'a pu citer un seul précédent selon lequel cette règle est déduite, par les tribunaux espagnols, des règles générales sur la faillite. Elle est, en outre, obligée de reconnaître qu'à cette époque-là un seul auteur espagnol avait défendu la nécessité de la conversion.

Dans ces conditions, comme l'a souligné mon collègue, le professeur Guggenheim, on ne saurait formuler un grief de déni de justice du chef de la teneur de décisions judiciaires espagnoles.

La Partie adverse prétend esquiver cet argument d'une manière fort ingénieuse mais peu convaincante. Elle dit — je résume — que le droit espagnol, le droit français et le droit belge, dans la réglementation qu'ils donnent des effets de la déclaration de faillite, renferment des dispositions analogues à celles du droit espagnol, et qu'aucun de ces droits ne prévoit la conversion des obligations en monnaie étrangère en obligations en *moneta fori*. Pourtant, en France et en Belgique, les tribunaux, notwithstanding l'absence d'une règle expresse, ont statué que la conversion était nécessaire. Toujours selon la Partie adverse, l'ordre juridique de ces pays étant analogue à celui de l'Espagne, la même règle devrait exister en Espagne (VIII, p. 392 et suiv.).

Cette conclusion est inacceptable. Ce que prétend en réalité la Partie adverse, c'est que le juge spécial et les tribunaux espagnols auraient réagi de la même façon que les tribunaux français ou belges si la question leur avait été soumise, ce qui ne fut pas le cas. Cela revient à dire que, faute de pouvoir invoquer un seul précédent espagnol, l'on prétend donner force obligatoire pour les tribunaux espagnols à la jurisprudence rendue par les tribunaux français et belges, jurisprudence que d'ailleurs nul n'invoque jamais devant la justice espagnole!

Cette façon de raisonner est inacceptable. Un même code, une même loi ou un même décret peuvent donner lieu à des interprétations fort diverses, qui toutes sont également plausibles. Le code civil en vigueur à Porto Rico, par exemple, est pratiquement identique au code civil espagnol; pourtant, l'interprétation qu'en donnent, sur bien des points, les juristes portoricains, formés à l'école de la *common law*, est tout à fait différente de celle qu'en donnent les juristes espagnols. Cela autoriserait-il les juristes espagnols à dire que les tribunaux de Porto Rico n'ont pas le droit d'interpréter eux-mêmes leurs propres lois?

La Partie adverse, Messieurs, a l'audace de se substituer aux tribunaux espagnols et de leur dénier le droit d'interpréter leurs propres lois.

Moi je ne vois pas d'inconvénient à suivre mon adversaire sur son propre terrain pour révéler ce que recouvre le grief. Je prends la liberté de prier la Cour de vérifier, aux pages 394-395 de l'audience du 5 mai (VIII), les articles du code de commerce belge et du code de commerce français qu'a cités mon contradicteur. Dans les uns, il est question des effets produits par la déclaration de faillite « à l'égard du failli »; dans les autres, il est question des effets produits « à l'égard de la masse seulement ».

Je me demande alors si la conversion des obligations, en France et en

Belgique, est un effet « à l'égard du failli » ou « à l'égard de la masse ». Le code de commerce français, dans la rédaction qu'a donnée à l'article 475 le décret du 20 mai 1955 que transcrit la réplique (V, p. 556), ne laisse pas place au moindre doute; la conversion opère « à l'égard de la masse »; selon les commentateurs de la loi française, cela signifie que la règle de la conversion ne joue qu'en ce qui concerne les relations entre les créanciers et que jamais elle ne peut s'appliquer « à l'égard du débiteur »; le débiteur ne peut se prévaloir de l'application de la règle au préjudice de ses créanciers, si le taux de change pratiqué le jour du paiement est plus favorable à ces derniers que celui qui était pratiqué le jour de la déclaration de faillite. Si la faillite se solde par un excédent ou si le failli redevient prospère, il est tenu de payer la différence à ses créanciers.

Les commentateurs relèvent que cette règle obéit à un élémentaire impératif de justice. Si un débiteur ne tombe pas en faillite, il est obligé de payer dans la monnaie convenue ou bien en *moneta fori* au taux de change du jour de paiement; si l'on admettait que, pour la raison extrêmement grave qu'il a cessé ses paiements, un débiteur pût se trouver avantagé, cela reviendrait à donner une prime aux manquements et à récompenser une personne dont le comportement a porté préjudice au crédit public.

La Partie adverse invoque donc la prétendue règle de la conversion pour la faire valoir « à l'égard du failli » et non pas « à l'égard de la masse ».

C'est pourquoi la duplique (VII, p. 674 et suiv.) disait — comme l'a rappelé mon éminent collègue, le professeur Reuter — que Barcelona Traction, depuis 1940, cherchait un moyen de se libérer de l'onéreuse charge de ses obligations en sterling; c'est à cela que tendait, notamment, le plan d'arrangement de 1945. La faillite que provoquèrent en 1948 les obligataires aurait — si la thèse adverse était vraie — procuré à Barcelona Traction un bénéfice de beaucoup supérieur à celui qu'aurait procuré ce plan. Si la faillite avait entraîné l'obligation de convertir les obligations « à l'égard du failli », Barcelona Traction, qui n'était pas une novice dans le monde des affaires, n'aurait pas hésité à se présenter en Espagne en état de faillite volontaire car elle aurait fait ainsi une magnifique affaire, une affaire de plus aux dépens de ses obligataires.

Si, du terrain du droit, nous passons au terrain des faits, il me faudra rappeler que, durant la faillite, l'un des griefs de Barcelona Traction consistait précisément à dire que les obligataires seraient lésés du fait qu'ils percevraient leurs créances en pesetas au lieu de les percevoir en livres sterling. C'est à propos de ce grief qu'elle a déchainé une de ses plus intenses campagnes de propagande.

Les représentants de National Trust et de Barcelona Traction ainsi que le *receiver* comparurent devant la cour d'Ontario, le 26 novembre 1948; ils envisagèrent dès lors l'éventualité de la vente, et M. Graydon, représentant de la société faillie, exprima l'avis que, si les tribunaux espagnols autorisaient la vente,

« les droits des obligataires seront déterminés en pesetas et payés en pesetas, ce que nul ne souhaite: National Trust Company ne le souhaite pas et les obligataires minoritaires non plus ne veulent pas être payés en pesetas (*Receivership*, folios 243-244).

Cela revient à dire que personne ne voulait que les obligataires fussent payés en pesetas: la société faillie ne le voulait pas, du moins officiellement; National Trust non plus, les obligataires minoritaires pas davantage.

Je me demande, Monsieur le Président, étant donné ces faits, s'il est admissible que les conseils du Gouvernement belge aient retenu votre attention aussi longtemps en prétendant qu'une irrégularité aurait été commise parce que les créanciers de Barcelona Traction ont perçu leurs créances, précisément, dans la monnaie convenue.

J'en viens maintenant, avec l'agrément de la Cour, à parler de la détermination des charges par les syndics; à en croire nos adversaires, ceux-ci auraient agi indûment.

Le cahier des charges (Première partie, sect. IV à VI¹) énumère les charges qui grevaient les biens à mettre en vente. Dans la deuxième clause², il était dit que le prix minimum de mise en vente aux enchères était de dix millions de pesetas, l'adjudicataire étant en outre tenu de payer la somme de 9 591 857 livres sterling ainsi que la somme de 45 842 170 pesetas, montant du principal des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* ainsi que des intérêts non payés de l'une et de l'autre série d'obligations, y compris le coupon échu le 1^{er} décembre 1951. L'adjudicataire était en outre tenu de payer les intérêts échus depuis le 1^{er} décembre 1951 jusqu'au jour où s'effectuerait le paiement ainsi que, enfin, « tous autres droits desdites obligations ».

De cette clause, Messieurs, que nous dit la Partie adverse? Elle affirme, d'une part, qu'« à cette prétendue vente, il n'y avait pas de prix », de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une vente (VIII, p. 390); mais auparavant (VIII, p. 386), elle avait affirmé que dans cette vente, « le prix était illégal ... parce qu'il était indéterminé ». Il faudrait s'entendre. S'il n'y a pas de prix, le prix ne saurait être ni illégal ni indéterminé. Ainsi apparaît une première contradiction. Ces deux affirmations, au surplus, sont absolument fausses.

Il n'y aurait pas de prix, à en croire mes adversaires, parce qu'en contrepartie des biens vendus, l'acheteur adjudicataire devait: payer un prix — 10 millions de pesetas — et contracter une obligation de faire — rembourser les obligations. Voilà un bel exemple de jonglerie juridique, qui consiste à faire apparaître deux prestations identiques comme si elles étaient de nature différente. On aurait pu dire que l'adjudicataire assumait deux obligations de faire: celle de remettre 10 millions de pesetas et celle de faire parvenir aux obligataires le montant de leurs créances. On aurait pu dire que c'étaient là deux obligations de remettre des sommes d'argent. Mais ce qui est inadmissible, c'est de prétendre les présenter comme des obligations ayant des objets différents. C'est pour quoi, l'un et l'autre montant constituent le prix, le prix unique, mesuré en argent, ainsi que le veut l'article 1445 du code civil.

Telle est la raison pour laquelle sont des ventes à prix unique toutes les ventes réalisées dans une procédure d'exécution dans lesquelles, conformément au droit espagnol, l'adjudicataire paie en argent une part du prix et s'engage, d'autre part, à acquitter les redevances et charges perpétuelles, les garanties réelles comme l'hypothèque ou les créances garanties par une saisie privilégiée³.

¹ A.C.M., vol. VIII, n° 158, doc. 1, p. 355-357.

² *Ibid.*, p. 359.

³ L'article 1511 du code de procédure civile, modifié par l'article 133, alinéa 2°, de la loi sur les hypothèques, qui dispose que:

« les dispositions de l'article 131 visant le maintien des hypothèques et autres charges antérieures ou privilégiées grevant la créance de celui qui fait exécuter,

Le prix n'est donc pas illégal pour cause d'indétermination ni pour cause de je ne sais quelle prétendue illégalité qui aurait été commise dans la détermination des charges. Si l'on groupe et que l'on classe les objections de la Partie adverse, il est possible de dire que celle-ci adresse aux syndics quatre accusations que je vais examiner ci-après.

Première accusation: Les charges ont été déterminées sans que les créances des obligataires eussent été reconnues par l'assemblée des créanciers. Cette assemblée — nous dit-on — aurait dû se tenir dans le cadre de la quatrième section de la faillite, section suspendue du fait du déclinatoire Boter (VIII, p. 379).

Sur ce point, comme sur tous les autres, la Partie adverse se cramponne désespérément à un formalisme absolu. Avant d'accuser le juge espagnol de n'avoir pas respecté la formalité de vérification et de reconnaissance des créances, il aurait fallu commencer par se demander quelles sont la signification et la raison d'être de cette formalité et dans quelle mesure cette dernière était applicable aux créances qui nous occupent, lesquelles étaient des créances incorporées à des titres-obligations.

La vérification et la reconnaissance des créances jouent, dans le droit de la faillite, un double rôle. D'une part, elles servent à la détermination du montant global du passif que doit supporter la masse des biens. D'autre part, elles jouent un rôle de clarification et de détermination du droit de chaque créancier individuel. Dans l'un et dans l'autre cas, ce rôle revêt un rôle purement procédural et sort ses effets dans le cadre de la procédure, mais sans produire jamais de conséquences définitives. Le créancier exclu conserve son droit et peut le faire valoir dans une procédure ordinaire. Inversement, si une créance simulée ou inexistante venait à être tenue pour valable, cette reconnaissance n'emporte pas présomption de vérité et, si la créance était payée, l'on paierait un indu.

Que se passe-t-il donc — il faut se le demander — dans le cas de créances résultant d'un emprunt effectué par l'intermédiaire d'une émission d'obligations? Toute la thèse adverse repose sur un sophisme qui consiste à traiter les créances incorporées à des titres-obligations comme s'il s'agissait de créances ordinaires découlant d'opérations commerciales courantes. Ce n'est pas que les unes soient des créances « à deux » ou « à trois étoiles » et les autres des créances à une « seule étoile ». Mais, indubitablement, ce sont des créances différentes. Le créancier qui a livré des marchandises ou des matières premières n'est pas dans la même situation que le créancier obligataire; dans le cas du premier, on peut discuter sur le point de savoir si la marchandise a été ou non remise, si sa qualité était acceptable, si le prix facturé était correct, etc.; dans le cas du créancier obligataire, en revanche, on ne peut rien discuter: il présente un titre qui atteste, d'une façon qui fait foi, qu'il est créancier d'un certain montant, et le fait qu'il présente l'obligation prouve de façon irréfutable qu'il n'a pas perçu son dû.

Or, dans le cas de Barcelona Traction, il se trouve précisément que pratiquement la totalité des créanciers étaient des obligataires.

Le bon sens devrait inciter nos doctes contradicteurs à comprendre

seront applicables, non seulement aux cas où ladite créance est une créance hypothécaire mais aussi aux autres cas dans lesquels est exercée une action quelle qu'elle soit, réelle ou personnelle, entraînant la vente des biens immobiliers ».

qu'il était absolument impossible, dans le cas de Barcelona Traction, de vérifier séparément chaque créance, c'est-à-dire chaque obligation. Ce n'est pas que cela aurait été superflu, c'est que cela aurait été impossible. Pour établir un état des titres ou une liste énumérant tous les possesseurs des titres, individuellement désignés, il faudrait rompre la loi de la circulation du titre — qui devait demeurer en vigueur — pendant la faillite et remplacer la créance par une autre d'une nature différente. En somme, il faudrait annuler les obligations en tant que telles. Quand le titre est au porteur, ce titre peut continuer à circuler, *il doit continuer à circuler* et il est transmis par simple tradition, à titre onéreux ou à titre gratuit. L'établissement d'une liste destinée à être utilisée dans la procédure aurait pour effet de violer la loi de la libre circulation des titres au porteur.

Il se trouve, en outre, que nul ne peut ignorer que l'obligation est un titre qu'il faut présenter pour exercer les droits qui lui sont incorporés, de sorte que tout ce que l'on peut exiger de l'obligataire c'est qu'il présente son titre à l'encaissement. C'est, en outre, un titre émis en série, ce qui oblige à appliquer à tout l'ensemble un seul et même régime juridique. Est-il imaginable qu'une assemblée de créanciers puisse prendre des décisions individuelles et différentes à l'égard de chaque obligataire?

Ne nous méprenons pas. L'on ne peut pas appliquer aux créances engendrées par les opérations commerciales courantes — les « créances à une étoile » — les mêmes idées qu'aux créances dérivant d'une émission d'obligations. En s'obstinant à soutenir le contraire, on use peut-être d'un procédé rhétorique adroit, mais l'on ne peut convaincre personne.

Il aurait été impossible de convoquer les obligataires pour procéder à la reconnaissance des créances. Premièrement, parce que l'on n'aurait pu attribuer la créance à un créancier individualisé sans violer la loi de la circulation des titres. Deuxièmement, parce qu'une assemblée de créanciers n'aurait jamais pu prendre des décisions individualisées.

C'est pourquoi le cahier des charges ne reconnaît à personne une créance déterminée; il détermine le montant des obligations émises et mises en circulation par Barcelona Traction. Il ne reconnaît ni ne refuse de reconnaître à quiconque un droit; ce droit dépend de la question de savoir si l'intéressé détient ou non les titres. Et cette détermination fut opérée en prenant pour base les actes notariés d'émission. La Partie adverse nierait-elle que les obligations existaient quel qu'en fût le détenteur? Ce grief n'a aucun sens.

Deuxième accusation: L'on incorpora au passif les intérêts des obligations échues depuis la déclaration de faillite jusqu'au coupon du 1^{er} décembre 1951, sans que l'assemblée des créanciers eût au préalable établi si ces obligations, malgré la déclaration de faillite, continuaient ou non à porter intérêt (VIII, p. 379).

Mon estimé contradicteur s'empresse de dire qu'il ne préjuge pas de la valeur qu'il y a lieu de donner au *mortgage* en droit espagnol. Mais il prétend que c'était l'assemblée des créanciers qui devait décider de l'inclusion ou de la non-inclusion des intérêts dans le passif, sous réserve d'un éventuel recours à la justice.

Cette accusation, Messieurs, me remplit de stupeur. Le *mortgage*, qui garantissait les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, ne saurait être considéré en droit espagnol comme un gage, encore bien moins comme un gage spécifique qui eût donné à National Trust le droit de demander la séparation en vertu de l'article 918 du code de commerce. C'est ce qu'a dit

la duplique (VI, p. 374 et suiv.) et ce qu'a redit mon collègue, le professeur Uriá. Mais de là à considérer comme des créances communes les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, il y a un abîme.

Le cahier des charges contenait l'énumération détaillée des charges spécifiques qui grevaient les biens mis en vente; si on les qualifie conformément à la *lex fori*, il est hors de doute qu'elles constituaient une garantie réelle, du genre de celles que vise l'article 884 du code de commerce. Les obligations garanties continuaient à porter intérêts, malgré la déclaration de faillite.

Le problème se pose donc de la façon suivante: était-il légal que les intérêts fussent incorporés à la détermination des charges? La Partie adverse n'a pas l'audace de nier ce point. Nul n'a mis la chose en doute. Aucun tribunal espagnol n'aurait jamais estimé que ces créances fussent des créances communes et qu'elles cessassent de porter intérêts du fait de la déclaration de faillite. Puisqu'il était légal de les faire entrer dans le calcul, il ne pouvait y avoir la moindre illégalité dans le fait d'effectuer ce calcul.

L'audience est levée à 13 heures

TRENTE-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (9 VI 69, 15 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

QUESTIONS BY JUDGE JESSUP¹

Judge JESSUP: I should like to ask for some clarification of a point which is involved in the pleading of Professor Uria. It has to do with the contentions of the Spanish Government regarding the extent of the extra-territorial reach of Spanish law, especially penal law, in accordance with the principles of private international law.

In the record, at page 286, *supra*, Professor Uria, as I understand, stressed the obligation of the bankrupt under Spanish law to co-operate with the authorities of the bankruptcy. Professor Uria referred to Article 890 of the *Code de commerce* and to Article 520 of the *Code pénal*. I understood him to contend that under Spanish law third parties who have some control over property of the bankrupt also have a duty to co-operate with the authorities of the bankruptcy under penalty of being charged with complicity in the *délit* of fraudulent bankruptcy.

On page 286 of the same record it seems to be indicated that the foregoing statement applies to National Trust and that its residence in another country—that is Canada—would be no excuse for failure to co-operate.

Then, on page 288, *supra*, it is stated that under Spanish law Barcelona Traction from the moment of the declaration of bankruptcy was absolutely incapable of administering or having control over rights attached to the shares of the subsidiaries and that any such act would be null.

On pages 289 to 290 of the same record it is said—citing a Belgian pleading—“that the Receiver appointed by the Ontario judge” for Barcelona Traction—and the Receiver, presumably, I think, represented the rights or former rights of Barcelona Traction—“the Receiver took part in a general meeting of Ebro in Canada on 30 April 1949, and . . . [there] exercised the voting rights” of Barcelona Traction in Ebro.

On pages 290 to 291 of the same record there are further statements about liabilities and disabilities of National Trust.

My questions then are these:

1. Is it the contention of the Spanish Government, and I state a hypothetical case by way of example: that if the Canadian Receiver of Barcelona Traction, who was appointed by the Ontario judge, exercised an authority, which I shall assume he had under Canadian law, to sell in Canada after 12 February 1948 shares of Ebro endorsed in blank, the Receiver would have been guilty of a violation of Spanish penal law—would his acts have been null?

2. If a bona fide purchaser in such a sale in Canada carried those shares endorsed in blank to London or Paris, would Spanish authority, or the syndics and other officers, have been competent under the principles of private international law to challenge in English or French

¹ See *infra*, p. 554.

courts the validity of such shares or the right of ownership of the possessor of the certificates?

3. If a Canadian bank had Barcelona Traction company's deposits in Canada and if, after 12 February 1948 on demand of the president of Barcelona Traction in Canada, it paid out these funds to some third person and if that Canadian bank had a branch in Barcelona, would that branch, in conformity with the principles of private international law, be subject to civil or penal liability under Spanish law?

PLAIDOIRIE DE M. CARRERAS (suite)

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. CARRERAS: Lors de la séance de vendredi dernier, j'ai entamé l'examen du cahier des charges qui réglementait la vente aux enchères des biens de Barcelona Traction.

Les accusations d'illégalité que la Partie adverse a accumulées contre le cahier des charges tournent autour de deux points essentiels: premièrement, la façon dont furent fixées les charges qui grevaient les biens qui allaient être vendus et dont la liquidation et le paiement par l'adjudicataire constituaient une partie du prix de vente; deuxièmement, l'efficacité du mécanisme de liquidation et de paiement desdites charges.

Lorsque j'ai répondu aux griefs formulés sur le premier point, j'ai souligné combien il était inadmissible de prétendre que le droit espagnol ait été violé sous prétexte que les obligations en livres sterling n'avaient pas été converties en obligations en pesetas, au cours du jour de la déclaration de faillite.

J'ai également signalé que, dans ce premier groupe de griefs, la Partie adverse prétend que les syndicats ont illégalement déterminé les charges; et que les objections qu'elle formulait pouvaient être synthétisées en quatre accusations, toutes aussi dépourvues de fondement.

Il n'y eut aucune illégalité dans le fait que les charges aient été fixées sans que les créances des obligataires aient été reconnues par l'assemblée des créanciers. Il n'y eut pas non plus d'illégalité à comprendre dans le passif les intérêts des obligations, depuis la déclaration de la faillite jusqu'au coupon du 1^{er} décembre 1951. Après avoir répondu à ces deux premières accusations lors de la dernière audience, je réfuterai maintenant, avec votre autorisation, la troisième et la quatrième et traiterai enfin du dernier groupe de problèmes qu'a posé la Partie adverse.

Troisième accusation: On incorpora au passif 2 640 000 livres sterling d'obligations *First Mortgage*; si, selon le Gouvernement espagnol, nous dit-on, Westminster Bank n'avait pas un droit de gage sur ces obligations-là, la vente de ces obligations serait illégale, car le droit espagnol ne tient pas pour licite la vente de biens du failli en dehors de la procédure de faillite (VIII, p. 380).

Cet argument-là constitue lui aussi un pur sophisme. Comme dans le cas précédent, le fait que Westminster Bank ne fût pas créancière gagiste ne signifie pas le moins du monde que la vente des obligations *First Mortgage* fût illégale en droit espagnol. Comme l'a déjà relevé la duplique (A.D., vol. III, n^o 155, p. 274), ce que Westminster a vendu ce n'étaient pas des biens de la société faillie, c'étaient des créances contre la société faillie, ce qui est fort différent.

Le droit espagnol interdit qu'un créancier, qui n'a pas le droit de demander la séparation, puisse vendre des biens incorporés à la masse de la faillite, mais il n'interdit pas que le détenteur légitime de titres cède ces titres ou les aliène en exécution de contrats dont la validité ne peut être contestée par personne, surtout pas par Barcelona Traction.

Les syndicats devaient donc faire entrer ces obligations-là en ligne de compte lors de la détermination des charges, qu'elles fussent aux mains

de Westminster Bank ou aux mains de M. Juan March ou aux mains de M. Heineman, auquel elles furent à plusieurs reprises offertes.

Quatrième accusation: La seconde clause stipulait que l'adjudicataire serait tenu de payer:

« Tous autres droits desdites obligations, droits que les syndics ont le pouvoir de reconnaître, déterminer et déclarer effectifs » (A.C.M., vol. VIII, n° 158, doc. 1, p. 359).

Ce texte était suivi par ce qui suit:

« Afin de pouvoir déterminer exactement ce que l'adjudicataire devra payer des divers chefs énoncés au paragraphe A ci-dessus, les documents relatifs aux émissions desdites obligations ainsi que les consultations et études faites sur leurs divers points particuliers sont à la disposition de l'adjudicataire. »

Au dire de la Partie adverse, cette clause-là était illégale — du fait qu'elle aurait transformé le prix en prix indéterminé — et discriminatoire — puisqu'elle aurait été insérée pour avantager les obligataires majoritaires (VIII, p. 381 et 385 et suiv.).

Pour exposer les raisons sur lesquelles se fondait cette clause, que la Partie adverse a durement attaquée lors de la procédure écrite, le Gouvernement espagnol a présenté en même temps que la duplique divers documents qui démontrent combien les accusations de nos contradicteurs portent à faux. Je vais tenter, ci-après, de résumer ce qu'expose la duplique (VII, p. 682).

Devant quelle situation se trouvaient les syndics lorsqu'ils ont rédigé le cahier des charges? Les obligations qu'il s'agissait de faire honorer étaient régies, à leur avis, par les lois de l'Ontario; c'est pourquoi ils avaient demandé à un juriste canadien un avis de droit (A.D., vol. III, n° 174, p. 367) sur le point de savoir si les obligataires avaient le droit de percevoir des intérêts sur les intérêts des obligations matérialisés dans des coupons échus et non payés, selon le droit de l'Ontario. La conclusion à laquelle on aboutit quand on lit le rapport de l'expert est que les intérêts sont dus; mais toutefois il faut qu'un jury l'autorise sur la base d'un usage ou d'une coutume. Cela signifie que les intérêts d'intérêts ne semblent pas être dus de façon automatique, *ex lege*, mais qu'il faut une réclamation du créancier.

Des documents présentés il ressort que les syndics ont prévu que certains obligataires, se fondant sur cette règle de droit, pourraient réclamer le paiement d'intérêts sur les coupons échus et non payés. Le droit de ces obligataires aurait découlé, le cas échéant, de leur réclamation. Tant que la réclamation n'avait pas été présentée, les syndics ne pouvaient, à titre général, incorporer aux charges les intérêts des coupons; mais, s'ils ne prévoyaient pas un mécanisme approprié, des litiges auraient pu surgir entre certains obligataires et l'adjudicataire au préjudice des premiers.

Les syndics n'ont donc jamais songé le moins du monde qu'ils avaient le pouvoir d'augmenter ou de diminuer le prix après la vente, comme l'a prétendu la Partie adverse. D'après leur propre déclaration, ils ont décidé que, pour le cas où un obligataire, postérieurement à la vente aux enchères, viendrait à réclamer à l'adjudicataire le paiement d'intérêts sur les coupons, il était de leur devoir à eux, syndics, de le protéger et d'exiger que lesdits intérêts fussent effectivement versés.

Lorsque Fecsa, qui souhaitait se présenter aux enchères, s'adressa aux

syndics par l'entremise d'un notaire (A.D., vol. III, n° 173, p. 364 et suiv.), les syndics répondirent dans le sens que je viens d'indiquer, en se référant à l'avis de droit émis par le juriste canadien; lorsqu'ils firent savoir à Fecsa qu'elle serait tenue « au moins » de payer les intérêts des coupons, l'expression « au moins » n'a de sens que si on la rapproche de l'avis de droit de l'expert et de la fonction que s'attribuaient les syndics. La société adjudicataire aurait à payer, au moins, le principal des obligations, le montant des coupons et les intérêts de ces coupons au cas où un obligataire en réclamerait le paiement.

C'est bien ainsi que Fecsa (A.D., vol. III, n° 175, p. 372) interpréta la réponse des syndics: elle déclara qu'à son avis, l'adjudicataire s'obligeait à payer les intérêts des coupons « le cas échéant », c'est-à-dire en cas de réclamation.

Je ne prétends pas affirmer, Messieurs, que la clause soit parfaite ni qu'il soit impossible d'en discuter la validité. Du moins fournit-elle une explication raisonnable de ce que visait le cahier des charges et met-elle en relief le fait qu'il n'y avait là aucune illégalité qui pût être déclarée d'office ni la moindre intention discriminatoire.

D'où proviendrait la prétendue illégalité? De ce que l'on appelle l'indétermination du prix. Deux raisons permettent de réfuter cette accusation:

1. La réclamation qu'aurait formulée un obligataire aurait, pour qu'il lui fût fait droit, dû découler des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* considérées conjointement avec les études et consultations dont le texte était mis à la disposition de tout enchérisseur. Nous avons donc affaire à une somme qui pouvait varier en fonction du volume des réclamations, mais qui ne pouvait dépasser un montant maximum, montant que l'adjudicataire s'obligeait à payer. La détermination existait donc par rapport à un maximum que ne pouvait dépasser le montant des intérêts des coupons.

2. Une décision des syndics qui serait allée à l'encontre du texte du cahier des charges, en imposant des charges qui n'auraient pas découlé des obligations et des documents annexes, aurait pu être attaquée devant les tribunaux espagnols. L'adjudicataire pouvait même contester la validité de la clause elle-même, étant bien entendu qu'une éventuelle déclaration de nullité aurait affecté cette seule clause, considérée en tant qu'obligation accessoire, et non pas la vente elle-même envisagée en tant que contrat valable.

Afin de contester ces arguments, la Partie adverse a été contrainte d'inventer la thèse — qu'elle-même reconnaît être « outrancière » et « indiscutablement erronée » — selon laquelle les syndics auraient pu exiger de l'adjudicataire 20 millions de dollars du fait de la dépréciation de la livre sterling (VIII, p. 388). Et, pour donner de la vraisemblance à l'argument, on nous dit: « c'étaient les syndics qui tranchaient souverainement ». Je serais fort reconnaissant à la Partie adverse d'avoir l'obligance d'indiquer dans quel passage du cahier des charges il est dit que les syndics avaient un pouvoir que l'on pourrait qualifier de souverain ou un pouvoir qui leur eût permis de trancher n'importe quel genre de questions; le cahier des charges est un contrat, il n'est pas une sentence arbitrale qui s'imposerait aux cours de justice comme une décision sans appel.

Les syndics n'avaient donc pas le pouvoir d'imposer à l'adjudicataire une telle charge pour cause de dépréciation de la livre sterling ni aucune autre charge que pourraient imaginer mes contradicteurs, car les tri-

bunaux espagnols auraient infirmé, le cas échéant et le moment venu, une décision qui eût outrepassé les limites qu'imposait le cahier des charges lui-même; il fallait donc que les droits que l'on ferait valoir découlassent des obligations elles-mêmes ou des consultations et études présentées par les syndics.

Le caractère prétendument discriminatoire de la clause est démenti par la thèse de la Partie adverse elle-même.

Le fait que la question posée par Fecsa aux syndics et la réponse de ces derniers aient eu lieu par l'entremise d'un notaire laisse bien peu de consistance à la thèse de la collusion entre Fecsa et les syndics. Pour se tirer d'affaire, mon illustre contradicteur, afin d'éviter Scylla, met le cap sur Charybde.

Les deux lettres échangées par l'entremise d'un notaire et la seconde lettre de Fecsa auraient eu pour motivation, si l'on en croit la Partie adverse, le désir des créanciers majoritaires de pouvoir éventuellement opposer cette correspondance à l'adjudicataire, au cas où les biens n'auraient pas été adjugés à Fecsa. Mais, Messieurs! ne nous a-t-on pas dit que la création de Fecsa avait été un acte de cynisme? Ne nous a-t-on pas dit et redit que Fecsa avait l'absolue certitude que les biens lui seraient adjugés et que c'est précisément pour cela que l'on avait rédigé un cahier des charges discriminatoire? S'il en était ainsi, comment comprendre que Fecsa, quelques jours à peine avant la vente aux enchères, ait mis au point une manœuvre qui tendait à assurer le droit des obligataires majoritaires, au cas où un tiers plus offrant eût enlevé les enchères? Si les obligataires majoritaires avaient eu la certitude que les biens seraient adjugés à Fecsa, cet échange de lettres était superflu, car ces lettres, du fait qu'elles avaient été échangées par l'entremise d'un notaire, auraient pu être invoquées contre Fecsa par tout obligataire qui voulait faire valoir ses droits; et si les obligataires majoritaires n'avaient pas cette certitude — et les faits prouvent qu'ils ne l'avaient pas —, c'est qu'il n'y avait ni conspiration ni discrimination et donc aucune raison de douter de la bonne foi des syndics ou de Fecsa.

Je traiterai maintenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, du second des points entre lesquels j'ai divisé mon propos, en abordant cette question, à savoir du problème soulevé par la Partie adverse à propos de la licéité du cahier des charges, dans la mesure où il exigeait de l'adjudicataire la liquidation et le paiement des obligations.

Le gouvernement demandeur fait grief de ce que l'on ait payé les obligataires, alors que l'assemblée des créanciers n'avait pas au préalable établi le rang des créances. Dès le contre-mémoire (IV, p. 417), le Gouvernement espagnol a exposé que les seuls créanciers privilégiés étaient les détenteurs d'obligations des deux séries émises par Barcelona Traction; que le problème du rang aurait pu se poser si l'on n'avait pas payé à tous les détenteurs d'obligations de l'un et de l'autre rang tout ce qui leur était dû. Il ne pouvait donc y avoir violation du principe élémentaire de la faillite, qui ordonne de respecter la *par conditio creditorum*.

La réplique (V, p. 552-563), dans un effort désespéré pour chercher un créancier qui aurait pu être lésé, a imaginé que tel aurait été le cas de National Trust, du chef des frais et honoraires prévus dans les actes de *trust*. Mon contradicteur a repris sur ce point le même argument, en négligeant la réponse que la duplique (VII, p. 692) avait fournie. L'exemple est fort mal choisi, car National Trust n'a jamais justifié devant les organes de la faillite ou devant les tribunaux espagnols, avant ou après

la vente, de la moindre créance pour frais ou honoraires. Les seuls titres qui ont été présentés par National Trust furent des obligations, qui lui furent payées rubis sur l'ongle.

Il me semble inadmissible que la Partie adverse vienne ici défendre les intérêts d'un prétendu créancier privilégié qui n'a jamais tenté de faire valoir sa prétendue créance.

J'en viens maintenant à l'argument que le Gouvernement demandeur a le plus amplement développé. A son avis, l'on aurait dû exiger que l'adjudicataire payât la totalité du prix en pesetas à la remise des biens. Le montant intégral du prix aurait dû ensuite demeurer dans la caisse de la faillite jusqu'au moment où, la suspension de la procédure ayant été levée, il aurait été possible d'ouvrir la quatrième section. Enfin, une fois que les assemblées des créanciers chargées de vérifier et de classer les créances auraient été tenues, les syndics auraient dû effectuer eux-mêmes le paiement (VIII, p. 376-377, 383-384).

Pour défendre une telle thèse, il faut oublier quelle était la situation réelle.

Les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* étaient garanties par une charge spécifique grevant les biens qui allaient être mis en vente. De plus, les *Trust Deeds* avaient créé d'autres charges, les unes à titre spécifique, les autres sous forme de charge flottante, qui sans doute aucun grevaient l'entreprise, placée sous le masque formel de la personnalité juridique des filiales. Le cahier des charges énumérait ces garanties. Pour abréger, je m'abstiens d'en donner lecture à la Cour, mais j'en joins le texte en note de bas de page¹.

Les obligations *First Mortgage*, obligations de second rang, étaient en outre garanties par l'hypothèque qu'avait constitué Ebro sur ses propres actifs en faveur de National Trust.

Si les syndics avaient exigé de l'adjudicataire le paiement en argent liquide, comme le voudrait la Partie adverse, on serait arrivé à la situation suivante. L'acheteur acquittant le prix, la garantie qui grevait spécifiquement les biens vendus pouvait se trouver annulée; mais qu'advenait-il alors des autres charges que supportaient les biens des filiales? Il n'était pas possible d'y mettre fin sans dépouiller les obligataires d'une garantie qui leur avait été accordée lors de l'émission des obligations. L'acheteur se serait trouvé dans la situation absurde d'avoir acquitté la valeur des actions et des obligations objet de la vente et de demeurer néanmoins responsable avec l'entreprise elle-même de l'éventuel préjudice qu'un retard pourrait causer aux obligataires.

C'est à cela que devait penser mon contradicteur lorsqu'il disait (VIII, p. 376) que le fait de différer le paiement aux créanciers n'aurait pas

¹ « b) Suivant les stipulations des actes énoncés au titre II du présent cahier des charges, la Barcelona Traction déclare hypothéquer et affecter en garantie, non seulement les biens qui y sont mentionnés, mais aussi en tant que « garantie spécifique », tous les biens immeubles, concessions, droits, autorisations, baux et toutes obligations, obligations hypothécaires et autres valeurs, ainsi que toutes les actions de toute société et autre entité juridique que la société posséderait alors ou sur laquelle elle aurait des droits, ou qu'elle pourrait acquérir à l'avenir avec les obligations garanties par lesdits actes, et en tant que garantie dite « flottante », ses entreprises présentes et futures, déjà en cours d'exploitation ou en cours de construction ou qu'elle exploitera ou fera construire à l'avenir, ainsi que toutes ses propriétés présentes et à venir, ses droits et biens de toute classe, où qu'ils soient situés » (A.C.M., vol. VIII, n° 158, doc. I, p. 357).

entraîné de préjudice, étant donné que l'entreprise ne cessait de se valoriser. Il s'agit de l'entreprise transmise à d'autres mains, aux mains de l'acheteur.

Mes adversaires invoquent à tout instant le bon sens; on me permettrait donc, faisant appel au bon sens, de demander: quel est le groupe financier, sain d'esprit, qui aurait consenti à payer le prix de ce qui, en définitive, était là représentation d'une entreprise, pour continuer à être responsable avec cette entreprise des retards de paiement que risquaient de causer tels ou tels obstacles de procédure? C'est alors, certes, que l'on aurait pu dire, à juste titre, que la clause était discriminatoire et qu'elle avait été insérée dans le cahier des charges pour faire fuir les enchérisseurs.

Tant que les obligataires n'auraient pas été payés effectivement, ils auraient continué à avoir droit aux intérêts des obligations. Ainsi, en 1963 ou au moment où la suspension aurait été levée, le passif obligataire de Barcelona Traction aurait augmenté dans une proportion extraordinaire et les sommes versées par l'adjudicataire n'auraient pas suffi à désintéresser tous les créanciers privilégiés qui auraient pu se retourner contre l'entreprise acquise par l'adjudicataire. Tout cela, sans parler des hypothèques qui grevaient les biens d'Ebro et que National Trust aurait pu faire exécuter pour protéger les intérêts des obligataires *First Mortgage*, lesquels — étant de second rang — auraient été lésés par le retard.

Pour concilier les intérêts des obligataires et de la société faillie avec les intérêts de l'adjudicataire, il n'y avait pas d'autre solution que de prendre des dispositions pour que le paiement fût immédiat et entraînant à la fois l'annulation de toutes les garanties et l'arrêt de la production d'intérêts.

Si la Partie adverse prétendait que cette solution, qui tenait compte des intérêts des créanciers, passait outre à l'intérêt de la société faillie, il faudrait reconnaître que ce dernier intérêt était exclusivement et uniquement celui — contraire à la morale et au droit — qu'avait la société faillie à ce que ses créanciers ne pussent percevoir leur dû, étant donné que personne n'aurait été disposé à participer à une vente aux enchères opérée dans ces conditions-là.

En approuvant le cahier des charges, le tribunal n'a fait que sanctionner une mesure pleine de sagesse qui ne comportait la violation d'aucune loi qui l'aurait expressément interdite. Ainsi que nous l'avons affirmé depuis le contre-mémoire, il n'y a pas de loi qui interdise expressément aux syndics de déléguer le paiement à un tiers.

Les règles de procédure qu'invoque la Partie adverse confient aux syndics, en tant qu'organes de la faillite, certaines fonctions dans le cadre de la procédure. La prétendue «délégation de fonctions» n'aurait de sens que si les syndics avaient chargé un tiers de s'acquitter, dans le cadre de la procédure, des fonctions qui leur étaient propres. On ne saurait parler d'une telle délégation quand il s'agit d'effectuer un paiement qui se situe en dehors de la procédure de faillite. Le grief du Gouvernement belge, comme tous ceux qui en découlent (VIII, p. 381), s'évanouit en fumée dès que l'on considère les faits.

Mon distingué contradicteur, toutefois, a cru prudent d'ajouter un grief de plus à ceux qui avaient été formulés dans la procédure écrite. Selon lui, le cahier des charges aurait été illégal, parce qu'il aurait entraîné une novation des obligations par changement de débiteur, sans l'assentiment des créanciers (VIII, p. 382-383).

Ce qui saute aux yeux tout d'abord, quand on prend connaissance de cette accusation, c'est que la Partie adverse tombe une fois de plus dans

une contradiction. De deux choses l'une. Ou bien il y a eu novation des obligations par changement du débiteur, auquel cas ce dernier a payé des dettes qui étaient des dettes propres; ou bien il y a eu délégation des syndics à l'adjudicataire pour que ce dernier payât les dettes de la masse, sans être lui-même débiteur. Mais il n'est pas possible de soutenir en même temps que l'adjudicataire était devenu débiteur et que l'adjudicataire payait des dettes qui n'étaient pas les siennes.

Il se trouve d'ailleurs qu'en outre cette accusation est dépourvue de tout fondement. Le régime instauré par le cahier des charges ne comportait pas une véritable novation, puisqu'il n'avait pas pour objet de remplacer la personne du débiteur par une autre personne distincte ni de libérer, par le seul fait de l'engagement pris, le débiteur primitif. Je crois que c'est ici que se place le saut périlleux. A l'alinéa 10 de la clause 3, où il est dit en effet que « la masse de la faillite sera libérée des dettes », il n'est pas dit que ladite libération sera opérée par le seul fait de l'engagement assumé par l'adjudicataire — et c'est cela qui aurait véritablement constitué une novation —, mais il est dit que cette libération s'opérera « une fois accomplies par l'adjudicataire les obligations prévues ci-dessus » (A.C.M., vol. VIII, p. 371, n° 158, doc. 1). C'est-à-dire: 1) une fois le paiement effectué! 2) une fois le montant déposé! 3) une fois la garantie bancaire constituée! et 4) une fois qu'il en aura été spécifiquement convenu ainsi avec l'obligataire. La libération, on le voit, se produit grâce au paiement ou à ses substituts et, dans un seul cas — celui de la garantie bancaire — par suite d'une *mora creditoris* raisonnable.

Tout ce que la Partie adverse trouve à objecter à cela, c'est le fait que, lorsque se tint en 1963 l'assemblée des créanciers consacrée à la vérification des créances, un obligataire belge présenta les titres de six obligations et que les autres créanciers refusèrent de leur reconnaître la qualité de créancier. Cet argument-là n'a pas la moindre valeur juridique, car ce ne sont pas les créanciers réunis en assemblée qui, en Espagne, décident des droits des individus ou qualifient les contrats.

Si l'obligataire belge avait attaqué la décision en justice et que les tribunaux eussent rejeté sa demande, l'on pourrait certes dire aujourd'hui que cette clause du cahier des charges comportait véritablement une novation. Comme il n'en est pas ainsi, tout ce que l'on peut dire c'est que les créanciers pensèrent ce qu'ils voulurent mais que leur décision, contre laquelle l'intéressé n'a pas recouru, ne saurait être prise comme base d'une qualification juridique.

Mon distingué contradicteur a parlé avec une certaine insistance de la « mésaventure » de cet obligataire (VIII, p. 383). Voyons alors en quoi consista la « mésaventure » de M. Bersez, qui était titulaire de six obligations de Barcelona Traction. Depuis le mois de janvier 1951, M. Bersez aurait pu présenter ses titres à l'encaissement dans n'importe lequel des établissements bancaires désignés par Fecsa. Mais, croyant toujours être créancier de Barcelona Traction, il attendit que s'ouvrit en 1963 la quatrième section de la faillite. Tout homme de bon sens ne peut que trouver étrange qu'un obligataire, qui pouvait percevoir l'intégralité de sa créance en s'adressant à Fecsa, se soit obstiné à présenter ses titres à une assemblée de créanciers dont les créances allaient demeurer insatisfaites, faute de moyens de paiement. On ne saurait faire reproche aux créanciers de s'être opposés à l'excessive fidélité que manifestait M. Bersez à son débiteur.

Que fit alors M. Bersez, obligataire belge? Il retrouva d'un seul coup

son bon sens et s'adressa à Fecsa, à laquelle il demanda le remboursement de ses obligations. C'est la raison pour laquelle il n'attaqua pas en justice la décision de l'assemblée. Et, Monsieur le Président, Fecsa, en 1963, paya à M. Bersez le montant de la créance. Le Gouvernement espagnol a déposé le procès-verbal de l'assemblée de vérification ainsi que l'état dressé par les syndics, dans lequel figurent les numéros des titres présentés par M. Bersez (nouv. doc., II, 6, p. 214 et 223). Avec ces documents, il a également déposé les six titres d'obligations qui ont été payées par Fecsa (nouv. doc., II, 6, p. 227 et suiv.).

Quelle mésaventure, Messieurs! Un obligataire belge a été payé intégralement par la société adjudicataire espagnole.

La Partie adverse perd son temps à échafauder des hypothèses de faillite ou d'insolvabilité de Fecsa qui, comme elle le reconnaît elle-même, ne se sont pas produites. Non seulement le cahier des charges comportait des mesures propres à garantir que tous les obligataires pussent percevoir leur dû dans un délai raisonnable, mais encore, bien que les garanties aient disparu, les obligataires qui avaient tardé durant des années et des années à présenter leurs titres à l'encaissement ont été intégralement payés.

La dernière accusation dont le cahier des charges fait l'objet, en ce qui concerne le second des deux groupes de problèmes dont je parlais en commençant, est celle qui taxe d'illégale la clause qui excluait du paiement, de la garantie ou du dépôt les obligations et coupons dont les détenteurs en seraient ainsi convenus avec l'adjudicataire dans les quatre-vingt-dix jours.

Entre toutes les accusations arbitraires et dépourvues de fondement qui ont été adressées au cahier des charges, celle-ci est l'une des plus évidemment arbitraires. Le contre-mémoire (IV, p. 420) a exposé que si cette clause n'avait pas existé, nul n'aurait pu interdire à l'adjudicataire de se mettre d'accord avec des obligataires consentants. Si je dois payer une somme à un créancier et que ce dernier convienne avec moi librement d'un autre mode d'extinction de l'obligation, par voie de compensation, de confusion, de dation en paiement, de renonciation, etc., et qu'il me remette le titre de sa créance, je puis faire la preuve que l'obligation est éteinte sans que nul, pas plus les autres créanciers que la société faillie, sans que nul, dis-je, puisse prétendre qu'il ait subi un préjudice. Soutenir le contraire aboutirait à cette absurdité que, si l'adjudicataire était un obligataire, il aurait dû se payer lui-même pour donner effet aux clauses du cahier des charges.

La réplique a cherché à trouver par tous les moyens une règle dont elle pouvait prétendre qu'elle était enfreinte, et elle a cru la trouver à l'article 899 du code de commerce qui interdit que le failli et ses créanciers puissent conclure des ententes en dehors de la procédure fixée par la loi pour les concordats. La duplique (VII, p. 698) a fait comprendre à la Partie adverse que cette interdiction vise le failli et le sanctionne au cas où il cherche à avantager ceux qui se mettent d'accord avec lui au préjudice des autres créanciers.

Est-il vraiment nécessaire de répéter qu'entre le cas du débiteur failli, qui s'entend avec certains de ses créanciers au préjudice de tous les autres créanciers, et le cas de l'adjudicataire, tel que l'envisage le cahier des charges, il n'existe pas la moindre ressemblance? Eh bien, mon contradicteur, avec un aplomb qui suscite vraiment l'envie, soutient que la réplique aurait démontré que la clause comportait une infraction au droit

espagnol (VIII, p. 397), en se gardant bien de préciser quelles pourraient bien être les règles de droit qui auraient été ainsi enfreintes.

Mais il n'est point besoin de reprendre ici l'analyse à laquelle a procédé le Gouvernement espagnol dans les écritures. Nous nous bornerons à formuler une réflexion de bon sens. L'égalité de traitement à laquelle ont droit les créanciers se trouve violée, lorsque ceux d'entre eux qui n'adhèrent pas à la convention subissent un amenuisement de leurs droits ou se trouvent lésés d'une façon quelconque. Mais le cahier des charges n'obligeait aucun obligataire à se mettre d'accord avec l'adjudicataire; celui qui ne voulait pas se mettre d'accord avec l'adjudicataire percevait sa créance au comptant, en espèces, dans la monnaie convenue, pour le montant intégral de l'obligation au titre du principal et des intérêts.

Était-ce là imposer aux obligataires un traitement inégal et discriminatoire?

Me voici parvenu au terme de mon intervention. J'ai dit, lorsque j'ai commencé, que j'avais l'espoir de dissiper l'image déformée que mon honorable contradicteur avait donnée de la vente des biens de Barcelona Traction.

J'espère avoir prouvé, Monsieur le Président, Messieurs les juges, qu'en réalité la monumentale hérésie juridique dont M^e Grégoire nous a parlé n'a jamais existé. Les tribunaux espagnols ont agi dans le cadre d'une orthodoxie procédurale et juridique la plus pure et ont observé une ligne d'équité et de bon sens.

En guise de conclusion, je tiens, Monsieur le Président, à vous exprimer ma gratitude envers la Cour pour la patience avec laquelle elle m'a écouté, surtout dans un domaine aussi aride.

PLAIDOIRIE DE M. CASTRO-RIAL

AGENT DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. CASTRO-RIAL : Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, M. le juge sir Gerald Fitzmaurice a demandé le 5 juin (*supra*, p. 319), des éclaircissements sur certains points de la procédure de faillite espagnole. En accord avec mes conseils j'ai l'honneur d'apporter les précisions suivantes :

A) En droit espagnol, comme dans d'autres ordres juridiques, il existe deux procédures d'exécution universelle :

1. La déconfiture ou faillite civile (*concurso de acreedores*) qui s'applique exclusivement aux débiteurs civils, c'est-à-dire aux personnes qui ne sont pas des commerçants ; la condition première en est l'insolvabilité ou l'insuffisance patrimoniale du débiteur.

2. La faillite (*quiebra*) applicable aux seuls débiteurs commerçants, c'est-à-dire aux personnes qui exercent une activité commerciale ou industrielle à titre professionnel. La condition première de cette procédure — comme l'a rappelé le professeur Uriá (*supra*, p. 254 et suiv.) — est la cessation générale des paiements (*sobreseimiento* ou *cesación general en los pagos*), et non pas l'insolvabilité du débiteur ; c'est également le critère en vigueur dans les systèmes belge et français, où on peut déclarer en faillite le débiteur qui est en cessation de paiements, même si son actif est supérieur au passif (Ripert-Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1964, n° 2756, p. 305 ; Van Ryn, *Principes de droit commercial*, IV, Bruxelles, 1965, p. 211).

Cette dualité de procédures d'exécution universelle existe dans plusieurs pays. Dans ces pays, la rigueur de la discipline de la faillite vis-à-vis du débiteur s'est vue justifiée par la signification toute particulière qu'a le crédit dans la vie commerciale et où le fait du paiement est aussi important que le fait d'être payé en temps voulu et où le défaut de paiement d'un débiteur peut engendrer une réaction en chaîne de manquements et des troubles dans le cours normal du trafic commercial (C.M., IV, p. 339 et 340).

B) Dans le cas exposé par sir Gerald Fitzmaurice — c'est-à-dire le cas d'une personne qui, résidant à Madrid, se rendrait en Amérique pour y donner une série de conférences et négligerait de payer une facture quelconque au cours de son absence — il conviendrait de considérer séparément le cas où cette personne est un commerçant et celui où elle n'est pas un commerçant.

1. Si cette personne n'est pas un commerçant, s'il s'agit par exemple, d'un professeur d'enseignement, elle ne pourrait en aucun cas être déclarée en déconfiture pour la seule raison qu'en son absence telle ou telle facture serait demeurée impayée. En effet, en droit espagnol, pour qu'une personne soit déclarée en déconfiture, il est nécessaire que soient réunies deux conditions, à savoir : a) que le titre de créance ait force exécutoire (art. 1159 du code de procédure civile), et b) que le créancier ou les créanciers fassent la preuve que deux ou plusieurs procédures d'exécution sont en cours contre le débiteur et qu'au cours de ces procédures d'exé-

cution il n'a pas été trouvé des biens suffisants pour acquitter le montant de la somme réclamée (art. 1158 du même code). Par conséquent, dans le cas que nous envisageons, il n'y aurait pas lieu de déclarer la déconfiture, non seulement parce que le titre ne serait pas suffisant (une facture, par elle-même, n'a pas force exécutoire), mais encore parce que la preuve de l'insuffisance patrimoniale du débiteur n'aurait pas été faite, dans les conditions visées audit article 1158.

2. Si, au contraire, la personne en question possédait, aux yeux de la loi, la qualité de commerçant, le régime qui lui serait applicable serait celui de la faillite, plus rigoureux pour le débiteur, et les conséquences pourraient être différentes. En effet, pour que la faillite soit déclarée, il n'est pas nécessaire que le créancier présente un titre exécutoire (art. 876, par. 2, du code de commerce, et A.C.M., vol. VII, n° 31, p. 170 et suiv.), pas plus qu'il n'est nécessaire qu'il fasse la preuve de l'insolvabilité ou de l'insuffisance patrimoniale du débiteur, puisqu'il suffit qu'il démontre la légitimité de sa créance et qu'il prouve que le débiteur a cessé d'assurer le paiement courant de ses engagements (art. 874 et 876, par. 2, du code de commerce, art. 1325 du code de procédure civile et A.D., vol. II, n° 65, p. 522 et suiv.). Bien entendu, la faillite pourrait aussi être déclarée sur la demande du créancier, à condition qu'une exécution individuelle n'ait pas produit, par saisie, suffisamment de biens libres pour couvrir la créance (art. 876, par. 1, du code de commerce).

Comme nombre d'autres systèmes juridiques, le droit espagnol n'exige pas que le débiteur ait été au préalable mis en demeure de payer pour pouvoir être déclaré en faillite. Il est certes possible — comme il a été dit — de demander sans plus la déclaration de faillite après qu'une action exécutoire a été exercée sans qu'il en résulte suffisamment de biens pour payer (art. 876, par. 1, cité). Mais, dans notre système, comme dans celui d'autres pays, il est habituel et normal de demander la déclaration de la faillite, sans mise en demeure préalable de payer, en faisant la preuve de l'existence de la créance et de la cessation générale des paiements (art. 876, par. 2, cité). La cessation des paiements permet d'omettre la mise en demeure préalable de paiement.

A propos du nombre et du volume des dettes impayées qui seraient nécessaires pour qu'il soit permis d'estimer qu'il y a cessation générale des paiements, la doctrine et la jurisprudence affirment que le plus ou moins grand nombre de manquements n'est pas à lui seul décisif et que, selon les circonstances propres au cas d'espèce, le non-paiement d'une seule dette peut suffire à faire déclarer la faillite (Van Ryn, *op. cit.*, p. 211, qui s'appuie sur les opinions de Fredericq et de Lyon-Caen et Renault; Ripert-Roblot, *op. cit.*, p. 307; Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1940, p. 458).

Cette doctrine montre que l'on ne doit pas nécessairement estimer la « généralité » de la cessation des paiements, en vertu seulement du nombre des manquements, mais en tenant compte de leur importance, de leur caractère et de leur portée. Comme l'a dit l'un de nos auteurs, les plus autorisés, de droit sur la faillite « la généralité provient ici de la somme, qui fait que le non-paiement soit important, et non pas du nombre d'actes, qui ne l'est pas » (Gonzales Huebra, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, p. 19); cette idée est reprise par Garrigues lorsqu'il dit que, pour juger de la généralité, plus que les compter, il faut peser les manquements (*op. cit.*, p. 458).

Cela, toutefois, ne signifie pas que le non-paiement d'une dette, ou

d'une seule dette, entraîne inéluctablement le commerçant à une situation de faillite. Cela dépend de l'importance de la dette ou des dettes et des circonstances propres du cas d'espèce. Dans celui qui nous occupe, la circonstance qu'une créance soit demeurée impayée en l'absence du commerçant n'implique pas que le juge soit absolument contraint de déclarer la faillite, à la demande d'un créancier légitime. En effet, comme l'a indiqué le professeur Uriá (*supra*, p. 258), la cessation des paiements est toujours une question de fait qui, aussi bien dans le système espagnol que dans les régimes belge et français, est laissée à l'appréciation du juge. C'est ce que reconnaissent très généralement la doctrine et la jurisprudence des pays dont le système juridique est analogue à l'ordre juridique espagnol (Gonzales Huebra, *op. cit. et loc. cit.*; Langle, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1941, p. 373; Garrigues, *op. cit.*, p. 458; Percerou, *Les faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, I, Paris, 1935, p. 271 et suiv.; Ripert-Roblot, *op. cit.*, n° 2763, p. 309; Van Ryn, *op. cit.*, p. 212; et la jurisprudence citée par ces auteurs).

Ainsi donc, dans le cas précis de la question posée, le juge déciderait s'il y a lieu ou non de déclarer la faillite, eu égard à l'importance, au caractère et à la portée de l'engagement ou des engagements non honorés.

C) A propos de l'absence du débiteur considéré dans l'hypothèse envisagée, on doit également signaler qu'en cas de déclaration de déconfiture cette déclaration doit immédiatement être notifiée au débiteur civil, aux termes de l'article 1161 du code de procédure civile; alors qu'en cas de faillite, la déclaration doit être publiée, et que c'est à partir de la publication que le délai d'opposition commence à courir.

Ainsi donc, dans le cas envisagé, si la personne en question était un débiteur civil pur, il faudrait lui notifier le jugement de déclaration de déconfiture.

D'autre part, quand bien même le débiteur serait un commerçant, il ne serait pas à prévoir que le juge, faisant usage de sa discrétion, déclarât la faillite pour le non-paiement de quelques ou d'une seule facture, sans relever l'existence de la cessation des paiements. Toutefois, si, néanmoins, il estimait opportun de la déclarer et que la personne faillie ne fit aucun recours contre le jugement dans le délai de huit jours à partir de la publication du jugement, il serait indiscutable, selon notre droit, que cette déclaration de faillite deviendrait ferme et qu'en conséquence seraient maintenus le dessaisissement *ope legis* du failli et la déchéance qui interdit au failli d'administrer ses biens (art. 878 du code de commerce).

Cependant, même dans ces conditions-là, il n'y aurait pas situation irréversible, puisque, au cas où le failli aurait été empêché de former recours contre le jugement parce qu'il n'aurait pas été informé de la déclaration de faillite, du fait d'intrigues ou d'arguties procédurales de ses créanciers, il pourrait interjeter recours en revision et obtenir, le moment venu, la nullité du jugement; il pourrait même, avant qu'il soit statué sur ce recours, demander que soit suspendue l'exécution de la déclaration de faillite, en versant un cautionnement. Et s'il n'y avait pas eu d'intrigue dirigée contre lui, mais que, pour quelque autre raison, le failli n'ait pas eu connaissance du jugement déclaratif, il pourrait toujours faire usage du recours en audience accordée au défaillant, ainsi que l'a déjà indiqué le Gouvernement espagnol lors des exceptions préliminaires de 1963 (II, p. 253).

J'espère que la présente réponse à la question posée par M. le juge

sir Gerald Fitzmaurice, pourra être suffisante. Bien entendu, si elle ne l'était pas, je demeure toujours à l'entière disposition de la Cour.

Je reviens maintenant, Monsieur le Président, à l'autre question posée par M. le juge sir Gerald Fitzmaurice, à l'audience du 27 mai (*supra*, p. 116).

Je demande respectueusement l'indulgence de la Cour pour les imperfections de ma lecture en langue anglaise.

In the absence of Sir Humphrey Waldock who expresses his regret that he is detained in Geneva by his duties as *rapporteur* to the I.L.C., I have to read myself the reply that has been drafted to the question asked by Sir Gerald Fitzmaurice in the course of the hearing of 27 May (*supra*, p. 116). This reply supplements the interim explanation, previously made by Sir Humphrey Waldock in the course of the hearing on 28 May (*supra*, p. 146), and has been prepared in consultation with experts from the Ministry of Finance of my delegation. I would also mention that we have considered it to be appropriate to reply to these questions at this point in the proceedings as we consider that our reply is particularly relevant to the arguments that are about to be presented to the Court by Professor Sureda.

For practical reasons we propose to reply to Sir Gerald Fitzmaurice's questions in a slightly different order from that in which they were asked, but which I trust will deal with them fully.

Firstly: how did the creation of International Utilities help Barcelona Traction to evade the provisions of the Royal Decree of 14 June 1921, relating to concessions?

Secondly: why was it advantageous for Ebro to transfer its profits to Barcelona Traction by way of interest on bonds and debts rather than by paying dividends on its shares?

So far as the first point is concerned, the creation of the International Utilities company was never directly related to the fact that Barcelona Traction evaded the regulations controlling the tenure of concessions. International Utilities never held any concessions on behalf of Barcelona Traction. It is important to make it clear that the decree of 1921 did not relate to the concessions that had been acquired prior to that date whether by Ebro itself or any other foreign company. Therefore, so far as these concessions were concerned the question did not arise of having to conceal the presence of foreign interests. In any event, the presence of foreign interests in the Ebro company was well known in Spain. It is for this reason that the presence of Mr. Lawton and Mr. Hubbard was regarded as entirely normal by the authorities there.

Thus possible advantages arising from the management's evasions did not materialize until the purchase of new concessions was being negotiated.

Sir Humphrey Waldock had occasion to speak in the course of his pleading of certain of the most striking examples of these evasions which have shown the extent to which the directors of the undertaking were afraid that the Spanish authorities would discover the true relationship that existed between Barcelona Traction, Ebro and the other Spanish subsidiaries actually acquiring the new concessions. One of the methods used to conceal the presence of foreign interest was the Arnús-Gari Bank. At a later date Barcelona Traction created a new company "Saltos de Cataluna" (Rej., VI, p. 46), in order to avoid the authorities discovering that it was effectively acquiring these concessions for its own account.

Therefore, the creation of International Utilities did not play a direct role in implementing the transactions that were aimed towards concealing the presence of foreign interests in new concessions acquired on behalf of Barcelona Traction.

It is now appropriate to consider the second point relating to the transfer of profits of Ebro in the form of interest paid to its creditors rather than dividends paid on its share capital. This question has been considered in the reports of the experts of the Spanish Ministry of Finance which have been attached to the Rejoinder as Annex No. 1.

As Sir Humphrey Waldock has already pointed out, the creation of International Utilities was primarily motivated by the desire of the directors to evade tax on company profits assessed under the third schedule. This tax was the most significant tax to which the companies operating in Spain were liable at that time.

Amounts paid by way of dividends to shareholders were never an allowable deduction in arriving at the profits assessable to this tax. In contrast, in the period before the new tax legislation enacted in 1920 came into force (Act 29 April 1920) the interest that a company paid to its bondholders or to other creditors was an allowable deduction in arriving at the taxable profits for the purpose of this schedule. However, the Act of 1920 introduced a new and important rule. This was that interest effectively payable to a foreign parent company, or any other comparable device that would have enabled the profits taxed in Spain to be reduced was, for tax purposes, treated as if it were a dividend, that is to say that it was not an allowable deduction in arriving at the profits upon which company tax was assessed.

In accordance with the provisions of the second schedule and, as appreciated by Judge Sir Gerald Fitzmaurice, tax was also due in respect of interest payable (whether deducted from it or not) although for Ebro in 1922 at a lower rate than in respect of dividends, and this tax was eventually paid by Ebro. It must be emphasized that the taxation payable in respect of either dividends or interest under the second schedule (remuneration of capital) was independent from that payable on the underlying profits under the third schedule.

It is now relevant to discuss the application of these rules to the case of Ebro, Barcelona Traction and International Utilities.

Firstly, in order to remove any possible misunderstanding it should be made clear that Ebro-Barcelona never, in fact, transferred profits to Ebro-Toronto; no consideration, therefore, requires to be given to this possibility.

In practice, the two principal methods by which profits were normally extracted by Barcelona Traction from Ebro were via the Ebro General Mortgage bonds entirely owned beneficially by Barcelona Traction, and the International Utilities current account.

The status that Barcelona Traction had as the foreign parent company of Ebro would therefore have required Ebro, once the Act of 1920 had come into force, to include in its computation of taxable profits the amounts that were effectively payable to Barcelona Traction by way of interest.

It was the desire to avoid this taxation liability that led to the creation of International Utilities (IV, C.M., p. 75 and A.C.M., Chap. I, Ann. 93). This company played an important role in concealing the presence or participation of Barcelona Traction in Spain and thus avoiding the diffi-

culties that would have resulted from the application of the new fiscal legislation in Spain relating to company profits.

International Utilities was constituted with an authorized capital of \$100,000 which was only actually issued to the extent of \$10,000. Nevertheless, Ebro's liabilities owing to Barcelona Traction on current account were transferred by Barcelona Traction to International Utilities to the extent of some £7 million, nearly \$35 million.

As all the share capital and bonded debt of Ebro, as well as the control of International Utilities, was in the hands of Barcelona Traction, International Utilities was nothing but an accounting technique to make it seem that amounts originally and effectively owed to Barcelona Traction by its principal subsidiary in Spain appeared, so far as the books in Spain were concerned, to be owed on current account to an independent finance company.

In addition, the creation of International Utilities had the important result of removing the name of Barcelona Traction from the balance-sheets and from the account books of Ebro in Spain as Ebro's debts subsequently appeared to be payable not to Barcelona Traction but rather to International Utilities.

The bonds of Ebro were denominated as to principal and interest in pounds sterling; they were thus shown as liabilities in the accounts of Ebro in Spain in sterling and interest was payable in sterling at the offices of Ebro in Barcelona. The directors of the undertaking always informed the Spanish authorities that they did not know the identity of the holders of the bonds of Ebro; on a number of occasions after 1931 they even went so far as to present the coupons for encashment in Barcelona in the name of companies other than Barcelona Traction. These companies then even registered a protest before a notary as a result of the default in payment in pounds sterling (A.C.M., Chap. I, Ann. 762).

In addition, they had recourse to extremely complex manœuvres to ensure that the Spanish authorities could not prove that the profits made by the undertaking in Spain were in reality transferred to Barcelona Traction. Had the authorities been able to prove this, heavy additional taxation would have been payable.

Furthermore, before International Utilities was formed, Ebro concealed its character as a subsidiary of Barcelona Traction from the Spanish authorities. In this connection, it held out that National Trust was the holder of the majority of its shares and as a result of this untrue statement the company continued after 1920 to deduct from the profits that it declared for the purposes of corporate tax the interest effectively paid to Barcelona Traction in respect of the debts due on current account. The risk inherent in this procedure was one of the principal reasons that motivated the creation of International Utilities. When Ebro's debts were transferred from Barcelona Traction to International Utilities, the interest thereon appeared to be paid to an independent company whose links with Barcelona Traction were not disclosed. Thus, even if the fiscal authorities had succeeded in proving that Ebro was legally a subsidiary of Barcelona Traction, Ebro could nevertheless have continued to deduct from the profits that were assessed to corporate taxation, the interest transferred to Barcelona Traction via International Utilities.

In this way Ebro succeeded in almost completely evading taxation in Spain on the profits that it obtained in Spanish territory. So far as interest on bonds was concerned, the mechanism consisted of concealing

the fact that these bonds were, in reality, owned by Barcelona Traction. With regard to interest on the current account, the mechanism consisted of concealing the fact that International Utilities was nothing more than a screen interposed between Barcelona Traction and Ebro in Spain.

In order to appreciate the over-all effect of these dissimulations, it is also necessary to have regard to the tax levied on the distribution of income, that is, remuneration of capital under the second schedule. Under the regulations relating to this tax, the rate of tax applicable in 1922 was higher in the case of dividends than it was in the case of interest.

Thus, to recapitulate—if Ebro had transferred profits to Barcelona Traction in the form of dividends, the former would have had to pay corporate tax on the underlying profits (third schedule), in addition to taxes on remuneration of capital (second schedule). By effectively transferring profits in the form of interest, by means of the devices referred to above, Ebro paid only taxes on the remuneration of capital and evaded the payment of taxes on profits.

In order that the Court may fully appreciate the quantitative significance of the taxation frauds involved, we have drawn up a simple example based on the structure of Ebro which relates to the tax rates in force during 1922, that is to say the year when International Utilities was created.

We have considered three possible situations, as follows:

(a) If Ebro had earned a profit of 100 which was available for distribution to Barcelona Traction and if this had been done in the form of dividends, the company would have had to pay the following taxes:

First, tax on profits at a rate of approximately 14.75 per cent., i.e.	14.75
Second, tax on dividends at a rate of 17.25 per cent. of 85.25 (100 - 14.75), i.e.	14.70
Total	<u>29.45</u>

Of course this situation never actually arose.

(b) If Ebro had available for transfer to Barcelona Traction the same profit and declared to the authorities that it was a profit flowing by way of interest from a subsidiary company to a foreign parent company, the taxes payable would have been as follows:

by way of tax on profits, at a rate of approximately 14.75 per cent., i.e.	14.75
by way of tax on interest, at a rate of 5.75 per cent., i.e.	5.75
Total	<u>20.50</u>

This situation did not, in fact, ever occur.

(c) Finally, if Ebro had obtained the same profit of 100, which it transferred to Barcelona Traction as interest, but concealed the fact that Ebro was both the debtor and the subsidiary of Barcelona Traction, tax would only have been levied as follows:

by way of tax on profits	0
by way of tax on interest at the rate of 5.75 per cent., i.e.	5.75
Total	<u>5.75</u>

This is, of course, the situation that actually arose in practice.

It is also important to mention that the amount of tax involved in respect of corporate profits increased substantially between 1922 and 1947 as a result of the rate at which tax was payable increasing from approximately 14.75 per cent. in 1922 to 32 per cent. in 1947, and the report submitted by the experts of the Spanish Ministry of Finance (A.Rej., No. 1A, table 28) shows that largely as a result of the frauds discussed above, national taxes evaded by Ebro increased from nearly 2 million pesetas in 1922 to over 22 million pesetas in 1947.

In conclusion, I would mention that the experts of my delegation are always at the disposal of the Court for any further clarification that the Court might require. I would also like to thank Sir Gerald Fitzmaurice for asking a question that has, I hope, clarified an important and complex issue.

The Court adjourned from 4.35 p.m. to 4.55 p.m.

PLAIDOIRIE DE M. SUREDA¹

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. SUREDA: Monsieur le Président, Messieurs les juges, la matière que j'ai l'honneur d'exposer à la Cour porte sur la situation économique et financière de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne au 12 février 1948 et au moment de la vente aux enchères publiques qui eut lieu le 4 janvier 1952 à un prix réel minimum de 1 110 000 000 de pesetas.

La thèse que les conseils du Gouvernement belge ont avancée à maintes reprises, par écrit et oralement, devant la Cour, est qu'au début de 1948 la Barcelona Traction était « en pleine prospérité » et qu'il s'agissait « d'une entreprise saine, solvable, tout à fait viable et rentable » (VIII, p. 110).

Pour nos adversaires, cette thèse repose sur l'analyse détaillée de cette situation financière, à laquelle les experts consultés par le Gouvernement belge ont procédé récemment (VIII, p. 110).

Les conclusions, que le Gouvernement belge prétend tirer de ce tableau d'une prospérité qui n'existait pas, vont dans trois directions: premièrement, la faillite de Barcelona Traction aurait été non seulement illégale, mais artificielle, en raison de la solvabilité intrinsèque de l'entreprise. Deuxièmement, le prix réel minimum de 1 110 000 000 de pesetas fut un prix vil ou scandaleux. Et, troisièmement, le préjudice causé aux actionnaires de Barcelona Traction par suite de la déclaration de faillite serait de 88,6 millions de dollars, chiffre qui représenterait la partie de la valeur de l'entreprise en Espagne au 12 février 1948, revenant au capital-actions de Barcelona Traction, déduction faite des charges ou dettes qui grevaient l'affaire.

Le contre-mémoire du Gouvernement espagnol avait, en son temps, formulé l'objection que l'image de l'entreprise financièrement saine, présentée par la requête et le mémoire avec une certaine insouciance en ce qui concerne les moyens de preuve, était totalement invraisemblable, compte tenu de l'histoire financière de l'entreprise de 1911 à 1948.

Il est trois faits indiscutables, Monsieur le Président, Messieurs les juges, qui frappent immédiatement quiconque se penche sur les documents qui relatent cette histoire.

Le premier concerne la série de réorganisations ou « arrangements » sur lesquels on a insisté au début de la présentation de l'affaire par le Gouvernement espagnol, les 20 et 21 mai (*supra*, p. 13-14 et 32-35). Celles-ci visaient d'une part le capital-obligations de Barcelona Traction et, d'autre part, le capital-actions initial et se chiffraient, rien qu'en pertes de capital, sans tenir compte des intérêts, à 4 millions de livres sterling pour les seuls obligataires (A.D., vol. I, n° 2, p. 374 et suiv.).

L'étude des pratiques financières qui furent mises en œuvre lors de la fondation de Barcelona Traction a révélé que les difficultés, auxquelles s'était heurtée l'entreprise tout au long de sa vie, avaient pour origine l'utilisation de méthodes semblables à celles étudiées en détail par la United States Federal Trade Commission dans les années trente (D., VI, nos 24-26, p. 34-37).

¹ Plaidoirie prononcée en langue espagnole (voir ci-dessus p. 19).

Cette constitution viciée de l'entreprise eut pour conséquence les deux tristes réalités que la Cour connaît bien. La première est que Barcelona Traction a été constituée avec un capital-actions de 25 millions de dollars, consistant en concessions et projets sans apport d'argent ; la deuxième est qu'au cours des cinq premières années d'activité, alors que les activités industrielles avaient à peine commencé, Barcelona Traction avait accumulé une lourde, une énorme dette de 10,5 millions de livres environ, dont une part substantielle avait abouti, par divers chemins, entre les mains des promoteurs eux-mêmes. Aussi peut-on dire et répéter que Barcelona Traction était née en état de faillite latente.

Pour passer outre à cette réalité, qui s'impose par la force indiscutable des faits, le Gouvernement belge suit une voie aisée pour lui bien qu'inefficace ; il rejette purement et simplement ces faits comme appartenant à une « préhistoire » antérieure à la fondation de Sidro ; ou il considère comme établi que les effets de la faillite latente, pour ainsi dire congénitale, avaient disparu au 12 février 1948 (VIII, p. 11 et 12, III et 463).

Il est toutefois notoire qu'en dépit de nombreuses réorganisations financières et de la perte de capital subie par les obligataires, Barcelona Traction traînait toujours une dette équivalant, en principal et en intérêts arriérés, à environ 6 300 000 livres sterling, sans compter une dette en pesetas de quelque 88 millions au total, en date du 11 février 1948, c'est-à-dire à la veille de la faillite. Il est également vrai que cette dette en livres sterling et une partie de la dette en pesetas pendant en 1948 provenaient des obligations créés en livres sterling en 1911 ainsi qu'en 1924, c'est-à-dire après la création de Sidro. Cela revient à dire que les faits « préhistoriques » produisaient leurs effets à l'époque contemporaine de la faillite et que leur trace n'avait pas disparu.

Je ne crois pas non plus que l'on puisse situer dans la préhistoire le fait que les demandeurs à la faillite avaient qualité pour la demander en tant que détenteurs à ce moment-là d'un certain nombre d'obligations créées en 1911 et qu'ils avaient achetées à une personne qui était obligataire pratiquement depuis la fondation de la société.

J'en viens maintenant aux deux autres faits indiscutables de l'histoire de la société. L'un d'eux est qu'au jour de la déclaration de la faillite il y avait plus de onze ans que Barcelona Traction n'honorait pas les obligations qu'elle avait contractées en livres sterling. L'autre est que, le 13 juillet 1945, un juge de la Cour suprême d'Ontario avait rendu une décision qui autorisait Barcelona Traction à convoquer les assemblées des obligataires en livres sterling, afin de leur soumettre un plan d'arrangement, conformément au *Companies Creditors Arrangement Act* du Canada. Les termes de cette loi impliquent la « faillite » ou l'« insolvabilité » de la société qui faisait pareille demande. Aussi, pour obtenir l'autorisation demandée, Barcelona Traction dut-elle invoquer, devant les tribunaux canadiens, son état de « faillite » ou d'« insolvabilité » (C.M., IV, nos 205-206, p. 111-112). En outre, les conditions de ce plan d'arrangement, projeté en 1945, étaient analogues aux réorganisations ou arrangements financiers précédents et comportaient, par conséquent, un important sacrifice des droits des obligataires, largement supérieur à 2 millions de livres sterling (C.M., IV, nos 226-229, p. 118-119).

Ces deux derniers aspects de l'histoire financière de Barcelona Traction semblent avoir plus sérieusement inquiété la Partie adverse. Dès la première audience, les conseils du Gouvernement demandeur se sont vus contraints d'admettre que cette entreprise, si saine et florissante qu'était

Barcelona Traction, s'est débattue dans une « asphyxie financière » (VIII, p. 18) entre 1939 et 1948, année de la faillite.

La thèse du Gouvernement belge est que cette asphyxie ne modifie en rien le caractère « artificiel » de la déclaration de faillite. Pour la soutenir, ses défenseurs ont imaginé la tâche, plutôt délicate, de montrer que la situation prétendument florissante de Barcelona Traction était compatible avec onze années de manquement aux obligations et avec le plan d'arrangement de 1945.

M^e Rolin a rappelé à la Cour que la structure de Barcelona Traction était telle que, d'une part, les recettes de l'entreprise provenaient des filiales qui fonctionnaient en Espagne — et qui, par conséquent, gagnaient des pesetas — et que, d'autre part, ces recettes en pesetas étaient indispensables pour assurer le service des dettes contractées en livres sterling (VIII, p. 14). Pour le conseil du Gouvernement belge, cette structure rendait l'entreprise vulnérable à certaines circonstances extérieures qui entravaient le transfert de fonds de l'Espagne au Canada et qui se résu- maient en ce que l'on peut appeler l'accident involontaire de la pénurie de devises. Si nous en croyons les conseils du Gouvernement belge, telle était la seule origine de l'asphyxie financière dans laquelle Barcelona Traction se débattait à partir de 1939.

Mais il existait une autre cause de vulnérabilité que M^e Van Ryn a qualifiée d'« accident volontaire » (VIII, p. 112), à savoir la mauvaise volonté des autorités espagnoles chargées du contrôle des changes. Cette mauvaise volonté se serait traduite à l'occasion des autorisations demandées pour l'exécution du plan d'arrangement de 1945 et, tout particulièrement, lors de la modalité de financement proposée en octobre et en décembre 1946. D'après le Gouvernement belge, cette mauvaise volonté est la seule cause pour laquelle l'asphyxie de Barcelona Traction s'est prolongée jusqu'au 12 février 1948.

Pour le Gouvernement belge, Monsieur le Président, Messieurs les juges, le plan d'arrangement de 1945, qui devait clore la série de réorganisations financières grâce auxquelles Barcelona Traction liquidait aux dépens des obligataires les dettes en livres sterling créées en 1911 et en 1924, n'était qu'une tentative bien intentionnée d'échapper à une asphyxie produite par la pénurie des devises.

Le fait que Barcelona Traction ait invoqué en Ontario son état de faillite ou d'insolvabilité n'a pas la moindre importance pour nos contradicteurs (A.R., vol. I, n^o 31, doc. 2, p. 114). Il s'agissait — disent-ils — d'une faillite ou insolvabilité au sens technique que revêtent ces termes.

J'entrevois mal ce que pourrait être une faillite ou une insolvabilité qui ne revêtirait pas un sens technique.

Quant aux sacrifices que le fameux plan d'arrangement représentait pour les obligataires, le Gouvernement belge s'estime satisfait en ajoutant à la réplique quelques spéculations arithmétiques fantaisistes sur la valeur de la contrepartie que devaient recevoir ces obligataires (A.R., vol. II, n^o 85, p. 435-441). Comme on pouvait s'y attendre, les conseils du Gouvernement belge n'ont pas jugé bon de faire allusion à cette question lors de la phase orale actuelle de la procédure. Il leur eût fallu citer le fait consigné dans la duplique et rappelé il y a quelques jours par le professeur Reuter, que National Trust avait, en décembre 1945, calculé la perte des obligataires à partir de données semblables à celles qui furent utilisées pour les calculs du contre-mémoire (*supra*, p. 205) et qu'en décembre 1946, dans la lettre qu'il adressait au ministre espagnol

M. Suanzes, le président de Barcelona Traction estimait que l'importance des sacrifices que les obligataires étaient disposés à accepter donnait « une mesure de leurs craintes » (A.C.M., vol. VI, n° 6, doc. 2, p. 332).

En somme, Monsieur le Président, Messieurs les juges, pour les conseils qui sont assis de l'autre côté de la barre, la faillite avouée en Ontario n'était que technique; l'asphyxie répondait à des causes étrangères à la volonté de l'entreprise; aucun sacrifice n'était imposé aux obligataires; la faillite ordonnée en Espagne était artificielle; mais le préjudice causé aux actionnaires était, par contre, une réalité de chair et de sang. Jamais des arguments aussi audacieux n'ont été élaborés sur la base de faits aussi erronés!

Mon collègue, le professeur Reuter, a montré à la Cour que la cessation des paiements de Barcelona Traction ne trouve pas son origine dans la pénurie de devises et ne s'est pas prolongée jusqu'en 1948 pour des raisons imputables aux autorités administratives espagnoles (*supra*, p. 190 et suiv.).

Le professeur Uría a signalé, de son côté, que la notion d'insolvabilité, telle que l'interprètent les conseils du Gouvernement belge, ne joue pas dans le système juridique espagnol le rôle qu'on a sans aucun fondement voulu lui attribuer (*supra*, p. 255 et suiv.).

Il m'appartient maintenant de montrer que la preuve fournie par le Gouvernement espagnol, documents à l'appui, confirme l'invraisemblance et l'inexactitude de l'image de cette Barcelona Traction saine et prospère, sur laquelle se fondent les arguments du Gouvernement belge. Ces documents montrent que la structure de Barcelona Traction, issue du comportement financier léger de l'entreprise dans sa préhistoire — pour ne pas appliquer une autre épithète qui, quoique plus dure, ne serait pas moins exacte — est la cause véritable de la dégradation progressive de 1939 à 1948 de la situation économique et financière de l'entreprise; celle-ci a abouti à la conséquence inévitable qu'est la faillite. Ces documents révèlent également que les administrateurs de l'entreprise étaient pleinement conscients des causes profondes et véritables de l'asphyxie, à tel point que dès mars 1940 — avant même que la première demande de devises ait été formulée en avril de la même année — ils ont préparé les grandes lignes d'une réorganisation financière qui comportait une rectification complète de la structure de l'entreprise. Le plan d'arrangement de 1945 était une étape préalable et indispensable de cette réorganisation.

Il me faudra également montrer que les arguments comptables par lesquels les conseils du Gouvernement belge ont prétendu prouver la solvabilité intrinsèque de Barcelona Traction, lors de la faillite, sont dépourvus de toute valeur; et je devrai, en même temps, résumer les données qui traduisent la situation difficile dans laquelle Barcelona Traction se trouvait en février 1948. Cette situation s'est prolongée jusqu'en 1951 en raison de la structure de l'entreprise et a obligé les syndics, comme l'a indiqué mon collègue, le professeur Carreras (*supra*, p. 358), à procéder à la vente de l'entreprise.

Il m'appartiendra aussi de montrer le manque de fondement des affirmations de la Partie adverse selon lesquelles le prix réel minimum de 1 110 000 000 de pesetas fut un prix « vil » — « une croûte de pain », pour reprendre l'expression aussi imagée qu'excessive de M^e Grégoire (VIII, p. 328 et 361) — et de prouver également l'absence de préjudice causé aux actionnaires.

I. *Les moyens de preuve*

Avant d'aborder l'examen des causes véritables de l'asphyxie dans laquelle *Barcelona Traction* s'est débattue au cours de la période 1939-1948, j'estime de mon devoir, Monsieur le Président, Messieurs les juges, de commenter l'attitude du Gouvernement demandeur à l'égard des preuves avancées en ce qui concerne l'allégation que le prix aurait été vil et que les actionnaires auraient subi un prétendu préjudice.

Cette tâche préliminaire suppose une revision sommaire des éléments dont dispose la Cour pour se forger une opinion sur les deux problèmes qu'a posés la requête belge en ce qui concerne la valeur de l'entreprise de *Barcelona Traction* en Espagne.

Cette revision me semble indispensable, Monsieur le Président, car M^c Lauterpacht, le conseil du Gouvernement belge, a soutenu, au cours des audiences des 8 et 9 mai, que la Cour ne dispose pratiquement que de la « *substantial Annex, n° 282* » qui sert de fondement au texte « relativement bref » du mémoire belge qui traite du montant du préjudice (VIII, p. 465 et 485). M^c Lauterpacht ajoute que ce manque d'éléments à la disposition de la Cour ne saurait être imputé à l'Etat demandeur qui, en fin de compte, est celui qui a présenté les seuls éléments disponibles, à savoir la note de Sidro qui constitue l'importante annexe 282 au mémoire (VIII, p. 485) ; le manque d'éléments concernant l'évaluation devrait être imputé soit au Gouvernement espagnol qui « a délibérément laissé passer les deux occasions qu'il a eues de démontrer les inexactitudes éventuelles » dans les chiffres soumis par le Gouvernement belge dans la note de Sidro (VIII, p. 483), soit pourrait être inhérent à la situation, en raison du laps de temps considérable qui s'est écoulé depuis la date du préjudice et du fait des immenses transformations qui ont eu lieu dans la structure de l'entreprise depuis 1948, et en particulier depuis la vente à Fecsa en 1952 (VIII, p. 485).

La position du Gouvernement belge est dès lors, Monsieur le Président, sans équivoque ; il a fait, de son côté, tout ce qu'il pouvait. Bien plus, il a agi de la seule façon possible qui était, semble-t-il, de présenter la note de Sidro en annexe à son mémoire et de fonder sur elle tous ses arguments. Je signalerai au passage que cette annexe au mémoire, dite « substantielle », traite de l'importante affaire de l'évaluation de la valeur de l'entreprise en Espagne et de la partie de cette valeur qui correspond au capital-actions de *Barcelona Traction* en deux pages et demie (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1080-1082). Moins on en dira, mieux cela vaudra !

Ce n'est toutefois pas sur les dimensions matérielles de cette annexe au mémoire que je désire attirer l'attention de la Cour, mais bien sur l'absence totale de consistance, dans la perspective d'une évaluation, d'une annexe qui repose sur des opinions d'ingénieurs au sujet du coût de la construction de nouvelles centrales en Espagne en 1946, préparée à des fins autres que celles d'une évaluation. La note de Sidro prend ainsi en considération des coûts de remplacement arbitraires de toute une série d'installations d'âges très divers, dans certains cas d'un âge vénérable et, par conséquent, connaissant des degrés d'obsolescence différents qui, dans certains cas, leur donnaient une valeur totalement insignifiante. Cette absence de substance est ce qui doit assurément inquiéter la Cour, que je me permets de renvoyer à l'analyse de la note de Sidro qui contient le rapport sur l'estimation de M^m. Peat, Marwick, Mitchell & Co., communiqué en annexe à la duplique (A.D., vol. I, n° 3, p. 443 à 448).

Je dois en outre signaler que la note ne renferme pas les devis et les évaluations des prix de revient qui, dit-on, constituent le point de départ du calcul. Mais ce détail est naturellement sans importance puisque, d'après la note de Sidro, il s'agit également d'un calcul « dont le sérieux n'est pas contestable » (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1081).

Pour le Gouvernement belge, les affirmations de Sidro étant des axiomes, elles ne demandent pas à être justifiées. C'est pourquoi il prie la Cour de se fier à la parole de Sidro et non pas uniquement au sérieux du calcul qui sert de point de départ à l'évaluation. La Cour doit accepter comme étant juste, parce que Sidro l'a dite raisonnable, une « majoration de 15 pour cent à titre d'intérêts intercalaires, frais d'étude, frais généraux, etc. » (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1081); cette « majoration », Monsieur le Président, se monte à 360 millions de pesetas. Il faut également accepter, sans autre discussion, une marge de 200 millions de pesetas, car on sait bien que les prix réels des travaux sont toujours supérieurs à ceux qui sont prévus dans les devis. Ces « majorations » ou arrondissements représentent une augmentation d'environ un quart ou un cinquième de l'estimation de base. Lorsqu'il s'agit des déductions, le calcul de Sidro traduit le même manque de sérieux : sans aucune donnée sur la dépréciation effective des actifs que l'on dit évaluer, la note propose une réduction d'un tiers à titre de dépréciation ; à propos des coefficients d'obsolescence qu'il faudrait appliquer aux diverses installations — problème qu'aucun expert en évaluation de prix de remplacement ne manquerait de poser —, la note de Sidro ne fait pas la moindre allusion à la question. La Cour observera que la somme coquette en pesetas ne peut qu'être en harmonie avec le peu de sérieux des données de base du calcul. Mais nous aurons d'autres surprises ; il faut encore accepter, enfin, la conversion en dollars de ce montant en pesetas par application d'un taux de change arbitraire peseta-dollar, que Sidro justifie en disant qu'autrement « on arriverait à une valeur de 181 000 000 de dollars pour l'entreprise, ce qui paraît exagéré » (*ibid.*, p. 1082).

Il suffirait, Monsieur le Président, pour justifier le point de vue du Gouvernement espagnol, de reprendre la mention incomplète qu'en a faite M. Lauterpacht. Selon ce conseil belge, le contre-mémoire aurait invoqué notamment deux arguments, à savoir que la note de Sidro était un calcul effectué par une partie privée sur la base de considérations fantaisistes qui ne s'appuyaient sur aucun système objectif et que, d'autre part, l'évaluation établie par Soronellas en 1951 était une évaluation d'expert, opérée dans des conditions qui réunissaient les garanties adéquates (VIII, p. 465). Le rapport d'expertise Soronellas a été joint au contre-mémoire, dans les annexes duquel il occupe les pages 375 à 395 du volume VIII. L'évaluation établie par cet expert est confirmée par référence à la rentabilité de l'entreprise, à la différence de l'évaluation de Sidro qui, dépourvue de toute base réelle, flotte dans le royaume des chimères.

Je donnerai de ce point une illustration en me référant, de façon précise, aux bénéfices qu'a réalisés l'entreprise en Espagne en 1951, année à laquelle le Gouvernement belge semble attribuer une grande importance. Ces bénéfices-là, si l'on prend pour base l'évaluation de 111 millions de pesetas établie par les experts qu'a consultés le Gouvernement belge et qui contient de graves erreurs sur lesquelles je reviendrai (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, par. 232), équivaldraient, convertis au taux de change approximatif de cette année-là, à une somme de 2 750 000 dollars USA. Les conseils du Gouvernement belge font valoir qu'il est

inconcevable que la valeur de l'entreprise puisse avoir diminué entre 1948 et 1951 et révèlent que, selon Sidro, la valeur de l'entreprise en Espagne aurait été, en 1948, considérée comme un *going concern* de 116 millions de dollars, avant de déduire la dette obligataire de Barcelona Traction. Les bénéfices de 1951, rapprochés de cette valeur affirmée par Sidro, équivaldraient à un rendement dépassant légèrement 2 pour cent et seraient légèrement supérieurs à 1 pour cent après la rectification des erreurs que je viens de mentionner. Les conseils du Gouvernement belge prétendent-ils que ce rendement puisse être autre chose qu'une absurdité économique et que, par conséquent, il faut que ce soit aussi une absurdité que la valeur de l'entreprise que l'on obtient en appliquant la méthode de Sidro?

Le Gouvernement belge a pu apprécier la force des objections opposées par le contre-mémoire à la note de Sidro. Puisque le Gouvernement espagnol avait rejeté l'évaluation opérée par Sidro, pour la raison que cette évaluation n'était pas confirmée par une méthode d'évaluation objective, il semble qu'il eût été indispensable de la soumettre à une vérification, qu'auraient opérée soit les experts mêmes de l'Etat belge, soit des experts indépendants. Or, la Partie adverse n'a rien fait de tel; elle a trouvé plus commode de s'employer, dans la réplique, à discréditer l'évaluation de Soronellas.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol a cru opportun de soumettre l'affaire à l'appréciation critique d'experts qui, grâce à leur indépendance professionnelle, offraient la possibilité de se procurer sur ladite affaire une opinion impartiale. Comme le sait la Cour, le Gouvernement espagnol s'est adressé à la firme d'experts comptables MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., à laquelle le Gouvernement britannique avait fait confiance pour désigner l'expert britannique de la commission internationale constituée en 1950. Le travail d'expertise de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. a pris la forme des deux importants rapports qui occupent les pages 305 à 461 du volume I des annexes à la duplique; la Cour n'aura pas manqué d'apprécier l'impartialité de ces rapports; il sied de préciser que, comme il est dit dans la duplique (VII, n° 12, p. 31), ces deux rapports avaient été initialement demandés à l'intention des conseils du Gouvernement espagnol. Toutefois, après en avoir pris connaissance, le Gouvernement espagnol a estimé que l'un et l'autre rapport pourraient rendre des services à la Cour et il a reçu l'autorisation de les publier intégralement.

La procédure écrite était close. Les seuls éléments « techniques » sur lesquels le Gouvernement belge pouvait s'appuyer étaient la note de Sidro et les attaques gratuites adressées par la réplique à l'évaluation Soronellas. Ce qu'il en subsistait, après la réfutation de la duplique, était si peu de chose, Monsieur le Président, que le Gouvernement belge, qui n'avait pas cru nécessaire de disposer d'un rapport d'expertise dans la procédure écrite, a présenté à la dernière minute les rapports que connaît la Cour.

Je ne m'arrêterai pas, pour le moment, pour parler de leur contenu; pour en estimer la valeur, la Cour peut se reporter au nouveau rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., que le Gouvernement espagnol a versé aux pièces (nouv. doc. 1960, vol. I). Je tiens simplement à indiquer que les rapports qu'a déposés le Gouvernement belge paraissent, une fois de plus, répondre à l'intention d'obscurcir les choses et non pas d'apporter aux débats une appréciation objective. Il ne sera pas superflu,

à cet égard, de formuler une brève remarque qui mettra en évidence quelles méthodes applique la Partie adverse en une matière si délicate.

Le rapport adressé à l'agent du Gouvernement belge porte la signature de deux techniciens des questions d'électricité; l'autre rapport, adressé à Sidro et rédigé à la demande de Sidro, a, pour lui, le nom d'une firme d'experts comptables de réputation internationale, MM. Arthur Andersen & Co., lesquels, au paragraphe 3 de leur rapport, définissent la portée de leur travail d'une façon qui ne laisse pas place au moindre doute: Sidro ne semble pas avoir cru nécessaire de donner à MM. Arthur Andersen & Co. — qui sont des *certified public accountants* dûment reconnus — accès aux comptes et relevés financiers de Barcelona Traction et d'Ebro; de sorte que cette firme a été contrainte d'émettre son avis avec les réserves appropriées en fonction de ce qu'il est possible de déduire de deux sections du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (A.D., vol. I, n° 2, p. 379 à 418). En présence d'un tel manque de sources de renseignements directs, MM. Arthur Andersen & Co. ont assumé, néanmoins, la tâche de reconstituer, sans vérification, certains états financiers du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. et ils ont cru possible de suggérer certaines comparaisons, qu'ils tiennent quant à eux pour favorables, entre la situation de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne en 1947 et les chiffres combinés de la quasi-totalité du secteur privé des entreprises d'électricité des Etats-Unis d'Amérique du Nord pour 1947, et pour une date postérieure de vingt ans. Comparaison n'est pas raison, Monsieur le Président, d'autant plus que, dans ce cas particulier, ces comparaisons-là n'ont pas le moindre sens.

Contrairement à ce qui se passe dans le cas du rapport de MM. Arthur Andersen & Co., le rapport des deux techniciens de l'électricité révèle que ces techniciens ont eu accès à la comptabilité et à d'autres renseignements d'ordre financier de l'entreprise de Barcelona Traction, qui leur ont été fournis par les anciens administrateurs de cette entreprise, lesquels, en outre, semble-t-il, ont répondu à diverses demandes de précisions et d'éclaircissements. D'autre part, le rapport des deux experts techniciens, avec l'aide du rapport de MM. Arthur Andersen & Co., fait des incursions dans le domaine de l'interprétation des données comptables, et j'espère pouvoir démontrer, à la satisfaction de la Cour, qu'ils sont fort loin de parvenir à une appréciation correcte de la situation de l'entreprise de Barcelona Traction telle qu'elle a évolué en Espagne jusqu'à février 1948, ainsi qu'il ressort des comptes et des relevés financiers de l'entreprise, correctement interprétés.

Les choses s'étant ainsi déroulées tout au long de la procédure écrite, Monsieur le Président, Messieurs les juges, je crois qu'il ne m'est pas possible de ne pas poser les questions suivantes: est-il logique de venir nous dire, au cours de la présente procédure orale, qu'en matière d'évaluation la Cour en est réduite à la substantielle annexe 282 du mémoire belge? De quelle logique s'inspire l'allégation selon laquelle l'Etat demandeur ne serait pas responsable de la prétendue pauvreté de la documentation relative à la valeur de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne? Au nom de quelle logique laisse-t-on entendre que le Gouvernement espagnol n'aurait pas contesté les chiffres de la note de Sidro, ce qui, aujourd'hui, l'empêcherait d'en discuter? Si, pour une fois, on me permet de parler dans la langue de la réplique, je demanderai: « Qui donc le Gouvernement belge espère-t-il abuser en ayant recours à de tels procédés? » (R., V, p. 24.)

2. *La situation économique et financière de Barcelona Traction, 1940-1948*

Je vais entreprendre maintenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, d'exposer les deux faits capitaux qui dominent l'existence financière de Barcelona Traction dans les années 1939 à 1948: d'une part, onze ans de cessation de paiements pour la dette en livres sterling et, d'autre part, le projet de plan d'arrangement de 1945, qui amputait gravement les sommes dues aux créanciers en livres sterling.

Mon premier point est que les administrateurs de Barcelona Traction — cela ressort des documents pertinents des années 1940-1948 — ne partageaient pas l'opinion que professe le Gouvernement belge, à savoir que l'entreprise aurait été une entreprise saine et rentable, dont la cessation des paiements aurait été due exclusivement à des circonstances extérieures à l'entreprise elle-même. Les administrateurs, bien au contraire, pensaient que l'entreprise était en proie à de très graves problèmes internes et, depuis 1940, ils estimaient qu'il était indispensable de les résoudre en réorganisant de fond en comble la structure et les mécanismes de l'entreprise, mis au point durant ce qu'on appelle la « préhistoire » de la société. Les documents dont je parle révèlent aussi que les administrateurs pensaient que les risques qu'avait assumés l'entreprise, à l'ère « pré-historique » en mettant au point des mécanismes conçus et utilisés aux fins de fraude, entravaient gravement sa liberté d'action pour affronter l'exécution d'un quelconque projet de réorganisation financière. C'est dire que la façade « pré-historique » de l'entreprise, qu'a si brillamment mise au grand jour mon collègue, sir Humphrey Waldock, constituait, entre 1940 et 1948, un très gros obstacle, quand il s'agissait de mener à bien les projets que l'entreprise avait besoin de réaliser pour pouvoir se développer sur des bases financièrement saines.

Depuis 1939, les administrateurs de Barcelona Traction avaient prévu le genre de difficultés auxquelles allait se heurter l'entreprise, au lendemain de la guerre civile. La circulaire du 17 juin 1939, qui annonçait que l'entreprise avait recouvré ses installations en Espagne, faisait état de l'impossibilité qu'il y avait de réunir des assemblées d'actionnaires et de formuler des propositions concernant les diverses émissions d'obligations dont le service financier se trouvait suspendu depuis 1936. Le conseil d'administration assurait que, dès que l'amélioration de la situation de l'entreprise s'affermirait sur des bases plus durables, elle pourrait s'adresser aux obligataires et aux actionnaires et leur proposer un plan destiné à faire face à la situation (C.M., IV, n° 147, p. 96).

Les obstacles créés par la seconde guerre mondiale eurent pour effet que les obligataires durent attendre jusqu'au 14 août 1945 pour que le conseil d'administration de Barcelona Traction leur soumit des propositions qui prirent la forme de ce qu'on appelle le plan d'arrangement de 1945 (A.C.M., vol. II, n° 113, doc. 1, p. 365).

Mais les administrateurs et les techniciens de Barcelona Traction, Monsieur le Président, n'avaient pas attendu jusqu'à cette date pour entreprendre l'étude de l'inévitable réorganisation financière de l'entreprise. Le 7 mars 1940, M. Hiernaux avait déjà rédigé une note intitulée « *Projet de réorganisation du groupe BTLP* ». C'est un document que commente le contre-mémoire (C.M., IV, nos 168-183, p. 101-105), dont a parlé mon collègue, le professeur Reuter, à l'audience du 29 mai (*supra*, p. 202), et sur lequel le Gouvernement belge a gardé le plus complet

silence. Il faut que je revienne sur cette note de 1940, parce qu'elle révèle, Monsieur le Président, les problèmes financiers dans lesquels se débattait Barcelona Traction tels que les voyaient en 1940 les administrateurs de la société ainsi que les solutions que ces administrateurs tenaient, depuis 1940, pour indispensables.

La note assigne à la réorganisation de l'entreprise trois buts qui répondent aux trois problèmes qui préoccupaient, en 1940, les administrateurs de Barcelona Traction.

Voyons successivement les buts à atteindre et les solutions que les administrateurs tenaient pour indispensables. D'abord les buts.

Premièrement: il faut éviter que Barcelona Traction ne puisse être placée sous un *receiver* par ses obligataires dans le cas où Ebro ne parviendrait pas à effectuer des transferts de fonds hors d'Espagne pendant une longue période, et où Barcelona Traction se trouverait en conséquence dans l'impossibilité de tenir ses engagements.

Deuxièmement: il faut éliminer progressivement le caractère exclusivement étranger de l'entreprise en Espagne, en situant au premier plan de l'organisation une société espagnole dans laquelle puissent être introduits des intérêts espagnols, soit en faisant appel à l'épargne espagnole, soit par vote de fusion avec d'autres sociétés espagnoles.

Troisièmement: il faut simplifier la complexe organisation existante, afin de faciliter les fusions avec d'autres sociétés espagnoles ou d'autres opérations analogues, lesquelles seraient fort difficiles dans l'état actuel de l'organisation.

Le principe dont s'inspire la solution proposée pour le premier problème — c'est-à-dire la solution propre à éviter la faillite de Barcelona Traction — est simple, Monsieur le Président: les administrateurs de Barcelona Traction estiment, en 1940, nécessaire de liquider la structure financière de l'entreprise telle qu'elle existait alors, et en vertu de laquelle Barcelona Traction, qui percevait ses recettes en pesetas, devait payer ses dettes en livres sterling. On lit dans la note de 1940 que la première idée qui vient à l'esprit de chacun est de faire en sorte que les détenteurs d'obligations en livres sterling acceptent de percevoir les intérêts et l'amortissement en pesetas, et cela à titre temporaire ou définitif.

Seulement, il y a à cela une grave objection et c'est là qu'apparaissent, pour la première fois, les entraves qu'apportait à la liberté d'action de l'entreprise le comportement antérieur qu'elle avait eu vis-à-vis des autorités. En effet, si la note du 7 mars 1940 écarte la solution mentionnée, ce n'est pas en raison des objections éventuelles d'obligataires en livres qui auraient pu ne pas vouloir toucher leurs intérêts en pesetas, objections dont parlera plus tard M. Hubbard dans la lettre qu'a commentée le professeur Reuter à l'audience du 29 mai (*supra*, p. 204). La note du 7 mars 1940 élimine cette solution parce qu'elle exigeait qu'Ebro, de son côté, payât Barcelona Traction en pesetas, en Espagne, et « le fait que Barcelona Traction encaisserait en Espagne ses revenus et les distribuerait en Espagne également à ses propres obligataires est vraisemblablement de nature à accentuer les tendances déjà révélées antérieurement par le fisc dans la voie d'une double imposition » (A.C.M., vol. II, n° 112, doc. n° 1, p. 294). Est-il nécessaire que je précise que ce que révèle la première partie de cette phrase — le fait que Barcelona Traction obtenait ses recettes en Espagne — est précisément ce que le fisc espagnol soupçonnait depuis bien longtemps et qu'il n'arrivait pas à prouver en raison des moyens mis en jeu par l'entreprise pour dissimuler la présence de

Barcelona Traction en Espagne? Faut-il préciser que la prétendue « double imposition » était le paiement des impôts dus par Barcelona Traction en tant que société étrangère réalisant des affaires en Espagne depuis 1911, et qu'elle avait éludé au moyen des procédés que la Cour connaît?

Pour éliminer la structure financière néfaste dont était dotée l'entreprise de Barcelona Traction, le projet de 1940 retenait une autre solution, à savoir celle qui consistait à convertir les obligations de Barcelona Traction en obligations d'Ebros. En fait, comme le sait la Cour, telle fut la formule que retint le plan d'arrangement de 1945, avec certaines modifications par rapport à ce que prévoyait la note de 1940 : les deux premières modalités du plan envisageaient la vente d'obligations libellées en pesetas d'Ebros pour un montant nominal de 367 millions ; la troisième modalité du plan envisageait la vente des obligations en livres sterling d'Ebros convertibles en pesetas, sous réserve de l'autorisation du Gouvernement espagnol.

Les conséquences qu'aurait exercées le plan d'arrangement sur la structure financière de l'entreprise de Barcelona Traction sont exposées, Monsieur le Président, dans l'affidavit de M. E. A. Graydon, secrétaire de Barcelona Traction, présenté à l'appui de la demande adressée au juge de la Cour suprême d'Ontario en 1945 (A.C.M., vol. II, n° 114, doc. 2, p. 387 et suiv.). Dans cet affidavit, M. Graydon déclarait que Barcelona Traction ne pouvait se procurer des livres sterling ni des dollars pour payer les intérêts, mais qu'elle espérait en contrepartie pouvoir conclure des accords qui lui procureraient les livres sterling nécessaires pour mener à bien le plan d'arrangement qui existait à titre de projet ; selon M. Graydon, grâce à ce plan « les obligations consolidées en livres sterling seraient rapatriées en Espagne » et les accords qui seraient conclus pour obtenir des livres sterling comporteraient « la vente d'obligations en pesetas de la plus importante filiale d'exploitation de la société » (*ibid.*, p. 388).

Loin de moi l'idée d'imposer à la Cour, Monsieur le Président, l'analyse du plan d'arrangement de 1945, analyse à laquelle le Gouvernement espagnol a procédé minutieusement dans les actes de procédure écrite (C.M., IV, p. 192 à 213, D., VI, p. 153 à 167). Je me bornerai à rappeler que son éventuelle mise en œuvre aurait présenté les caractéristiques suivantes.

En premier lieu, il y aurait eu nationalisation de la dette en livres sterling que Barcelona Traction traînait comme un boulet depuis 1911 en 1924. En second lieu, selon le calcul effectué par National Trust en décembre 1945 (A.D., vol. II, n° 28, p. 360), les obligataires de Barcelona Traction étaient invités à sacrifier en substance plus de deux millions de livres sterling de la somme que leur devait la société. En troisième lieu, ceux qui auraient financé le plan d'arrangement auraient acquis 367 millions, valeur nominale, en obligations en pesetas d'Ebros ou, selon la troisième modalité, des obligations en livres éventuellement convertibles en obligations en pesetas, et auraient dû payer une somme équivalant à 226 842 500 pesetas, c'est-à-dire qu'ils auraient gagné dans l'opération, d'après les deux premières modalités, un solde excédentaire nominal de 140 millions de pesetas en obligations d'Ebros (C.M., IV, n°s 238-244, p. 121-123). Enfin, comme l'a démontré le professeur Reuter, si les autorités espagnoles avaient autorisé la mise à exécution du plan, elles auraient reconnu les mécanismes — fort suspects — de paiements existant entre Ebros et Barcelona Traction, ce qui aurait frayé la voie à la réalisation des

autres fins que le projet de 1940 attribuait à la réorganisation de l'entreprise.

Le plan d'arrangement fut présenté à une époque difficile au milieu des tensions monétaires qui caractérisaient les lendemains de la guerre; et Barcelona Traction, devant la Cour suprême d'Ontario et devant ses obligataires, affirma qu'elle ne pouvait pas trouver des livres sterling pour payer les intérêts, mais qu'elle en trouverait en revanche pour financer la mise en œuvre du plan. Pour le Gouvernement belge, il n'en faut pas davantage: le plan d'arrangement, selon lui, ne fut autre chose qu'un effort pour arracher Barcelona Traction à l'asphyxie financière dans laquelle elle se débattait depuis 1939 à cause — à cause seulement — de la pénurie de devises. Il n'y avait rien d'autre. Barcelona Traction ne tirait aucun avantage de la mise en œuvre du plan d'arrangement et elle n'avait pas la moindre difficulté financière à résoudre. Barcelona Traction n'avait pas, en raison de son comportement passé, la moindre question en suspens en ce qui concerne les autorités fiscales et monétaires espagnoles. Barcelona Traction ne sacrifiait pas, une fois de plus, les intérêts de ses créanciers. Barcelona Traction était victime d'une « faillite » ou d'une « insolvabilité » artificielle purement techniques.

Aucune de ces affirmations du Gouvernement belge, Monsieur le Président, ne résiste ni à la confrontation avec les opinions qu'avaient à l'époque les administrateurs de Barcelona Traction, ni à l'examen des données qui reflètent la situation économique et financière de l'entreprise en Espagne dans la période de 1940 à 1948.

Le premier objectif de la réorganisation projetée par les administrateurs depuis 1940 était, comme je viens de le dire, de réformer la structure financière inadéquate de l'entreprise. La Partie adverse a admis que cette structure financière était, d'une certaine façon, à l'origine de la vulnérabilité de Barcelona Traction. Mais elle n'a pas voulu voir d'autre raison de vulnérabilité que celle qui provenait d'un manque éventuel de devises. Et pourtant, il saute aux yeux que le risque fondamental que les administrateurs de Barcelona Traction avaient accepté, en donnant à l'entreprise cette structure financière, se trouve ailleurs. En réalité, le point essentiel était que la rentabilité de l'entreprise de Barcelona Traction se trouvait profondément affectée par la dépréciation de la monnaie dans laquelle elle percevait ses bénéfices d'exploitation par rapport à la monnaie dans laquelle elle devait s'acquitter de sa dette obligataire. Le caractère complètement erroné de beaucoup d'arguments exposés ici par mes distingués contradicteurs vient de ce que ceux-ci ont oublié l'importance du risque d'ordre monétaire qui était inhérent à la structure financière de l'entreprise. On n'insistera jamais assez sur le fait que l'entreprise de Barcelona Traction avait en Espagne la totalité de son exploitation, de sorte que les recettes de cette exploitation étaient obtenues exclusivement en pesetas. Du fait de la structure financière créée par ses administrateurs en 1911 et en 1924, l'entreprise se trouvait dans l'obligation d'assurer le paiement d'une grosse dette en livres sterling à l'aide des pesetas qu'elle tirait de son exploitation.

Rien n'illustre mieux l'importance de ce risque que la répercussion qu'exerça la dépréciation de la peseta au cours de la période de 1928 à 1935, période que l'on nous présente comme la belle époque de l'entreprise. Au cours de ces années-là, la forte augmentation des bénéfices d'exploitation exprimés en pesetas se trouva annulée et au-delà par la dépréciation de la valeur de la peseta par rapport au dollar, monnaie

dans laquelle étaient libellés les comptes annuels de Barcelona Traction. Il était naturel que le président de Barcelona Traction écrive, le 30 avril 1935, ce qui suit :

« Comme je vous l'ai écrit il y a quelques jours, je suis fort préoccupé par toutes les conséquences que pourrait avoir pour notre entreprise une nouvelle dévaluation de la peseta » (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM*, ann. n° 2).

L'audience est levée à 18 heures

TRENTE-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (10 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. SUREDA: J'ai terminé mon intervention d'hier en rappelant l'importance du risque monétaire inhérent à la structure financière de Barcelona Traction et le souci qu'il causait aux administrateurs de l'entreprise.

Je ne crois pas me tromper en supposant que, malgré les apparences, les conseils de la Partie adverse, tout comme naguère les administrateurs de Barcelona Traction, sont sensibles à l'importance du risque dont je parlais hier. Les conseils du Gouvernement belge ont coutume de s'exprimer comme si l'entreprise de Barcelona Traction avait été une entreprise qui gagnait des dollars; ils commettent ainsi la grande erreur dont je parlais hier. Néanmoins, à l'audience du 2 mai, mon distingué contradicteur, M^e Grégoire, a bien voulu préciser qu'il allait exprimer en pesetas le bénéfice net des années 1948 à 1951 « alors que je l'exprimais tout à l'heure en dollars ». C'est ce qui lui a permis d'exposer, sauf pour l'année 1949, une échelle croissante de bénéfices avant de déduire les intérêts des obligations payables par Barcelona Traction. Partant de 56 millions de pesetas en 1948, il est arrivé à 111 millions de pesetas en 1951. Pour des raisons que j'exposerai plus loin, ce dernier montant ne représente d'ailleurs pas le bénéfice de l'entreprise en Espagne (VIII, p. 369). Il convient de signaler maintenant que les mêmes sommes, exprimées en dollars, auraient montré, Monsieur le Président, une évolution fort différente de celle qui a été présentée à la Cour. La progression, cette fois descendante, nous aurait conduits de 5 millions de dollars en 1948 à quelque 2 750 000 dollars USA en 1951. Et ceci parce qu'entre 1948 et 1951, il s'était produit une forte dépréciation de la peseta par rapport au dollar. Je suis donc en droit de conclure que l'entreprise de Barcelona Traction, du fait de la structure financière dont l'avaient dotée ses administrateurs, était exposée à un risque beaucoup plus important que celui qui pouvait découler d'un accident involontaire attribué à une pénurie de devises. Et ces administrateurs en étaient conscients.

La note du 7 mars 1940 (A.C.M., vol. II, n^o 112, doc. 1, p. 292-297), Monsieur le Président, ne dit rien des causes pour lesquelles M. Hiernaux croyait qu'il était à craindre qu'Ebro ne pût pas, pendant un certain temps, transférer des fonds hors d'Espagne, ce qui mettrait Barcelona Traction en danger de tomber pendant cette période sous l'autorité d'un *receiver*, faute de pouvoir payer ses créanciers en livres sterling. La Partie adverse y verra, sans aucun doute, une prévision de la pénurie de devises. Après la plaidoirie de mon éminent collègue, le professeur Reuter, j'ai le sentiment que je n'ai pas besoin d'ajouter quoi que ce soit pour que la Cour comprenne combien cette explication est incompatible avec la façon dont Ebro présenta ses demandes et en suivit le cours officiel. Il m'appartient, en revanche, de montrer combien les deux autres buts attribués au projet de réorganisation depuis mars 1940 révèlent que les administrateurs de Barcelona Traction jugeaient indispensable de liquider les mécanismes préhistoriques de l'entreprise en Espagne et de la doter

d'une organisation et d'une structure pouvant la rendre financièrement viable et rentable au cours de la période qui allait s'ouvrir.

Le deuxième et le troisième but du projet de 1940 étaient, la Cour s'en souviendra, de simplifier la complexe organisation existante pour mettre en avant une société espagnole, afin que l'entreprise pût accueillir dans son sein des intérêts espagnols, soit en faisant appel à l'épargne espagnole, soit au moyen d'accords de fusion avec d'autres sociétés. La note du 7 mars 1940 précise, en outre, que pour réussir à faire entrer dans l'entreprise des intérêts espagnols, il était indispensable d'éliminer les accords compliqués qui avaient été conclus entre les diverses sociétés du groupe et de donner à la société espagnole qui serait mise en avant une organisation simple, dans laquelle l'on pût voir clair. L'organisation et les mécanismes préhistoriques de l'entreprise avaient, sur la situation financière de Barcelona Traction, Monsieur le Président, deux répercussions que je crois de mon devoir de commenter.

En premier lieu, ils rendaient difficile l'accès au marché espagnol des capitaux. Point n'est besoin de souligner l'importance de ce fait, pour ce qui est du développement et de la viabilité financière de l'entreprise. La Partie adverse a eu soin de le montrer, en soulignant que les entreprises d'électricité financent leur développement par voie d'emprunts et, d'autre part, en prétendant que les organes de la faillite en Espagne auraient pu aisément résoudre toutes les difficultés financières de Barcelona Traction en recourant à l'emprunt (VIII, p. 321-322). Toute entreprise d'électricité a besoin d'une structure et d'une organisation de nature à lui faciliter l'accès du marché local des capitaux. D'autant plus lorsque, comme c'était le cas de Barcelona Traction, cette entreprise s'était fermé les portes du marché international par son passé de mauvaise payeuse. Il n'y a rien d'étrange à ce qu'en 1940 les administrateurs de Barcelona Traction aient cru venu le moment de substituer à la vieille structure une autre organisation, plus simple, qui leur aurait ouvert le marché local des capitaux.

Seulement, les administrateurs de Barcelona Traction furent incapables, de 1940 à 1948, de mener à bien cette réorganisation qu'ils jugeaient indispensable. C'est le second point où les mécanismes « préhistoriques » de l'entreprise sont à la source de l'asphyxie financière de Barcelona Traction. L'entreprise se trouvait emprisonnée dans la trame qu'elle avait tissée pour frauder le fisc espagnol et ses administrateurs savaient qu'en soumettant un plan de réorganisation aux autorités espagnoles on courrait le risque de voir ces fraudes découvertes.

Le Gouvernement belge ne parvient pas à voir la réalité de ce risque fondamental que les administrateurs de Barcelona Traction avaient assumé avec les décisions prises dans la préhistoire de la société. Il n'y parvient pas, même après les travaux de la commission internationale d'experts et même après la déclaration conjointe de 1951 signée par les Gouvernements de Grande-Bretagne, du Canada et d'Espagne. Il suffit, Monsieur le Président, de parcourir les documents concernant l'élaboration du plan d'arrangement, que le Gouvernement espagnol a rassemblés à l'annexe 112 du chapitre I du contre-mémoire (vol. II, p. 292 et suiv.), pour voir à quel point les administrateurs de Barcelona Traction avaient conscience de ce risque que le Gouvernement belge n'arrive pas à comprendre. Les administrateurs de Barcelona Traction en avaient par contre tellement conscience qu'une note de M. Clark, en date du 2 octobre 1944, indique comme vraisemblable que, lorsque le plan d'arrangement

serait présenté au Gouvernement espagnol, ce dernier profiterait de l'occasion pour mener à bien une enquête approfondie sur les affaires de l'entreprise (A.C.M., vol. II, n° 112, doc. 3, p. 305). Le fait que, un an plus tard, cette prévision de M. Clark se soit réalisée, c'est, Monsieur le Président, Messieurs les juges, ce qu'aujourd'hui le Gouvernement belge présente ici comme la preuve manifeste du caractère arbitraire des décisions du ministre, M. Suanzes.

Lorsqu'en décembre 1945 le ministre espagnol exprime pour la première fois le désir d'y voir clair, avant de se prononcer sur les autorisations administratives concernant le plan d'arrangement (A.C.M., vol. VI, n° 5, doc. 7, p. 284), les administrateurs de Barcelona Traction se trouvent devant un dilemme qui découle de leur comportement antérieur. Il leur faut ou bien laisser les autorités espagnoles prendre connaissance de renseignements qu'on leur avait toujours refusés, ou bien renoncer au projet de réorganisation financière de l'entreprise. L'un et l'autre terme de l'alternative comportaient des conséquences graves. En renseignant les autorités, on découvrait l'ampleur des fraudes et des tromperies commises auparavant. En renonçant à la réorganisation de l'entreprise, on continuait à s'exposer au risque de voir Barcelona Traction tomber aux mains d'un *receiver*, paralyser le développement de l'entreprise et nuire à sa viabilité financière. Peut-on imaginer une preuve plus évidente de la toile d'araignée dans laquelle les administrateurs de la Barcelona Traction s'étaient enfermés eux-mêmes? La structure qu'ils avaient soigneusement élaborée fermait virtuellement le marché des capitaux à l'entreprise en Espagne et leur interdisait simultanément de procéder sans risques graves à la réorganisation financière nécessaire. Sir Walter Scott n'avait-il pas raison lorsqu'il écrivait : « Oh, what a tangled web we weave, when first we practise to deceive? »

Pour ne rien négliger, je dois aussi mentionner une autre caractéristique interne de l'entreprise de Barcelona Traction, qui est également à l'origine des difficultés financières des années 1940-1948. Je veux parler de sa structure industrielle déséquilibrée. L'entreprise de Barcelona Traction en Espagne avait, d'emblée, choisi de baser la plus grande partie de son exploitation sur les ressources naturelles du pays, qui variaient fort d'une année à l'autre et sur lesquelles les administrateurs de l'entreprise n'avaient guère la possibilité d'agir. Ainsi l'entreprise était-elle extrêmement sensible aux conditions hydrauliques défavorables d'une année de sécheresse. Dans les conditions difficiles qui prévalaient en Espagne après 1939, les administrateurs de Barcelona Traction ne purent même pas rétablir toute la capacité de production thermique installée à la veille de la guerre civile, qui était manifestement insuffisante dans la situation des années 1939-1948. Dans la centrale de San Adrian, d'une puissance totale de 27 000 kW en 1935, on n'a réparé qu'un groupe de 7500 kW. Dans celle de Figols, la puissance de 10 000 kW en 1935 a été portée à 14 400 kW. Dans l'ensemble, la puissance installée dans les centrales thermiques appartenant à l'entreprise, qui était de 64 750 kW en 1935, avait été réduite en 1947 à 49 650 kW, qui n'étaient même pas en totalité de la puissance utile. En fait, l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne s'est révélée incapable de répondre à la demande de sa clientèle pendant cette période. L'importance des restrictions de consommation qu'elle dut imposer à ses clients est due, pour une bonne part, outre les obstacles résultant de la situation en Espagne, au déséquilibre qui marquait dès l'origine sa structure industrielle. Ces restrictions,

jointes au coût élevé d'une production thermique tirée de centrales qui, pour une bonne part, étaient de mauvais rendement, exercèrent une influence défavorable sur la capacité de faire des bénéfices de l'entreprise entre 1939 et 1948.

Dans ces circonstances — l'entreprise étant paralysée par les entraves que ses administrateurs lui avaient imposées, ayant une structure industrielle déséquilibrée, une structure financière inadéquate et une organisation interne inefficace et pleine de risques —, il n'est pas surprenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, que l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne ait offert, de 1939 à 1948, le tableau d'une entreprise stagnante et financièrement non viable, c'est-à-dire une image totalement différente de celle présentée par les conseils du Gouvernement belge.

Les techniciens que le Gouvernement belge a consultés ont rappelé qu'il est normal qu'une entreprise d'électricité double d'importance en une dizaine ou une quinzaine d'années (rapport Gelissen et Van Staveren, par. 75). La façon, toutefois, dont ils ont présenté à la Cour les statistiques exprimant le développement industriel de Barcelona Traction n'a pas permis de voir à quel point l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne s'est maintenue loin de cette norme dans la décennie qui va de 1940 à 1950. Qu'il me soit tout simplement permis de rappeler que pour toute l'Espagne la puissance installée des centrales, entre 1940 et 1950, a augmenté, de 52,6 pour cent, tandis que la production globale d'électricité augmentait de 97,7 pour cent, ce qui se rapproche fort sensiblement de la norme énoncée par les experts du Gouvernement belge. Or, au cours de ces mêmes années, c'est-à-dire entre 1940 et 1950, la puissance installée de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne n'a augmenté que de 23,8 pour cent et sa production totale, y compris l'énergie électrique qu'elle achetait à d'autres entreprises, a augmenté de 57,32 pour cent (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 38). Du point de vue industriel, au cours de cette période, l'entreprise de Barcelona Traction apparaît donc comme très en retard par rapport à la croissance de l'industrie électrique en Espagne.

La stagnation industrielle de Barcelona Traction devait nécessairement se refléter dans les résultats qu'obtenait l'entreprise en Espagne. Les conseils du Gouvernement belge ont prétendu tirer des résultats publiés pour la période 1940-1947 une vision optimiste de la rentabilité de l'entreprise. Cette vision optimiste ne rejoint assurément pas les opinions exprimées par les administrateurs de Barcelona Traction au cours de cette même période et dont certaines sont commentées dans le nouveau rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. que le Gouvernement espagnol a déposé au Greffe. Je n'entrerai pas dans l'examen détaillé de ces documents que la Cour trouvera dans ledit rapport, mais je voudrais simplement montrer certains des enseignements qui découlent de deux de ces documents.

Il s'agit, d'une part, de la prévision des résultats d'exploitation pour 1944, 1945 et 1946, effectuée par M. Hiernaux au début de 1944 (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM*, ann. n° 3) et, d'autre part, d'une étude plus complète, du même auteur, aux environs du mois de septembre de la même année, qui prend en considération différentes hypothèses concernant le développement industriel et la réorganisation financière de l'entreprise (A.D., vol. II, n° 8, doc. 7, p. 243 et suiv.).

Du premier document il ressort qu'en cas de conditions hydrauliques favorables et malgré une forte augmentation des ventes d'énergie,

M. Hiernaux prévoyait une baisse des bénéfices nets. En cas de conditions hydrauliques défavorables — et c'est cette hypothèse qui se réalisa au cours de ces années-là —, M. Hiernaux prévoyait une forte chute des bénéfices nets. La seconde étude, qui se fonde sur les hypothèses d'une situation hydraulique favorable et de la stabilité du taux de change de la peseta, aboutissait à la conclusion que le développement industriel nécessaire pour faire disparaître le déséquilibre existant dans la structure de l'entreprise aurait pour effet d'entraîner une diminution des bénéfices nets. Il me faut souligner que cette diminution prévue des bénéfices nets aurait été moins accentuée si la structure financière de l'entreprise avait été réorganisée dans les conditions énoncées au plan d'arrangement, c'est-à-dire si les obligations en livres sterling avaient été converties en obligations en pesetas. Elle était au contraire plus marquée si les dettes étaient maintenues en livres sterling même si le cours de la peseta restait stable.

Force m'est de commenter brièvement deux des considérations sur lesquelles reposaient les conclusions de M. Hiernaux. Ces deux considérations sont les suivantes :

« 1. Avant 1936, l'intérêt que l'entreprise obtenait des nouveaux investissements qu'elle faisait était d'environ 8%.

A l'heure actuelle, le revenu qu'elle obtient de ses investissements est de l'ordre de 4% et ne lui permet pas de faire face à l'intérêt des obligations qu'elle doit émettre, et en terme final, l'entreprise se ruinerait au fur et à mesure de son développement si des augmentations de tarif ne lui sont pas accordées.

2. Tant que l'état de déséquilibre actuel subsistera, nous serons en véritable spéculation; nos résultats dépendront en grande partie des conditions hydrauliques. Si, au cours d'une année, ces conditions sont favorables, nous pourrions obtenir pour cette année des résultats beaucoup meilleurs que ceux indiqués dans les prévisions; par contre, pour les années à régime défavorable, nos résultats pourront être très affectés. »

La Cour appréciera mieux l'importance de la première considération quand j'aurai rappelé que le loyer réel de l'argent sur le marché espagnol des capitaux était à l'époque supérieur à 5 pour cent et que, selon les techniciens belges, une entreprise d'électricité se développe normalement en recourant à l'emprunt (rapport Gelissen et Van Staveren, par. 12). Or, cette entreprise que M. Hiernaux baptisait de véritablement spéculative tant que l'on n'aurait pas réussi à corriger le déséquilibre dont souffrait sa structure industrielle et qui, de plus, était sous le coup d'un risque grave de dépréciation de la peseta, c'est, Monsieur le Président, la même entreprise que les conseils du Gouvernement belge dépeignent comme fondamentalement saine, financièrement viable et possédant une excellente rentabilité.

MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. — consultés par le Gouvernement espagnol en vue d'obtenir une appréciation objective de la situation financière de l'entreprise en Espagne, à la date du 12 février 1948 — ont étudié les données de cette situation qu'ils énumèrent dans leur rapport, annexé à la duplique. Ils aboutissent à des conclusions qui rejoignent l'opinion nettement pessimiste de M. Hiernaux en 1944 et la conviction que les administrateurs avaient acquise en 1940 qu'une réorganisation profonde de la structure et des mécanismes hérités du passé était indispensable. Ces conclusions (A.D., vol. I, n° 2, p. 418), à mon sens, permet-

tent de formuler les constatations suivantes qui décrivent objectivement la situation de l'entreprise en février 1948.

1. Dans l'immédiat, la situation financière de l'entreprise, au 12 février 1948, semblait viable dans la mesure — et dans la mesure seulement — où Ebro n'effectuait pas de transferts de fonds hors d'Espagne et où les obligataires de Barcelona Traction s'abstenaient de réclamer judiciairement le paiement des dettes arriérées en livres sterling. La situation n'était donc viable qu'en apparence.

2. Si Ebro avait transféré des fonds hors d'Espagne, à partir de 1939, les administrateurs de Barcelona Traction auraient été contraints de reconsidérer tout l'avenir de l'entreprise en Espagne. Un seul fait suffira à prouver cette affirmation. En 1948, le transfert de la somme nécessaire au paiement des sommes dues aux obligataires n'aurait pas laissé dans les caisses de l'entreprise en Espagne assez d'argent pour acquitter les engagements courants au fur et à mesure des échéances. Cela signifie que le transfert des fonds aurait révélé au grand jour l'insolvabilité intrinsèque de l'entreprise, au sens habituel que l'on donne à ce terme.

3. Sur ces bases, il ne semblait pas probable qu'à la longue l'entreprise fût financièrement viable, sans une profonde réorganisation financière. Je juge superflu d'insister sur l'importance des motifs qui, d'après les administrateurs de Barcelona Traction, rendaient depuis 1940 cette réorganisation indispensable et sur la nature des risques qu'ils affrontaient en proposant la modification des vieilles structures de l'entreprise.

C. *L'analyse financière de la situation de l'entreprise en Espagne*

Il m'incombe maintenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, de démontrer combien les arguments des conseils belges, tirés apparemment d'une profonde étude des résultats publiés par l'entreprise pour la période 1940-1947, sont dépourvus de fondement. De l'avis desdits conseils, ces résultats prouveraient que M. Hiernaux se serait trompé lorsqu'en 1944 il prévoyait que les six ou sept années suivantes seraient pour l'entreprise une véritable spéculation. Avant tout, je vais considérer les deux arguments suivants: d'après le premier, les disponibilités en pesetas de l'entreprise en Espagne prouveraient que la cessation de paiements aurait d'autres causes que les difficultés financières dans lesquelles se débattait l'entreprise. D'après le deuxième, le chiffre tiré du bilan, représentant les actifs nets, confirmerait la prétendue valeur réelle de l'entreprise et constituerait un critère adéquat pour démontrer que celle-ci aurait été solvable au moment de la déclaration de faillite (VIII, p. 111, 112, 319, 349, 368, 464-465 et 486). Ces deux arguments se trouvaient formulés en termes identiques ou similaires dans la requête (I, p. 6, par. 11) et dans le mémoire (I, p. 22, n° 36). Ils avaient été auparavant utilisés par Sidro dans le litige qu'elle a eu à Londres avec le comité des obligataires *Prior Lien*.

Il me semble opportun de rectifier ici l'interprétation que Me Van Ryn a donnée de l'un des documents de ce litige, au cours du développement qu'il a consacré à la claire et simple notion de l'insolvabilité qui, à son dire, est « presque une simple question de comptabilité » (VIII, p. 128). Le conseil de la Partie adverse a invoqué, à cette occasion, un document (*Blue Book*, vol. II, p. 8) pour attribuer aux avocats anglais du comité l'affirmation que « les bilans de la Barcelona pour les années 1935 à 1946,

inclusivement, montraient indiscutablement « Barcelona as being solvent » (VIII, p. 131). Il suffit de se reporter au texte de document pour s'apercevoir que, dans celui-ci, les avocats anglais du comité ne formulent pas d'opinion personnelle à cet égard et que le texte de ce document ne permet même pas de dire qu'à ce moment-là lesdits avocats aient vu les bilans en question. Voici ce qu'ils disent dans ce passage: « les demandeurs [c'est-à-dire Sidro] se proposent de prendre appui sur les bilans de Barcelona pour les années 1935 à 1946 incluse ». Ainsi, ces avocats présumant que lesdits bilans indiqueront sans aucun doute un état de solvabilité et que, pour attaquer les arguments que la Partie adverse allait fonder sur les bilans « nous aimerions connaître la direction de l'offensive, pour pouvoir envisager quelle espèce de preuve, s'il en est, devrait être présentée à l'appui ». Tout ce que l'on peut tirer de ce texte, Monsieur le Président, c'est que Sidro, dans le litige qui s'est déroulé à Londres, se proposait aussi de ramener le problème de l'insolvabilité à cette « presque simple question de comptabilité » à laquelle voudrait la réduire M^e Van Ryn.

Je me demande, à ce propos, quelle idée se fait mon distingué contracteur de la nature des problèmes de comptabilité, lorsqu'il invoque leur apparente simplicité. A mon avis, ce qui condamne le plus clairement les arguments du Gouvernement belge concernant les disponibilités en pesetas et la valeur des actifs nets de l'entreprise, telles qu'elles résultent du bilan, c'est précisément la simplicité.

La simplicité de ces arguments permet de les ramener, en dernière analyse, à deux propositions absolument invraisemblables.

La première est que les techniques complexes de l'analyse financière, laborieusement mises au point et perfectionnées chaque jour par les comptables et les économistes afin d'arriver à des opinions fondées sur la situation financière des entreprises qu'ils étudient, seraient des passe-temps oiseux de spécialistes atteints de déformation professionnelle. Les conseils du Gouvernement belge prétendent, suivant en cela leurs techniciens, que l'on pourrait se passer de l'analyse financière et qu'il suffit de lire le chiffre exprimant les disponibilités d'une entreprise et de le comparer avec les arriérés de cette même entreprise pour pouvoir constater que le non-paiement des dettes obligataires n'aurait rien à voir avec les difficultés financières de cette entreprise.

La seconde proposition consiste en ce que les techniques de l'évaluation des entreprises, qui ne sont pas moins complexes que celles de l'analyse financière, seraient superflues, lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur de l'entreprise. A en croire les conseils et techniciens du Gouvernement belge, il suffirait de pratiquer la simple opération comptable qui consiste à établir la valeur nette, selon le bilan, des actifs de l'entreprise pour tenir pour établi que l'entreprise de Barcelona Traction aurait été « une entreprise parfaitement saine, solvable » (VIII, p. 110), « qu'il ne pouvait pas être question d'insolvabilité de la Barcelona Traction » (*ibid.*, p. 131) et que la faillite déclarée en Espagne aurait été « une faillite artificielle » (*ibid.*, p. 127).

J'ai la conviction qu'aucune de ces deux propositions auxquelles se ramènent les démonstrations des conseils belges n'est admissible.

Selon la Partie adverse, les disponibilités de l'entreprise auraient toujours été suffisantes, entre 1940 et 1947, pour régler sans délai les arriérés des intérêts et de l'amortissement des obligations, et cela démontrerait que la cessation des paiements n'avait pas d'autre cause que la pénurie

de devises (rapport de MM. Gelissen et Van Staveren, par. 52, notamment VIII, p. 64, 72, III et 367). L'argument est inexact : en fait, l'insuffisance des disponibilités au regard des arriérés des obligations peut être évaluée, à la date du 31 décembre 1945, à 1248000 dollars (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 49) et, si l'on admet les prévisions de M. Hiernaux concernant le déficit de l'amortissement des obligations, l'insuffisance des disponibilités devrait être évaluée à 2 millions de dollars environ, c'est-à-dire à une vingtaine de millions de pesetas (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM*, ann. n° 9). Quant à la situation au milieu de 1947, la Cour peut se reporter à une lettre de M. Speciael, président de Barcelona Traction, adressée à M. Menschaert, en date du 31 juillet 1947, où se trouve commentée une autre lettre émanant de M. Graydon, secrétaire de Barcelona Traction, dans les termes suivants :

« par laquelle vous verrez que le total des arriérés en intérêts et amortissement s'élève à plus de cent quarante-six millions de pesetas. Or, nous avons en caisse cent quarante-deux millions de pesetas. Donc, veillez aux dépenses pour maintenir le chiffre des disponibilités supérieur à celui des charges arriérées » (A.C.M., vol. V, n° 998, p. 350).

L'objection essentielle du Gouvernement espagnol, toutefois, ne consiste pas en ce que l'argument belge est inexact en fait. L'objection la plus importante consiste en ce que cette simple comparaison entre les disponibilités en pesetas et le montant des arriérés des obligations ne saurait être considérée comme le seul facteur entrant en ligne de compte, lorsqu'on prétend, comme le fait le Gouvernement belge, démontrer ainsi que la situation financière de l'entreprise aurait été parfaitement saine et que l'entreprise aurait été solvable lorsqu'elle fut déclarée en faillite.

Tout expert qui est familier avec la technique qu'il applique analysera à ces fins des éléments sans aucun doute plus complexes que ceux qu'analysent les techniciens belges : la nature et le montant des actifs réalisables et des obligations à court terme de l'entreprise, la nature et le volume de l'endettement général de l'entreprise, y compris les contrats en cours, par exemple, pour les besoins de constructions neuves, aussi l'influence que peuvent exercer les obligations contingentes ou éventuelles de l'entreprise, même si le montant n'en a pas encore été chiffré, etc. En définitive, Monsieur le Président, il est difficilement concevable que des experts expriment un avis sur la situation financière d'une entreprise et sur les causes de sa cessation de paiements sans envisager ces facteurs-là et d'autres facteurs similaires et, bien entendu, il est impossible de reconnaître la moindre valeur à une opinion qui, comme celle de l'adversaire, se fonde sur la méthode fort simple qui consiste à comparer les disponibilités liquides et le montant des arriérés.

C'est la raison pour laquelle MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., en analysant l'histoire financière de Barcelona Traction et la situation de celle-ci au 12 février 1948, ont accordé l'attention qu'il convenait à l'analyse et à l'évolution du *working capital* de l'entreprise aux moments et aux périodes que concernait leur rapport et, plus précisément, à la date du 31 décembre 1947. D'autre part, les experts consultés par le Gouvernement espagnol, lorsqu'ils tâchent de se faire une opinion sur les possibilités qu'avait l'entreprise de faire face à ses obligations au fur et à mesure que celles-ci venaient à échéance, au cours de la période qui est intéressante pour la faillite, se sont préoccupés d'analyser correctement

les actifs réalisables et les obligations à court terme de l'entreprise. Ceci en vue d'éliminer des actifs réalisables certains éléments difficilement convertibles en argent liquide et afin de ne pas faire entrer en ligne de compte certaines obligations déjà contractées, comme les obligations fiscales, qui, en pratique, pouvaient ne pas devoir nécessairement être acquittées au cours de la période envisagée.

Le résultat de leur analyse effectuée sur des bases extrêmement conservatrices a été qu'ils n'ont éliminé des actifs réalisables de l'entreprise que la somme de 3 441 000 dollars, alors qu'ils ont réduit les obligations à court terme d'un montant de 8 812 000 dollars, dont 5 818 000 dollars correspondaient à des obligations fiscales des années précédentes pour lesquelles il avait été fait provision en comptabilité. En même temps, les experts se sont abstenus d'évaluer certaines obligations contingentes ou éventuelles de l'entreprise que, avec la connaissance qu'ils avaient des choses au moment de la rédaction de leur rapport, ils auraient eu des raisons suffisantes de faire entrer dans leur évaluation. Sur ces bases, entièrement raisonnables, MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., sont arrivés à la conclusion que, tant au 31 décembre 1947 qu'à la même date de l'année 1948, la situation de l'entreprise était telle qu'elle n'aurait pas pu faire face aux obligations minimales qui étaient en la pratique exigibles, durant la période considérée, sans avoir recours à des sources supplémentaires de financement (A.D., vol. I, n° 2, p. 413, et nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 30-31).

Je dois maintenant montrer brièvement le défaut de fondement de la critique que les experts consultés par le Gouvernement belge ont adressée aux passages du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., concernant le *working capital* (rapport de MM. Gelissen et Van Staveren, p. 38 et suiv.). Les moyens dont on s'est servi pour formuler cette critique ne sont certes pas, Monsieur le Président, de nature à renforcer la valeur pratiquement nulle de l'argument que le Gouvernement belge fonde sur les disponibilités en pesetas.

Je dirai d'abord que l'existence d'un *working capital* négatif peut n'avoir pas de signification dans le cas d'une entreprise d'électricité, si certaines circonstances sont réunies. C'est le cas lorsque l'entreprise possède des actifs libres de charges et lorsqu'elle a facilement accès à un marché abondant de capitaux sur lequel se pratiquent des taux d'intérêts raisonnables. L'existence d'un *working capital* négatif, en revanche, est un fait extrêmement pertinent, lorsque l'on envisage la situation économique et financière d'une entreprise d'électricité qui se trouve dans la situation où était Barcelona Traction le 12 février 1948, c'est-à-dire lorsqu'on considère une société qui a cessé de payer ses obligations extérieures depuis près de douze ans, qui est menacée des risques que Barcelona Traction avait assumés du fait des violations commises durant de longues années au regard des règles fiscales et monétaires et dont la liberté d'action est entravée par une organisation complexe et tortueuse. Pour une société comme Barcelona Traction, c'est l'existence ou l'absence d'une marge appropriée de *working capital* qui permet de dire si elle est ou si elle n'est pas insolvable; c'est-à-dire si elle est ou non capable de faire face à ses obligations courantes à mesure que ces obligations viennent à échéance.

Le nouveau rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. déposé au Greffe par le Gouvernement espagnol donne une réponse complète à la prétention sans fondement de MM. Arthur Andersen & Co. (p. 15 et

suiv.), selon laquelle les experts consultés par le Gouvernement espagnol auraient établi trois évaluations, mutuellement incompatibles, du *working capital* de Barcelona Traction et qu'ils auraient choisi l'évaluation la plus défavorable pour tirer leurs conclusions. J'ai déjà rappelé que les conclusions de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., sur la situation financière de Barcelona Traction en 1948 reposent sur des bases extrêmement prudentes. Etant donné la clarté avec laquelle le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., définit les buts de son estimation (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 28-29), il est absolument inexplicable que MM. Arthur Andersen & Co. n'aient pas été en mesure d'apprécier les fins concrètes et différentes des trois calculs auxquels ils se réfèrent pour formuler l'imputation gratuite que les experts du Gouvernement espagnol fonderaient leurs conclusions sur une sous-estimation du *working capital* de Barcelona Traction, sous-estimation qui serait de l'ordre de plus de 11 millions de dollars (rapport Arthur Andersen & Co., p. 23-24).

Pour ce qui est de la tentative de MM. Arthur Andersen & Co. de soutenir que la situation de Barcelona Traction, en matière de *working capital* et de liquidités, soutiendrait favorablement la comparaison avec certaines statistiques des Etats-Unis (rapport Arthur Andersen & Co., p. 24-25), je crois que je ne saurais mieux faire que de citer le paragraphe 117 du nouveau rapport déposé par le Gouvernement espagnol :

« The comparison by Messrs. Arthur Andersen & Co. with electrical utility companies in the U.S.A. (Ann. 6, paras. 34-35) is equally erroneous in terms of figures, quite apart from the fundamental fallacy that such a comparison with an aggregation of figures extracted from balance sheets of United States privately owned electric utilities at either 31st December 1947 or, even more so, some twenty years later, is in any way meaningful. We do not consider that it is possible to make a valid comparison of one particular Group, in a country such as Spain in 1947 with all the difficulties then being experienced, with a conglomeration of figures, which could include a wide variety of individual financial situations, of companies in the U.S.A., whether in 1947 or 1967. Mere figures of themselves, at a point in time, with no regard to the problems of relative stability vis-à-vis external currencies—which presumably are not applicable to any significant extent to the U.S.A. companies—have no regard to the realities of the situation in Spain. » (Nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 32.)

Monsieur le Président, j'espère que la Cour conviendra avec moi que des attaques aussi mal fondées ne sont pas le meilleur moyen de donner une valeur quelconque aux conclusions hâtives concernant la situation financière de Barcelona Traction en 1948, que le Gouvernement belge prétend donner pour établies en opérant une simple comparaison des disponibilités en pesetas avec le montant des arriérés afférents au service des obligations en livres sterling de Barcelona Traction. Je pense ainsi avoir réfuté efficacement l'usage qu'a fait mon distingué contradicteur, M^e Van Ryn, des conclusions desdits experts du Gouvernement belge.

L'importance considérable qu'avait le défaut de *working capital* de Barcelona Traction en 1948 et la conclusion des experts du Gouvernement espagnol relative à l'incapacité de Barcelona Traction de faire face à ses obligations, au fur et à mesure que celles-ci venaient à échéance, sans contracter de nouvelles dettes, m'amènent à examiner les allégations de

la Partie adverse concernant les possibilités qu'aurait eues l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne de se procurer aisément de nouveaux prêts.

Au cours de l'audience du 29 avril, le conseil du Gouvernement belge, M^e Grégoire, s'est efforcé de soutenir qu'il eût été un jeu d'enfant, pour les organes de la faillite, d'emprunter « cette relativement faible somme » qui, à son avis, aurait été suffisante, en décembre 1951, pour payer le principal et les intérêts de la dette en livres sterling de Barcelona Traction et, par conséquent, obtenir la levée de la faillite (VIII, p. 321). Dans ce but, M^e Grégoire a comparé 266 millions de pesetas, qui représentaient d'après lui les liquidités disponibles d'Ebro en décembre 1951, avec une somme de 371 millions de pesetas, qui représenterait, d'après mon distingué contradicteur, le montant que les syndics auraient dû payer aux créanciers de Barcelona Traction en capital et en intérêts. En supposant que tous les problèmes légaux et de procédure aient pu être résolus — et je dois signaler combien ces problèmes sont complexes et sérieux —, les organes de la faillite auraient pu, d'après M^e Grégoire, régler complètement les obligataires de Barcelona Traction s'ils avaient pu obtenir un « faible prêt » de 105 millions de pesetas.

En réalité, comme l'a déjà signalé le professeur Carreras (*supra*, p. 359), mon distingué contradicteur a été sérieusement induit en erreur par son argumentation. Il n'est pas certain que les 266 millions de pesetas qu'il présente comme les disponibilités d'Ebro au 31 décembre 1951 auraient été disponibles à la seule et unique fin de rembourser les obligataires de Barcelona Traction. Indépendamment des besoins normaux de *working capital*, que l'on n'a même pas daigné prendre en considération, les organes de la faillite, en décembre 1951, devaient tenir compte de la nécessité qu'il y avait d'acquitter des obligations fiscales supplémentaires afférentes aux exercices précédents ainsi que de la nécessité d'acquitter d'éventuelles amendes qui pourraient être imposées au terme de la procédure en cours pour cause de délit d'ordre monétaire. En réalité, des 266 millions de pesetas qui auraient constitué les disponibilités d'Ebro au 31 décembre 1951, 81 millions se trouvaient déjà déposés à un compte spécial à la caisse des dépôts et consignations, en vue de la liquidation des obligations encourues du chef des délits monétaires, ce qui à lui seul aurait élevé le « faible prêt » à 186 millions.

Les erreurs dans lesquelles est tombé M^e Grégoire sont plus graves encore en ce qui concerne le second terme de son calcul. Non seulement il ne s'est pas soucié du fait que les créanciers de Barcelona Traction avaient le droit d'être payés en livres sterling, mais encore il a comparé les prétendues disponibilités d'Ebro au 31 décembre 1951 avec ce qu'il dit être la dette globale de Barcelona Traction, en principal et intérêts arriérés. Pour formuler son argument, il a pris pour base la dette de Barcelona Traction au 12 février 1948, laquelle, au seul titre du principal exprimé en livres sterling, était inférieure de 2 640 000 livres sterling additionnelles vendues par Westminster Bank à la dette existant au 31 décembre 1951; puis il a converti cette dette de 1948 au taux officiel du change pratiqué en 1948, en faisant abstraction de ce que le taux de change officiel du marché libre au 31 décembre 1951 était d'environ 110 pesetas pour une livre. Ainsi donc, outre le droit qu'avaient les créanciers de Barcelona Traction d'être payés en livres sterling, on constate que la dette globale de Barcelona Traction, principal et intérêts arriérés, calculée au 31 décembre 1951, équivalait à quelque chose comme 1100 millions de pesetas.

En conclusion, si mon distingué contradicteur veut vraiment se mettre dans la situation réelle des syndics en décembre 1951, il devra constater que le « faible prêt qui leur était nécessaire pour apurer l'ensemble de la dette » n'aurait pas été de 105 millions de pesetas, comme M^e Grégoire veut bien le dire, mais de 915 millions de pesetas au minimum. Et cette évaluation du montant à emprunter se fonde sur l'hypothèse que toutes les disponibilités d'Ebro, réserve faite des 81 millions de pesetas déposés à la caisse des dépôts, auraient pu être consacrées à rembourser les créanciers de Barcelona Traction. C'est dire qu'elle repose sur l'hypothèse absurde que les organes de la faillite auraient pu priver l'entreprise qui leur était confiée des fonds nécessaires pour faire face aux besoins courants du *working capital* et qu'ils auraient pu se désintéresser des obligations contingentes ou éventuelles de ladite entreprise. J'aimerais savoir si ce « faible prêt » de 915 millions de pesetas et l'hypothèse absurde sur laquelle repose ce calcul minimum sont propres à permettre à M^e Grégoire de continuer à dire que « la carence des syndics, en cette matière, est donc fondamentalement inexcusable » et qu'elle serait « révélatrice de leurs mauvaises intentions à l'égard de la Barcelona » (VIII, p. 322).

Etant donné le caractère énorme du montant de l'emprunt dont je viens de parler, il me semble superflu de m'étendre davantage sur l'argument qu'a développé à cet égard la Partie adverse. Je tiens cependant à insister sur un autre point. Il s'agit de la déclaration faite par mon distingué contradicteur d'après laquelle, se basant sur l'opinion des experts consultés par le Gouvernement belge, de l'avis de tous les spécialistes, les entreprises d'électricité, pour financer leurs investissements nouveaux (VIII, p. 321), font notamment appel au marché des capitaux et particulièrement aux emprunts. J'ai déjà indiqué qu'en règle générale il se peut en effet qu'il en soit ainsi, et je dois souligner que le fait que Barcelona Traction n'ait pas pu, au cours de la période comprise entre les années 1935 et 1948, se conformer à cette règle normale, constitue précisément une preuve de plus du caractère anormal de sa situation économique et financière. La situation dans laquelle se trouvait l'entreprise de Barcelona Traction, de 1939 à 1951 — situation dans laquelle c'était l'anormal qui, pour une raison ou pour une autre, était la « norme » — avait pour effet qu'il était extrêmement difficile à l'entreprise de se procurer de nouveaux emprunts en Espagne, à moins que, comme l'avaient prévu les administrateurs, de tels emprunts n'eussent lieu dans le cadre d'une réorganisation financière profonde ou au lendemain d'une telle réorganisation (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 39-43).

Comme j'ai déjà eu l'occasion de l'exposer, Monsieur le Président, les limitations imposées par ce que l'on appelle la « préhistoire » de l'entreprise sont pour beaucoup dans le fait que le marché espagnol des capitaux ait été pratiquement fermé à l'entreprise en Espagne durant la période qui va de 1940 à 1951 et, par conséquent, aussi durant la période où cette entreprise fut administrée par les organes de la faillite.

J'ai ainsi démontré, à la satisfaction de la Cour, je l'espère, que l'argument fondé sur les disponibilités en pesetas n'indique, à lui seul, rien de la situation économique de l'entreprise de Barcelona Traction en 1948; que le « faible prêt », qui aurait pu résoudre tous les problèmes en 1951, n'était pas aussi modique qu'il pourrait paraître à première vue; et qu'enfin le marché espagnol des capitaux n'était pas aussi facilement accessible à la Barcelona Traction en Espagne que veut le faire croire la Partie adverse.

Il me faut maintenant consacrer mon attention à la simple question de comptabilité, à laquelle mon contradicteur, M^e Van Ryn, croit pouvoir ramener la solvabilité de l'entreprise de Barcelona Traction en 1948.

Les conseils du Gouvernement belge ont souvent fait état d'une somme de 88 102 000 dollars, dont M^e Grégoire a dit qu'elle était la « valeur des actifs nets » (VIII, p. 368), calculée par MM. Arthur Andersen & Co. (p. 14) sur la base des chiffres fournis par les experts qu'a consultés le Gouvernement espagnol. J'espère pouvoir démontrer que ce chiffre, une fois qu'on l'a analysé, n'est lui aussi qu'une chimère de plus des conseils du Gouvernement belge et qu'elle ne confirme pas le moins du monde la valeur qu'il leur plaît de donner à l'entreprise. Je déplore la complexité de mon argumentation, qui s'explique par la complexité de ces simples questions de comptabilité dont parlait M^e Van Ryn et par la complexité de la structure de l'entreprise de Barcelona Traction ainsi que par la façon dont les comptes de cette entreprise étaient tenus par ses administrateurs.

En premier lieu, je dois signaler que l'on chercherait en vain, dans le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., la description que M^e Grégoire a faite de la somme de 88 millions de dollars. Tout ce que l'on y trouvera, c'est qu'après avoir fait un certain nombre de réserves les experts déclarent que « l'ensemble des actifs corporels nets au 31 décembre 1947 » équivalaient à 38 062 000 dollars (A.D., vol. I, n° 2, p. 399 et 400).

Entre cette somme et celle dont font état les conseils du Gouvernement belge, il existe une substantielle différence d'un peu plus de 50 millions de dollars qu'assurément il serait bon d'expliquer. L'explication, c'est que la quasi-totalité de cette différence substantielle représente des actifs immatériels, c'est-à-dire des actifs dépourvus de tout contenu réel. Ces actifs immatériels résultent, à concurrence de 28 millions de dollars, d'escomptes et de dépenses engagées à l'occasion de l'émission d'actions et d'obligations. Sur ce montant, 20 millions correspondent à l'escompte avec lequel les obligations d'Ebro avaient été remises à Barcelona Traction et résultent donc d'une transaction interne de l'entreprise. Les 22 autres millions de dollars proviennent du *good will* dans l'achat de sociétés filiales et de concessions non amorties (*ibid.*, p. 400).

Par conséquent, l'analyse la plus superficielle révèle que, sur les 88 millions de dollars dont parlent les conseils du Gouvernement belge, 50 millions de dollars sont un élément purement comptable qu'aucun expert ne peut, à mon avis, évaluer autrement qu'en estimant la capacité de rapport que ces actifs immatériels peuvent conférer aux actifs matériels. Une telle estimation ne peut toutefois être fondée que sur une étude de la rentabilité.

C'est pourquoi le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. indiquait clairement que le tableau financier des actifs matériels nets du groupe au 31 décembre 1947 ne prétendait pas être une évaluation de l'entreprise et qu'il n'avait été dressé qu'aux fins d'analyser la viabilité financière du groupe en février 1948 (*ibid.*). En effet, dans le rapport consacré à l'évaluation, les experts consultés par le Gouvernement espagnol ont déclaré, en termes non équivoques, que toute évaluation d'un *going concern* doit reposer essentiellement sur l'estimation des bénéfices futurs de l'entreprise et sur la capitalisation de ces bénéfices à un taux de rendement tenant compte, *inter alia*, de la nature des actifs de l'entreprise à évaluer (A.D., vol. I, n° 3, p. 442 et suiv.). En terminologie comptable, on entend par *good will* positif ou négatif, toute différence qui

peut apparaître entre la valeur de l'entreprise considérée comme *going concern* et les actifs matériels nets. Point n'est besoin d'ajouter que, dans la situation où se trouvait Barcelona Traction tant en 1948 qu'à la date où ses biens furent mis en vente en Espagne, il était inimaginable qu'il pût exister un *good will* positif. Même les conseils du Gouvernement belge n'ont pas osé le prétendre.

En second lieu, se pose la question de la réalité économique qui peut se dissimuler derrière le chiffre comptable de 38 millions de dollars qui restent, maintenant que nous avons éliminé les 50 millions correspondant aux actifs immatériels. Pour la résoudre, il faut tenir compte d'un fait important : MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. ont pris comme point de départ les comptes tenus en pesetas et ont opéré la conversion des actifs matériels estimés en pesetas en faisant usage de deux taux de change différents : le premier, le taux en vigueur à l'époque, de 11,042 pesetas pour un dollar, a été appliqué aux actifs et obligations à court terme ainsi qu'aux investissements ; le second, le taux historique de 5,18 pesetas par dollar, a été appliqué aux actifs immobilisés ainsi qu'aux actions et obligations des filiales se trouvant au pouvoir de tierces personnes (A.D., vol. I, n° 2, p. 399). Cette méthode, je le répète, était appliquée dans le but de s'adapter autant que possible à la pratique comptable de l'entreprise de Barcelona Traction. Etant donné le but de l'état financier dont nous parlons, cette méthode était admissible puisque, dans l'analyse de la viabilité financière de l'entreprise, ce qui importait, ce n'était pas le coût historique des actifs immobilisés, mais les actifs réalisables, les obligations à court terme et la dépense de capital prévisible.

Que deviendraient les 38 millions de dollars d'actifs matériels du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. si la conversion était effectuée au taux de 11,042 pesetas par dollar au lieu de l'être au taux historique de 5,18 pesetas par dollar ? Après ce que j'ai dit du défaut complet de pertinence de ces chiffres comptables pour l'évaluation de l'entreprise, il semble superflu de le calculer. Comme je n'ai pas accès aux livres d'Ebro tenus à Toronto, il me serait en outre impossible de chiffrer avec précision certaines de ces rectifications. Néanmoins, et afin d'établir l'ordre de grandeur des sommes en question, je voudrais signaler l'effet de la différence de change de quelque 22 millions de dollars qui figure à l'état financier établi par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (A.D., vol. I, n° 2, p. 400). Cette rectification ne concerne que les actifs physiques des filiales espagnoles — Ebro n'est donc pas prise en considération. La rectification aurait pour effet de réduire la somme de 38 millions de dollars à 16 millions environ. De plus, d'après les renseignements dont je dispose, il est certain qu'il y aurait lieu d'apporter une importante rectification au montant des actifs immobilisés d'Ebro et aux provisions de dépréciation correspondantes. Si je me livrais aux mêmes manipulations comptables que mes contradicteurs, je pourrais conclure triomphalement que les rectifications à apporter nous auraient amenés à constater une « valeur nette des actifs » négative. La réalité est plus complexe car il faudrait également tenir compte de la différence des changes dans le calcul des provisions pour dépréciation constituées par Ebro et dans l'estimation des obligations de Barcelona Traction, dont la valeur indiquée au bilan de la société a été calculée d'après le taux de change historique.

Ma conclusion, Monsieur le président, Messieurs les juges, est que cette simple opération de comptabilité qui, selon Me Van Ryn (VIII, p. 129 et suiv.), aurait dû établir la solvabilité intrinsèque de Barcelona Traction,

se révèle, en pratique, beaucoup plus compliquée, surtout si, comme c'est le cas pour Barcelona Traction, il existe une structure complexe et si la société applique des méthodes comptables particulièrement compliquées. J'ajouterai que la prétendue évaluation des actifs tangibles nets à 38 millions de dollars au 31 décembre 1947 serait réduite à un montant relativement insignifiant du seul fait que l'on convertirait les chiffres au taux de change alors en vigueur. Enfin, je tiens à répéter que le résultat final de cette pure manipulation comptable n'équivaldrait pas davantage à une évaluation de l'entreprise considérée comme *going concern*, car l'évaluation d'une entreprise doit considérer en premier lieu les bénéfices futurs escomptés par l'entreprise.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Plusieurs des distingués conseils du Gouvernement belge ont également fait état d'un chiffre qui représenterait les « bénéfices nets » de Barcelona Traction au cours de la période 1941-1946 et ils ont présenté à la Cour un chiffre de 92 millions de dollars qui, selon eux, représenterait la part de la valeur de l'entreprise de Barcelona Traction, attribuable au capital-actions, obtenue par capitalisation des résultats de 1947. Me Van Ryn notamment a cru possible de faire l'éloge de « la rentabilité excellente de l'ensemble de ces entreprises, même, je le répète, après la déclaration de faillite » (VIII, p. III).

Je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit tout à l'heure de l'opinion bien différente qu'avaient les administrateurs de l'entreprise, ainsi qu'il ressort des documents contemporains présentés par le Gouvernement espagnol. J'ai maintenant le devoir de démontrer combien sont dépourvues de fondement les interprétations comptables de la Partie adverse et je tiens, avant tout, à attirer l'attention de la Cour, une fois de plus, sur les précautions qu'il y a lieu de prendre quand on examine les interprétations des conseils du Gouvernement belge.

C'est ainsi, par exemple, que Me Grégoire a assuré la Cour que le chiffre concernant les bénéfices de Barcelona Traction au cours de la période 1941-1946 serait tiré des bilans « approuvés » par les *auditors* de l'entreprise et aurait été « confirmé » pratiquement par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (VIII, p. 366 et suiv.). Ni l'une ni l'autre affirmation ne sont soutenables sous cette forme-là.

Pour ce qui est de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., ils n'ont ni confirmé ni rejeté un seul chiffre; ils se sont bornés à la tâche qui leur avait été confiée, à la tâche que l'on pouvait leur confier, c'est-à-dire l'analyse de certaines données et renseignements, qu'ils énumèrent dans leur rapport, afin d'étudier l'histoire financière de Barcelona Traction et sa situation à la date du 12 février 1948. Quant à MM. Turquand, Youngs & McAuliffe, *auditors* de Barcelona Traction, ils n'ont fait des rapports que sur les bilans et, à partir de 1934, sur la façon dont les résultats des filiales avaient été traités dans la comptabilité de la société *holding*; en revanche, ils n'ont jamais rendu de rapport spécifique concernant les bénéfices de l'exercice ni, par conséquent, sur la question de savoir si ces bénéfices étaient ou non l'expression correcte des résultats de l'exercice. Cette façon de procéder paraît conforme aux prescriptions de la loi canadienne et à la pratique courante au Canada, puisque l'Institut canadien des comptables publics n'avait pas, jusqu'en 1951, c'est-à-dire à une date postérieure à la période qu'envisageait Me Grégoire, recommandé spé-

cialement à ses adhérents de faire, dans leurs rapports aux actionnaires, mention des comptes de profits et pertes.

Au surplus, il y a lieu de souligner que la Partie espagnole n'a jamais prétendu que les *auditors* de Barcelona Traction aient approuvé de faux bilans. En revanche, les conseils du Gouvernement belge prétendent faire dire aux *auditors* de Barcelona Traction plus que ceux-ci n'ont cru bon de dire. S'ils avaient lu les rapports et les annotations portés aux bilans par MM. Turquand, Youngs & McAuliffe, ils auraient constaté que, sauf pour les années 1926 à 1933, les *auditors* n'ont pas rendu des rapports nets, mais ont au contraire rendu des rapports assortis d'importantes observations et réserves que le Gouvernement espagnol a démontré être pleinement justifiées.

L'une des réserves les plus importantes est celle qui a trait à la valeur des investissements de Barcelona Traction dans ses filiales et la valeur des créances de la Barcelona Traction contre ces filiales; ce genre de réserve ne fait défaut que dans les rapports afférents aux années 1924 à 1935, cette dernière année incluse. Une autre réserve importante contenue dans les rapports des *auditors* de Barcelona Traction concerne l'insuffisance possible des provisions faites par l'entreprise pour l'acquittement des impôts espagnols; cette réserve a été formulée pour la première fois, à propos d'Ebro, en 1916 et on la retrouve sous forme d'annotation spéciale de 1919 à 1925, puis, à nouveau, dans les rapports afférents aux exercices 1942 à 1946; au surplus, à cet égard, je dois signaler qu'à partir de 1934, l'annotation relative à l'éventuelle existence d'obligations contingentes a été rédigée en termes d'une plus large portée, de sorte qu'il n'est pas téméraire de supposer que cette annotation, sans le préciser spécifiquement, visait les obligations contingentes d'ordre fiscal.

La Cour constatera que les deux réserves dont je viens de parler concernent des faits importants dont le Gouvernement espagnol, dans la présente procédure, a fait la preuve, à savoir, premièrement, que les chiffres comptables représentant les investissements de Barcelona Traction dans ses filiales et les chiffres comptables exprimant l'endettement des filiales à l'égard de Barcelona Traction ne sont pas nécessairement l'expression de la valeur des investissements de Barcelona Traction dans ses filiales et par conséquent en Espagne; deuxièmement, que les mécanismes utilisés par Barcelona Traction pour réduire la charge fiscale que supportait l'entreprise en Espagne étaient illégaux, au regard des lois fiscales espagnoles, et que l'entreprise courait dès lors le risque que cette illégalité fût prouvée par les autorités compétentes espagnoles, ce qui aurait eu pour effet d'augmenter fortement la somme à payer par l'entreprise au titre des impôts et l'aurait obligée à supporter les sanctions qui lui auraient été imposées pour évasion fiscale.

Je donnerai encore un autre exemple de la circonspection dont il faut user à l'égard de tout ce que les conseils du Gouvernement belge disent avoir lu dans les rapports comptables. Les conseils de la Partie adverse se sont révélés incapables d'apprécier la signification de deux distinctions qui, du point de vue technique, sont importantes, à savoir, premièrement, la distinction entre les chiffres qui représentent des mouvements du solde du compte des profits et pertes et les chiffres correspondant aux bénéfices obtenus par l'entreprise au cours de l'exercice; deuxièmement, la distinction entre les chiffres qui concernent la seule Barcelona Traction et les chiffres qui concernent l'entreprise de Barcelona Traction, c'est-à-dire les chiffres consolidés de toutes les sociétés du

groupe. L'augmentation du solde du compte des profits et pertes d'une année à l'année suivante peut englober des sommes qui ne sont pas, à proprement parler, des bénéfices de l'année, mais seulement des mouvements ou des ajustements afférents à des exercices antérieurs; isolément quant aux chiffres qui concernent la seule Barcelona Traction considérée, ils ne sont pas nécessairement identiques aux résultats annuels de l'entreprise consolidée de Barcelona Traction, parce que les premiers chiffres ne contiennent pas certains éléments de la comptabilité des sociétés filiales mais correspondent seulement à la part des recettes desdites sociétés — dividendes normalement, intérêts dans le cas de Barcelona Traction — qui sont virées sur les comptes de la société mère.

Ces *technicalities* ont, au surplus, de l'importance pour les arguments du genre de ceux qu'ont fait valoir les conseils du Gouvernement belge et leurs assesseurs. Lorsque l'on édifie une argumentation à partir des bénéfices d'un exercice, il faut être bien sûr que le chiffre avec lequel on opère au titre des bénéfices de l'année contient les bénéfices de l'année et rien de plus; lorsqu'on opère avec le chiffre des bénéfices d'une société *holding*, il faut être sûr qu'il s'agit bien de cela et non pas du chiffre des bénéfices de l'entreprise consolidée ou vice versa. S'ils avaient appliqué ces règles, les techniciens et les conseils du Gouvernement belge se seraient épargné plusieurs des critiques qui leur sont faites et ils auraient fait l'économie d'autres critiques, qu'ils ont pris la liberté d'adresser indûment aux experts consultés par le Gouvernement espagnol.

C'est ainsi qu'à l'audience du 2 mai, M^e Grégoire a fait état d'un chiffre des bénéfices nets de Barcelona Traction pour l'exercice 1941-1946, selon les bilans approuvés par les *auditors*, chiffre qui s'établirait à 20 645 167 dollars canadiens et que confirmeraient, en pratique, selon le conseil du Gouvernement belge, MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. pour ce qui est de l'ordre de grandeur, puisque ces Messieurs auraient avancé le chiffre de 18 156 000 dollars, sans expliquer toutefois la différence existant entre leur chiffre et celui qu'avaient approuvé les *auditors* (VIII, p. 366). C'est là un argument tiré de l'un des cas manifestes où les techniciens consultés par le Gouvernement belge ont été incapables de comprendre la terminologie comptable. Ces techniciens ont pris l'augmentation du solde du compte des profits et pertes de Barcelona Traction toute seule, l'ont interprété comme si ce solde exprimait les bénéfices nets des années considérées et ils l'ont mis en regard d'autres chiffres tirés du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., en s'offrant même le luxe de chiffrer dans un tableau comparatif les « différences » existant entre les deux groupes de chiffres. Seulement, ils ne se sont pas aperçus que les chiffres qu'ils tiraient du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. ne représentaient pas les bénéfices de l'année mais les mouvements du solde des comptes de profits et pertes; au surplus, ils ne se sont pas aperçus non plus que les chiffres qu'ils tiraient du rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. ne concernaient pas la seule Barcelona Traction, mais l'entreprise consolidée. Il est d'autant plus curieux que les techniciens du Gouvernement belge aient ainsi perdu leur temps que, dans le rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., ils auraient pu trouver, tout élaboré, le chiffre précisément sur lequel ils prétendaient opérer et sur lequel ils n'opéraient pas, c'est-à-dire le chiffre qui, en comptabilité, exprimait les bénéfices nets de la seule Barcelona Traction au cours de la période 1941-1946 (A.D., vol. I, n° 2, par. 365-366).

Ce dédain pour les subtilités de la technique comptable aboutit, en

outre, à ceci que les techniciens et conseils du Gouvernement belge commettent les erreurs les plus grossières et ont l'audace de formuler des jugements déplacés et infondés. Comme le sait la Cour, les techniciens du Gouvernement belge ont prétendu démontrer que les bénéficiés de l'entreprise auraient augmenté de façon spectaculaire, passant de 23 707 000 pesetas en 1949 à 89 millions en 1950 et 111 millions de pesetas en 1951 (VIII, p. 369). L'apparition de ce nouvel argument du Gouvernement belge n'a pas apparemment d'autres fins que d'essayer, une fois de plus, de discréditer tous ceux qui, à un titre ou à autre, ne font pas leurs thèses que soutient Sidro; l'argument, dans le cas présent, est non seulement dirigé contre l'expert Soronellas et contre les efforts du Gouvernement espagnol pour éclairer la Cour, mais met également directement en question la compétence professionnelle de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (VIII, p. 369-370).

Le rapport général de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. examinait, conformément aux directives reçues, l'histoire financière de l'entreprise de Barcelona Traction jusqu'au 12 février 1948 et procédait à l'examen de la situation financière de l'entreprise à cette date (A.D., vol. I, n° 2, p. 309 et 310). MM. Gelissen et Van Staveren ont décidé, de leur côté, de compléter cette histoire financière en la prolongeant jusqu'aux années 1950 et 1951, et cela à la double fin, semble-t-il, que voici: premièrement, démontrer que la situation financière de l'entreprise aurait connu une amélioration spectaculaire sous l'administration tant dénigrée des organes de la faillite; deuxièmement, tirer certaines conclusions touchant l'évaluation. Dans ce but, les experts du Gouvernement belge avaient besoin d'établir certains chiffres concernant les bénéfices consolidés de l'entreprise en Espagne pour 1950 et 1951; ils se sont attaqués à cette tâche avec la désinvolture propre aux gens qui ne se sentent pas tenus par les règles techniques applicables (rapport Gelissen et Van Staveren, p. 58 et suiv.).

Nous allons examiner successivement l'information sur laquelle se fondent la technique qu'ils emploient et la valeur que l'on peut attribuer aux résultats qu'ils obtiennent.

Quelles sont les informations sur lesquelles ils se fondent? Ils n'ont vraisemblablement pas vu les livres officiels des sociétés pour les années en question; ils n'ont interrogé aucune des personnes qui avaient la charge d'administrer l'entreprise au cours de ces années-là; ils n'ont même pas vu les bilans avec les comptes de profits et pertes approuvés par les administrateurs et présentés aux autorités espagnoles. Tout ce qu'ils ont eu en main, en ce qui concerne la société la plus importante, c'est-à-dire Ebro, ce sont des brouillons de bilan, sans comptes de profits et pertes, et présentant d'importantes différences avec les bilans officiels. Ces renseignements leur suffisent pour affirmer, avec leur assurance coutumière, que les bénéfices de 1950 auraient atteint 85 millions de pesetas et ceux de 1951 111 millions de pesetas (*ibid.*, p. 62 et 64).

Quelle technique ont-ils employée pour parvenir à ce résultat? Une technique élémentaire et fort simple, celle des soustractions, celle des «différences», pour laquelle ils semblent avoir un goût particulier. On compare les chiffres d'ouverture et de clôture de certaines rubriques des bilans pour les années envisagées et on calcule la différence. Les résultats de ces soustractions sont ensuite ajustés, au gré des auteurs, pour obtenir les chiffres que l'on désire trouver.

Quelle valeur peut-on attribuer à la démonstration opérée sur la base

de semblables renseignements et à l'aide de la technique que je viens d'exposer? L'autorité d'une telle démonstration ne peut qu'être fort minime. La Cour peut consulter, si elle le juge bon, le nouveau rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., déposé par le Gouvernement espagnol. En corrigeant simplement diverses erreurs de calcul des auteurs du rapport belge, MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. démontrent que le montant du bénéfice net de l'entreprise, que les experts du Gouvernement belge auraient dû trouver d'après les méthodes et techniques qu'ils avaient adoptées, aurait dû être de 50 300 000 pesetas pour 1950 et 57 700 000 pesetas pour 1951 (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 66).

Vu l'ampleur et la nature des erreurs techniques commises par les experts consultés par le Gouvernement belge, je vais résumer et commenter brièvement les rectifications opérées par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. en ce qui concerne le prétendu montant des bénéfices de 1951 (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 61 à 66). Le point de départ du calcul est la somme de 111 millions de pesetas que les experts du Gouvernement belge ont défini comme représentant les bénéfices de l'entreprise en Espagne avant la déduction des intérêts des obligations de Barcelona Traction; à ce chiffre il est indispensable d'apporter trois corrections.

Premièrement, il y a lieu de déduire 25 millions de pesetas, qui ne représentent que des mouvements des réserves ne correspondant pas aux bénéfices de l'exercice. C'est là la conséquence du fait que l'on n'a pas su, comme je le disais tout à l'heure, faire la distinction entre les mouvements du solde du compte des profits et pertes et les chiffres qui expriment réellement les bénéfices de l'année.

Deuxièmement, il faut opérer une déduction de 7 millions de pesetas, correspondant à une augmentation des provisions de base pour dépréciation proposées par les experts du Gouvernement belge ainsi qu'à la correction d'une erreur qu'ils ont commise en évaluant les provisions effectivement faites pour 1951.

Troisièmement, il faut opérer une autre déduction de 21 300 000 pesetas qui correspond à l'augmentation que subiraient les charges fiscales en cas de rectification des bénéfices déclarés par l'entreprise et pris comme base du calcul par les experts du Gouvernement belge. Les bénéfices nets s'entendent toujours comme des bénéfices impôts déduits, et les experts du Gouvernement belge ont oublié de faire entrer en ligne de compte, dans leur évaluation, l'augmentation de la charge fiscale. Ils ont ainsi donné la preuve d'une étonnante fidélité envers les méthodes comptables de Barcelona Traction en Espagne. Je dois signaler que cette déduction en raison des charges fiscales supplémentaires a été calculée de façon extrêmement prudente, puisque: 1) on a fait usage d'un taux d'imposition qui aurait facilement pu être dépassé si l'on considère le montant total du bénéfice imposable; 2) on n'a pas tenu compte des répercussions fiscales qu'aurait pu avoir l'incorporation, par les experts du Gouvernement belge, du montant de certaines réserves au total des bénéfices; et 3) la totalité de l'impôt sur le revenu deuxième cédule correspondant aux obligations *General Mortgage* d'Ebro a été considérée comme un acompte d'impôt.

Il me faut maintenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, montrer les déficiences techniques dont est entachée l'évaluation, par capitalisation des bénéfices, à laquelle ont procédé à plusieurs reprises

les conseils du Gouvernement belge au cours de la procédure orale (VIII, p. 13, III, 367-368 et 487). Comme la Cour le sait, ils ont fait état d'un chiffre de 3 700 000 dollars qui représenterait la fraction du bénéfice net de l'entreprise en 1947 revenant aux actionnaires de Barcelona Traction; ils ont capitalisé ce chiffre au taux de 4 pour cent estimé « prudent » ou « plus que prudent », selon les conseils du Gouvernement belge, par les experts consultés par ce gouvernement; ils ont ainsi obtenu une prétendue valeur de rendement de l'entreprise au 31 décembre 1947, de l'ordre de 92 millions de dollars; et ils ont conclu que cette capitalisation des bénéfices confirme admirablement le montant que la note de Sidro présentait comme étant la part de la valeur du capital-actions de l'entreprise Barcelona Traction en date du 12 février 1948. Du point de vue technique, cela signifie que les conseils du Gouvernement belge considèrent la somme de 3 700 000 dollars comme étant la part des bénéfices futurs (*Future maintainable profits*) prévisibles de l'entreprise qui devrait être attribuée aux actionnaires de la société; cela signifie, en outre, que les conseils du Gouvernement belge estiment qu'un rendement de 4 pour cent des capitaux à investir aurait été considéré comme adéquat par un acheteur éventuel de l'entreprise de Barcelona Traction dans la situation où se trouvait celle-ci au début de l'année 1948. Du point de vue technique, Monsieur le Président, les conseils du Gouvernement belge font erreur, non seulement lorsqu'ils évaluent le montant du bénéfice net de l'entreprise, qui aurait pu à l'avenir être versé aux actionnaires, mais encore lorsqu'ils choisissent le taux de rendement qu'un investisseur éventuel aurait tenu pour adéquat dans la situation où se trouvait au début de l'année 1948 l'entreprise de Barcelona Traction. Les résultats d'un seul exercice, pris isolément et sans examen d'autres éléments, ne peuvent d'ailleurs jamais être considérés comme une indication valable des bénéfices futurs.

Pour ce qui est du prétendu montant du bénéfice net revenant aux actionnaires, il est évidemment absolument faux de raisonner comme si Barcelona Traction avait gagné des dollars et non des pesetas. Je suis fermement convaincu que tout acheteur éventuel de l'entreprise aurait constaté qu'il allait acquérir des actifs produisant des bénéfices en pesetas, et je suis tout aussi fermement convaincu que ce fait n'aurait pas échappé davantage à un expert en matière d'évaluation d'entreprises. Tout au contraire, aussi bien l'acheteur éventuel que l'expert en matière d'évaluation auraient pris en considération le risque fondamental inhérent à une entreprise qui, gagnant des pesetas, avait des dettes en livres sterling; aussi auraient-ils retenu un taux de capitalisation qui eût tenu compte de la nature de ce risque. A l'appui de mon opinion, je me bornerai à rappeler qu'entre 1935, dernière année considérée comme normale par le Gouvernement belge, et la date de la vente aux enchères des biens de Barcelona Traction en Espagne, la peseta a subi une dépréciation de plus de 500 pour cent par rapport au dollar USA. Il s'agit là d'un risque d'une importance capitale et aucun acheteur éventuel de l'entreprise, aucun expert en matière d'évaluation n'aurait négligé le fait que les bénéfices de l'entreprise étaient produits en pesetas. Tel est, Monsieur le Président, le facteur important que les conseils et experts du Gouvernement belge ont négligé quand ils ont fait état devant la Cour de leur prétendue méthode d'évaluation par capitalisation des bénéfices.

L'application correcte de cette méthode consisterait à prendre pour point de départ les bénéfices en pesetas réalisés par le groupe en Espagne, c'est-à-dire les bénéfices avant déduction des intérêts de la dette en livres

sterling de Barcelona Traction. Le montant pour l'année 1947 serait 54 millions de pesetas, équivalant à 4 886 000 dollars, au taux officiel en vigueur cette année-là. Ce montant résulte de l'état préparé par MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. (A.D., vol. I, n° 2, p. 396) après l'addition des intérêts des obligations de Barcelona Traction. Il correspond approximativement au chiffre utilisé par les conseils du Gouvernement belge après l'addition des 1 233 000 dollars revenant aux obligations de Barcelona Traction. Un acheteur éventuel ou un expert en matière d'évaluation, dûment informé de la situation réelle de l'entreprise de Barcelona Traction en 1948, ne prendrait pas non plus ce chiffre de 54 millions de pesetas pour l'expression correcte des bénéfices futurs de l'entreprise, même dans l'hypothèse absolument invraisemblable où il estimerait les bénéfices futurs prévisibles sur la base d'un seul résultat passé et sans tenir compte de tous les facteurs pertinents.

En premier lieu, un acheteur éventuel et un expert en matière d'évaluation ne se laisseraient pas facilement persuader que l'entreprise pourrait continuer à pratiquer à l'avenir les fraudes fiscales auxquelles elle avait eu recours dans le passé; d'autant plus que l'organisation et les mécanismes qui rendaient possibles ces fraudes avaient pour effet de fermer à l'entreprise les portes du marché local des capitaux. Par conséquent, ils auraient dû ajuster les charges fiscales de l'entreprise en les chiffrant aux montants auxquels elles se seraient établies après la réorganisation de la structure, c'est-à-dire après la complète élimination des fraudes fiscales résultant des manœuvres des administrateurs de Barcelona Traction durant cette période que la Partie adverse est encline à appeler la « préhistoire ». Il est difficile de faire actuellement des hypothèses sur la forme qu'aurait pu prendre une telle réorganisation et sur l'effet final qu'elle aurait pu exercer sur le niveau des bénéfices. L'augmentation des impôts, en ne considérant que les impôts nationaux, aurait pu être de l'ordre de 22 300 000 pesetas, d'après le rapport du ministère espagnol des finances, joint en annexe 1 à la duplique.

En second lieu, aucun acheteur éventuel et aucun expert en évaluation n'aurait renoncé à analyser minutieusement la façon dont les administrateurs précédents avaient agi en matière de provisions pour dépréciation des installations de l'entreprise. Dans le nouveau rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. déposé par le Gouvernement espagnol, la Cour trouvera des preuves importantes, établissant que les hauts fonctionnaires de l'entreprise en Espagne avouaient que les provisions pour dépréciation qu'ils faisaient depuis des années étaient de plus en plus inadéquates, étant donné les conditions économiques qui prévalaient alors et les tarifs en vigueur (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 62 à 64).

Il faut aussi reconnaître franchement qu'il est aujourd'hui extrêmement difficile de dire quelles sont les provisions pour dépréciation qu'un expert en matière d'évaluation ou un acheteur éventuel aurait tenues pour adéquates. Il s'agissait d'adapter les résultats de 1947 pour pouvoir procéder à l'évaluation. Je crois pouvoir avancer un chiffre minimum de l'ordre de 30 millions de pesetas, qui représenterait les provisions sur le coût historique calculées à un taux sensiblement inférieur à celui de 3 pour cent, que M. Hiernaux recommandait en 1944 pour un nouvel investissement de 225 millions de pesetas (A.D., vol. II, n° 8, doc. 7, p. 247). Cela m'obligerait à opérer un ajustement supplémentaire des résultats de 1947 qui serait de l'ordre de 12 200 000 pesetas. Je dois ajouter, pour être complet, que si les autorités fiscales avaient accepté cette augmen-

tation des provisions pour dépréciation il en serait résulté une réduction d'environ 3 700 000 pesetas de l'augmentation d'impôt dont je parlais tout à l'heure.

En définitive, le montant de 54 millions de pesetas correspondant aux résultats nets de l'entreprise en 1947, avant la déduction des intérêts des obligations de Barcelona Traction, serait, après ces inévitables ajustements, ramené à 23 200 000 pesetas.

En supposant, ce qui est exclu, que le bénéfice d'une seule année puisse être, sans autre examen, considéré comme représentatif des bénéfices futurs, le montant que je viens d'indiquer devrait être capitalisé au taux de 6,3 pour cent environ, pour arriver à une valeur de l'entreprise simplement égale au total des dettes et des intérêts arriérés de la Barcelona Traction en livres et en pesetas. Un tel rendement ne laisserait à un acheteur potentiel aucune rémunération pour son propre investissement, même s'il avait eu la possibilité de se procurer, au taux officiel de change, les livres sterling dont il aurait eu besoin pour rembourser la dette en livres de Barcelona Traction. Le seul argent qu'il aurait pu se procurer sur le marché des capitaux pour financer l'achat des livres sterling lui aurait coûté à tout le moins un intérêt de 6,5 pour cent (nouv. doc. 1969, vol. I, *PMM Report*, p. 82, par. 288-289). Le rendement de l'investissement ne lui aurait donc pas suffi pour acquitter les intérêts de son emprunt, et ne lui aurait rien laissé pour faire face aux risques industriels inhérents à l'affaire.

La conclusion, en ce qui concerne le montant des bénéfices pris pour base par les experts et les conseils du Gouvernement belge pour l'évaluation par capitalisation des bénéfices rejetée dans la note de Sidro, est qu'un acheteur éventuel aurait dû se faire une idée optimiste de l'avenir de l'entreprise, à la date de la faillite, pour pouvoir attribuer une valeur positive aux droits des actionnaires. Une telle idée aurait toutefois été absolument injustifiée, étant donné la situation de l'entreprise en Espagne en date du 12 février 1948. En gardant à l'esprit cette considération, et étant donné les critères d'après lesquels les décisions d'investissement sont normalement prises, je crois que je n'ai pas grand-chose à ajouter à mon commentaire sur la déraisonnable proposition de capitaliser les bénéfices de 1947 au taux de 4 pour cent, même en supposant que les bénéfices de cette année étaient normaux et susceptibles de se répéter.

Je tiens pour absolument invraisemblable qu'un investisseur éventuel, quel qu'il fût, ait été disposé à accepter un taux de rendement qui eût été inférieur à la rémunération qu'aurait pu lui procurer son argent sur le marché des capitaux à long terme, placé dans des valeurs pratiquement exemptes de tout risque.

Toute évaluation raisonnable d'un taux de capitalisation adéquat devrait prendre en considération le loyer de l'argent, augmenté d'une prime propre à garantir l'investisseur contre les risques industriels inhérents à l'acquisition de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne. Je tiens simplement à dire que l'idée de déterminer le rendement adéquat par référence au loyer de l'argent et au risque inhérent à l'investissement était une idée familière aux administrateurs de Barcelona Traction. C'est ainsi que, dans un note jointe à une lettre de M. Speciael en date du 5 décembre 1939, l'on envisage un taux de 7 pour cent pour la capitalisation des bénéfices d'un projet d'investissement. L'on parvenait à ce taux de capitalisation en prenant 6 pour cent pour loyer de base de l'argent, et en ajoutant 1 pour cent pour tenir compte du risque que comportait l'invest-

tissement ; ce n'est là qu'un exemple et l'on en trouverait d'autres dans divers documents contemporains que commente le nouveau rapport de MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., déposé au Greffe par le Gouvernement espagnol (p. 71 à 75).

Ce qu'il y a de plus paradoxal, Monsieur le Président, c'est que les experts consultés par le Gouvernement belge justifient le choix du taux de capitalisation de 4 pour cent par les « conditions anormales » dans lesquelles se déroulait l'activité de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne durant la période qui prit fin en 1948 (rapport Gelissen et Van Staveren, p. 75 et 76, 96 et 97).

Cela signifie que le choix du taux de capitalisation de 4 pour cent a pour objet d'éliminer de l'évaluation certains défauts congénitaux dont souffrait l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne. Tout se passe comme si l'on voulait procéder à une évaluation de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne non pas telle que celle-ci, en raison des décisions erronées de ses administrateurs, se présentait en 1948, mais comme ses administrateurs auraient voulu qu'elle soit.

L'audace des experts du Gouvernement belge va jusqu'à suggérer que, pour l'évaluation, il faudrait partir de l'hypothèse que, tôt ou tard, le gouvernement serait bien obligé de mettre en vigueur un barème de tarifs garantissant à l'entreprise une rentabilité raisonnable. Ils donnent ainsi à entendre que l'évaluation devrait partir de l'hypothèse que l'on reviendrait fatalement à des « conditions normales », encore que, dans le cas de Barcelona Traction, ils reconnaissent que ces conditions normales n'ont jamais existé entre 1940 et 1948, quand ils disent que l'année 1935 avait été la dernière année « normale » de la vie de l'entreprise. Etant donné leur conception particulière des conditions anormales qui, je le répète, comprennent les défauts congénitaux de l'entreprise, leur argumentation revient à dire que le barème de tarifs qu'approuverait le gouvernement, non seulement devrait garantir la rentabilité raisonnable des investissements, mais encore devrait couvrir l'entreprise contre ses risques spécifiques. Ils supposent, en effet, qu'un éventuel relèvement des tarifs aurait dû garantir l'entreprise contre les conséquences que pouvaient exercer sur sa rentabilité le déséquilibre de sa structure industrielle et le fait que l'entreprise, obtenant des bénéfices en pesetas, devait assurer le service de sa dette en livres sterling. Une telle argumentation se passe de commentaire.

D. Méthodes d'évaluation

En procédant à la prétendue démonstration de la valeur du rendement de l'entreprise en 1948, les conseils du Gouvernement belge non seulement sont tombés dans les erreurs que je viens de dénoncer, mais encore ont fait quelque chose que la note de Sidro jointe au mémoire assurait que l'on ne pouvait faire sans provoquer des complications telles que la chose n'était pas à recommander. Je crois de mon devoir de m'arrêter à cette importante contradiction du Gouvernement belge.

La Cour se souviendra, comme l'a fait le conseil du Gouvernement belge à l'audience du 8 mai, que la note de Sidro rejetait certaines méthodes d'évaluation avant de proposer ce que M. Lauterpacht a appelé « une autre solution concrète » (VIII, p. 478). Au nombre des méthodes rejetées se trouvent les deux suivantes : celle que l'on appelle « évaluation de l'entreprise au 12 février 1948 à l'aide des bénéfices des dernières années »

(A.M., vol. IV, n° 282, p. 1078); et celle que l'on appelle « évaluation de l'entreprise à la date de l'arrêt de la Cour, sur la base des résultats actuels de la Fecsa » (*ibid.*, p. 1079).

D'après M. Lauterpacht, la première de ces méthodes « a été écartée pour une raison qui, elle non plus, ne paraît pas controversée: par suite des conditions anormales qui ont régné à maintes reprises entre 1935 et 1948, il n'a en effet pas été possible de déterminer, d'une manière satisfaisante, les recettes ordinaires pour évaluer sur cette base les bénéfices futurs » (VIII, p. 478). Le conseil du Gouvernement belge s'est même permis d'ajouter l'allégation totalement inexacte suivante: « Les parties ne semblent pas être en désaccord sur la nécessité d'écarter les chiffres antérieurs à 1948 comme base d'estimation des recettes futures » (*ibid.*, p. 478).

Le Gouvernement espagnol est, en réalité, d'un tout autre avis. Pour le démontrer, il me suffira de rappeler que le chiffre qui, d'après M. Soronellas, exprime la rentabilité de l'entreprise et confirme les résultats auxquels il était parvenu en évaluant directement les actifs, est tiré de l'étude des bénéfices obtenus par l'entreprise au cours des cinq années qui se sont écoulées entre le 1^{er} janvier 1946 et le 31 décembre 1950, dernier exercice financier complet dont les chiffres fussent connus au moment de l'évaluation (A.C.M., vol. III, n° 161, doc. 1, par. 391 et 392).

Je tiens toutefois moins à mettre en évidence la manifeste inexactitude mentionnée ci-dessus qu'à insister sur les raisons pour lesquelles les auteurs de la note de Sidro rejetaient la méthode d'évaluation reposant sur la capitalisation des bénéfices obtenus au cours des années qui ont précédé 1948. Leur point de vue était qu'étant donné les conditions anormales dans lesquelles l'activité de l'entreprise s'était déroulée au cours de ces années-là, « la capitalisation des bénéfices des dernières années est une méthode qui ne pourrait être retenue en l'espèce qu'en y appliquant d'importants correctifs » (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1078).

À mon sens, la note de Sidro concernait les bénéfices soi-disant anormalement bas de l'entreprise au cours des années 1935-1948. Ce qui me confirme dans cette idée, c'est que M. Lauterpacht, aux audiences du 8 et du 9 mai a parlé des « difficultés qui se présentaient lorsqu'on entendit évaluer l'entreprise en 1948 en se fondant par trop sur les bénéfices réalisés de 1935 à 1948 » (VIII, p. 478 et 485).

Si cette argumentation a un sens, elle signifie en effet que les bénéfices de l'entreprise de Barcelona Traction, dans la période 1935-1948, « ne sauraient exprimer son véritable potentiel ». Ce potentiel, selon le Gouvernement belge, serait indiqué par la valeur de 116 millions de dollars que la note de Sidro attribue à l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne, considérée comme un *going concern*, à la date du 12 février 1948, avant la déduction des dettes de Barcelona Traction elle-même. Dans la note de Sidro, le Gouvernement belge proposait une évaluation qui ne pouvait être corroborée par la capitalisation des bénéfices des années antérieures à 1948, et c'est ce qu'il reconnaissait en déclarant que cette méthode n'était pas applicable, à moins d'y apporter d'importantes corrections.

C'était là la position adoptée dans le mémoire et confirmée au cours de la procédure orale actuelle. Quelle n'a pas été ma stupéfaction lorsque j'ai entendu un éloquent éloge de « la rentabilité excellente de l'ensemble de ces entreprises, même, je le répète, après la déclaration de faillite » (VIII, p. 111)! Et ma stupéfaction n'a pas été moindre lorsque j'ai constaté que

les conseils du Gouvernement belge avaient allégué à maintes reprises que la valeur obtenue par la méthode de la note de Sidro pouvait être aisément confirmée par la capitalisation des bénéfices de 1947.

Somme toute, Monsieur le Président, Messieurs les juges, que furent pour Barcelona Traction, d'après le Gouvernement belge, ces années qui se sont écoulées de 1935 à 1948? Est-ce que ce furent des années où la rentabilité fut anormale ou est-ce que ce furent des années excellentes? Était-il, d'après la note de Sidro, possible de confirmer la valeur de l'entreprise en appliquant simplement la capitalisation des bénéfices des années antérieures à 1948?

Dans la note de Sidro, il est dit que ce furent là des années d'une rentabilité anormale et que la valeur de l'entreprise ne pouvait, sans opérer d'importantes rectifications, pas être déterminée par voie de capitalisation des bénéfices des années antérieures à 1948. Les conseils du Gouvernement belge ont affirmé, au contraire, que ce furent là des années où la rentabilité fut excellente et que la valeur de l'entreprise, indiquée dans la note de Sidro, pouvait aisément être confirmée par la capitalisation du bénéfice net de 1947. Pour le prétendre, ils ont certes dû commettre les erreurs que j'ai signalées, tant sur le chiffre des bénéfices à capitaliser que sur le choix du taux de capitalisation de 4 pour cent. Retenons donc l'opinion exprimée dans la note de Sidro: qu'elle fût normale ou anormale, la rentabilité de l'entreprise en Espagne au long des années 1940 à 1948 était loin d'être aussi excellente que l'ont prétendu les conseils du Gouvernement belge.

Avant de poursuivre, qu'il me soit permis de prier la Cour de prendre acte de cette nouvelle contradiction dans laquelle tombe le Gouvernement belge lorsqu'il prétend confirmer la valeur de l'entreprise en se référant aux résultats de Fecsa. La note de Sidro niait formellement que cela fût possible. Les conseils du Gouvernement belge semblent n'avoir été de cet avis que de temps à autre. Et, en effet, il est absurde de prétendre évaluer la valeur d'une entreprise en se référant à une autre entreprise tout à fait différente. La structure juridique et financière de Fecsa est tout à fait différente de celle de Barcelona Traction; elle a une administration toute nouvelle qui ne se soucie que du développement de l'affaire et qui a su doter l'entreprise d'une structure industrielle équilibrée. Fecsa est le contraire même de ce qu'était, en février 1948, Barcelona Traction. Cette dernière était paralysée par les risques inhérents à sa structure industrielle déséquilibrée et par la menace de la dépréciation extérieure de la peseta. Elle ne pouvait faire appel ni au marché international ni au marché espagnol des capitaux en raison de son long passé de mauvaise payeuse, des réorganisations financières effectuées et de son organisation tortueuse. Elle était enfin gérée par des personnes dont le seul souci était d'échapper aux risques que leur faisait courir leur comportement passé, riche en tromperies, envers les autorités espagnoles.

Les contradictions du Gouvernement belge m'amènent à la question de la position des deux Parties en ce qui concerne les méthodes d'évaluation d'un *going concern* applicables au cas d'espèce. Le conseil du Gouvernement belge a posé le problème d'une façon par trop simpliste à l'audience du 8 mai. Pour mon distingué contradicteur, le désaccord consiste en ceci que la méthode d'évaluation des actifs aurait la faveur du Gouvernement belge, tandis que la méthode de capitalisation des bénéfices serait celle à laquelle irait la préférence du Gouvernement espagnol (VIII, p. 474).

Le Gouvernement espagnol n'accorde pas la préférence à une méthode

particulière d'évaluation. Ce qu'il estime, c'est que les actifs d'une entreprise, évaluée en tant que *going concern*, ne valent pas davantage que les bénéfiques qu'ils sont capables de produire et qu'aucune méthode d'évaluation, raisonnablement applicable au cas d'espèce et raisonnablement appliquée, ne saurait faire abstraction de la capacité de gain de l'entreprise (D., V, p. 665-666). Par conséquent, il croit qu'il faut écarter toute nouvelle méthode d'évaluation — comme celle de la note de Sidro — dont les résultats ne peuvent être confirmés lorsqu'on applique de façon raisonnable les techniques habituelles des comptables et des économistes.

Je ne crois pas non plus que ce soit apprécier de façon objective la position du Gouvernement belge que de dire que sa position se ramène à préférer la méthode de l'évaluation des actifs. Ce que préfère le Gouvernement belge, c'est le résultat auquel l'on parvient à l'aide des calculs d'ingénieurs qui servent de point de départ à la méthode de Sidro. Ce que le Gouvernement belge écarte, c'est une application raisonnable de la méthode de capitalisation des bénéfiques, et il voudrait que l'on oublie les tristes résultats révélés par les comptes de l'entreprise entre 1935 et 1948 lorsqu'ils sont correctement analysés. Ce qu'il n'admet pas, c'est que l'on capitalise les bénéfiques, comme cela est normal, à un taux conforme au loyer de l'argent à la date de l'évaluation, compte tenu des risques industriels propres à l'affaire.

Ces constatations, Monsieur le Président, prennent toute leur valeur si l'on se souvient que les auteurs de la note de Sidro admettaient tacitement que l'évaluation d'une entreprise considérée comme un *going concern* est pure fantaisie, si elle n'est pas fondée sur la capacité de rapport des actifs. Les auteurs de la note de Sidro, qui connaissaient fort bien ce principe élémentaire, indiquaient à la Cour que, si elle voulait s'assurer du caractère raisonnable de l'évaluation opérée selon la méthode de Sidro, elle pouvait procéder à la capitalisation des bénéfiques de l'entreprise en 1935 (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1083). La valeur de rendement obtenue pour 1935 aurait dû ensuite être rectifiée afin de tenir compte

« d'abord de ce qu'était à cette époque le pouvoir d'achat du dollar par rapport à ce qu'il était en 1946, et ensuite de l'importance des travaux d'extension réalisés par autofinancement de 1935 à 1948 » (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1083).

Qu'il me soit permis, Monsieur le Président, de mettre en relief la désinvolture avec laquelle à été rédigée la note de Sidro sur le point dont je viens de parler. La note de Sidro — nous avons l'habitude du fait — ne fournissait aucune des données nécessaires au calcul proposé: elle ne mentionnait ni ne définissait le montant des bénéfiques pris pour base de la capitalisation de 1935, elle n'indiquait pas le taux de capitalisation appliqué et elle ne chiffrait pas les deux rectifications qu'elle proposait d'opérer pour parvenir à la valeur de 1948. On peut évidemment renoncer à exposer une démonstration détaillée. Il est par contre inadmissible de ne pas fournir les données fondamentales indispensables à la Cour pour vérifier l'exactitude du résultat allégué.

Il y a toutefois, Monsieur le Président, quelque chose de plus grave encore. Le Gouvernement belge, dans la réplique (A.R., vol. I, n° 40, p. 181), a fait état du chiffre de 6 200 000 dollars qu'il donne pour le montant des bénéfiques de 1935 devant servir de base à la capitalisation; il l'a fait dans l'intention de montrer l'erreur qu'aurait prétendument commise l'expert Soronellas dans son évaluation. Ce chiffre, que le Gou-

vernement belge a pris à titre d'exemple, était, en réalité, l'équivalent en dollars des bénéfices de l'entreprise en Espagne, établis pour 1935 par Soronellas. Ces bénéfices s'entendaient donc avant déduction des frais généraux et des intérêts de la dette en livres sterling de Barcelona Traction hors d'Espagne. Le chiffre de 6 200 000 dollars, donné comme étant celui des bénéfices à capitaliser pour 1935, supposerait l'application d'un taux de capitalisation de 9,26 pour cent, si l'on voulait aboutir à la valeur de 67 millions de dollars que la note de Sidro attribuait à l'entreprise en 1935 (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1083).

Or, voici que le Gouvernement belge explique maintenant (rapport de MM. Gelissen et Van Staveren, par. 80, et VIII, p. 13 ainsi que 485-486) que le montant des bénéfices de 1935 à capitaliser est de 3 385 000 dollars et que ce montant, au taux de 5 pour cent, permet d'aboutir à la somme de 67 millions de dollars; le chiffre des bénéfices à capitaliser, par conséquent, ne serait pas celui des bénéfices de l'entreprise en Espagne, mais celui des bénéfices après déduction des charges, mais avant la déduction de l'amortissement des obligations de Barcelona Traction.

La valeur de 67 millions de dollars ne serait donc pas, d'après la nouvelle explication du Gouvernement belge, la valeur de l'entreprise en Espagne, mais la fraction de cette valeur revenant au capital-actions de Barcelona Traction, après déduction des dettes. Et pourtant, la terminologie utilisée dans la note de Sidro ne laissait pas place à la moindre équivoque: la note de Sidro parlait de « la valeur de l'entreprise », ce qui signifie le plus clairement du monde qu'il ne s'agissait pas de la valeur attribuable au capital-actions — valeur qui, à la page précédente de la note, était définie comme « la valeur nette de l'affaire correspondant à l'ensemble des actions » —, mais bien à ce qui avait été auparavant désigné par le terme « la valeur vénale pour l'entreprise », ou, ce qui revient au même, la valeur de l'entreprise en Espagne, avant déduction des dettes de Barcelona Traction (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1082 et 1083).

La conclusion qui découle de cela peut être exposée sous forme d'une alternative: ou bien nous avons affaire, une fois de plus, à une déplorable étourderie par laquelle le Gouvernement belge a écrit — ou a laissé écrire — « la valeur de l'entreprise », alors qu'il voulait parler de la valeur nette correspondant au capital-actions; ou bien, et cela serait plus grave, le Gouvernement belge a fait usage d'un taux de capitalisation supérieur au taux de 5 pour cent pour aboutir au chiffre de 67 millions de dollars et, maintenant, afin de ne pas se mettre en contradiction avec les taux qu'il avance pour 1948 et 1951, il change d'avis à mi-chemin et soutient que le chiffre de 67 millions de dollars n'a jamais concerné que la valeur nette attribuable au capital-actions (VIII, p. 485). Quel que soit celui des deux termes de l'alternative que l'on retienne, le manque de sérieux des calculs du Gouvernement belge se trouve clairement établi.

Quoi qu'il en soit, et indépendamment de l'absurdité de la prétention que le tribunal se réfère à la capitalisation des bénéfices de 1935 pour confirmer le caractère raisonnable d'une estimation qui porte sur la valeur de l'entreprise au 12 février 1948, soit treize années plus tard, il reste une conclusion à tirer, Monsieur le Président: le Gouvernement belge reconnaissait tacitement l'importance qu'il y a à ce que toute évaluation d'un *going concern* soit confirmée par référence aux bénéfices qu'il peut produire.

Une autre preuve du fait que le Gouvernement belge donne de l'importance à ce principe et redoute les conséquences de son application sur

l'évaluation proposée par Sidro apparaît dans la nouvelle justification qu'il a donnée, à l'audience du 8 mai, de sa répugnance à évaluer l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne en capitalisant ses bénéfices. D'après cette nouvelle explication, la préférence du Gouvernement belge pour la méthode de l'évaluation directe des actifs provient de ce que

« toute tentative d'évaluer le revenu constant futur de l'entreprise en se reportant à ce qui a été connu ou n'a pas été connu en 1948 est une méthode qui fait la part trop belle à la conjecture pour avoir une valeur quelconque » (VIII, p. 475).

Après ce que je viens de rappeler, la Cour ne manquera pas de voir que l'explication de M. Lauterpacht n'exprime pas l'opinion du Gouvernement belge, telle qu'elle a été formulée en 1962.

Au surplus, je crois pouvoir dire, Monsieur le Président, qu'elle n'exprime pas non plus sincèrement l'opinion actuelle du Gouvernement belge, telle que l'a exposée M. Lauterpacht lui-même, à la même audience du 8 mai. La Cour se souvient que, quelques instants après avoir donné l'explication que je viens de rappeler, mon distingué contradicteur a examiné cet élément nouveau des thèses belges qu'il appelait

« la deuxième question qui se rapporte à la date de l'évaluation : celle de savoir si l'on peut, en évaluant, prendre en considération ce que l'on sait d'événements survenus après ladite date » (VIII, p. 475).

Le conseil du Gouvernement belge a répondu affirmativement à cette question, à l'issue d'un long développement dans lequel il a invoqué des précédents de jurisprudence internationale et de jurisprudence britannique.

Étant donné ce à quoi pense le Gouvernement belge en la formulant, cette conclusion ne possède pas l'importance que semble lui conférer M. Lauterpacht. Dans le cas d'espèce, en effet, c'est le Gouvernement espagnol qui prie la Cour de préférer les faits aux spéculations. C'est au contraire le Gouvernement belge qui demande que les faits cèdent le pas à des spéculations et qui prétend faire admettre à la Cour que, précisément durant les cinq années qui se sont écoulées de 1952 à 1956, les administrateurs de Barcelona Traction auraient été capables de réaliser cela même — la chose est prouvée et le Gouvernement belge l'a reconnue — qu'ils avaient été incapables de réaliser de 1935 à 1948, c'est-à-dire l'assainissement de la situation financière de Barcelona Traction. Cette tentative ne vaut assurément pas les efforts qui ont été déployés pour lui donner un semblant de bien-fondé, mais on ne peut manquer d'y voir une nouvelle preuve de la conviction du Gouvernement belge de ce que la faible rentabilité de l'entreprise de Barcelona Traction durant la période 1940-1948 réduit à néant l'évaluation fantaisiste de l'importante annexe 282 au mémoire.

L'audience est levée à 13 heures

TRENTE-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (II VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69, M. Padilla Nervo, *juge*, absent.]

M. SUREDA: A l'audience d'hier, j'ai pu terminer l'examen des insuffisances techniques dont souffrent les arguments comptables du Gouvernement belge et des contradictions commises en ce qui concerne les méthodes d'évaluation, applicables au cas présent, d'une entreprise prise comme *going concern*. Après quelques brèves observations sur les critiques formulées par le Gouvernement belge à l'égard de l'évaluation de l'expert Soronellas je serai en mesure d'aborder les considérations finales de mon exposé.

Les critiques adressées par le Gouvernement belge à l'égard de l'opinion de Soronellas, exprimée aux effets de la fixation d'un prix minimum en vue de la vente aux enchères, constituent en réalité une anthologie des raisonnements fallacieux et des erreurs techniques commises par le Gouvernement belge. J'ai eu l'honneur d'en faire la preuve, que j'espère satisfaisante pour la Cour. Ces critiques opposent à l'opinion de Soronellas le résultat auquel aboutit la méthode originale d'évaluation de la note de Sidro. Elles lui opposent un chiffre de 103 millions de dollars tiré du bilan de Barcelona Traction et qui a trait à la valeur comptable des investissements dans les sociétés filiales et des montants qui étaient dus par ces dernières. Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de le rappeler (*supra*, p. 433 et suiv.), les *auditors* de Barcelona Traction considérèrent utile de faire état dans leur rapport, en ce qui concerne ledit chiffre, d'une qualification relative à la valeur que pourraient avoir les intérêts de Barcelona Traction dans les filiales, qualification qui ne fut omise que dans les rapports des années 1924 à 1935. A part cela, je ne pense pas qu'il me faille discuter l'idée extraordinaire selon laquelle un chiffre non consolidé, qui exprime le coût historique des investissements dans les filiales et des dettes de celles-ci, converti à taux de change divers et sujet, pour ce qui est des dettes, à une série d'inflations hautement discutables, puisse servir en quelque sorte de point de repère de la valeur d'une entreprise, considérée comme un *going concern*. Ainsi ce chiffre présente des vices analogues à ceux que j'ai mis hier en relief au sujet de ladite « valeur des actifs nets », selon les comptes combinés du groupe, de 88 millions de dollars, chiffre qui est également opposé à l'évaluation de Soronellas (*supra*, p. 431 et suiv.). Dans ces critiques on ne manque pas d'utiliser les chiffres en dollars pour exprimer les bénéfices d'une entreprise qui gagnait des pesetas en Espagne; et on prétend de surcroît qu'il n'aurait pas fallu évaluer l'entreprise d'après les conditions dites « anormales » dans lesquelles elle avait développé son activité de 1935 à 1951, mais comme s'il s'agissait d'une entreprise différente ou florissante. Je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit à cet égard, et je me permets de renvoyer la Cour aux réponses données sur cette matière dans la duplique du Gouvernement espagnol (D., VII, p. 660 et suiv., et A.D., vol. I, n° 3, et vol. III, n° 166 à 170).

Je désire, cependant, formuler deux observations relatives à l'évaluation faite par Soronellas: la première est que le prix fixé aux effets de la vente aux enchères était un prix minimum à partir duquel n'importe

quel acheteur éventuel pouvait faire une offre et payer n'importe quel montant qu'il estimerait nécessaire au vu des offres éventuelles des autres enchérisseurs. La deuxième est que le prix minimum qualifié si légèrement de vil ou scandaleux était, en fait, un prix minimum réel qui se situait aux environs de 1110000000 de pesetas. Ce prix, comparé au chiffre rectifié des bénéfices de 1951, calculé à partir des données établies par les experts du Gouvernement belge, plaçait un acheteur éventuel devant des perspectives de rendement de l'ordre de 5 pour cent. Ce facteur prouve, à lui seul, que les perspectives de rendement n'étaient guère tentantes pour cet acheteur éventuel, et que, conséquemment, le prix minimum réel de 1 110 000 000 de pesetas, pour la vente aux enchères, était un prix qu'on ne peut qualifier de vil ou scandaleux qu'en se refusant à se rendre à l'évidence. Et l'on ne saurait oublier qu'un acheteur éventuel de cette entreprise savait, en 1951, qu'il faudrait immédiatement procéder à la réorganisation que les administrateurs de Barcelona Traction jugeaient indispensable depuis 1940, et dont le coût et les effets sur les bénéfices nets de l'entreprise seraient loin d'être négligeables.

E. Conclusions

J'en viens maintenant, Monsieur le Président, Messieurs les juges, à la dernière partie de mon exposé, dans laquelle je voudrais formuler certaines conclusions que j'indiquerai en suivant, dans une certaine mesure, un ordre inverse de celui dans lequel j'ai exposé mes arguments. Je commencerai donc par les conclusions qui concernent l'attitude du Gouvernement belge à l'égard du problème de l'évaluation de l'entreprise de Barcelona Traction en Espagne à la date du 12 février 1948 et en novembre 1951.

Ma conclusion générale — je ne vois pas pourquoi je ne dirais pas franchement ce que je pense — c'est que les incohérences, pour ne pas dire les véritables contradictions, que l'on constate dans l'argumentation du Gouvernement belge démontrent que celui-ci n'a pas pris au sérieux son obligation de prouver deux graves allégations fondamentales de sa requête: il s'agit de l'allégation concernant le prétendu montant du dommage et de l'allégation selon laquelle le prix minimum fixé pour la vente aux enchères effectuée en Espagne le 4 janvier 1952 serait un vil prix. Les arguments du Gouvernement belge s'appuient exclusivement — c'est un point sur lequel la Partie adverse a insisté durant les plaidoiries (VIII, p. 465 et 485) — sur la note de Sidro jointe en annexe au mémoire sous le numéro 282.

Cette note de Sidro formule une évaluation extravagante en se fondant sur certains calculs d'ingénieurs effectués dans des buts totalement étrangers à ceux de l'évaluation d'un *going concern*. Elle propose toute une série d'ajustements importants et arbitraires, ainsi qu'une conversion en dollars qui n'est pas moins arbitraire. La note de Sidro reconnaît, sans le dire, le principe fondamental de l'évaluation d'une entreprise considérée comme *going concern*, à savoir que les actifs de cette entreprise ne sauraient valoir davantage que ne valent les bénéfices qu'ils sont capables d'engendrer. A cet effet, la note de Sidro rejette l'idée d'évaluer l'entreprise à partir des résultats obtenus au cours des années antérieures à 1948, parce que ces résultats furent peu satisfaisants, et propose à la Cour, pour vérifier le résultat de son évaluation, de s'en remettre à un

calcul opéré à partir de la capitalisation des bénéfices de 1935, soit treize ans avant l'évaluation (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1082 et 1083), calcul qui, comme je l'ai également montré n'est nullement sérieux.

La seconde indication contenue dans la note de Sidro adressée à la Cour, au cas où celle-ci souhaiterait vérifier le caractère raisonnable de l'évaluation proposée par Sidro, renvoie, sans plus préciser, à « la valeur de l'affaire en 1948, en se fondant sur les comptes de l'ensemble du groupe au 31 décembre 1946 » (A.M., vol. IV, n° 282, p. 1083). Cette indication sommaire renvoie peut-être à un argument semblable à celui des 88 millions de dollars que les conseils du Gouvernement belge prétendent faire passer pour la « valeur des actifs nets » du groupe au 31 décembre 1947, et qu'ils présentent à la Cour comme une confirmation de l'évaluation effectuée dans la note de Sidro (VIII, p. 111, 129 et 359). Cet argument n'a aucun sens en ce qui concerne une évaluation et j'ai montré que, une fois qu'on en a dissocié les actifs immatériels et une fois qu'on a réajusté le chiffre comptable des actifs matériels ou physiques de l'entreprise, de manière à rendre ce chiffre conforme au taux du change pratiqué à l'époque, le chiffre de 88 millions de dollars aboutirait à une somme relativement insignifiante et, en tout cas, fort éloignée du chiffre de l'évaluation de Sidro.

J'ai également mis en relief combien est vain l'effort déployé à la onzième heure par les experts et les conseils du Gouvernement belge en ayant recours à la capitalisation des bénéfices de 1947 pour étayer l'évaluation faite par Sidro. Les deux piliers sur lesquels se fonde cet effort, à savoir le chiffre de 3 700 000 dollars et le taux de capitalisation de 4 pour cent, ne résistent pas à l'examen. La prétendue valeur de rendement de 92 millions de dollars, établie à partir des résultats de 1947 (VIII, p. 13, 111, 367-368 et 487), est une autre construction artificielle qui, d'ailleurs, est incompatible avec l'idée contenue dans la note de Sidro, à savoir que les résultats des années antérieures à 1948 ne sauraient servir à confirmer, par capitalisation des bénéfices, l'évaluation proposée par Sidro. Tous les arguments comptables des conseils du Gouvernement belge apparaissent, à l'examen, comme des données et des chiffres arbitrairement manipulés, à l'unique fin de parvenir à un chiffre se rapprochant de l'évaluation de Sidro.

J'en viens maintenant à ma conclusion générale concernant la situation économique et financière de l'entreprise de Barcelona Traction en février 1948: la société était alors dans une situation de solvabilité purement artificielle, provenant du fait qu'Ebro ne transférait pas de fonds hors d'Espagne pour assurer le service financier des obligations en livres sterling, et du fait que les détenteurs de ces obligations s'étaient, jusqu'à ce moment-là, abstenus de revendiquer en justice les sommes qui leur revenaient. Si, en février 1948, Ebro avait transféré les sommes nécessaires en paiement des arriérés de toutes sortes dus à ses obligataires, l'insolvabilité foncière de l'entreprise aurait éclaté au grand jour. L'argent qui serait resté dans les caisses n'aurait en effet pas suffi pour faire face aux obligations courantes à mesure qu'elles venaient à échéance et devaient être payées.

Les conditions dans lesquelles se trouvait l'entreprise rendaient pratiquement impossible de pallier cette déficience en faisant appel au marché local des capitaux. L'organisation complexe et tortueuse de l'entreprise lui interdisait en effet virtuellement l'accès de ce marché. Dans cette situation, au demeurant, le développement industriel de

l'entreprise se trouvait paralysé et son faible rendement ne cessait de se dégrader progressivement. Toutes ces tensions et ces difficultés financières n'auraient pu être résolues que dans le cadre d'une réorganisation profonde de l'entreprise. Or, à l'heure d'y procéder, les administrateurs voyaient leur liberté d'action limitée par l'usage frauduleux qu'ils avaient fait des mécanismes complexes de l'entreprise.

A mon avis, Monsieur le Président, les conditions réelles dans lesquelles l'entreprise de Barcelona Traction a exercé son activité de 1940 à 1948, et les causes réelles de ses difficultés financières, expliquent une bonne part des événements de cette affaire compliquée, et une bonne part des décisions apparemment inexplicables que les administrateurs de Barcelona Traction ont adoptées au cours de leur litige avec les créanciers. J'en donnerai seulement quelques exemples.

En premier lieu, l'interprétation du plan d'arrangement de 1945, qui invitait les obligataires à sacrifier plus de 2 millions de livres sterling que leur devait la société, et que le Gouvernement belge a dépeint comme si favorable à leur égard. Placé dans sa véritable perspective, ce plan apparaît comme une étape préliminaire d'une profonde réorganisation que les administrateurs de l'entreprise tenaient pour indispensable depuis le mois de mars 1940 et qui avait pour but de corriger la structure financière inadéquate de l'entreprise et de simplifier la complexe organisation qu'elle avait reçue à l'époque dite « préhistorique ».

La situation économique réelle de l'entreprise en Espagne permettait certes aux administrateurs de Barcelona Traction d'invoquer, en 1945, devant les tribunaux canadiens, l'état de faillite ou d'insolvabilité de la société, pour obtenir l'autorisation dont ils avaient besoin pour proposer aux obligataires les gros sacrifices du plan d'arrangement. Cette situation économique réelle de l'entreprise permettait assurément à National Trust, d'appuyer du fait de sa présence, devant le tribunal, la demande de Barcelona Traction. Il n'est pas superflu de rappeler à cet égard, un des motifs pour lesquels National Trust tenait pour raisonnables les conditions que le plan d'arrangement offrait aux obligataires *First Mortgage*, qui les invitait à sacrifier plus de la moitié de ce que leur devait la société.

La raison invoquée par National Trust dans son memorandum du 7 décembre 1945, que j'ai déjà eu l'occasion de citer, était qu'il fallait tenir compte de

« their junior position and the possibility that they might be wiped out altogether, if the Prior Lien bondholders should take proceedings to realize upon the portfolio securing their bonds and the Court should effect a sale for a net price less than £4350000, which is approximately the amount that would be required to pay off the principal and interest on the Prior Lien bonds » (A.D., vol. II, n° 28, doc. 1, p. 361).

National Trust tient donc compte de la possibilité qu'une vente des garanties opérée au Canada produise un prix qui ne soit même pas suffisant pour verser quoi que ce soit aux obligations de second rang qu'étaient les obligations *First Mortgage*. Or, ces obligations-là, Monsieur le Président, ont été payées intégralement en vertu des clauses qui régissaient la vente aux enchères effectuée en Espagne, et comme l'indique la note diplomatique du Gouvernement belge du 27 mars 1948 « de 40 à 45% des obligations *First Mortgage* de la B.T.L.P. sont également détenues par des Belges » (A.M., vol. IV, n° 250, p. 976).

Si la santé financière de l'entreprise de Barcelona Traction avait été telle que l'ont décrite ici si éloquemment les conseils du Gouvernement belge, vu la façon dont les demandes de devises ont été formulées par l'Ebros — ce que la Cour n'ignore pas — les conditions que le plan d'arrangement offrait aux obligataires nous obligeraient à en donner, Monsieur le Président, une interprétation que j'aurais préféré ne pas avoir à suggérer, à savoir que le plan d'arrangement était simplement une pure tentative de dépouiller les créanciers de Barcelona Traction sous prétexte des tensions monétaires qui sévissaient en Europe au lendemain de la guerre mondiale. Je préfère, Monsieur le Président, Messieurs les juges, continuer à estimer que les conditions qu'offrait le plan d'arrangement aux obligataires de Barcelona Traction traduisaient la situation véritable au sujet des difficultés financières que traversait l'entreprise à l'époque.

Mon second exemple concerne la façon dont les administrateurs de Barcelona Traction ont réagi à la demande de renseignements que leur adressa le ministre Suanzes en décembre 1945 (A.C.M., vol. VI, n° 5, doc. 7, p. 284) : ils cherchèrent à échapper au dilemme dans lequel ils avaient eux-mêmes enfermé l'entreprise et dont les deux termes étaient soit de révéler les fraudes qu'ils avaient commises auparavant soit de maintenir une organisation et une structure qui ne pouvaient aboutir qu'à la ruine. L'issue qu'ils trouvèrent, la Cour le sait, consista à imaginer de nouvelles modalités de financement du plan d'arrangement et notamment cette extraordinaire formule de septembre 1946 selon laquelle Sofina, Sidro et Sovalles se déclaraient disposées à procurer 3 500 000 livres pour financer le plan d'arrangement (C.M., IV, p. 125 et 126), alors qu'elles n'avaient pas été capables de trouver les 2 200 000 livres qui constituaient approximativement à l'époque le montant des intérêts arriérés des dettes de Barcelona Traction en livres sterling (A.C.M., vol. VI, n° 5, doc. 12, p. 292). Cet effort exceptionnel que Sofina était disposée à fournir ne prouve-t-il pas que M. Speciael, président de Barcelona Traction, dans sa fameuse lettre de décembre 1946 au ministre Suanzes, devait réellement avoir des raisons de poids pour prophétiser que Barcelona Traction « devait, à la suite de l'échec du *Plan of compromise*, tomber aux mains d'un *receiver* pour être tôt ou tard livrée aux enchères publiques après qui sait quelles longues difficultés » (A.C.M., vol. VI, n° 6, doc. n° 2, p. 332).

Mon troisième et dernier exemple porte sur la déclaration conjointe que signèrent, le 11 juin 1951, les Gouvernements de Grande-Bretagne, du Canada et de l'Espagne, ainsi que sur le comportement consécutif du Gouvernement canadien et du *receiver* désigné par la Cour suprême d'Ontario, d'une part, et l'attitude des organes de la faillite en Espagne, d'autre part. Après la déclaration conjointe, tant le Gouvernement canadien que le *receiver* s'employèrent à promouvoir la solution du problème de Barcelona Traction par voie de négociations entre les intérêts privés antagonistes et à demander et à attendre que le Gouvernement espagnol reportât ses exigences légitimes de régularisation de la situation de l'entreprise en Espagne jusqu'à ce que les parties privées intéressées aient résolu leur différend par voie de négociations. Les intérêts que le Gouvernement belge protège aujourd'hui ne voulurent pas — la Cour le sait — appuyer les propositions du *receiver*, soutenues à partir de décembre 1951 par la Cour suprême d'Ontario, et en revanche, reprirent leur liberté d'action, même en ce qui concerne la direction des procédures qui

se déroulaient en Espagne. De leur côté, soumis aux tensions financières propres à l'entreprise et aux obligations qui pouvaient peser sur elle, les organes de la faillite demandèrent l'autorisation nécessaire pour réaliser la vente, la seule solution qui fût possible, faute de règlement négocié. Cette solution, ils la proposèrent en sorte que Barcelona Traction pût conserver les droits, s'il en existait, revenant au capital-actions, à la seule condition de régler les sommes qui étaient dues en livres sterling aux créanciers.

Malgré cela, en janvier 1952, les protégés du Gouvernement belge, décidèrent de ne pas lutter pour la défense de leurs intérêts dans l'entreprise, même moyennant le paiement du vil prix de 1 110 000 000 de pesetas auquel l'entreprise avait été adjugée. L'option accordé à Barcelona Traction par le cahier des charges régissant la vente aux enchères de ses biens et l'extension de cette option aux personnes qui disaient représenter les intérêts des actionnaires offraient à ces dernières une autre possibilité de conserver la prétendue part de la valeur de l'entreprise qui pouvait revenir au capital-actions. Le Gouvernement belge a qualifié ces options-là de dernière hypocrisie. Quand on connaît la véritable situation financière de Barcelona Traction, peut-il y avoir hypocrisie plus grande que de dire que le prix réel de 1 110 000 000 de pesetas était un vil prix, un prix scandaleux?

J'aimerais conclure, Monsieur le Président, Messieurs les juges, sur quelques mots du distingué philosophe et lord chancelier d'Angleterre, sir Francis Bacon. Il commençait son essai *De la simulation et de la dissimulation* par les termes suivants, que je me permettrai de citer dans l'original :

« *Dissimulation is but a faint kind of policy or wisdom; for it asketh a strong wit and a strong heart to know when to tell truth, and to do it. Therefore it is the weaker sort of politics that are the great dissemblers.* »

Ces propos ne s'appliquent-ils pas admirablement aux actes des administrateurs de Barcelona Traction en Espagne?

Je tiens, Monsieur le Président, Messieurs les juges, à témoigner ma reconnaissance à la Cour pour l'attention qu'elle m'a prêtée.

ARGUMENT OF MR. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA

COUNSEL FOR THE GOVERNMENT OF SPAIN

Mr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: Mr. President and Members of the Court, it is my duty to answer that part of the Belgian case dealing with the so-called *over-all complaint* which is no longer a separate head of complaint but a technical procedure designed to take account of what can be revealed by an over-all examination of the case (VIII, pp. 569-572).

Contrary to what has been stated here (*ibid.*, p. 572), the Spanish Government does not refuse to take account of what may be revealed by such an over-all examination of the case. Indeed, we believe it is necessary to place the decisions of the Spanish administrative and judicial authorities, which have been attacked by the complainant, in their full contemporary context, which better explains the reasons for their adoption.

According to Professor Van Ryn's presentation of the over-all complaint (VIII, p. 119), the most striking feature, indeed, the very kernel of the Belgian argument is found in the repeated accusations and insinuations that there existed a three-sided conspiracy between some Spanish private investors, the Spanish Government and administrative authorities and the Spanish judiciary. It is alleged that the purpose of this plot was to allow the ownership of the Barcelona Traction enterprise to pass into the hands of a group of Spanish bondholders.

This is an extremely serious accusation: one without precedent in the annals of this Court.

The Spanish Government has therefore decided that, although it has been partially considered in various arguments by Spanish counsel, because of its grave nature it requires an independent and systematic examination. This I will now try to do in a review of the case which will consist of three sections.

The first section will treat of the true intentions of the Spanish bondholders. The second section will consider the acts of the Spanish administration and the conduct of the enterprise towards the Spanish administration. The third section will deal with the judicial authorities, and will itself fall into three parts comprising: firstly, the so-called blocking of remedies; secondly, the alleged misuse of bankruptcy proceedings; and, thirdly, the damaging consequences said to have resulted from the judicial decisions.

With regard to the accusations made against the private group of Spanish investors, I will preface my remarks with an initial observation which, in my submission, does not admit of argument. No criticism can be made, on either legal or moral grounds, of the aspirations of a body of businessmen, of whatever nationality, to acquire control of an enterprise as long as they act within the boundaries of morality and the law.

The Belgian Memorial itself, in its account of the history of Barcelona Traction, recalls how, between 1911 and 1947, the enterprise acquired control of many other electrical companies which were already operating in Catalonia (M., I, para. 27 and Ann. 23). We assume that the authors

of the Memorial would not claim that this right to acquire control is exclusively a right of Barcelona Traction. But in any event we must examine this Belgian allegation that the Spanish group of bondholders had designs to acquire the Barcelona undertaking since it is central to their whole thesis of a conspiracy. We submit that the claimants have failed to substantiate this allegation, and that their thesis is thus without foundation.

In this context, counsel for the claimant Government has asserted the right to have recourse to inferences of fact and circumstantial evidence, relying on the authority of the *Corfu Channel* case (VIII, p. 97).

Although such recourse would not alarm us, we deny that that case is *in point*. The dictum cited by Professor Mann must be read in the light of the case's special circumstances and, particularly, of the submissions of the United Kingdom Government, the then claimant, as to the *onus probandi*. The United Kingdom Government there made reference to the common law doctrine of *res ipsa loquitur* to fix the defendants with liability (*Corfu Channel* case, *Pleadings*, Vol. IV, pp. 480-481). It thus sought to avail itself of what civilian jurisdictions know as *une présomption de responsabilité pour le fait des choses*.

The Court, in its Judgment, did not go to the length of accepting that, on the facts, any such presumption operated or that the burden of proof had shifted. However, it permitted recourse to inferences of fact and circumstantial evidence to establish responsibility "provided", as the Court said, "that they leave *no room* for reasonable doubt" (*Corfu Channel* case, *I.C.J. Reports 1949*, p. 18). It is submitted that this was done by way of response to the claimant's contentions and in the very exceptional context of that case.

The situation here is very different, indeed opposite to what it was in the *Corfu Channel* case. The claimant Government has not claimed, nor can it claim, that there is any presumption that here operates in its favour. On the contrary, it is the Spanish Government which has properly invoked a relevant presumption, the presumption of the regularity of all governmental and judicial acts of a State.

More important, whether or not inferences of fact be accepted by this Court as proof of facts giving rise to responsibility, the other Party has sought to adduce, as a basis for such inferences, evidence which would be inadmissible in most jurisdictions, and hence it is useless for that purpose. For example, the claimants have put in evidence private communications passing between third parties. Were what two private individuals chance to write to each other about events of which they have no direct knowledge to be acceptable in a court of law as evidence about those events, then it would be possible to prove almost anything.

Belgian counsel have also referred to *ex parte* assertions such as those contained in the *Wilmers and Duncan* affidavits. Their account of what March allegedly told them is but hearsay evidence of its truth, and its credibility is undermined by other factors. Professor Gil Robles has already shown that the extensive and imaginative statements made by Mr. Duncan under oath or before a shareholders' meeting will not always coincide exactly on essential points of fact (*supra*, pp. 49-51).

By contrast, the Spanish Government, though not legally bound to do so, has furnished this Court with conclusive documentary evidence—evidence which has not been contested—about the real intention of the Spanish group of bondholders, which was to participate in the control

of the undertaking until the debts were paid—the legitimate right of every creditor (see A.C.M., Chap. I, Vol. II, Ann. 118, pp. 482 and 487). Even Mr. Duncan, in his statement to the shareholders, recognized that, after the adjudication in bankruptcy in 1948, March himself insisted on such joint control (A.M., Vol. I, Ann. 47, p. 249).

The Spanish Government has presented positive evidence that he persisted in this view from an unimpeachable source, no less than the Canadian Receiver, Mr. Glassco.

Here I would respectfully draw the Court's attention to the interview which took place in Geneva on 27 July 1951 between Don Juan March and the Canadian Receiver, Mr. Glassco, as the latter reported it to the Ontario court.

I would first ask the Court to recall briefly the occasion on which this interview took place. The Spanish group was at that time in a stronger position than ever. It had already become the most important creditor and the *síndicos* had been elected. The Joint Statement of the three Governments had recently completely justified what the Spanish administrative authorities had done, while simultaneously denouncing the various and grave irregularities against the Spanish law committed by the company directors to the detriment of the Spanish economy and of the bondholders themselves. Finally, I would remind this Court that, at the date of the interview in July 1951, the *síndicos* had not yet requested the judicial sale of the bankrupt's assets.

Could there have been a better opportunity for March to yield to the irrepensible desire to become exclusive owner of the Barcelona Traction undertaking, which the Belgian Government say possessed him? Yet the report of the interview, filed by Receiver Glassco, demonstrates above all else that March was more than willing to reach a solution of the question, not by further litigation in the Spanish courts, but through a negotiated settlement with the controlling group of shareholders.

Far from lending support to any theory that he had designs to own the company, Receiver Glassco advises the Canadian court in opposite terms. He said "March disclaimed any desire to control the company; he has too many other interests to become involved in the operation of utility companies; all he wants is his money" (Receivership, p. 773; Spanish *Red Book No. 1*, p. 150).

Of course here too the Receiver merely repeats what he has heard. But he felt no need to offer any words of caution to the Canadian court. And the manner in which he records this statement constitutes an implied but eloquent admission of the sincerity of March's proclaimed position.

The attitude exhibited in this report is corroborated by Glassco's subsequent behaviour. From that moment on the Receiver conceived his mission in a different way; he left that meeting a convert. He ceased to be the official whose task it was to oppose the Spanish proceedings and to obtain their annulment by every means and at any cost.

From that moment on he considered it his duty to promote a negotiated settlement between shareholders and bondholders, to be secured, in his own words, through "the formation of a new company to be owned jointly by the March interest and the Sofina group, and the paying off of the minority bondholders" (*ibid.*, p. 774; Spanish *Red Book No. 1*, p. 151).

The Sofina group however put off until September 1951 their reply to the overtures made by March and conveyed to them by the Receiver in July 1951. These dates are important to remember since it was precisely

between them, in August 1951, that the *síndicos* requested the judicial sale of the assets. When one considers the delay in replying by the Sofina group and the increasing deterioration of the assets, one well understands why the *síndicos* had to reactivate the judicial proceedings.

When the reply of the Sofina group was finally received in September 1951, it proved to be entirely negative not only as to the substantive issue but even as to the merit of negotiations. It made the possibility of such negotiations dependent on matters entirely beyond the control of the interested private parties: on nothing less than the modification of the three Governments' statement (*ibid.*, pp. 758-759; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 135-136).

In view of this reply the bondholders quite naturally tried to improve their position by acquiring, in October 1951, new bonds in the market, particularly the First Mortgage bonds which were in the hands of the Westminster Bank as a guarantee of the peseta bonds, and which had been refused by Mr. Heineman.

In the last quarter of 1951, a crucial period in the judicial proceedings, the Receiver persisted in his efforts at conciliation for he was convinced, as he said, that "the only alternative means of forestalling the proposed sale by auction appears to me to be the effecting of a settlement between the defendant, i.e., Barcelona Traction and its bondholders" (*ibid.*, p. 762; Spanish *Red Book No. 1*, p. 139).

But while the Receiver could report that the Spanish bondholders continued to be "prepared to enter into such negotiations" Glassco had to advise the Canadian tribunal in December 1951 that the Sofina group by contrast "have to date stated that the commencement of negotiations was subject to certain conditions which have not been accepted or brought about" (*ibid.*).

Even after the sale the efforts of the Receiver continued. He and his Spanish lawyer, Dr. Roberto Sánchez Jiménez, had considered and left open the possibility that the general Conditions of Sale, so criticized in this Court by Belgian counsel, could be utilized to further the negotiated settlement which they both sought.

Though their mediation failed, it was not through any fault of the bondholders. The latter's claims were not at all excessive or exaggerated. In the actual words of the Receiver, the bondholders were prepared to negotiate "provided it was conceded that the bondholders were entitled to be paid their claims in full" (*ibid.*, p. 864; Spanish *Red Book No. 1*, p. 217). In other words, the creditors did not insist on an immediate cash payment, as our document, to which I refer, proved (Memorandum by Slaughter and May, dated 14 December 1951, London Proceedings, Vol. 2, pp. 273-275; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 336-338). They simply wished that in any determination of the nominal capital of that new company to be owned jointly by bondholders and shareholders, their claims should be recognized not in pesetas, nor for the amounts which had actually been spent in acquiring the bonds, but at their full nominal value in sterling. That was the amount the company had received and the amount the company had promised to pay.

The Sofina group was not prepared to accept such terms as a basis for negotiation, although it seems to be the very minimum to which a creditor is entitled. As we shall see, they wanted in truth to take advantage of the Spanish bankruptcy so as to repay the sterling debt in pesetas, thereby reducing it to almost one-third of its real size.

So they continued to refuse to negotiate, pending, as they told the Receiver, "the exploration by it of certain possible methods of improving its bargaining position" (Receivership, p. 864; Spanish *Red Book No. 1*, p. 217). What were those methods of improving the group's bargaining position? It later transpired that they consisted in continuing and even intensifying the legal contest in Spain and in London.

For that purpose the Sofina group needed in Spain a lawyer with more stomach for the fight than Don Roberto Sánchez Jiménez. He was of the same conciliatory frame of mind that had distinguished the Receiver since July 1951. The Sofina group, therefore, began to exert pressure on the Receiver to make him change his Spanish lawyer. The eventual replacement was Mr. Serrano Suner, the influential lawyer and politician to whom reference has already been made in this Court. This lawyer, without prior instructions from the Receiver, attacked the auction, which had been already held, on the basis of an alleged formal defect discovered three months after it was held and he submitted numerous appeals and sought other remedies on grounds which often contradicted the arguments put forward by the company in the litigation in Spain during the last four years.

These powerfully worded contentions by Serrano Suner did not convince the Barcelona Court of Appeal, who preferred the legal arguments which had been advanced earlier by the bankrupt itself about the scope of Article 385 of the Code of Civil Procedure and the single effect of appeals in bankruptcy sales (A.C.M., Vol. VIII, Ann. 141, p. 219 and A.R., Vol. III, No. 138).

The overweening reaction of the bankrupt's new lawyer was to accuse all the members of one of the *sala* of the Barcelona Court of Appeal of enmity towards the bankrupt which he claimed was shown by its failure to follow the bankrupt's *volte-face* over the proper interpretation to be placed on certain legal provisions.

Even Receiver Glassco himself did not approve of this legal strategy, because, as he himself put it, it might affect "the ability of the Receiver . . . to act as an intermediary between the defendant and its bondholders", and because "it may also cause the Receiver and manager to be identified with litigation instituted by or other activities of Sidro . . . with which he may not necessarily be in sympathy" (Receivership, p. 862; Spanish *Red Book No. 1*, p. 215).

In view of this he sought and obtained the authorization of the Ontario court to end his responsibility for Barcelona Traction strategy in the Spanish judicial proceedings. It was about that time, as recognized by the complainant (VIII, p. 539), that the Canadian Government ceased to exercise its diplomatic protection on behalf of the company.

Such a coincidence suggests that the Canadian Government's change of behaviour was influenced by the unrealistic and obstinate attitude of the Sofina group towards the initiatives of Receiver Glassco.

Indeed, the information that Receiver Glassco furnished to the Ontario court corroborates this interpretation. After mentioning that he had kept the Government of Canada generally informed of the course of developments over the failure of negotiations, he added: "My impression is that further intervention by the Canadian Government with the Spanish Government is unlikely at least until efforts to effect a settlement have been made by the private interests concerned" (Receivership, p. 927; Spanish *Red Book No. 1*, p. 230).

We may now submit our conclusions on this first aspect of the Belgian accusation that there was some three-sided collusion or conspiracy.

First: The claimant Government has failed to prove its contention that the group of Spanish bondholders acted systematically from 1940 onwards with the preconceived and persistent plan of becoming owners of the undertaking. The Belgian charge of conspiracy has therefore, in our submission, failed *in limine*, since its essential foundation, that same preconceived and persistent plan, is shown to be without substance.

Second: On the contrary, the defendant Government has conclusively proved that the real and legitimate intention of the Spanish bondholders was that representatives of the bondholders should have some participation in the control of the undertaking until the debts had been paid.

Third: The Spanish bondholders were unable to fulfil this intention solely because of the obstinate and protracted refusal of the Sofina group to negotiate or to accept the elementary right of every creditor that his claim be recognized for its full amount, in the same currency which he has paid out and in which the debtor had agreed he should be repaid.

I now come to the second section of this address which deals with the actions of the Spanish administration.

Professor Reuter has already shown there are no grounds for criticism here. On the contrary the decisions taken by the administration were fully justified. This was determined in the Joint Agreement of the three Governments which bound Canada, the company's State of nationality.

As Professor Reuter has brilliantly explained, Canada thus waived any claims its protected national might have had in respect of the acts of the Spanish administration. No claim therefore can now be made in this respect on behalf of the alleged shareholders, since their rights derive entirely from those of the company (*supra*, pp. 231-232). I only wish to add that this argument, already advanced in the Counter-Memorial and the Rejoinder (C.M., IV, p. 474, Rej., VII, pp. 801-802) has not been answered by the Belgian Government.

The complainant however insists on reopening this Pandora's box.

Moreover, the legal basis of the accusations against the Spanish administration, as set out in the oral pleadings, make it imperative to re-examine the conduct of the enterprise vis-à-vis the administrative authorities in Spain. Counsel for the Belgian complainants has chosen to allege that the Spanish administration was guilty of abuse of rights (*abus de droit*).

The concept of abuse of rights is closely linked with the principle of good faith as that principle has been established by the pronouncements of this Court, cited by the complainants (VIII, p. 37) and especially the dictum of the Permanent Court in the *Upper Silesia* case. The Court referred in that case in the French text to "un abus de . . . droit ou un manquement au principe de la bonne foi" (case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 30) though the English version of the Judgment speaks only of a "misuse of this right". One may conclude from this, and also from the rest of the Judgment, that the Court considered the French expressions "abus de droit" or "manquement au principe de la bonne foi" to be synonymous (cf. Scerni, *L'abuso di diritto nei rapporti internazionale*, Rome, 1930, pp. 104-105).

Civil law doctrine on this point is to the same effect; the notion of abuse of rights is there conceived of as the counterpart of the principle of

good faith. Thus the judge has to look at the attitude of the parties in front of him in the light of that principle (Gmür, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I, Berne, 1919, p. 57; Tüor, *Le Code Civil Suisse*, Fr. tr., pp. 40, 43, 44).

As a result, in determining whether or not there has been an "abus de droit", one must consider whether not only the person exercising his rights, but also his so-called victim, has acted in good faith.

The legal submission of the Belgian counsel thus spotlights this element of good faith and provokes one to examine whether the company showed good faith in its conduct and dealings with the Spanish administration, particularly with the currency and exchange authorities.

Professor Mann has referred to the visit that Señor Ridruejo, the director of the exchange authority in Spain, "Centro de Contratación de Moneda", paid to the enterprise's centre of operations at Plaza de Cataluña No. 2, Barcelona. It is his contention that the questions arising from this inspection were "resolved", and that the Spanish administration "expressed themselves completely satisfied" (VIII, p. 63).

This is not the case. As the Court already knows from Sir Humphrey Waldock's speech (*supra*, p. 148), the director of the Spanish exchange authority was told by the company officials that the Ebro shares were bearer shares and they had "no particulars as to who the owners were" (A.C.M., Chap. III, Vol. VII, Ann. 60, p. 304). As regards International Utilities, he was told "we know nothing about the International Utilities" (*ibid.*).

In the light of what we know today it is impossible to deny in front of this tribunal that these replies were totally devoid of good faith.

The Spanish exchange authorities who now stand accused of "abus de droit" and, consequently, of bad faith asked precise and specific questions. But not only were they met with a smokescreen and an effort to hide the real facts; they were told palpable untruths, which were designed deliberately to mislead them. The company was guilty in this not only of *suppressio veri* but also of *suggestio falsi*.

Professor Mann has complained of the "absence of any request for specific information, the absence of any questions put to the applicants" (VIII, p. 78). Evidently no-one has told him that, because of the unsatisfactory results of this visit, Mr. Ridruejo himself delivered a written questionnaire containing the five crucial questions which the enterprise were not to answer until December 1946—and we were in 1932 then—some 15 years later, and then only partially.

Mr. Ridruejo wished to know, first, dates and rates of issue of the Ebro bonds; second, are the Ebro bonds in the hands of Spaniards or of foreigners? Third, amount of Ebro share capital; are these shares nominative or "to the bearer"? Fourth, do the shares, the bonds and the credit in Canadian dollars belong to the same person? Fifth, have the amount of the bonds issued and the credit of International Utilities been invested in works and constructions in Spain? (A.C.M., Chap. II, Vol. VI, Ann. 4, App. 1, Doc. No. 4, p. 260).

This questionnaire, which formulated "the precise points which needed clarification" (VIII, p. 84), was left unanswered.

The reason appears from internal correspondence between company officials. Mr. Lawton wrote:

"... giving information about the price of issue of the Ebro Bonds will probably cause difficulties and coupling it with the later question

as to whether all the money has been spent on works makes it still more serious.

The 50 per cent. discount on these Bonds amounts practically to the total of the International Utilities credit." (A.C.M., Chap. II, Vol. VI, Ann. 4, Doc. No. 4, p. 258.)

We agree with Professor Mann that these matters should be examined with the enquiring mind of a detective, but of a detective who does not overlook vital documents.

In the period 1940-1945, from the standpoint of good faith the attitude of the company towards the Spanish monetary authorities invites still heavier criticism. It no longer had the single aim of concealment of tax frauds; it had a second purpose, still more important in those troubled times.

I invite the attention of the Court in this context to a revealing letter from Mr. Heineman, filed as an annex to the Counter-Memorial (A.C.M., Chap. I, Vol. II, Ann. 112, Doc. No. 2, pp. 298-302), where he established the policy followed by the company in that period. Mr. Heineman writes that the company would explain to holders of Prior Lien and First Mortgage bonds "that in view of the restrictions governing transfers, it is not possible for it to actually pay these coupons" (*ibid.*, p. 302). As Professor Reuter has pointed out (*supra*, p. 202), this is written on 29 March 1940, not after the company had received a refusal from the Spanish authorities but before it had even submitted a request for foreign exchange to the new authorities established in Spain after the Civil War. We feel entitled to repeat a question asked in this Court about another individual: "Was he [Heineman] clairvoyant, could he foresee the future?" (VIII, p. 243).

The company's Spanish lawyer, Mr. Tornos, advised Mr. Heineman at least to deposit in pesetas for the benefit of the bondholders the sterling interest which was retained then. In brushing aside this advice, Heineman reveals the commercial considerations which determined his whole policy; I quote again from his letter:

"... these funds thus accumulated would be unproductive precisely at a time when they might usefully be employed for financing capital expenditure operations of the enterprise, especially if it is decided to construct the Flix power house" (A.C.M., Chap. I, Vol. II, Ann. 112, Doc. No. 2, p. 301).

The company officials knew they could guarantee a refusal of foreign currency by a policy of silence or evasion; and a refusal suited them better than a grant. They made it a splendid pretext for the continued suspension of payment of interest on the sterling bonds, which they explained on this ground to the sterling creditors and to the public at large. Thus not only did they attempt to transfer the blame for the prolonged default to the Spanish authorities but, more important, they assured the company of a steady supply of interest-free capital. It was an involuntary, gratuitous and unsolicited loan.

This Machiavellian plan was executed to perfection. Let me give you, Mr. President, one example. The officials of Barcelona Traction carefully ignored the advice furnished by the company lawyers in Madrid and in London about the best way to make successful requests for foreign

exchange, so as to provoke an unfavourable response which was, of course, what they really desired. Thus Mr. Tornos advised that, to make the applications succeed, they had to indicate that the requested exchange was to be devoted to the payment of Barcelona Traction sterling coupons (A.C.M., Chap. II, Vol. VI, Ann. 2, Doc. No. 18, p. 163; A.R., Ann. 80, p. 414). His advice was not followed. Mr. Hubbard advised from London that reference should be made to the Anglo-Spanish Payments Agreement (A.Rej., Vol. II, Ann. 17, Docs. Nos. 1 and 2, pp. 325-326). That advice was not followed either.

In the first application, in April 1940, one month after Heineman's letter, they requested a vast sum of foreign currency, comprising all the accumulated arrears of interest in International Utilities' current account from 1931 onwards. This was again done in disregard of Mr. Tornos' advice (A.C.M., Chap. II, Vol. VI, Ann. 2, Doc. No. 18, p. 163).

Finally, as we know, they did not accompany their requests with the requisite documents, nor did they follow up their applications with personal interviews and visits, in marked contrast to what was done in the period 1931 to 1936, and to what was again done to promote the Plan of Compromise.

They displayed a different attitude in respect of the Plan of Compromise because the controlling group had reasons then to wish for an affirmative response.

Reference has already been made in the oral pleadings to the "go ahead" given in June 1945 and confirmed by Minister Suanzes in August 1945. Incidentally, Minister Suanzes' reaction illustrates his lack of prejudice against the company and his absence of desire to nationalize it by whatever means came to hand.

The Minister has however been accused of a "complete and unexplained reversal of the approval in principle given in June and August" (VIII, p. 77).

Since this accusation involves a question of good faith it is important briefly to recall the facts.

The request as it was first formulated on 14 June 1945 merely stated that those who financed the Plan of Compromise "would be reimbursed in peseta bonds issued by Riegos" (A.C.M., Chap. II, Ann. 5, Doc. No. 1, Vol. VI, p. 262). This led the Spanish exchange authorities to believe, as they later pointed out, that "the amount to be reimbursed . . . was the equivalent of the value of the sterling pounds at the official exchange rates plus expenses" (*ibid.*, Doc. No. 13, Vol. VI, p. 299).

The provisional authorization to start negotiations which never was "an approval in principle" was obtained on the basis of a submission that concealed an essential fact: the euphemistically called "nominal surplus". This was in fact a huge profit to be made by the promoters of the plan on the actual issue of the peseta bonds. This profit of 140 million pesetas, described later by bondholders as a "foreign exchange killing" (Statements by Mr. Horace Samuel at the Prior Lien bondholders' meeting of 8 April 1948 (London Proceedings, Vol. III, p. 46), Spanish *Red Book No. 1*, p. 276)—and I apologize for the colloquialism—would have been made at the expense of the exchange value of the peseta. Those who promoted the plan had at first decided to distribute this profit among themselves. However, it was so enormous and so out of proportion to any effort expended in making it that they ultimately felt obliged to offer the Spanish administration a share. Although this suggestion was

made to the authorities in their official capacity, it undoubtedly was a most improper suggestion which entirely justifies Mr. Suanzes' attitude of "méfiance et soupçon" (Mr. Suanzes' speech, M., Ann. 40, Vol. I, p. 221).

The main feature of the Plan of Compromise was the utilization of the Ebro bonds at their full nominal value. This brought to light, in the phrase of the Rejoinder, "the skeleton in the company's closet", the 50 per cent. discount in issue which also had serious tax repercussions in 1945 and 1946 (A.C.M., Chap. I, Ann. 112, Doc. Nos. 11 and 12, Vol. II, pp. 345, 346, 347; Doc. No. 13, Vol. II, p. 351; Doc. No. 5, Vol. II, p. 311; A.Rej., Ann. 1, pp. 137-138; *supra*, pp. 152 ff.).

Professor Mann has stated that the company "did not wish to supply figures for the years before 1926, but this was because it would have delayed matters to have to furnish explanations for this period and it was, therefore, troublesome" (VIII, p. 68).

He chose the right epithet. "Troublesome" it would indeed have been to those seeking approval of the plan. For this reason the company had always taken great care in its official statements to avoid any reference to that critical period from 1923 to 1926 during which, in the words of one of its officials, it grew the "root of our financial structure" (A.C.M., Vol. IV, Chap. I, Ann. 493, p. 59); with the formation and gratuitous transfer of credits to International Utilities; the enormous capitalization of Ebro without the making of any new investment; the re-issue of Ebro Mortgage bonds at a 50 per cent. discount, described on the balance sheet as new constructions in Catalonia; the acquisition of Barcelonesa shares at a 300 per cent. premium, etc. (*supra*, pp. 153 ff.; A.Rej., Ann. 1, Vol. I, pp. 136 to 141). In mentioning these facts I make no journey into what has been called "pre-history". Most of the juggling with the accounts occurred after 1923, when Sofina and Sidro were already in the picture.

The truth is that the company always made special efforts to avoid revelations about that "troublesome period" and to put a screen in front of it. There is in one of their internal documents a reference to "the pre-occupation not to furnish figures prior to 1926" (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, Ann. 2, Doc. No. 21, pp. 171-172). The same preoccupation was displayed during all the negotiations over the Plan of Compromise (*ibid.*, Ann. 5, Doc. No. 30, p. 324).

For example, during this very period we find a description of International Utilities given in writing to the Spanish Minister. What was that description? International Utilities was described as "a Canadian corporation with the object of financing public utilities works" (*ibid.*, Doc. No. 23, p. 316). Nothing in that sentence is literally untrue, but its implications are entirely misleading. It brings to mind that pointed dictum of Lord McNaghten, "Everybody knows that sometimes half a truth is no better than a downright falsehood" (*Gluckstein v. Barnes (Official Receiver Olympia Ltd.)*, 1900 A.C., pp. 250-251).

The Court adjourned from 11.15 a.m. to 11.40 a.m.

I refer now to early December 1946 when Mr. Spéciael, President of Barcelona Traction, made his last minute efforts for obtaining approval for the Plan of Compromise. It was a very difficult task. He had to compensate in one week for 30 years of what has been described by Peat, Marwick's report as "the deliberate concealment and prevarication . . .

practised by the management of Ebro in its relations with the Spanish Authorities" (A.Rej., Vol. I, Ann. 2, p. 351, para. 172). We agree that Mr. Spéciael's letter to Minister Suanzes of 7 December 1946, is in many respects informative and precise. It contained five crucial revelations which had not been previously admitted before the Spanish exchange authorities:

First: that Barcelona Traction had properties in Spain, since it was recognized "in fact the only proprietor of its immense installations" (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, Ann. 6, Doc. No. 2, p. 330).

Second: that Barcelona Traction was "the only shareholder of Ebro" (*ibid.*, p. 333).

Third: that Barcelona Traction was "the only bondholder of Ebro" (*ibid.*). Until then, Ebro bonds had been described as "circulant à l'étranger" (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, Ann. 2, Doc. No. 8, p. 145).

Fourth: that Barcelona Traction was the "only foreign creditor of Ebro" (*ibid.*, Ann. 6, Doc. No. 2, p. 331). What happened then to those dollar and peseta current accounts of International Utilities which were the basis for all requests of exchange transfer?

Fifth: finally, that International Utilities was "an affiliated company of Barcelona Traction, the latter, possessing all its stock" (*ibid.*, p. 329).

In the light of these sudden revelations, so flagrantly at odds with previous statements, one can understand why the Spanish Government should have confirmed its October requirement, articulated before any resolution was passed at the United Nations, that a detailed study be made of the company. These admissions not only affected the exchange picture. They had enormous implications in the field of tax. It cannot therefore be argued that to submit the petition to prior verification was a hostile or arbitrary act, or a misuse of the Government's power of currency control.

Even accepting that currency control had the limited object, ascribed to it by Professor Mann, "to maintain adequate monetary reserves", that object—to borrow words used by this Court in the advisory opinion on Admission for New Members of the United Nations—"does not forbid the taking into account of any factor which it is possible reasonably and in good faith to connect with such purpose" (*Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations, I.C.J. Reports 1948*, p. 63).

The study order by the Spanish administration was interrupted by circumstances beyond the control of the authorities and of the Sofina group. It was frustrated by the judicial action promoted by some bondholders to protect their rights and by the subsequent adjudication in bankruptcy.

Mr. Spéciael's letter, with all its serious and even damaging admissions, contributed to set in motion forces which in the end wrested from the Sofina group the control of the undertaking. These revelations were divulged in the speech of the Minister at the Cortes.

In view of the relevance of the information volunteered by Mr. Spéciael and incorporated in the Minister's speech, one can well understand why the petitioners seeking the adjudication in bankruptcy should buttress their contentions with that very speech.

The study and investigation of the company's financial structure and its relations with the exchange authorities, which had been adjourned

because of the bankruptcy proceedings, was carried out for the main part by an international commission of enquiry.

The experts' investigation and its sequel, the Joint Governmental Statement, not only determined that the decisions of the Spanish authorities were fully justified but also contained proof that the company's policy was necessary to cover up its irregular tax structure and conduct.

The deception, the denial of information to the authorities, the tax frauds carried out by the company, led in turn, by a sort of chain reaction, to monetary irregularities, which culminated in the clandestine extraction from Spain of more than 40 million pesetas.

Efforts have been made before this tribunal to justify this monetary fraud on the ground of the patriotism of its perpetrators (VIII, pp. 89, 90). This is a case in which, as the classical maritime law saying provides, "le pavillon ne couvre pas la marchandise".

The patriotic motives which doubtless animated some British officials in Spain who obtained pesetas for their war needs, cannot be vicariously attributed to the managers of a private company who obtained pounds sterling in London, or other currencies elsewhere, not only by way of exchange for the pesetas delivered to the British officials, but also for those which were delivered to persons unknown and for destinations unrevealed (see in this connection Captain Hillgarth's affidavit, A.Rej. Ann. 33, Doc. No. 1).

Once again this operation was performed with concealment and prevarication; "... the existence of such assets was implicitly denied [in the Plan of Compromise] by the statement that no remittances from Spain had been possible" (Belgian *Blue Book*, Vol. I, pp. 11-12); after the approval of the Plan of Compromise by the bondholders, those in charge of the company continued for more than three years those irregular extractions.

This all goes to explain why the British and Canadian representatives remained eloquently silent when reference was made in the Joint Statement to "irregularities of all kinds as regards the Spanish economy and law noted in the conduct of this group of Companies" (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, Ann. 1, Doc. No. 1, p. 7).

We can now conclude, Mr. President, this section of our address. We have recalled to your notice important facts, which illustrate the bad faith of the company in its conduct and relations with the Spanish exchange authorities. Such facts are of vital importance for the decision on the present claim. There is here a linked chain of events. The tax frauds and monetary irregularities and the deliberate scheme to reinvest the bondholders' money determined that the requests for exchange were not accompanied with the necessary information. The inadequacy of the information supplied caused the authorities to refuse foreign exchange and the Plan of Compromise. Finally, the refusal of transfers led, as our opponents have emphasized (VIII, pp. 459, 573), to the adjudication in bankruptcy and to the sale of the assets. Thus, the irregular conduct of the officers of Barcelona Traction was the *fons et origo* of the events which ended in the adjudication in bankruptcy. Once this is acknowledged, the tribunal must surely reject the claim on its merits.

It is a basic principle of international law which has been acknowledged here by Professor Lauterpacht (VIII, p. 493), that consideration must be taken of the conduct of protected subjects where the issue is to determine

the international responsibility of the State for acts in respect of such conduct always provided that there exists, as there exists here, a direct causal link between such conduct and the alleged damage for which reparation is demanded.

I now come to the third section of this address which deals with the accusations and insinuations made against the judicial authorities.

To understand why Barcelona Traction was brought before the courts in the forum chosen, one must recall the situation at the end of 1947, after the breakdown of the Plan of Compromise and the failure of the negotiations on Ebro's local committee.

On the one hand, there was the shareholders' group in uncontested control of the company and possession of its assets. They reaped all the benefits and profit to be harvested from such control. One can mention as an instance the unexplained distribution of the counterpart of the funds transferred without authorization from Spain. They took basic decisions affecting the bondholders, such as the reinvestment of the latter's money, without the slightest consultation.

On the other hand, there were the bondholders who had received neither payment of interest nor redemption payments on the capital for more than 11 years in a row, the value of whose securities in the market had naturally fallen and who were even kept in the dark about the company's decisions. Not only did the bondholders not participate in the company's affairs or make any money from it: they were not even given accurate information as to how the enterprise was organized, and in what way it intended to repay its debts. For instance, after the failure of the Plan of Compromise, they were told in the board's report that the company expected that the "recent Anglo-Spanish financial agreement" (*Rapport du Conseil d'Administration* of 20 November 1947, A.C.M., Vol. VII, Chap. III, Ann. 7, p. 47) would remedy their plight. This is stated in the board's report.

But Belgian counsel has confessed to this Court that Barcelona Traction never came within the scope of Anglo-Spanish financial and exchange agreements, which were therefore irrelevant to its problems (VIII, p. 66).

In 1947 the creditors tried to assert their right to find something out about company affairs by participating in a local Ebro committee. Their modest attempt failed for the Sofina group obstinately desired to withhold all information. Thus, it decided to give to the local committee a subordinate role of mere advice and assistance (IV, C.M., pp. 139-141; A.C.M., Vol. II, Chap. I, Ann. 118, Doc. No. 1, pp. 480-491).

An impartial observer could see that this unjust situation could not last, especially after the bondholders ceased to be an amorphous disparate group of modest investors. For, once organized, they were no longer easily persuaded to accept successive plans of compromise but were ready and willing to embark upon a fight for their rights.

Professor Rolin chose to close his pleadings by reading an excerpt from the petition in bankruptcy. The implication that he wished to convey was that the Spanish group of bondholders did not deserve, from a moral standpoint, the protection which the law grants to all creditors, because they had acquired their bonds so recently.

If the Court pays any attention to this argument, it should also recall that the original member, and the driving force, in that group of Spanish bondholders was Don Carlos Montanes. This Spanish engineer was a

pioneer of Catalonia's hydro-electrical development. Born in 1877, still active today, he was the man who, in 1911, sought contact with Dr. Pearson to interest him in that development, as he had previously contacted other Spanish and foreign financial groups, and he participated in the initial construction. And, what is important now, he was an original bondholder of Barcelona Traction from 1911 and, out of enthusiasm for the hydro-electrical development of Catalonia, he was imprudent enough to invest all the savings of the most productive years of his life £ 26,000; and that was in 1912—in Barcelona Traction First Mortgage bonds (IV, C.M., paras. 159-167, pp. 99-101; p. 253, footnote; London Proceedings, Vol. 3, pp. 27-30 and 42; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 257-260 and 272).

There were two possible arenas for the court proceedings: Canada or Spain.

The creditors began by exploring the possibilities offered by judicial proceedings in Canada; hence the mission headed by Mr. López Oliván, a former Ambassador of Spain, a distinguished former Registrar of this Court and of the Permanent Court. The date of this mission to Canada in August 1947 shows, incidentally, how unfounded is the Belgian accusation that when the Spanish bondholders acquired bonds in 1945 and 1946 they already counted on the support of the Spanish judicial and administrative authorities.

Mr. López Oliván's exploratory mission failed in its aims not because an enforcement action would have been refused by the courts of that country, as Belgian counsel has claimed (VIII, pp. 111-113), but because Mr. López Oliván realized that it would have been impossible to give effect to such an enforcement action in this particular case. The reasons for this were twofold: first, the company had no physical assets in Canada—an obstacle already foreseen in a Canadian legal opinion of 1915 which we accompany to our Rejoinder (A.Rej., Vol. III, Ann. 190, p. 443)—and second, the trustee had made thinly veiled threats that he would create legal delays of up to 10 years by opposing the rights of the First Mortgage bondholders to those of the Prior Lien issue. This is shown in Annex 187 of the Rejoinder (A.Rej., Vol. III, pp. 437-438). In these circumstances Mr. López Oliván wisely concluded that "any enforcement action in Canada would have no prospect of practical success" (A.Rej., Vol. III, Ann. 187, p. 438).

Those were undoubtedly the reasons which moved the Sofina group to wish that Canada should be the arena for the unavoidable judicial confrontation which would take the form of a receivership there. They confess this preference openly in the Reply (V, Part II, 3rd footnote to para. 498, p. 353). They wanted to obtain a friendly receivership of the type obtained in 1914 and again in July 1948. This Canadian Receivership of 1948 was thus described by the Chief Justice of Ontario:

"The receiver and manager was appointed in July 1948 and is still carrying on. The action meanwhile is standing still. No pleadings have been delivered, and, so far as appears, the desired end of the action seems to have been reached with the appointment of a receiver and manager." (A.C.M., Vol. IX, Ann. 191, Doc. No. 1, p. 264.)

These friendly receiverships characteristically guarantee the maintenance of the status quo.

The controlling group, with the assistance of a friendly creditor or an accommodating trustee, requests the protection of a court in order to freeze creditor claims. At the same time it makes sure that the company in default will continue to be administered by persons whose names are proposed to the judges by and who enjoy the confidence of the controlling group.

In the Barcelona Traction receivership in 1948, National Trust chose as Receiver a Canadian accountant, Mr. Clarkson (London Proceedings, Vol. IV, p. 174; Spanish *Red Book No. 1*, p. 284). One month later his name was proposed to and accepted by the court. That Receiver, like his successors, belonged to a firm, Clarkson, Gordon and Company, which had close business relations with the undertaking.

Professor Van Ryn has said that the person appointed was not drawn "from amongst the Barcelona Traction auditors" (VIII, p. 195). This fact was not maintained by Professor Briggs but attributed by him to the Prior Lien bondholders' committee. (See paras. 76 and 79 of Professor Briggs' consultation. A.Rej., Vol. III, Ann. 181, pp. 426-427.) This statement, while narrowly accurate, is misleading. That same firm of accountants had just been appointed auditors of Barcelona Traction though it had apparently not yet started to act as such (London Proceedings, Vol. IV, pp. 186-187; Receivership, p. 409; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 290-291 and 297).

On the other hand, Professor Van Ryn should have pointed out that that firm were, at that time, the auditors of none other than International Utilities, and continued to act as such auditors of International Utilities for at least one year after one of its partners was appointed Receiver (VII, Rej., p. 827).

In the common law, in England and Canada, the auditors' duty is to protect the interest of the shareholders (*per* L. J. Lindley in *Re London and General Bank* (No.2) (1895) 2 Ch. 673 (C.A.) at pp. 682 ff. 121 D. and 122 of the Canada Corporations Act (1968); Fraser & Stewart, *Company Law of Canada*, 5th ed., pp. 694-700). The only shareholder of International Utilities was Barcelona Traction.

While friendly receiverships are so organized as to permit the debtor to continue in possession of its properties and assets, the situation is reversed in bankruptcy proceedings. There, the control and possession of the assets passes to the creditors who administer them through their legally appointed representatives.

The insinuations made by Belgian counsel about the links existing between some creditors and the *síndicos* are wide of the mark. Any bankruptcy legislation aims to put the administration of the assets ultimately under the control of the creditors through *síndicos* or trustees chosen by them. In Spain, and analogous jurisdictions, there is an interim control by a provisional *síndico* or *depositario* who may or may not be a creditor but whose prime duty in either case is to watch over the creditors' interests.

The differences between friendly receiverships and bankruptcy proceedings do not affect the validity of the criticisms made by Professor Briggs in his opinion presented to the Court. There he pointed out the double standards of the Belgian Government which complained bitterly of certain decisions of the Spanish judiciary but said nothing about equivalent decisions adopted in the receivership proceedings in Canada (A.Rej., Vol. III, Ann. 181, pp. 412 to 428). Professor Briggs' opinion has

been severely criticized by Belgian counsel, but, as we shall see, if I may digress for a while, that criticism is unfounded.

Professor Van Ryn has stated that: "At no time was the receiver authorized to take possession of assets other than the shares owned by Barcelona" (VIII, p. 197). Duly advised as we have been by Canadian counsel, we must give the lie to this statement and insist that Professor Briggs is right about this vital point.

The Canadian Receiver was expressly authorized to take the necessary steps to obtain possession of assets other than the shares. The receivership order comprised, besides shares and bonds, all the property and assets of Ebro, mortgaged and charged under the terms of the trust deeds. This, in effect, included all the properties of Ebro which were capable of being mortgaged in Spain.

The Prior Lien Trust Deed of 10 July 1915 defined the mortgaged premises as including "all other property hereby mortgaged or charged or covenanted to be mortgaged". This peculiar expression "covenanted to be mortgaged" is explained by Article 6, paragraph 2, of the trust deed, according to which Barcelona Traction "covenants with the Trustee that it will . . . procure the Ebro Company to enter into a covenant with the Trustee" to increase the existing *Ebro hypothèque*, which already guaranteed the First Mortgage bond issue so that it would—I quote again the words of the trust deed—"include and embrace all the property of the Ebro Company in Spain which is capable of being mortgaged". This meant that not only Ebro shares and bonds but also all the property and assets of Ebro capable of being mortgaged were mortgaged premises within the definition of the trust deed. This, as we shall see, is an important conclusion.

Why is this? Because the receivership order gave the Receiver "possession of all the undertaking, property and assets [not in the possession of the National Trust] of every nature and kind comprised in or subject to the trusts of or mortgaged or charged by or pursuant to the said trust deed" (Receivership, p. 68; Spanish *Red Book No. 1*, p. 11). Now there is something which we find interesting on this point.

The draft receivership order—not the final order as approved but the draft order—referred to all the undertaking, property and assets of the defendant, that is to say, of Barcelona Traction. But this draft was amended, in handwriting, and the amendments were initialled apparently by Judge Schroeder himself. They consisted in deleting the words "of the defendant" or the words "of Barcelona Traction" and replacing them by the wider expression which included all the property and assets comprised or mortgaged pursuant to the trust deeds (Receivership, pp. 59 and 63; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 2 and 6). With those amendments the Receiver became authorized to take steps to obtain possession of Ebro's property and assets, thereby ensuring that the legal personality of Ebro should be no obstacle in Canada to the possession of the real assets of the enterprise under the authority of the court. This, by the way, is analogous to the receivership order in the *San Antonio* case—the order given by the Bexar County District Judge—which comprised, besides the shares owned by San Antonio Land, the dams, reservoirs and irrigation system nominally owned by the subsidiaries Medina Irrigation and Medina Valley Company (New Docs. deposited by Spanish Government, 1969, Vol. III, p. 69). So, you see, there are precedents to this School of Reus doctrine.

We have relied for the foregoing argument about the Canadian receivership on the opinion of Canadian counsel, the Toronto law firm of Fasken and Calvin, advisers on Canadian law to the Spanish delegation.

It is clear from what you said, Mr. President, on 28 April last, that this opinion cannot be considered as a new document "faisant partie . . . de la documentation de l'affaire" (VIII, p. 267). However, the opinion of the Canadian counsel to which that decision of 28 April last referred was, as we understand, available to the Members of the Court. I am authorized by the Spanish Agent to express our earnest hope that, on the basis of the principle of equality of parties, some way might be found by which this opinion from the law firm of Fasken and Calvin might also be made available to the Members of the Court and, of course, to our distinguished opponents.

We have had confirmation of other observations made by Professor Briggs. For instance, he remarks that while the Belgian Government complains of the appointment of new boards, change of instructions and replacement of attorneys in Spain, it is silent about the analogous replacement of Ebro's board by the Receiver, the election of himself as president of Ebro or the change of tactics in dismissing Mr. Sánchez Jiménez and engaging Mr. Serrano Suner under pressure from Sidro.

Professor Van Ryn stated that "the Receiver always acted by exercising his voting rights" (VIII, p. 197); but this was exactly the method followed by the *depositario* for replacing the boards and, through them, the attorneys.

Professor Van Ryn adds that, contrary to Professor Briggs' assertions, the Receiver "far from disregarding the juristic personality of Ebro . . . as an independent company" showed "concern to respect the separate juristic personality and the powers of each company's organs" (VIII, pp. 197 and 198).

We ask the Court to look at a receiver's memorandum informing the Court that "he obtained assurances from the principal officers . . . of the subsidiaries . . . that they would take no action . . . without the prior consent and approval of the Receiver" (Receivership, pp. 390-391; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 90-91). This is undoubtedly a very odd way of showing respect for the independence of a company's board.

The complainants have freely used arguments *ad hominem* to try to diminish the weight of Professor Briggs' opinion, questioning his knowledge of Canadian and company law.

Thus, Professor Van Ryn purports to discover in Professor Briggs' opinion "errors of procedural law, for example, the claim that it was impossible for the Prior Lien bondholders committee to . . . [object] to the appointment of the receiver" (VIII, p. 196). The Court will have observed, from reading Professor Briggs' opinion, that nowhere in that opinion does he make such a claim. Really, Professor Van Ryn should practise what he preaches: "one should examine the document more closely" (VIII, p. 197).

Despite all efforts by Belgian counsel to discredit details of Professor Briggs' opinion, the general comparison and parallels are there for all to see and evidence his main conclusion that the Canadian receivers and the Canadian court regarded the enterprise—the Barcelona Traction company and its subsidiaries and subsubsidiaries—as one economic unit, subject to their legal control.

We have a saying in our country about *ad hominem* arguments: the ensign has been attacked, but the flag keeps flying.

One general observation may be made about the Belgian pleadings from the standpoint of international law. While the Spanish judiciary was accused of breaches and misapplications of Spanish law, no-one explained how those purported breaches would create an international responsibility for Spain.

In order that a judicial decision should create an international responsibility in international law, it is indispensable—the more detailed requirements explained by Professor Guggenheim aside (*supra*, pp. 82, 91)—that it causes what arbitral tribunals and writers have described as a palpable injustice, *une criante injustice*, which is something different, and far more serious, than breaches or misapplications of municipal law. I believe, from reading the Reply, that this is common ground between the Parties (R., V, paras. 459, 461, 462, 463, 471, pp. 313, 314, 319).

This Court, in the recent Judgment on the *North Sea Continental Shelf* cases, made a pronouncement which might be interpreted both as an indication of how the present case should have been pleaded and as a restatement of the international law principles on State responsibility for the contents of municipal judicial decisions. It said: "Whatever the legal reasoning of a court of justice, its decisions must by definition be just, and therefore in that sense equitable." (*North Sea Continental Shelf* cases, Judgment, *I.C.J. Reports 1969*, p. 48.)

The Spanish Government has always been ready and willing to submit the judicial decisions of its tribunals, of which complaint has been made, to this test of justice, and, as a matter of fact, such an examination was made in our Rejoinder, VII, pages 780 to 792. I believe it will be sufficient to refer to them without repetition of their contents. As they illustrate, the judicial decisions of which complaint was made were in all cases just, fair and equitable, while the decisions which our opponents would have preferred would, on the contrary, have been unjust, unfair and inequitable, particularly as regards the party protected in bankruptcy proceedings, namely the creditors.

It must be pointed out, in this connection, that in the oral pleadings, Belgian counsel have carefully avoided any discussion of this aspect of the case, and in general have abstained from refuting, or even referring to pages 763 to 876 of the Rejoinder (VII). The Court will undoubtedly draw the proper conclusion from this significant silence.

In making these submissions, the Spanish Government is not appealing to equity and turning away from positive international law. We do not want to be misunderstood in this respect. It is our submission that the positive rules of customary international law on State responsibility for the contents of municipal judicial decisions already require that, to create an international responsibility, the decisions must be grossly unjust, notoriously unfair and manifestly inequitable.

The situation in this respect is the same as that very properly described by this Court in the *North Sea* cases: "in short, it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles" (*North Sea Continental Shelf* cases, Judgment, *I.C.J. Reports 1969*, p. 47).

We may therefore disregard the various complaints concerning illegalities and examine in three subsections the grounds upon which the Belgian Government has attempted to show the existence of gross or

manifest injustices in the present case. These are accusations concerning first, the purported blocking of remedies; second, the alleged diversion of bankruptcy proceedings from their legal purpose and third, the injustice said to have resulted from the judicial proceedings.

The purported blocking of remedies: to examine fairly the Belgian complaints about the blocking of remedies it is necessary to view the Spanish judicial proceedings in context and to take account of the negotiations conducted or attempted by the rival groups, the joint experts' investigation and the judicial proceedings simultaneously launched in Ontario and London.

Clearly the shareholding group which controlled Barcelona Traction could not ignore the possibility of a bankruptcy petition in Spain. Precautions had been taken against such an eventuality.

First of all they hoped to take advantage of the deliberately complex structure of the company whereby Ebro could "dissociate itself from the [Barcelona] Traction company" as the legal adviser, Mr. Strang, put it (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, Ann. 20, Doc. No. 18, p. 163).

To this end in the course of 1947 they completed the export to and deposit in Toronto of all the certificates of stock, shares and bonds owned by Barcelona Traction and its subsidiaries. The cable sent on 7 March 1947 announcing "all shares now in Toronto" (A.R., Vol. II, Ann. 106), sounds like a commander's report advising his superiors of his state of readiness for the impending battle. They thought, as Belgian counsel argued before this Court, that the physical transfer of these certificates would provide a shield against the exercise of jurisdiction by the Spanish courts.

As a matter of fact, the non-Spanish legal advisers of the undertaking had reached the unjustified conclusion that Barcelona Traction was not subject to the law and jurisdiction of Spain. In consequence they thought that the Spanish courts, in order to reach Barcelona Traction with any service, notification or publication had to utilize what was once described by them as "the stumbling block" (VII, Rej., p. 830) of letters rogatory addressed to the Ontario courts.

This view that Barcelona Traction was immune from jurisdiction was mistaken, since it ignored a basic principle of law that no-one may profit from his own wrong.

Barcelona Traction, whose centre of operations was undoubtedly in Catalonia, as Sir Humphrey Waldock has shown, failed to register in the trade register and thus to reveal to the Spanish authorities its *siège réel*. A company which does business in Spain and hence is automatically subject to Spanish jurisdiction cannot rely on its own failure in this regard to acquire a sort of invulnerability to Spanish bankruptcy proceedings. For, as Barcelona Traction itself said in a submission in April 1953 to the Spanish courts—

"Auquel cas cet établissement ou centre d'opérations tiendra lieu de domicile à l'effet de localiser la procédure de sa faillite" (*supra*, p. 170).

Therefore, in my submission, the issue before this Court as regards publication is less a question of Spanish law than of pure fact. Did Barcelona Traction have a centre of operations in Spain, or did it not?

If the Court finds that it had such a centre then the Belgian contention that publication should have taken place in Toronto cannot be sustained.

No legal system worthy of that name can subordinate the effectiveness of its laws, and their application to a company operating in its territory, to the requirement that any judicial service, notification or publication, must be made, and agreed to, by the judicial organs of another State, even of the State where incorporation had taken place and which the charter of incorporation indicated as the official and formal seat of the company.

Anyway, those advising the company were confident that the transfer of all share-certificates to Canada, and the absence of any registered agent or address in Catalonia, would make it necessary to send letters rogatory to the Ontario courts (A.C.M., Vol. IV, Chap. I, Ann. 757). The controlling group of shareholders hoped, once those letters were sent, to succeed in defending the jurisdiction of their friendly receivership against any attempt by the Spanish courts seriously to exercise a bankruptcy jurisdiction.

If there were an adjudication in bankruptcy duly neutralized in its economic effects by the dissociation of the subsidiaries and a friendly receivership of the type finally obtained in Canada, this would unavoidably postpone the further reimbursement of the bondholders' unpaid debts. Such was the plan, what we have called—borrowing phrases from the Belgian pleadings—the complex and crafty machination of the controlling group.

There is in the London proceedings an affidavit from one of the members of Mr. López Oliván's mission to Canada and the United States, in which he recalls a discussion with Mr. Duncan in New York:

"When I suggested that perhaps the bondholders, tired of waiting, would seek justice in the Courts, Mr. Duncan told me with loud laughter that all precautions had been taken for that event and that the bondholders would never succeed in collecting in ten years."
(London Proceedings, Vol. 5, p. 36; Spanish *Red Book No. 1*, p. 299.)

The existence of such a plan explains otherwise incomprehensible conduct, namely *Barcelona Traction's* failure to appear to oppose the adjudication in bankruptcy and the intervention in its stead of the subsidiaries who denied any relationship with the bankrupt.

Professor Rolin, in his final pleading, volunteered an explanation of why *Barcelona Traction* had chosen not to appear before the Spanish tribunals (VIII, p. 585).

He stated that the company had not entered an appearance because it was advised by its lawyers that under contemporary common law doctrine in England and Canada, if a company appears in order to protest that a foreign court has no jurisdiction and the court decides that it has, then the company might be taken to have submitted to the jurisdiction of that court.

We shall ignore for the moment the fact that this explanation was inconsistent with one furnished to this Court by Professor Rolin himself 20 days before (VIII, p. 240).

In the Rejoinder, the Spanish Government observed that many of the misadventures of *Barcelona Traction* resulted from its choice of non-Spanish lawyers to advise it on delicate problems of Spanish law (Rej., VII, p. 831. For the acceptance of Spanish jurisdiction in another instance, see A.C.M., Vol. V, Chap. I, Anns. 960 and 969). We alluded

in this connection to the dangers of colonialism in the field of legal advice and legal assistance.

The explanation finally furnished to this Court more than corroborates our observation on this point; not only was the advice followed given by non-Spanish lawyers, it was furnished on the basis of non-Spanish law, for the case that Professor Rolin cited was concerned with the law of the Isle of Man. (*Harris v. Taylor* (1915) K.B. 580.)

The explanation also tellingly reveals the company's real attitude towards courts in general. Not only did it deny the Spanish jurisdiction, but it also refused the Spanish courts the right to decide whether they were competent or not. It acted as judge in its own cause and rejected, by its own decision, any Spanish jurisdiction. Thus a private company had adopted what might be described as a sort of automatic reservation to the jurisdiction of Spain. Barcelona Traction was prepared to accept the jurisdiction of Spain "as determined by Barcelona Traction".

The company had concluded that it could not afford to lose on this point. Therefore, it refused to appear in court.

Despite its conduct at that time the company and its protecting Government still complain today that the sale anticipated a final decision on the issue of Spanish jurisdiction. Yet, according to Professor Rolin's last minute confession, *Barcelona Traction* was not really concerned about such a decision, since it had determined to evade as far as possible all consequences of the exercise of jurisdiction by the Spanish courts.

Legal considerations apart, Barcelona Traction's failure to appear and the attempted sterilization of the bankruptcy by the subsidiaries' action had several advantages from the economic point of view and that was what mattered most to those in charge of strategy.

It preserved the fiction that the company was immune from, and had not submitted to, the Spanish jurisdiction and thus avoided the much feared tax consequences of such submission. It prevented judicial examination of the bankrupt's objections which would have revealed that the arguments it could raise against its adjudication in bankruptcy were devoid of substance. Further, a settlement after a sterilized bankruptcy adjudication in Spain would be the most expedient way at law to obviate the necessity of a study by the administrative authorities of the company's financial history.

Last but not least, the controlling group was soon advised that it might perhaps gain this most important advantage from the Spanish bankruptcy. By paying the bondholders in pesetas at the official rate of exchange on the day of adjudication, the company might hope to extricate itself from an impossible financial situation by the reduction of its bonded debt to a third of its amount.

This defensive strategy explains the two most striking and curious features of the present case.

The first is this: although these are the most hotly disputed bankruptcy proceedings on record, the bankrupt company chose not to exercise the special remedy available to it, and did not enter any appearance during the critical period from 12 February 1948 to 18 June 1948. That period lasted more than four months, during which judicial measures were adopted which reversed the status quo and determined the shape and sequence of further proceedings.

The second of those characteristics, even more curious than the first, is that during this whole period of four months neither the bankrupt

company, nor the subsidiaries, nor anybody else on behalf of the bankrupt, called the attention of the Spanish judges to the main legal arguments against the adjudication in bankruptcy which are now so strenuously developed by Belgian counsel. The main objections now made before this Court—the Spanish “fait du prince”, the lack of jurisdiction, the absence of *locus standi* of the petitioners or the need to publish in Canada—none of these objections was raised before the Spanish tribunals during all this crucial period.

We thus find an unexplained and inexplicable situation, without precedent in the history of international claims. While in their diplomatic Notes presented on 27 March 1948 (A.C.M., Vol. IV, Ann. 250, p. 976 and A.C.M., Chap. III, Vol. VIII, Ann. 121, Doc. No. 3, p. 170) the Canadian and Belgian Governments complained of a series of denials of justice on the strength of the arguments just referred to—absence of jurisdiction, of fitness for bankruptcy, of legal standing of the petitioners or of notification of judgment—none of those legal submissions had at that time been presented to the Spanish courts by the bankrupt company, the subsidiaries, their managers or anyone acting on the bankrupt's behalf. Apparently they scrupulously said nothing before the judicial organs which might lead to the setting aside of the adjudication in bankruptcy itself.

Of course, it may be asked: what of Ebro's and the other subsidiaries' applications?

The subsidiaries, which led the judicial fight during this four-month period, did not advance the contentions I have referred to, nor did they attack the adjudication in bankruptcy in itself. They only objected to the extension of certain provisional effects of the judgment: those which affected their assets and subjected them to temporary custody (VIII, p. 269).

Now, it is the rule in Spanish law that a third party who alleges that he is such and that his rights are adversely affected by an adjudication in bankruptcy—for example, on the ground that his property has been seized as part of the bankrupt's assets—can only assert his rights in an action incidental to the bankruptcy proceedings, which is called *tercería de dominio*, for only the creditors and the bankrupt may be parties to the bankruptcy proceedings. This is a basic and undisputed rule which I ask the Court to keep in mind throughout my present examination of Professor Rolin's complaint of denial of justice by reason of “défaut de qualité”. Of course, Professor Rolin denies that such a rule exists, since otherwise he would have no case. He has argued the point at length in six pages of the oral proceedings (VIII, pp. 272-277) invoking the opinion of a single writer, Ramirez, and citing several wholly irrelevant decisions. We will not examine those arguments again, and will refer the Court to our written pleadings on this question (C.M., IV, pp. 337-339 and A.C.M., Vol. VIII, Ann. 89, p. 50; Rej., VI, pp. 488-490; A.Rej., Ann. 114, App. 2).

I will only add two comments. The first is that to base a complaint of violation of Spanish law on the opinion of a single writer, on the argument that one finds no writer defending a contrary theory (VIII, p. 274), runs counter to the presumption of regularity referred to by Professor Guggenheim (*supra*, p. 91), especially if one recognizes, as Professor Rolin does, that “we have not really found court decisions in the strict sense of the term” (VIII, p. 274. See, for the opposite view, A.Rej., Vol. III, Ann. 114, App. 1, pp. 107 ff. and App. 3, pp. 119 ff.).

The second comment has to do with the London proceedings, so often cited by the other side. In that case, where Sidro was interested to defend the opposite view, we find a conclusive admission on this point of law. The lawyer for Sidro, Mr. Kenneth Diplock, as he then was, stated:

“... only a bankrupt and creditors of the bankrupt can appear in bankruptcy proceedings in Spain. I had understood that that proposition was not disputed. It is to be found in all the opinions ... and it is, of course, also the opinion of my Spanish lawyers.” (London Proceedings, Vol. V, p. 218; Spanish *Red Book* No. 1, p. 307.)

This was stated by Sidro in London; I submit that different interpretations of Spanish law cannot be advanced by the same interests, in London, Reus, Barcelona or The Hague, depending on the convenience of the argument; Mr. Lauterpacht has said in this very Court nobody should “be allowed to blow hot and cold” (VIII, p. 434).

We have to place ourselves now in this over-all view of the case in the position of the Spanish judge. Professor Rolin made a detailed analysis of the decision of 17 March 1948 dismissing Ebro's application. He failed, however, to analyse the application itself, which provides the key to the decision.

Ebro made no reference in their application to the precise nature of its relationship with the bankrupt. This was an extraordinary omission. As a result of the adjudication in bankruptcy Ebro's assets had been taken into provisional custody. The judge had made such an order on the basis that Barcelona Traction owned all Ebro's shares, a conclusion he had reached on the evidence before him. And on the truth or falsity of that fact alone could the court resolve whether or not Ebro was a genuine “third party”, independent of the bankrupt company.

Had Ebro acted in good faith it must have openly declared who owned its shares. The judge could not review his decision without this information, which only the company was in any position to provide.

However, on this vital question Ebro equivocated. Its statements to the Spanish judges echo the evasive declarations made to Mr. Ridruejo in 1932. Let us read its submissions, and take note of their inherent ambiguity:

“Il pourra donc être exact qu'entre les deux sociétés il y ait eu les relations financières indiquées au jugement de déclaration de faillite... De même, nous admettons comme possible que Barcelona Traction possède une partie et que, à un moment même, elle ait possédé la totalité des actions Riegos y Fuerza del Ebro; mais... la... saisie... part d'une hypothèse absolument incertaine et douteuse, savoir que la société faillie est actuellement possesseur de la totalité des actions émises par ma mandante.

Sur quoi se fonde le tribunal pour parvenir à une conclusion si concrète?

... sur ... un rapport ... relatif à l'exercice 1946...

Mais veut-il dire que le douze février mil neuf cent quarante-huit... cette société continue à les posséder?

Etant donné la facilité avec laquelle peuvent se transmettre les actions au porteur d'une société anonyme [here it repeats the lie told to the director of the Exchange that Ebro shares were bearer

shares]... personne... en Espagne ne peut affirmer avec raison que la Barcelona Traction continuait à posséder la totalité des actions de Riegos..." (A.C.M., Vol. VIII, Chap. III, Ann. 84, pp. 24 and 26.)

By such evasiveness Ebro on the one hand refused to furnish proof of its independent third-party status, on the other refused to admit its identification with Barcelona Traction. In a moment I shall describe how the judge reacted to this furtive submission, which frustrated his hope for a full explanation of the facts; but first I shall continue with my analysis of the submission itself.

Ebro insisted in its applications that the provisional measures taken in respect of its assets should be executed only when the bankruptcy organs had acquired custody of its share certificates, those exported to Toronto and alleged to be "to the bearer". For instance, its submission of 11 March stated:

"... lorsque les titres indiquant le capital social de Riegos y Fuerza del Ebro auront été matériellement saisis, le dépositaire pourra alors utiliser les droits..." (A.C.M., Chap. III, Vol. VIII, Ann. 88, p. 48 and Ann. 84, p. 26).

Such insistence was obviously designed to gain a few days' grace in which to abduct Ebro's liquid assets and more incriminating documents. Such a scheme was indeed essayed, not without success (A.C.M., Chap. III, Vol. VII, Ann. 71, Doc. No. 1, p. 361; Ann. 70, Doc. No. 4, p. 357; Doc. No. 2, p. 355; Ann. 42, p. 234; Chap. II, Vol. VI, Ann. 1; Doc. No. 8, pp. 19-20; Chap. I, Vol. II, Ann. 107, Doc. No. 2, p. 229).

The judge was thus strengthened in his resolve to maintain its provisional measures of control over the subsidiaries' assets and thereby avert that *periculum in mora* which would otherwise threaten the creditors' rights.

Ebro's submissions, supported as they were by others from the managerial staff, could only stimulate distrust in the Spanish magistrates, the same "méfiance et soupçon" referred to by Mr. Suanzes.

In claiming that its assets were immune from any liability for the Barcelona Traction bonded debt, Ebro became guilty of attempted fraud on the bondholders.

The sole reason why Barcelona Traction could obtain loans for millions of pounds sterling in England, France, Spain, Belgium, Switzerland, Canada and other countries was because, in the prospectus which sought those loans from the public, the company invoked as collateral for the issue the shares, stocks and bonds of the Spanish subsidiaries owned by it. Now, not only were those assets invoked, but the physical installations of Ebro and Barcelonesa were described, and the economic unity of the whole enterprise was mentioned to attract private savings from various countries (A.C.M., Vol. I, p. 89; Vol. II, pp. 305-306, 522, 577; Vol. III, pp. 17, 18, 19, 47, 131, 239, 408-409).

When the bondholders tried to enforce their debts, which they had been unable to do for 11 years, the subsidiaries claimed that they and their assets had nothing to do with Barcelona Traction or its bonded debt. In doing so they did not behave bona fide, but violated what the Permanent Court once described as "the faith of the prospectus" (*Brazilian Loans case, P.C.I.J., Series A, Nos. 20-21, p. 114*). Furthermore the indignant

protest made in the submission against the initial decision, read here by Professor Rolin at the end of his pleadings, did nothing to reassure the judges. Shakespeare has counselled us to beware of those who do protest too much.

Despite all this, Ebro and the other subsidiaries were not refused a hearing or denied access to the court. On the contrary, the judge went out of his way to indicate to the applicants what was the proper method and procedure by which to advance their claims. (A.C.M., Chap. III, Vol. VII, Ann. 46, p. 263.)

The Spanish judge tried to make Ebro understand that it should have been driven by the logic of its application to furnish evidence that Barcelona Traction was not at that time its only shareholder. The judge reminded Ebro that the evidence of Mr. Spéciael's letter and the latest board report had only created a rebuttable presumption. He himself was open to conversion. The judge thus never refused Ebro a hearing. He invited it to return to court with an appropriate application and proper proof of its claims. The "third party action" or *terceria de dominio* is self-descriptive. Ebro was asked to prove that it had ownership or *dominio* of its assets; it was asked to prove that it was a third party, a *tercero*, independent of the bankrupt. Incidental proceedings with their inherent guarantees would have been the easiest way in which to prove such independence. This decision of 17 March 1948 was then no *déni de justice à l'état pur* as Professor Rolin has claimed (VIII, p. 270). Rather it was an offer of justice.

The subsidiaries chose not to exercise this remedy for the simple reason that nobody could prove that anyone other than the bankrupt owned their shares. They could not establish that their interest differed from that of Barcelona Traction. As the Rejoinder pertinently asks: "Qui, en dernière analyse, était intéressé à ce que les biens d'Ebro soient ou non saisis? Seulement Barcelona Traction" (VI, Rej., p. 490).

And after 10 April 1948, when the provisional custody of Ebro's assets ceased, and those assets continued to be administered by the board appointed by the *depositario* in exercise of his voting rights, there was no longer any ground for this third party action.

The remedies sought by the dismissed employees were equally tainted by *défait de qualité*, since Mr. Menschaert and the other company officials who were dismissed were neither the bankrupt nor creditors of the bankrupt.

Professor Rolin invokes a text which refers to "any interested party" (Rej., VI, p. 490) but it is obvious that this text has to be read in the light of what Mr. Kenneth Diplock, as he then was, recognized to be the basic rule of Spanish law by which only the bankrupt and its creditors may be parties to the bankruptcy proceedings.

The claims of those employees to continue in their jobs were extraneous to the bankruptcy proceedings.

What these people really wanted, and their applications showed this, was to retain, at least for a few days, control of the assets and, particularly, of the company's bank accounts.

Here also there was neither a denial of justice nor a refusal of a hearing but, on the contrary, as Professor Guggenheim pointed out (*supra*, p. 89), the judges took pains to indicate the proper procedure and forum which they had to use in order to have their contentions examined.

Again, the dismissed employees chose not to use the proper procedure.

The Belgian Government also complains about the delay before the final dismissal of those applications. This delay was in the main part caused, as we shall see, by the protected subjects and the claimant Government. But we fail to see how a delay in deciding to reject an application could cause damage to a party which, from the very beginning, had entirely lacked *locus standi*.

Lastly, Professor Rolin has stated that when the final decision was handed down in 1963, Mr. Menschaert by then had left Spain and given up the attempt to obtain any more justice (VIII, p. 280). We must here make two corrections; firstly, Mr. Menschaert left Spain much earlier, in 1948; secondly, he left not because he had given up the attempt to obtain justice in Spain but because he wanted to avoid having justice meted out to him. I refer, of course, to the proceedings over the clandestine monetary operations in which he, and other principal officials of the company, had been involved (A.C.M., Chap. III, Ann. 63, Doc. No. 1, p. 312).

The accusations about the substitution of solicitors are also groundless. The replacement of attorneys put an end to the attempts made by persons selected by the bankrupt and appointed before the adjudication to continue their exercise of powers of attorney conferred by the bankrupt indirectly (as to the insinuations made in VIII, pp. 277-278, see VII, Rej., p. 771). Other Spanish colleagues have shown that once the assets of the bankrupt had been seized and the *depositario* and *comisario* had acquired the same control over the wholly owned subsidiaries that Barcelona Traction had previously enjoyed, it would have been absurd to permit solicitors appointed before then to continue to act on behalf of the subsidiaries, to receive their instructions from the bankrupt company and to oppose the measures adopted for the protection of the creditors.

The Spanish judges necessarily accepted the validity of the new powers of attorney. This in no way deprived the company of the means to defend itself. The enterprise was always able to present to the courts its contentions and arguments through the normal channels, through the bankrupt company itself, whose *locus standi* was never denied, or through bondholders controlled by the Sofina group. The difficulties described by Belgian counsel which are supposed to have arisen from the replacement of attorneys are nothing but the inevitable result of the distortion of normal procedures. It was a consequence of Barcelona Traction's failure to appear to contest the bankruptcy and of the undertaking's strategy of using the subsidiaries to carry on a limited fight for the abstraction of their assets from the bankrupt's estate.

As to the activities in 1949 by a so-called Canadian board of Ebro, I must point out at the outset one fact carefully passed over by Belgian counsel: this Canadian board was elected by a general meeting of shareholders held in Toronto in 1949, in which the main participant was the bankrupt company itself, although by Spanish law it is deprived of legal capacity from the day of the adjudication in bankruptcy, and therefore, could not appear as a shareholder. It is obvious then that the power of attorney issued by a board so elected could not be recognized as valid by any Spanish tribunal. Such powers of attorney were therefore ignored, not only by the special judge but also by the courts of appeal and the supreme tribunal which recognized powers of attorney issued at a later date by the Spanish board elected by the *depositario*.

Professor Rolin complains that those decisions were based on the mechanical application "on the ground that that document was the later in date" (VIII, p. 293). This is a wholly unfair description. The Spanish judicial decisions took into account which power of attorney had been registered in the Trade Register, and, which, therefore were the powers issued pursuant to the law and the judicial decisions in force in Spain. Substantive arguments supported this attitude. Thus, the Barcelona appeal court said "it is indisputable that Barcelona Traction was entirely incapacitated as regards any act of administration of its assets" (A.C.M., Vol. VIII, Ch. III, No. 99, p. 117). And as Professor Rolin has recognized (VIII, p. 290), the supreme tribunal, so severely criticized by the Belgian Government, went out of its way to suggest to the applicant the proper procedure to follow, which was, instead of claiming to represent the Ebro company, to promote the declaratory action on a personal basis (IV, C.M., p. 506, footnote 1 and p. 513, footnote 1), since such an action could not be withdrawn by somebody else. This judicial advice was not followed.

For the reasons I have just explained, the appearances entered on behalf of the so-called Canadian board could not be described as that famous *tercería de dominio*, as Belgian counsel claims (VIII, p. 286). As already indicated, such *tercería de dominio* requires proof not only of *dominio* or ownership but above all of status as a third party or *tercero* independent of the bankrupt company.

The Court rose at 12.55 p.m.

THIRTY-EIGHTH PUBLIC HEARING (12 VI 69, 10 a.m.)

Present: [See hearing of 20 V 69.]

Mr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: At the end of yesterday's hearing I was describing to you the strategy pursued by the controlling group of shareholders of Barcelona Traction towards the Spanish bankruptcy proceedings—During the four months' period it made no direct attack upon the adjudication in bankruptcy. Hence it avoided raising before the Spanish judges the arguments against that adjudication that Belgian counsel have put forward in this Court. Rather, it indirectly attacked the extension of its effects to Ebro's assets. It hoped thereby, in Professor Rolin's phrase, to take the sting out of the wasp. To this end it used various manœuvres with a single aim: to abstract from the bankrupt's estate its real assets. These manœuvres were successively attempted.

Firstly, the subsidiaries posed as independent companies who merely sought by their applications to lay their hands on what was their own; secondly, the bankrupt's managers applied to retain custody of the company's affairs, namely the bank deposits, so as to be able to transfer them abroad; thirdly, the grantees of powers of attorney by the subsidiaries were instructed by the bankrupt to take action on behalf of the subsidiaries, with a similar purpose; fourthly, a new board of Ebro was elected in Canada at a meeting of shareholders controlled by the bankrupt who, under the Spanish law, lacked such rights to vote. It was planned that this board would also try to abduct Ebro's assets from Spain.

I now come to the fifth stratagem, the most elaborate one, the remedies sought by National Trust.

National Trust initially hesitated to assume this role, in view of its position as a trustee for the bondholders. To overcome its scruples about appearing in the Spanish courts, it was arranged that the Toronto court should not simply authorize but should actually order it to make such appearances. In this way National Trust would be protected against any liability for its interventions.

At the start, Judge Schroeder was somewhat reluctant to issue such an unprecedented order to a plaintiff. The lawyers for Barcelona Traction and those for National Trust gave the appearance of division on this issue. If that same situation had happened in Spain our opponents would speak of a *comédie judiciaire*. However, they all presented such a black picture to the judge of the bankruptcy proceedings in Spain which, they claimed, had the ultimate danger that the bondholders would collect in pesetas, that Judge Schroeder was thereby influenced to make an order for which there were no precedents in the common law of Ontario (Receivership, pp. 239-246; *Belgian Blue Book*, Vol. III, pp. 22-29).

The very next day—we find here, just as in the appointment of receivers, the same *célérité suspecte* of which Belgian counsel would complain if these were Spanish actions—National Trust made an application in Spain to become a party to the bankruptcy and submit a *declinatoria* in favour of the Ontario courts.

National Trust was not at that time admitted as a party to the bank-

ruptcy and the Belgian Government therefore complains of a denial of justice and a refusal of access to court.

On this first application the *locus standi* of National Trust was not accepted for the simple reason that it did not appear as a creditor or representing creditors, or as a debtor, who alone, as we know, possess *locus standi* in bankruptcy proceedings, as was clearly stated by Mr. Diplock, as he then was, on behalf of Sidro in London.

National Trust invoked and attempted to avail itself of its status as trustee which, on its own admission, was an institution unknown in Spanish-law.—Professor Rolin apparently does not insist much on this complaint because he has stated in this context, on the tenth day of hearings, that “it is not necessary for the Court to take up a position on this question, the complexity of which I recognize” (VIII, p. 285). His complaint now seems to be focused on the discrimination which is alleged to have arisen from the admission in the proceedings of a Prior Lien committee (*ibid.*, pp. 285-287).

In order to prove that discrimination existed, Professor Rolin makes the point that National Trust explained in its application to the Spanish courts that the trust deeds “confer on it the right to represent the creditors” (*ibid.*, p. 285).

This is correct neither in law nor in fact. In English common law the trustee—as Sir Andrew Clark stated in the London proceedings—“does not represent the bondholders” (*London Proceedings*, Vol. VII, p. 367; *Spanish Red Book No. 1*, p. 366).

In fact, in its application before the Spanish tribunals, National Trust expressly disclaimed acting as representative of the bondholders. I refer the Court to Annex 140 of the Memorial in which the submission made by National Trust is transcribed and which I quote. I beg the Court to pay attention to the paragraph I will read. National Trust has stated that it appeared:

“... non pas en représentation de personnes qui, lorsque le contrat a été conclu et lorsque les droits dont il s'agit ont été créés, ne pourraient être représentées pour le simple motif qu'on ne peut représenter celui qui n'a pas d'existence” (A.M., vol. III, ann. 140, p. 520).

Therefore National Trust clearly disclaimed acting as representative of creditors. Neither did National Trust avail itself, in its application, of its status as a *créancier hypothécaire* which undoubtedly it possessed, as a bondholder, or as someone entitled to fees. It appeared, as already indicated, as the trustee: only as a trustee. On the other hand, as other colleagues have mentioned, when National Trust availed itself, before the Spanish tribunals, of its status as a bondholder, it had no difficulty in being admitted by the Spanish courts and, as a matter of fact, it participated and voted in the meeting of creditors—in the *Junta de Acreedores* (Rej., VI, p. 516 and footnote; *supra*, p. 90).

To turn now to the Prior Lien Bondholders Committee. It was elected at a formal meeting of bondholders held in London on 8 April 1948, convened by the Trustee and attended by a large number of Prior Lien bondholders. The meeting was presided over by an independent accountant appointed by National Trust, and representatives of the trustee and of Barcelona Traction were also in attendance. There is no doubt that all those who voted had presented evidence of their status as bondholders

since, as it appears from the records of that meeting which the Spanish Government has filed before the Court, voting tickets were issued and a poll was taken (proceedings of the meeting, London Proceedings, Vol. III, pp. 26 and 51; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 256 and 281). The fact that the names of the bondholders were not recorded is irrelevant since the bonds are to the bearer.

Those Prior Lien bondholders had the right to intervene as creditors in the Spanish bankruptcy proceedings. The only people who could appear on their behalf were a committee appointed by them; otherwise, it would have been necessary for every bondholder to appear individually. The committee, so elected, appointed in its turn a Spanish *procurador* to appear in court as the Spanish law requires.

This group of bondholders was recognized by the Spanish judges in order merely that they might assert those rights which the law accords to creditors. Professor Rolin has said here:

“Si cela était vrai, toute possibilité de contradiction avec l’attitude adoptée par le juge spécial à l’égard de la National Trust s’évanouirait” (VIII, p. 286).

Mais cela est vrai—it is true. I call the Court’s attention to the text of the judgment of 10 December 1948 which provides that the committee *procurador* has *locus standi* “sous la limite qu’il ne pouvait user que des droits accordés par la Loi aux créanciers” (A. Rej., Vol. III, Ann. 131, p. 201).

Its situation was entirely different to that of National Trust when the latter chose to appear as trustee. Therefore, there could be no discrimination (Rej., VI, pp. 519-521).

Belgian counsel has also referred to the National Trust applications of 1949, 1950 and 1951 (VIII, p. 289). This was another attempt to abstract the assets of the subsidiaries from the bankrupt’s estate by taking advantage of the retention in Toronto of the shares and bond certificates of Ebro and Catalonian.

This attempt had its source in an opinion given by the Spanish lawyer, Mr. Sánchez Jiménez, who suggested that third party actions (*tercerias*) might be brought “by persons to whom shares of Ebro and Catalonian Land have been transferred for that purpose” (Receivership, pp. 538-539; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 117-118).

The Receiver did not dare to take a step so obviously irregular, which could affect even innocent third parties. But, as a result of this suggestion, the odd idea emerged of having National Trust appear before the Spanish courts not as a trustee or as a creditor, but as the only one entitled to, or exclusive owner, *le seul titulaire*, of Ebro shares and bonds.

With the support of the order of appearance already issued by the Ontario court, and duly financed by Sidro (VIII, p. 23), National Trust appeared in Spain almost three years after the adjudication in bankruptcy, on the basis, hurriedly fabricated, that it was “the private, particular owner” of a number of Ebro shares. It demanded from the Spanish tribunals a declaration to this effect—“that the whole of the titles representing Ebro’s capital do not belong and have never belonged to Barcelona Traction”; and what about Mr. Spéciael’s letter? Barcelona Traction was described as “the apparent holder of the assets” (A.C.M., Vol. IX, pp. 95 and 91. A similar request was made on the eve of the auction, requesting its suspension. A.C.M., Vol. IX, No. 181, Doc. No. 1, p. 125; *supra*, p. 90).

The same petition was made with respect to Catalonian Land, accompanying as evidence a certificate which the Belgian Government has filed as Annex 29, Appendix 2, to its Reply.

The filing of this document has permitted the Spanish Government to verify that when this same certificate was presented to the Spanish courts it had been altered. The word "trustee" which appears hand-written between lines and qualifying the statement that National Trust was the owner of the shares had been deleted from the certificate when presented to the Spanish courts. This deletion not only shows the liberties taken with documentary evidence but, above all, constitutes an implied recognition of the incompatibility between the quality of trustee and that of absolute owner of the shares.

A corresponding request was made in respect of Ebro bonds, including the famous General Mortgage bonds. The accommodating trustee appeared before the Spanish tribunal and, contradicting Mr. Spéciael's letter, claimed National Trust to be the only bondholder creditor of Ebro. And here we find something astonishing. National Trust, in that submission, denounced both Barcelona Traction and Ebro because "they have combined together to declare that the first owns a credit against the second of eleven million sterling pounds" (A.C.M., Vol. IX, Ann. 180, Doc. No. 1, p. 115). To borrow Professor Rolin's favourite expression, "on croit rêver".

One can readily appreciate that of all the successive stratagems devised to defraud the real creditors of Barcelona Traction, this was the most serious and the most dangerous. If such a claim had been conceded, National Trust would have been allowed to abstract all the real assets of the bankrupt's estate as creditor of Ebro.

This was clearly an attempt to deceive the Spanish courts since National Trust appeared in the bankruptcy proceedings in the guise of owner of certain shares and bonds, but without revealing the existence of a beneficial owner, what Professor Lauterpacht would call the owner in a meaningful sense, of all Ebro and Catalonian bonds and shares, who was none other than the bankrupt itself (VIII, p. 442).

Although the Spanish courts frustrated these attempts, one can understand why the *sindicós*, mindful of their responsibilities, decided to execute measures previously adopted to neutralize the dangers arising from the retention in Canada of the shares and bonds of the subsidiaries.

In June 1951, before any request for a sale had been submitted, the *sindicós* and the boards decided to confer on the persons who were legally entitled to possess such shares and bonds documentary proof of their legal entitlement. Their purpose was to deprive those who wrongfully retained the original certificates and bonds of the means of transferring them to innocent third parties or of promoting actions in Spain or elsewhere, of the kind just described, which might defraud the real creditors.

Such documentary proof was to be given only to those persons who could show that they were entitled to possess the shares and bonds (A.C.M., Vol. VIII, Ann. 146, Doc. No. 3, p. 256), so that the deeds of ownership would once again be in the hands of the actual owners.

The *modus operandi* was different in respect of the shares and the bonds. For the former, properly printed documents were delivered, replacing the typewritten, global certificates retained in Canada; for the bonds, a registry of bondholders was opened (*ibid.*, Doc. No. 5, p. 259). Both

measures were confined in their intention and application to Spain alone and no attempt was made to enforce them outside Spanish territory. Neither measure, closely inter-related as they were (M., I, para. 195), can be thought of as a preparation for the sale. Their common design was, through different technical methods, to prevent the possibility of frauds on the creditors and on bona fide third parties.

The general principle of law which justified these actions is not, as Belgian counsel claimed, that the end justifies the means, but that fraud must be prevented, since *fraus omnia corrumpit*.

I must now answer the points made to this Court about the alleged discrimination in the effects to which the appeals were liable.

Professor Rolin complained of the double effect allowed to Boter's appeal (VIII, pp. 300-301, 343). However, in the London proceedings, Sidro's lawyer, Mr. Kenneth Diplock, Q.C., as he then was, stated: "I do not say that it was improper to allow this appeal to two effects. I am not making any suggestion against the Special Judge in that respect" (London Proceedings, Vol. VII, pp. 99-100; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 352-353).

Here again we find our opponents blowing hot and cold at the same time.

All the other appeals of which they complain relate to the sale of the assets, as Belgian counsel have expressly recognized (VIII, pp. 302 and 303).

Now, appeals against decisions relating to judicial sales within the bankruptcy proceedings have only one effect, namely that lodging the appeal does not cause the stay of execution of the original order.

So much was common ground for at least four years, until Mr. Serrano Suner entered into the picture, or maybe a little earlier, on the eve of the sale when Mr. Sánchez Jiménez was instructed from Canada to delay proceedings as far as possible, albeit at the cost of eating his own words.

In 1948, Barcelona Traction had argued that in bankruptcy proceedings all appeals can have only one effect. On the strength of this view it succeeded then in defeating an application by the bankruptcy petitioners who wanted to have double effect allowed to an appeal after deposit of a guarantee, as provided in Article 385 of the Code of Civil Procedure. Barcelona Traction opposed this, contending forcefully that Article 385 did not apply to bankruptcy proceedings (Rej., VI, para. 493, p. 542).

Barcelona Traction was, therefore, in an awkward position, to say the least, when it requested, in 1951, the application in its favour of that same provision whose aid it had denied to the other party in 1948. The Barcelona Court of Appeal denied this motion on 27 November 1951.

There seems to be no discrimination when one compares these 1948 and 1951 decisions, one in favour of the bankrupt, the other against it, but both holding that Article 385 did not apply.

Professor Rolin, however, complains of discrimination by comparing the 1951 decision not with that of 1948 issued in the same proceedings but with a decision in another entirely different bankruptcy, which can be easily distinguished from the Barcelona Traction proceedings (VIII, pp. 302-303).

In that case, that other case of another bankruptcy, a request had been made under Article 385 and was indeed granted. But the appeal had nothing to do with the sale, but rather with the decision to close the bankrupt's commercial establishment. The request was made on that

occasion by a creditor, and was not opposed by anyone (C.M., IV, p. 546, paras. 204-205). Professor Rolin himself has said about another judgment that the fact that "there was any objection on the part of anyone" to a certain request, in my opinion takes all authority from "the decisions" (VIII, p. 258).

In another decision of which complaint has been made, on 13 June 1952, the Barcelona Court of Appeal further elaborated the thesis that appeals against bankruptcy sales cannot have suspensive effects. It based this thesis on an article in the Code of Civil Procedure which specifically provides that appeals on foreclosure sales, what is called in Spanish *via de apremio* can only have one effect. This provision is applicable to civil bankruptcy (*concurso*) and, therefore, must also be extended to commercial bankruptcy (*quiebras*), for under another provision of Spanish law the legal rules concerning *concurso* supplement those of *quiebras* (for an elaboration of the argument, VI, Rej., pp. 542 and 544).

This closely reasoned and coherent legal argument was supported by reference to the *ratio legis* (for the judgment, A.C.M., Vol. IX, Ann. 18, p. 364), here the need to avoid deliberate delays caused by a debtor in the execution of a sale. In this case the attempted delay was intentionally caused (Receivership, p. 853, Spanish *Red Book No. 1*, p. 206; *supra*, pp. 63-64; Rej., VI, pp. 246-247 and VII, 703-705; A.C.M., Vol. IX, Ann. 166, pp. 16 ff.); it also had a purely vexatious purpose: not to postpone the sale which had already taken place but delay its final approval, although the highest bidder had already satisfied the creditors.

And this was the decision which produced the extraordinary reaction of Mr. Serrano Suner, when he challenged all the members of one of the "Salas" of the Barcelona Court of Appeal.

I will now deal with the subject of the *declinatorias*.

The analysis of this question, made by Professor Rolin, was clearly designed to present a black and white picture, showing, on one hand, the bankrupt company keen on a speedy examination of its complaints against the adjudication in bankruptcy and, on the other hand, the Spanish bondholders and judges acting in concert to obstruct or delay that examination.

This picture is entirely unfair and has no basis in reality. To show this, it is necessary to examine separately first, what the judges did, and second, what Barcelona Traction and other persons acting or appearing in its interest did or omitted to do in respect of these suspensive effects of which the Belgian Government now complains.

But before doing this, I would like to speculate about the reasons why the Boter *declinatoria* was lodged, albeit this is not a matter for the Spanish Government to determine.

Clearly, it was not designed to prevent examination of the bankrupt's complaints for, at the time it was lodged on 30 March 1948, the adjudication in bankruptcy had been declared final, the bankrupt had not yet entered an appearance, and the subsidiaries had already discontinued their own quest for remedies.

It is likely, therefore, that its purpose was to stop the too rapid acceleration of the proceedings which was threatened by reason of the bankrupt's unexpected failure to appear and, further, to afford the private parties an opportunity for negotiation. Later, the resulting suspension allowed the same parties to await the results of the joint investigation.

There is no doubt that the conclusions of the joint investigation about the reasons for the cessation of payments and the alleged "fait du prince" would influence the course of litigation in the present case.

The plaintiffs in the London and Ontario proceedings similarly awaited these conclusions and therefore delayed such proceedings by means of the appropriate local procedural devices. In London, where Sidro had the initiative as plaintiff, it delayed its application to the Court to fix a date for the trial (London Proceedings, Vol. II, pp. 274, 251 and 245; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 337, 331 and 327). The action was started in 1949, the final trial took place only in 1952. In Ontario, Mr. Pattillo, at that time the counsel for National Trust, admitted: "that his clients wanted to have the proceedings delayed as long as possible, until the outcome of high level government talks following the report of the four experts" (London Proceedings, Vol. II, p. 89; Spanish *Red Book No. 1*, p. 320. This referred to the Westminster Bank action for delivery of the printed bonds. See *Rej.*, VII, p. 828, footnote 3).

Let us now examine the first issue I have indicated: the attitude of the Spanish judge towards the *declinatorias* and related pleas.

I must emphasize, at the outset, how definite was the attitude taken by the Spanish judges towards both *declinatorias*; the first one of García del Cid was rejected only two weeks after its submission. This shows what an independent position the judge at Reus adopted towards these tactics and what he was able to do before the proceedings became slowed by the various applications and submissions from the different parties. This decline in pace explains why it took longer to dispose of the Boter *declinatoria*. Anyway, it was rejected just ten months after presentation, although the opinion of the public ministry had to be sought and a special term of eight months granted to produce evidence from Canada. It is submitted that, in the circumstances, no court could have proceeded much faster. Furthermore, Boter's *declinatoria* was rejected in a well-reasoned judgment which ordered him to pay the costs. It is not fair, therefore, to contend, as Professor Rolin has, that the Spanish judges encouraged such tactics (VIII, pp. 211-212).

After such rejection, there was an appeal from Boter. The final rejection of that appeal was delayed by the introduction of various side issues by the parties, mainly, as we shall see, by the Barcelona company, but this delay was not due to any fault of the Spanish judiciary. The main responsibility for such a delay belonged to the company and to the claimant Government.

What, then, is complained of?

Clearly, a government cannot attribute an international responsibility to another State where unfounded petitions have been presented by private parties to its tribunals, particularly when such petitions have been speedily dismissed with an order for the costs against the petitioners.

The Belgians' only source of grievance is that, instead of rejecting the *declinatorias* in two weeks or in ten months, the Spanish judges should have dismissed them "off-hand" in 24 hours!

This extraordinary complaint relies on a peculiar feature of Spanish procedural law. When an application is made to a judge, he has the duty to admit it *a trámite* except where the law forbids such admission (A.C.M., Vol. VII, Ann. 13, pp. 101 ff.). It is obvious that such an admission or rejection *a trámite* within 24 hours, cannot constitute a final decision on the admissibility of the petition but is only a summary examination of

preliminary matters such as whether the person entering an appearance has the status of a legitimate party in the particular proceedings, for instance, that of creditor in a bankruptcy.

Professor Rolin, in his pleading, has tried to endow this decision to admit a petition *a trámite* with a wider significance (VIII, pp. 246-248). The Belgian Memorial, however, admits the limited scope of this peculiar Spanish procedure, and the Spanish Government prefers its version. The Memorial's actual words are:

"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 trámite»." (M., I, p. 44, footnote 1.)

We were amazed that Belgian counsel recanted on this view: that was really "blowing hot and cold" in the same case and before the same tribunal.

Anyway, it does not seem very reasonable to base a claim for denial of justice on the ground that the Spanish judges did not follow this somewhat exceptional system of *prima facie* rejections, in respect of certain pleas submitted by duly accredited bondholders. Belgium does not make a complaint of discrimination. Furthermore, the Spanish Government has pointed out that the courts followed the same general policy towards all applications from whatever party.

In this respect, the Spanish Government did not put forward the childish argument that Professor Rolin attributes to it "what are you complaining of, since you did the same thing?" (VIII, p. 249).

What the Spanish Government did say was that the Spanish judge acted in exactly the same way towards the Boter and Genora pleas, on one side, and the Andreu and Sagnier pleas on the other: all were equally admitted *a trámite*, since it was not manifest that the purpose of the petitions was to cause delay.

In accordance with the passage we have quoted from the Memorial, the Belgian Government would have to demonstrate that the *declinatorias* were "des cas d'irrecevabilité manifeste".

The first charge that Professor Rolin makes against the Spanish judge is that he "admitted the two *declinatorias a trámite* when he ought to have realized their false and artificial nature" (VIII, p. 245). How could the judge have recognized the false and artificial nature attributed to the *declinatorias*? In this context, Professor Rolin has referred to a fact which, in his view, should have alerted the judge, namely that the power of attorney submitted by Boter's solicitor had been issued "two days before the filing of the petition, to intervene in proceedings which had not yet even begun" (*ibid.*, p. 243).

In order to appreciate this argument, I ask the Court to look again at the power of attorney granted by Boter, which is exhibited in the Memorial, I, as Annex 99. This power of attorney, like that issued by García del Cid, was a general and not a specific power of attorney. It authorized the solicitors to act in any type of litigation, and to appear even before non-judicial bodies. There was not the slightest reference in the grant to Barcelona Traction or to its bankruptcy proceedings, contrary to what was insinuated. In these circumstances, we cannot see how

the judge should have inferred from this document the alleged false and artificial nature of the petition. There is anyhow a more basic point to be stressed: the observations made in this Court about the artificial nature of the *declinatorias* come too late; they should have been brought to the attention of the municipal judge by the bankrupt company or by other parties acting in its interest.

Professor Rolin objects that:

"If that were true, it would reduce admission *a trámite* to a purely mechanical operation, since by definition it is impossible for there to be any dispute so long as a claim has not been admitted . . ." (VIII, p. 246.)

This objection reveals a rare misunderstanding in Professor Rolin of Spanish law.

The admission *a trámite*, once made by the judge, is notified to the other parties and they can challenge that decision. It was precisely in exercising those remedies that the bankrupt, or other parties acting in its interest, should have proved to the judge that the *declinatorias* were not, as Belgian counsel has argued to this Court, made bona fide.

The failure to exercise this remedy—another consequence of the bankrupt's non-appearance at the adjudication—not only prevents this tribunal from considering this complaint but justifies the conduct of the Spanish judge, since he is not normally supposed to find and raise objections to the pleas presented to him, *motu proprio* and without the assistance of the parties. This is precisely one of the purposes of local remedies and, in general, of adversary proceedings.

In his endeavour to reinforce a weak argument, Professor Rolin adds that the judge had additional reasons for not accepting the *declinatorias*. The first is that Boter's application which, unlike that of García del Cid, made a general denial of Spanish jurisdiction, should have been admitted not as a reason for suspending proceedings, but as a bar on the merits.

This observation will surprise the Court since, if a *declinatoria* of competence or of denial has suspensive effects, such effects should *a fortiori* be allowed to a *declinatoria* of jurisdiction in general. Suspension of the considerations of the merits seems to be an undisputed consequence of a preliminary objection to jurisdiction, both before national and international tribunals.

As the Rejoinder shows, it is settled in Spanish law and by Spanish jurisprudence, including that of the Supreme Tribunal, that a challenge to Spanish jurisdiction must be made by way of a *declinatoria* (Rej., VII, pp. 532-533 and A.Rej., Vol. II, Ann. 48, pp. 465 ff.); furthermore, the Barcelona group is estopped from contesting this point since it followed the same method when it submitted its own *declinatorias*.

Professor Rolin's second additional reason for complaining of the "admission *a trámite*" of the *declinatoria* is that of the Spanish nationality of Boter and García del Cid. The Rejoinder shows (VII, p. 533) that by Spanish law, in accordance with established precedent, the *declinatorias* cannot be declared non-admissible *in limine litis* just because their proponents are later shown to be of Spanish nationality. This is a matter for the court at the full hearing. Professor Rolin, however, never at a loss for an argument, asserts that the judge should have interrogated Boter's solicitor about his client's nationality.

We find again the same fundamental misunderstanding, for the judge

is not to blame for a failure to exercise powers of enquiry which he does not have at this stage. It was, on the contrary, the responsibility of the bankrupt to raise and prove this point when exercising those local remedies which it failed to exhaust.

Belgian counsel similarly complains that the courts admitted a *trámite* Boter's supplementary plea challenging the *locus standi* of the petitioners. Here again, the decision admitting the plea *a trámite* was not challenged by the bankrupt, nor by the creditors he controlled. Therefore this complaint cannot validly be made, since local remedies were not exhausted.

In the 1964 oral proceedings, Belgian counsel made a possibly inadvertent statement which explains why the enterprise did not exercise local remedies against the *declinatorias* and related pleas. Professor Rolin admitted then, in 1964, that the parties now protected by Belgium at the start "accueillient avec sympathie ces déclinatoires de compétence" (III, O.P., 1964, p. 635).

Whatever the reasons, the fact remains that no-one put forward to the judge the grounds voiced here as to why such a plea should have been rejected *de plano*. No-one denounced to the judge the relationship or conspiracy that it is alleged existed between Boter and the petitioners. The judge, according to Professor Rolin, was supposed to realize this from the fact that a joint submission was made about the time-limit for producing evidence. Even in the most disputed proceedings, municipal or international, opposing parties may make concurring or even joint submissions on matters of procedure or of extension of time. In that joint submission, request was made for the trust deeds, documents needed by all the parties. If Barcelona Traction had really wished to avoid delays, it should have produced the trust deeds, either directly or through a friendly creditor, and it would then have been unnecessary for the court to grant a special extension of time for the production of evidence from Canada. Finally, it is important to recall, in order to appreciate the judge's conduct, that the judgment on Boter's plea not only dismissed it in strong critical terms, but contained an order for costs against him, the special judge describing some of his contentions as vexatious. The Belgian complaint against the judge is that he did not do all this in 24 hours. This seems a frivolous charge: every judge needs at least a reasonable time to consider and reject even the most baseless applications.

The Belgian complaint about the Genora incident exhibits the same defects.

Genora had previously attempted to exclude Barcelona Traction from the proceedings and, in this particular application, it questioned the sufficiency of the power of attorney of the solicitor acting for the bankrupt. Though Genora's objections were finally rejected they were *prima facie* serious, and no tribunal could have refused *in limine litis* to hear them. So the Barcelona court admitted *a trámite* the Genora plea, and the bankrupt again failed to challenge that decision. Professor Rolin admits this omission and attempts to explain it on the ground that by proceeding otherwise "it would only have lost time" (VIII, p. 262). This has never been an acceptable excuse for the failure to exhaust local remedies.

If Barcelona Traction had really wished to avoid the delays resulting from the Genora application, it would have filed a new power of attorney to remedy the omissions and formal defects objected to by Genora, as any diligent lawyer would have advised. That should have been done by what Professor Rolin, quoting Mr. Bourquin in the *Nottebohm* case

describes as "un plaideur normal ayant le souci de défendre ses intérêts" (*Nottebohm case, Pleadings, Vol. II, p. 236*).

To sum up: the Belgian complaint about the attitude of the Spanish judges towards the *declinatorias* and related pleas does not meet any of the requirements explained before this Court by Professor Guggenheim on behalf of the Spanish Government (*supra*, p. 91). There was no violation of municipal law, there was no malicious intent or discrimination on the part of the judges and, at the relevant time, the enterprise made no challenge to their decisions, as in law it was entitled to do.

Let us now examine Barcelona Traction's attitude towards the *declinatorias* and related pleas.

From the start it wholly favoured the suspensive effect of the *declinatorias*; Barcelona Traction acquiesced in the continued halt in proceedings because it felt that this would protect the company from the normal consequences of an adjudication in bankruptcy.

The proof that the company welcomed such suspensive effects lies both in what it did and in what it did not do. Barcelona Traction helped to maintain and prolong that suspensive effect by its failure to take certain steps, quite apart from the matter of local remedies. The company also initiated, or caused to be initiated, actions and applications designed further to delay the proceedings.

I will deal first with the significant omissions. The first one was its failure to contest the decision of 31 March 1948 which suspended the course of the proceedings. Neither Barcelona Traction nor any of the creditors it controlled challenged the decision of the judge at Reus, which became thus final and prevented other judges from dealing with later applications, such as those of the company in June and July 1948. This was another and important consequence of the failure to contest the bankruptcy.

A second omission is that Barcelona Traction did not even once bring this question of suspension before the supreme tribunal by means of a remedy of cassation.

A third and more important omission concerns the provision of Spanish law which allows exceptions from the general suspension of proceedings. Besides the appointment of *sindicados* and the sale, to which Professor Carreras has already referred (*supra*, pp. 346 ff., and 369), the grant by the judge of other exceptions on the ground that the postponement of certain steps might entail irreparable harm was twice requested and was twice acceded to, once in favour of the petitioners, once of Sagnier, who was a creditor acting in the interest of the bankrupt. This is significant, for it proves that the Spanish tribunals, particularly as the suspension continued, were willing to entertain and grant special requests where it was shown that the postponement would entail irreparable harm.

The Belgian Reply asserted that the Spanish judges should have granted an exception in favour of Barcelona Traction and opened a separate dossier (*ramo separado*) to examine the bankrupt's submissions of June and July 1948 (R., V, pp. 514-515).

The Rejoinder answered that the judge could not on his own motion grant such exception, but that the bankrupt itself had to apply for such a separate dossier (Rej., VII, pp. 573-574).

The Rejoinder also asked why Barcelona Traction never specifically requested such an exception in its own favour (*ibid.*, para. 732, p. 768).

During the oral pleadings no reply was given to this question.

Silence may speak louder than words. The company never made such a request because it knew perfectly well that the remedies it had exercised had no basis in fact or in law and would have been rejected, as indeed they finally were. It did not really want to have its complaints examined: it preferred the adjournment to continue so that it might be cited later as a denial of justice.

I now come to the actions which reveal the connivance of Barcelona Traction in the suspensive effects of the *declinatorias* and other adjournments.

The enterprise submitted two *declinatorias* knowing full well of their necessarily suspensive effects, one, by Barcelona Traction itself when joining Boter's appeal in 1953, the other in November 1948 by National Trust but, of course we are told, financed by Sidro (VIII, p. 29).

The circumstances which surround the presentation of this *declinatoria* reveal much about the real attitude of the company towards the suspensive effects of such tactics.

The Receivership proceedings show how anxious were both Barcelona Traction and National Trust that this *declinatoria* be submitted before the expiry of the time-limit granted to Boter to produce evidence from Canada.

How does Professor Rolin explain this indisputable fact? He has stated:

"The wish that the intervention should take place before the expiry of the extraordinary time-limit of eight months granted to Boter for the production of evidence cannot therefore be motivated by anything other than . . . the wish to participate effectively in the submission of evidence which Boter had requested without having to apply for any time-limit whatsoever . . ." (VIII, p. 290).

One cannot accept this explanation which does not take into account an elementary rule of Spanish law. Within the extraordinary time-limit granted in Spanish law for producing evidence from abroad, no new evidence may be requested. Therefore in November 1948 the National Trust could not ask for new evidence. The time-limit for such a request had expired much earlier, on 16 April 1948.

One can interpret Professor Rolin's explanation in another way: namely that the National Trust did not intend to produce evidence of its own but simply wanted to participate in the submission of Boter's evidence, for instance, by attending the hearings of his witnesses, asking them questions, etc.

This is no more plausible. The only evidence which Boter had requested or was allowed to produce was documentary evidence consisting merely of the First Mortgage and Prior Lien trust deeds. National Trust did not need to appear in Spain with such extraordinary haste to participate in the submission of that kind of evidence; it would have been quite sufficient to send the documents or to have them produced by a friendly creditor. Furthermore, in fact the trust deeds were not produced, since the letters rogatory sent to Canada for that purpose were never executed.

The real explanation for National Trust's appearance and the extraordinary haste with which it was made is the one advanced by the Spanish Government. Barcelona Traction, National Trust and Sidro were concerned with what would happen in the Spanish proceedings after the time-limit granted to Boter for the production of evidence had expired.

They had the experience of what had happened with the García del Cid *declinatoria* fresh in their minds. There, as soon as the matter was ready for a decision by the judge, the *declinatoria* was dismissed in a few days; García del Cid had appealed, but he had discontinued the appeal and the bankruptcy proceedings had been resumed. The London proceedings reveal a constant preoccupation with the possibility of Boter withdrawing its appeal. (Vol. V, pp. 272-274; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 309-311).

Barcelona Traction and its consorts did not want any repetition of those events. They wished for the protection of the suspensive effects of a *declinatoria*, but a *declinatoria* of their own, a *declinatoria* which they could control, and thus avoid being taken by surprise.

The Receivership documents show that the company was not concerned with the suspensive effects of the *declinatoria* as such, but rather was fearful that after the expiry of the time-limit to produce evidence the judge would be in a position to reject Boter's *declinatoria* and hence cut short the suspension.

Mr. McKelcan, for National Trust, advised the Ontario court on 26 November 1948, and I quote from the Receivership documents appearing in the Belgian *Blue Book*. He tells Judge Schroeder in Canada that "the judge in Reus granted them eight months within which to adduce proof in support of their motion. That eight months period is expiring next Tuesday... the 30th of November" (Belgian *Blue Book*, Vol. III, p. 14). Mr. Justice Schroeder then asked: "did that have the effect, then of suspending the proceedings in so far as the special Judge is concerned?" (*ibid.*) The witness's reply was, "Yes" (*ibid.*).

It is clear from this affirmative reply that neither the judge nor the witness was referring to the general suspensive effect of the *declinatoria*, since that effect resulted from an earlier decision of 31 March and that effect would continue after 30 November. They were both referring to the suspensive effect which the granting of a time-limit for the production of evidence has on the power of a judge to accept or reject a motion presented to him.

Clearly, the special judge could not reject Boter's *declinatoria* while Boter was still within the time-limit granted to him for production of his evidence. It is to this suspension, therefore, that Mr. McKelcan refers when he states, in the next page of the record, that Don Roberto Sánchez Jiménez, the lawyer both for the Receiver and the National Trust "is anxious that this [the intervention that we are to make before the special judge] should take place prior to the expiration of the suspense" (Belgian *Blue Book*, Vol. III, p. 15). And this is confirmed by National Trust's subsequent conduct.

If reference had been made to the general suspensive effects of the *declinatoria*, there would have been no need for special haste, since that suspension continued after the expiry of the time-limit granted to Boter, that is to say, 30 November. However, National Trust appeared in Spain on the very next day of the hearing, 27 November, with a long and documented written submission. They showed extraordinary speed—what our colleagues on the other side would describe as *une célérité suspecte*—to appear before the expiry of the time granted to Boter, that is to say, to appear before the judge could reject Boter's *declinatoria* and assert the Spanish jurisdiction in a positive way. They exhibited a manifest wish, an anxiety it was called by Sánchez Jiménez, to avoid any hiatus, any

interruption in the suspensive effects of the *declinatorias* by submitting one of their own.

Another aspect of Barcelona Traction's activity tellingly illustrates its interest in the suspension of the proceedings. In several of its submissions to the Spanish courts it specifically asked, on various grounds, for an adjournment of the main proceedings. It did so in its nullity petition of 5 July 1948, in which it requested that, pending examination of its submissions, the proceedings should be suspended with the exception of section 2 and the separate dossier (*ramo separado*) on the accounting.

Other examples of Barcelona Traction's petitions and applications for an adjournment are listed in Annexes 136 and 137 to Chapter III of the Counter-Memorial.

Also, in its submission of 11 April 1953, joining Boter's appeal, Barcelona Traction at last presented a *declinatoria* of its own, subject to its control, and one which Boter could not unilaterally withdraw. In so doing they acknowledged that their contentions about jurisdiction, made in their submission of 18 June 1948, were not a proper *declinatoria*.

The Court adjourned from 11.15 a.m. to 11.35 a.m.

Mr. President and Members of the Court, in this catalogue of delaying actions by the bankrupt enterprise, which I was developing before the interruption, we reach now those that they successfully carried out at the beginning of 1953.

At the end of 1952 the Genora incident was rejected by the Supreme Tribunal. This meant that the Boter appeal could be decided, and the Barcelona Court of Appeal would undoubtedly confirm that the Spanish courts had jurisdiction and declare inadmissible the remedies exercised by Barcelona Traction.

The prospect of these decisions, handed down while the sale was still being carried out, was not to the liking of Barcelona Traction because its case would then have lost any shadow of plausibility. Barcelona Traction therefore decided that it must find some way to freeze the existing situation in the bankruptcy proceedings. To that end, two puppet bondholders, Andreu and Sagnier, were ordered to delay the Boter appeal still further by attacking the *jus standi* of the *sindicados* and other creditors on the ground that, according to the General Conditions of Sale, "it might have been supposed" that the bondholders "should normally have been paid" (VIII, p. 264). It was a shot in the dark, planned, as Professor Rolin has stated, "to clear the judicial stage of all the mountebanks" (*ibid.*). At the same time, the same Andreu and another controlled bondholder, Lostrie, promoted an action against the *sindicados* and Fecsa.

Now, what was the *jus standi* of those supposed creditors who hoped to clear the judicial stage? Sagnier and Andreu were peseta bondholders who, as such, had already been reimbursed (A.C.M., Vol. IX, Chap. IV, Ann. 3, p. 325 and Vol. IX, Chap. III, Ann. 192, p. 268), and Lostrie, in order to prove his *jus standi*, had declared before a public notary that he had bonds deposited in a bank in Barcelona, which bank later certified that it had never had custody of such bonds (A.C.M., Vol. IX, Chap. IV, Ann. 5, p. 329).

We have then this group of fictitious or false creditors who were induced by the bankrupt company to contest, on flimsy and fanciful grounds, the *jus standi* of the *sindicados* and of the other real and legitimate creditors.

Unless we say that those advising Barcelona Traction were utterly foolish, which we can hardly do, we must inevitably conclude that this manoeuvre was not only organized by the bankrupt, as has been proved and is now even admitted by Belgium (A.C.M., Vol. IX, Chap. IV, p. 323; R., V, para. 124), but that it had the purpose of creating such turmoil in the proceedings that there would be, as there was, a long delay before the rejection of Boter's appeal.

As Professor Gil Robles has already shown (*supra*, pp. 57-58), the Belgian Government contributed to this delay by its refusal to execute the letters rogatory concerning Lostrie's procedure (A.C.M., Vol. IX, Chap. IV, p. 323; R., V, para. 124).

At about the same time, in February of that year, Sidro commenced an action for alleged procedural fraud which sought simultaneously to have the bankruptcy proceedings nullified. This application by Sidro also merits some comment.

The very fact that it was presented is significant. Firstly, it constituted an implied but eloquent admission that the contemplated international claim based, as the overall complaint has shown, on an accusation of collusion and conspiracy had to be preceded by a parallel claim in the municipal courts, which role Sidro's action adequately fulfilled. The similarity between Sidro's application and the Belgian Memorial is striking, and made the more so by the Belgian oral presentation before this Court, which was built around the conspiracy charge. This all goes to confirm that Sidro's application was the local remedy which had to be exhausted before the present international claim could be considered.

Secondly, it recognized that Sidro's dual role as actual bondholder and alleged shareholder gave it both greater powers and heavier responsibilities—greater powers because this role conferred upon it the required *jus standi* to be a party in the bankruptcy proceedings before the special judge; heavier responsibilities because the status at once of alleged pilot shareholder and actual creditor imposed upon it the duty to exhaust all available local remedies. For, to determine whether the protected person has in fact exhausted local remedies, one must examine *in concreto* whether it has exercised all those means of redress at its disposal for the protection of its rights in whatever quality it enjoyed them.

In making this application, Sidro recognized its duty to exhaust all possible remedies, in particular the local remedy for procedural fraud and nullity. We may presume that in this it was following the advice of its international lawyers. However, Sidro submitted this application to a Madrid tribunal rather than to the special judge at Reus. When it was dismissed for want of venue, Sidro appealed instead of reinstating the action before the appropriate court. The right legal remedy was therefore exercised, but in the wrong place and before a judge who lacked the power to deal with the action. Thus, competent Spanish tribunals were never given a chance to pass judgment upon the allegations of fraud and collusion with which we are dealing before this Court.

To sum up: when the Madrid tribunal told Sidro, on 13 March 1953, that it should go before the special judge, the enterprise instead started those manoeuvres to freeze the bankruptcy proceedings. On 11 April 1953, Barcelona Traction joined the Boter appeal, confessing it was in no hurry to finish the case (Mr. Gil Robles, in *supra*, p. 57) and, less than 20 days after, the Andreu-Sagnier-Lostrie blocking conspiracy was launched.

So, early in 1953, the Sofina group took two steps to prepare for the present international claim: it created an artificial delay so as to separate in time, as far as possible, the sale and a final decision by the Spanish courts that they had jurisdiction, and it pretended to comply with the rule of exhaustion of local remedies.

I will deal now, Mr. President, with the question of *res judicata* and purported blocking of remedies.

Belgian counsel has asserted that the decisions declaring the adjudication in bankruptcy to be final "had a definite link with the decisions concerning the blocking of the remedies" (VIII, pp. 242, 298). This is not the case. The adjudication in bankruptcy became final and acquired the force of *res judicata* because no challenge was made to it within the statutory time-limits.

From the point of view of Spanish law, the decisions adopted on 12 and 17 March 1948 may well have added nothing to the force of *res judicata* acquired *ipso jure* by the adjudication in bankruptcy.

However, from the point of view of international law, those decisions have this importance, that neither Barcelona Traction, nor Sidro, nor Sofina, nor anybody else, opposed them. For this reason the Belgians are estopped from challenging the conclusive nature of the adjudication in bankruptcy because of this lack of exhaustion of local remedies by the interested parties.

This is an important conclusion for, as Professor Carreras has shown (*supra*, p. 323), the Barcelona Court of Appeal authorized the sale of the assets, *inter alia*, because the adjudication in bankruptcy had become firm.

Therefore, Belgian counsel was wrong when he said to this Court that the firm character of the adjudication played only a secondary role (VIII, p. 299) in the bankruptcy proceedings.

In order to undermine this part of the Spanish case, Professor Rolin asserts that for the Barcelona Court of Appeal "there was only provisional *res judicata*; the court by no means excluded the possibility of a later annulment" (*ibid.*).

The Barcelona court neither said nor meant any such thing. A provisional *res judicata* is something unknown in Spanish law. The Barcelona Court of Appeal based itself, in its decision of 5 February 1952, unequivocally on the acquisition of the force of *res judicata* by the adjudication in bankruptcy. The court made a passing reference to the incidental proceedings on the grounds of nullity, which had been promoted by Barcelona Traction in July 1948. Since the admissibility of this application was then *sub judice* before the special judge, the Court of Appeal had to be careful to avoid any prejudgment, which explains why reference to that application was made in neutral terms.

It is true that the Court of Appeal also referred to some other type of remedy, in Spanish, *recursos de otra naturaleza*, but it is clear from the context that the court meant to refer to the extraordinary remedies in Spanish law for the revision of final judgments which exist in all legal systems. This reservation, therefore, hardly authorizes one to speak of provisional *res judicata*. One might as well speak of provisional *res judicata* of this Court's judgments on the ground that Article 61 of the Statute allows it to revise its judgments in exceptional circumstances.

Bereft of support for his complaints from the positive rules of Spanish law, our distinguished opponent asserts that the Court of Appeal's

decisions "led to the execution of Barcelona Traction without its being able to defend itself" (VIII, p. 299).

I must answer this accusation on its own terms. Firstly, what natural justice requires is that an opportunity for a fair hearing be given to the defendant. If such opportunity is deliberately not utilized, as in the present case, then, for obvious reasons, the law must take its course. Secondly, in point of fact the Spanish tribunals examined on their merits the contentions and objections advanced by Barcelona Traction, waiving considerations of prescribed time-limits. They gave this bankrupt company its day in court. As Professor Guggenheim has already indicated (*supra*, pp. 87 ff.), Barcelona Traction was allowed, in opposing the sale, to argue at length all its complaints against "the bankruptcy procedure as a whole" (A.C.M., Vol. VIII, p. 333). These are the words used by the Barcelona Court of Appeal on dealing with Mr. Serrano Suner's objections. He criticized, *inter alia*, the application of the initial decisions to the subsidiaries' assets and the exercise of jurisdiction over a company which claimed not to have a centre of operations in Spain (A.M., Vol. III, p. 686). In coming to their decisions on the sale, the Spanish tribunals examined those complaints and contentions and rejected them as devoid of merit. The judgment ordering the sale contains extensive considerations as to the cessation of payments, property of the shares, control of the bankrupt over the subsidiaries, retention of certificates in Canada, etc. (A.C.M., Vol. VIII, pp. 332 ff.). Clearly, they would not have authorized the sale if they had been impressed by those objections.

Admittedly, section 2 of the bankruptcy was not the appropriate section by which to hear or pass judgment on those complaints. But this departure from normal procedure was caused by Barcelona Traction's failure to contest the bankruptcy adjudication, and its own use of section 2 to develop its objections. This failure to appear was the reason why these bankruptcy proceedings were not typical.

Belgian counsel complain too that the sale was authorized before decision on the question of jurisdiction. This is not wholly true. When the sale was authorized, two decisions had already asserted the existence of Spanish jurisdiction, both analysed before this Court by Sir Humphrey Waldock—one by the judge of Reus, the other by the special judge.

When the order of sale was issued, there was no pending *declinatoria* submitted by the bankrupt or its consorts. Barcelona Traction was only to submit its *declinatoria* in April 1953, more than one year after the sale. Neither was National Trust's *declinatoria* pending since its *locus standi* had been denied. This shows, by the way, that even on this basic question of jurisdiction, the proper remedies were not exercised at the proper time. Still more important, at the time of the sale there was no pending *declinatoria* in favour of the Ontario courts. The London courts were the only alternative forum proposed to the judge at that time. This was the aim of Boter's *declinatoria*, which was based on such frivolous grounds that Mr. Diplock, as he then was, could say of it in 1949: "When one looked at it [the Boter *declinatoria*], on the face of it, it was one which would be dismissed" (London Proceedings, Vol. VII, p. 68; Spanish *Red Book No. 1*, p. 351).

His prophecy was confirmed by subsequent events. Once proceedings under section 1 were resumed, the court handed down final decisions on the submissions of Boter and Barcelona Traction. They declared that the pending petitions were inadmissible and devoid of merit. Thus the bank-

rupt suffered no actual prejudice. It could have so suffered only if the court had accepted its objections. Where an application is ultimately held to lack merit or even admissibility, a delay in its rejection cannot possibly prejudice the applicant (for a development of this argument, see Rej., VII, p. 813).

The Belgian Government cannot anyhow rely on this delay, since it shared responsibility for it with the bankrupt company.

In another case before this Court, Professor Rolin has stated that, in order to determine whether a State is responsible for judicial delays:

“On doit avoir en vue moins le temps d'un procès que l'explication de cette durée. Il y a lieu de vérifier s'il y a des indices quelconques de mauvais vouloir de la part des autorités judiciaires ou de négligences grossières. [I remark in passing at that time there was no such opposition to the subjective element.] Mais une chose s'impose en tout cas, c'est que le retard soit survenu malgré les diligences de l'intéressé. *Jura diligentibus.*” (*Nottebohm case, Pleadings, Vol. II, pp. 236-237.*)

I now reach the second subsection of Part III, the Belgian accusation of the diversion of the bankruptcy proceedings from their lawful purpose.

The complainants contend that the methods by which the assets were sold show that the proceedings were diverted from the end for which the institution of bankruptcy exists in law (VIII, pp. 308, 378).

In order to prove this, Mr. Grégoire devoted almost an entire morning (*ibid.*, p. 378) to a meticulous examination of the minutæ of bankruptcy sales: that the cash price for the assets must be deposited at the disposal of the court, that payments must be made out of this deposit by order of the court, etc. Why should a great barrister be thus obsessed with such trivialities? The reason did not emerge until Mr. Grégoire stated that the price had to be paid in pesetas (*ibid.*, p. 395), “at the rate of exchange of the day of the judgment adjudicating the bankruptcy” (*ibid.*, p. 391). From the calculation made in pesetas of the bonded liability of the enterprise it is clear that he meant the official rate of 45 pesetas per pound (VIII, p. 390 and R., V, para. 759, p. 559).

Mr. Grégoire overlooked one vital fact: that the majority of Barcelona Traction bonds, including some owned by Spanish bondholders, were subject to the exchange regulations of the country of their deposit; many were in the United Kingdom, others were in Canada and France. In all these countries they were subject to the restrictions then in force on exchange transfers (London Proceedings, Vol. II, pp. 283-284 and pp. 65-66; Vol. III, p. 115; Vol. VII, p. 121; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 341-342, 317, 318, 293 and 356).

Thus, by the law of these countries, those bondholders would have been unable to collect in pesetas or, if they had, they might have been obliged to repurchase with the proceeds pounds sterling or the equivalent national currency.

In 1952, the year of the sale, the Spanish official free rate of exchange was 110 pesetas to the pound. Even this rate was not freely available for all foreign remittances. In the international free market a higher rate then prevailed which, in 1952, reached an average of 132.50 pesetas per pound. This would have meant that the bondholders, at 45 pesetas per pound, would receive less than half, indeed as little as approximately one-third, of what was really due to them. In this way Barcelona Traction

would have made another foreign exchange killing, still more profitable than the one conceived in the Plan of Compromise. This is perhaps what Mr. Grégoire would describe as "une solution pratique". His earlier phrase about a "happy bankrupt" and a "happy bankruptcy" (VIII, p. 320) is thus endowed with a deeper meaning.

The Sofina group saw this practical solution as the only way, the *tabula in naufragio* whereby the company might be extricated from the impossible situation in which it had placed itself. It would, with one blow, reduce the bonded liability by half or two-thirds and allow that settlement to be effected within the framework of judicial proceedings, thus avoiding a Spanish administrative inquiry into its past activities.

According to a revealing document from the London proceedings, a memorandum from Mr. Benson of the Prior Lien committee on 18 May 1951, one month before the tripartite declaration, Mr. Lawson of Binder, Hamlyn and Co., who often represented the Sofina group in important negotiations (Receivership, p. 772; Spanish *Red Book No. 1*, p. 149), advised the Prior Lien committee that his clients—that is to say the Sofina group—"were willing to make full repayment and restitution in respect of outstanding bonds and interest. This would have to be in pesetas as this was the only currency in which they could make a settlement". Mr. Lawson added that his clients "would co-operate to the fullest extent in endeavouring to ensure that, if appropriate, the Spanish Government would permit sterling to be made available in respect of the agreed settlement in pesetas" (London Proceedings, Vol. II, pp. 117-118; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 321-322).

This was indeed a neat operation. The Sofina group recovered possession of the undertaking, settled its bonded debt with half or one-third of the amount due, and placed the bondholders in their turn in the position of having to ask for foreign exchange.

What was more reprehensible about the Sofina group's attitude is that at the very time it was making these private proposals and trying to take advantage of the peseta conversion as if it were something which it really wanted and of which it approved, it was taking an entirely different line before the courts in London and in Ontario. There it was using that same possibility of the peseta conversion as an argument to discredit the Spanish proceedings and to discredit those who supported them.

Before the London courts Sidro appeared as a minority bondholder and attacked the Prior Lien committee for consenting to the Spanish procedure and thus compromising the rights of bondholders as a whole because "the ultimate result of the bankruptcy . . . will be the distribution of the pesetas between creditors" (London Proceedings, Vol. VI, pp. 85-86; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 314-315. Also London Proceedings, Vol. V, p. 297 and Spanish *Red Book No. 1*, p. 312).

Sidro's lawyer, Mr. Kenneth Diplock, as he then was, who undoubtedly was not *au courant* with the private offers, complained to the English court on behalf of Sidro: "I shall get for a sterling debt Spanish currency and not sterling" (*ibid.*).

In the Ontario Receivership, the same argument was used to convince Judge Schroeder to issue an order directing National Trust to present a *declinatoria* in Spain.

Mr. Graydon stated, on behalf of Barcelona Traction, what Professor Carreras has already recalled: "The claims of the bondholders will be

determined in pesetas and paid in pesetas, which nobody wants, the National Trust does not want it, neither do the minority bondholders [Sidro] want payment in pesetas". And Mr. Clarkson then interposed with words which have, in retrospect, a certain irony: "Mr. March might want that." (Receivership, pp. 243-244 and Belgian *Blue Book*, Vol. III, pp. 26-27.)

Now, before this Court it is contended that the Spanish tribunals perpetrated a denial of justice because they did not make an order whereby the bondholders would have received a mere third of the amount due to them. Spanish law does not require such conversion, as Professor Carreras has shown (*supra*, pp. 380-382). English law would not have permitted it and international law clearly cannot compel national tribunals to reach so utterly unjust a decision.

One can understand then that the negotiations which started in May 1951, on the basis that payment would be made in pesetas, could not continue, and we have seen that Sidro, for its part, was reluctant to negotiate in July 1951 on the basis that the bondholders were entitled to be repaid their claims in full.

Mr. Grégoire remarked that this shows that the sale was requested because of the failure of negotiations and not because the property was threatened by deterioration (VIII, p. 335).

It is beyond doubt that by 1951, after three-and-a-half years of judicial control, the undertaking was progressively deteriorating. The *síndicos* pointed out the reasons for this, including one whose examination Mr. Grégoire carefully avoided: this was the impossibility of financing the new investments so necessary to meet increasing demand and of developing water concessions which would lapse if not exploited. Such impossibility resulted, as the *síndicos* pointed out, from their inability as organs in a bankruptcy to increase the social capital or to issue bonds or public loans (A.C.M., Vol. III, pp. 302 and 310; R., V, p. 94, footnote 3, and p. 117, para. 195). They were prevented from doing that.

Such situation of stagnation could be ended either by settlement whereby judicial control would cease, or by sale. Either of these two solutions would do, and they were not incompatible.

If Mr. Grégoire was here, I would tell him that, profiting from his earlier lessons in logic, we can for our part say that "to be able to reduce a situation to a dilemma, the two given alternatives must really be incompatible" (VIII, p. 328).

If we now examine the method of the sale, not from the point of view of economics, but of legal form, we can further see that there has been in this case no such diversion from the legitimate purposes of bankruptcy legislation, as has been alleged.

The comparative study made in the Rejoinder with other legal systems where there have been bankruptcy and foreclosure sales on the same scale shows that often in such cases the bondholders are bound to continue the undertaking, as outside purchasers with enough ready cash cannot be found. The same comparative study shows that, in anticipation, the courts have had to set out in advance the special conditions which must govern judicial sales of that scale and effect (Rej., VII, pp. 786-790 and 824; A.Rej., Vol. III, Ann. 182, p. 429).

In that type of judicial sale the highest bidder is frequently granted permission to enter into agreements with the bondholders for the exchange of the defaulted bonds with shares of a new company incorporated

ad hoc in order to purchase the assets and continue the activities of the bankrupt enterprise.

As the Rejoinder shows (VII, para. 763, p. 788), such power is indispensable in bankruptcy and receivership sales of railroad companies, public utilities or other large enterprises with a high bonded debt, since to exact the payment of the price in order to reimburse all the creditors in cash, as Mr. Grégoire requires, would make the judicial sale virtually impossible or allow the assets to be sold at ridiculously low and even ruinous prices.

In the present case, those reasons apart, this was the only way to ensure payment to the creditors in the stipulated currency.

So, the very nature of things compels the judges, as the Supreme Court of the United States once said, to adjust their proceedings "to facts as they are" (Rej., VII, p. 788, para. 763). This dictum of the United States Supreme Court may be compared, in its purpose, to that of the Barcelona Court of Appeal which refers to the need for "practical solutions". That type of agreement is permitted in the interest of creditors to further the aim and purpose of all bankruptcy legislation.

Neither is it reasonable to suggest that the acquisition by the creditors of the debtor's assets in a judicial sale would in itself be an extraordinary, unlawful or blameworthy result of such proceedings.

Among numerous precedents of bankruptcy sales where the bondholders acquired the auctioned properties, I will only mention a United States decision, *Schuler v. Hassinger et al.* (Fed. 177, pp. 199 ff.), since it is a case which had several similar features of interest in common with the present one. For instance, the court declared that "no appeal lies from orders or decrees" concerning the sale and disposition of the bankrupt's assets (Fed. 177, p. 123).

That case also concerned a judicial auction in bankruptcy proceedings. Some shareholders objected to the authorization given by the court in the general conditions of sale for the bondholders to surrender bonds instead of to pay the price of the purchase in cash. Such an authorization had been requested by the trustee in bankruptcy in order "to facilitate and aid in the sale and purchase of said properties, and that the highest possible price be attained" (*ibid.*, p. 121).

The shareholders attacked the sale invoking arguments very similar to those of Mr. Grégoire: they claimed that the auction was illegal, void and collusive because, and I quote their arguments as resumed by the court: "prior to the sale there was a reorganization committee for the purpose of purchasing the property in bulk; the trustees favoured such reorganization and the order of sale permitted the trustees to receive, as part of the purchase price, admitted securities constituting liens upon the property" (*ibid.*, p. 125). This was the argument of the shareholders.

Before reading the American courts' answer to those arguments, I would like to interpose a short observation.

In the United States case, the shareholders who opposed the general conditions of sale formulated their objections to those conditions, punctually and *in extenso*, in a local remedy exercised before the competent national tribunals.

In the Barcelona Traction case, on the contrary, as Professor Carreras has shown (*supra*, p. 379), the detailed objections made by the Belgian Government against the general conditions of sale were never formulated before the competent Spanish tribunals.

In our submission the reason for this failure by the Receiver and his Spanish lawyers was that they hoped then that the general conditions of sale could well serve as a legal instrument by which the negotiated settlement that they were promoting could be carried into effect. The Court will recall that such a scheme involved the formation of a new company, to be owned jointly by the groups, and the paying off of the minority of bondholders. Sánchez Jiménez referred specifically in this connection to "the possible solutions which the conditions offer" (Receivership, p. 825; Spanish *Red Book No. 1*, p. 202).

Whatever the reasons for his omission, it is a fact that the judicial decision which approved the general conditions of sale incorporating Soronellas' valuation cannot be criticized from the point of view of international law, because all the means of redress available under Spanish law were not exhausted.

I now return to the United States decision. The court dismissed the shareholders' contentions, in the following words:

"That there should be a reorganization agreement for the purpose of buying in the property of the bankrupt corporation cannot be objected to. In fact, it furnished the only way that a large, diversified property and plant like that of the Southern Steel Company can be sold and purchased without disastrous results to creditors and stockholders and the creditors have every right to organize themselves for the purpose of protecting their interests. These are propositions that need neither argument nor authority to support." (Fed. 177, p. 125.)

The shareholders also objected that the terms of sale were unequal and unfair because, and again I read the *résumé* of their objections, "the purchaser was permitted to turn in in payment of the price, admitted securities, the argument being that the holders of securities could buy without paying cash, while an outsider would be compelled to pay cash (*ibid.*, p. 126).

We have heard these same objections in this Court (VIII, pp. 395, 396). Let us read now the categorical terms in which the court dismissed this technical objection:

"The contention in this case seems to disregard the general rule which prevails in all foreclosure and execution sales wherein it is not deemed proper and necessary to require purchasers to put up cash with one hand, to take it down with the other." (Fed. 177, p. 126.)

To sum up: the methods and procedures followed in the Spanish judicial proceedings did not constitute a diversion from the legal purposes of bankruptcy proceedings in general since, in the final analyses, that purpose is to obtain for the creditors the fullest possible satisfaction of their claims with the debtor assets.

By contrast, Barcelona Traction's attempts, through successive stratagems, to abstract the physical assets from the bankrupt's estate, and its proposal to settle the debts with one-third of its amount, would have constituted a real abuse of bankruptcy proceedings and a diversion from its legitimate purpose.

I now come to the third and final subsection of this address, the Belgian argument that the "palpable injustice" which is required to establish Spain's international responsibility is evinced by the final result

of the proceedings, described by Belgian counsel as "the ultimate, total and final loss sustained by the shareholders as a result of the sale" (VIII, p. 52).

It cannot be doubted that the confrontation between shareholders and bondholders is the key, not only to the bankruptcy proceedings, but to the whole history of the Barcelona Traction enterprise.

The financial history of the company shows that, since 1914, the difficulties naturally encountered by an undertaking with a watered-down capital and a disproportionate bonded liability were systematically solved to the detriment of bondholders and the benefit of shareholders (A. Rej., Vol. I, Ann. 2, pp. 353-376). The outstanding feature of the four successive plans of compromise adopted between 1915 and 1924 was that, in spite of the heavy losses suffered by the bondholders, no part of the social capital passed into their hands in compensation for such losses. The shareholders, on the other hand, whose shares had been issued without any cash subscriptions, emerged unharmed from this same period (*ibid.*, p. 326).

There was, however, an exception, a bondholder who also became a strong shareholder. I refer to the exchange that the so-called Belgian group carried out in 1924, when it transformed its position from First Mortgage bondholder, into privileged shareholder, not to speak of its receipt of almost £1 million in cash from the deal.

This group was practically the only bondholder who accepted an exchange which ultimately had such profitable consequences. That group seems to have shared, as Professor Gil Robles said, the secret of the gods, for that conversion marked a turning-point in the financial history of the company: it was since then that it established a policy of distribution of dividends (*ibid.*, pp. 372-373, paras. 272-275).

After that, we find, in 1936, the total suspension of the payment of interest on the bonds and in 1940 the deliberate decision not to renew payment of interest in respect of the sterling bonds, a decision coldly adopted before the slightest request had been made to the Spanish exchange authorities.

Finally, to cap it all, the 1945 Plan of Compromise assured succulent profits, in the form of the so-called "nominal surplus", to companies linked with the shareholders while, by contrast, a sacrifice was imposed on the bondholders estimated by Barcelona Traction itself to be almost £3 million (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, Ann. 5, p. 295).

As from 10 February 1948, the conflict between shareholders and bondholders was controlled by the principles of law which in most countries govern the respective positions of the creditors of a bankrupt corporation and its stockholders. What happened in Spain after that date was determined by those principles and not by any attitude of partiality, discrimination or persecution on the part of the Spanish judiciary towards the shareholders.

I would have thought it unnecessary to refer this Court to the principles that regulate those relations. However, Belgian counsel seem to have forgotten that creditor-bondholders have absolute priority over stockholders. On the basis of this principle many municipal courts have established the concept that no compromise or settlement may be deemed fair which safeguards the rights of shareholders while at the same time in any way at all affecting or diminishing the prior rights of bondholders.

The Supreme Court of the United States has stated in this context

that "any arrangement of the parties by which the subordinate rights and interest of the stockholders are attempted to be secured at the expense of the prior rights of either class of creditors comes within the judicial denunciation" (*Louisville Trust Co. v. Louisville Ry.* 174 U.S. 674 at 684 (1899)).

In order to implement this principle, it is now required by law in the United States that any plan of compromise must be declared by a court to be "fair and equitable".

A recent United States decision explained:

"... as a prerequisite to such a finding, the Court must test the plan by the rule of absolute priority, that is, the plan must preserve for each set of interests the priority which it held before the reorganization... In most cases this means that the shareholders of the debtor corporation have no right to participate in the new corporation until all the claims of creditors have been satisfied in cash or by some other method agreeable to them" (*In the matter of Muskegon Motor Specialties*, 366 F. 2d 522—6th Circ. 1966).

A noted American lawyer who has played a role in negotiations in this case, Mr. Arthur H. Dean, in a book, *A Review of the Law of Corporate Reorganization*, New York 1941 (p. 27) has compared this rule of absolute priority of creditors and bondholders to Portia's award in the *Merchant of Venice*. The bondholders must receive intact their pound of flesh, not a single drop of blood falling into the hands of the shareholders.

From this standpoint, the Plan of Compromise of 1945 was unfair and inequitable, since it exacted a sacrifice from the bondholders while the rights of the shareholders remained unimpaired.

It was precisely in support of this rule of absolute priority of creditors that the British Government refused its approval to the Plan of Compromise.

The Belgian Government has denied before this Court that such a refusal ever occurred (R., V, para. 436, p. 301). Yet a document issued by the board of directors of Barcelona Traction and annexed to the Counter-Memorial (A.C.M., Vol. II, Chap. I, Ann. 113, p. 375—Public announcement issued on 19 December 1946) gives the lie to that denial. For the board announced that the plan expired "because of the inability of the company to obtain the requisite governmental consents". The word "consents" is used in the plural; if it did not comprise the refusal of the British Government together with that of the Spanish Government, it could be said with Voltaire "ce pluriel est bien singulier".

The statement also gives the reason for this refusal: "the British Treasury has recently intimated to the company that it would be reluctant to approve any proposal which involved the abandonment of the payment of arrears of interest." Or, as Mr. Eggers from the British Treasury put it more bluntly to Mr. Lawson in a stormy interview recorded by the Receiver, the British Treasury did not approve the plan because "the amount offered was insufficient" (Receivership, p. 772; Spanish *Red Book No. 1*, p. 149). Thus, the British Treasury, applying the principle of law to which we have referred did not consider a plan which safeguarded completely the rights of shareholders while it partially abandoned the rights of bondholders to be fair and equitable. By contrast, the General Conditions of Sale were such a fair and equitable plan, since they recognized the absolute priority of creditors over stock holders.

Under the General Conditions of Sale, the bondholders would satisfy their credits with absolute priority, and the shareholders would receive their reliquat, if the price paid in the sale revealed some equity left for them in the company. The question, therefore, is whether there was any equity left for the shareholders of Barcelona Traction when the sale took place.

In this connection, one should remember that the company had been considered insolvent by the Supreme Court of Ontario in 1945 when it approved the Plan of Compromise (Rej., VII, pp. 791-792 and Peat, Marwick report of 9 May 1969, paras. 187-192, 195 and 196). It had been declared bankrupt and in cessation of payments by the Spanish tribunals in 1948.

Its financial situation in November 1951 was much worse than in 1945 or 1948. As stated by Judge Devlin, relying on Mr. Diplock's admission, "the assets had depreciated as a result of the bankruptcy" (A.C.M., Vol. IX, Chap. III, Ann. 188, Doc. No. 4, p. 218); the sterling liabilities had increased considerably as a consequence of the sale of the First Mortgage bonds held by the Westminster Bank as a collateral for the peseta bonds; the adjudication in bankruptcy made immediately payable, not only the arrears of interest, but also the principal, including all sinking fund arrears; last but not least, the pesetas representing the earnings of the enterprise had been further devalued in 1950 in relation to the sterling owed by the company.

It is easy then to understand why the company, which had been already considered insolvent by the Canadian courts in 1945, was again considered insolvent by the Soronellas valuation in 1951.

The extensive discussions which have taken place in this Court as to which methods of valuation and figures should be taken into account should not obscure two things: firstly, this Court does not seem called upon, as we respectfully understand it, to revise the Soronellas valuation or to reopen an issue already decided by events in Spain; secondly, that report merely proposed an upset price, the minimum acceptable bid.

It was the public auction which proved conclusively that there was no equity left for the shareholders. The hard economic facts spoke for themselves.

The bid was not high enough to meet the claims of the shareholders. There was no higher bid. The shareholders failed to protect themselves by not participating in the auction. If the Sofina group really believed that there was an equity left for the stockholders in the undertaking, it should have intervened, directly or indirectly, to protect such interests, either by causing bids to be made which might have raised the price or by accepting the option contained in the General Conditions of Sale or the offer made by Fecsa to Sidro.

Sidro's failure to exercise its option to purchase shows that Barcelona Traction had lost all capacity to borrow not only from the general public but even from its own economic group. It was no longer considered an asset. It was written off as a liability. Sidro could only recoup any value from it if the prospective international claim met with success.

In May 1952, in a document in the London proceedings, Sidro explained the reasons for not exercising this option before the Belgian Government had a chance to put forward its own version of what these reasons were (Sidro's amended bill of particulars, para. 52 G; London Proceedings, Vol. VI, pp. 328-329; Spanish *Red Book* No. 1, pp. 346-347).

Sidro's first reason for its failure to participate in the auction was that in so doing it would have acknowledged the validity both of the sale and of the previous proceedings.

But clearly any interested party may bid in an auction, either personally or vicariously, in order to keep the property intact without thereby prejudicing its position. No foreign or international court would infer from that act that it had waived its claim or that it was estopped from denying at a later date the validity of the proceedings.

Sidro's second reason for its non-participation was the issue of interest on arrears of interest which Professor Carreras has already dealt with (*supra*, pp. 365-366).

I would only add in this respect that, contrary to what Mr. Grégoire implied before this Court, no-one knew better than the Sofina group that such a claim on arrears of interest might be made. Mr. Graydon, vice-president of Barcelona Traction, had raised the issue in a legal opinion in 1945 which is found in the files (A.C.M., Vol. II, Chap. I, Ann. 112, Doc. No. 8, p. 318) and as a result an express waiver by the bondholders of any claim on arrears of interest was inserted in the Plan of Compromise (A.C.M., Vol. II, Chap. I, p. 422).

Sidro knew too that, according to that same legal opinion, such a possibility only existed "if a claim on the bonds were prosecuted in Ontario" (A.C.M., Vol. II, Chap. I, Ann. 112, Doc. No. 8, p. 318).

As Professor Carreras has already told the Court, no payments of interest on interest were made for the simple reason that no such claim was put forward either in Ontario or anywhere else.

Sidro's third reason for not accepting the option has the ring of truth. It was that "it would have to find at least nine and a half million sterling to pay off Prior Lien and First Mortgage bonds without any prospect of converting the peseta earnings of the Spanish subsidiaries into any other currency so as to provide a return on the new moneys so invested, since the Spanish Government has declared that it will continue to refuse any transfer" (London Proceedings, Vol. VI, pp. 328-329; Spanish *Red Book No. 1*, pp. 346-347).

The Belgian Government, since taking up Sidro's claim has tried to tone down this damaging admission, *et pour cause*.

It is not true to say that the Spanish Government had declared that it would refuse any transfers. What the tripartite declaration actually said was that the Spanish Government would not authorize further transfers "until such time as the position of the companies vis-à-vis Spain had been regularized" (A.C.M., Vol. VI, Chap. II, p. 5). Sidro therefore was afraid to regularize that position, to pay fines for its violations of currency law and its evasion of taxes and to reorganize the company so as to prevent any such misconduct in the future. This is another example of how the past conduct of the undertaking dictated its attitude towards the judicial authorities—the unifying theme of an over-all view of this whole case. This shows too that the Spanish Government is right formally to submit that the past conduct of the undertaking is a bar to its whole claim on the merits, as I have done on the Spanish Government's behalf in the last passage of Section II of this address.

Neither Sidro, nor anyone else, was prepared to refund in cash the £9,700,000 and 60 million pesetas that had to be paid for the undertaking. As Professor Sureda has shown yesterday the price was too high. The company's yield was too low. And the risks for those who had played a

part in the past history of the undertaking were too great. Lack of clean hands prevented the Sofina group from participating in the auction in 1952. The same lack should now defeat their claim for an indemnity in this Court.

In the light of this conclusion the Belgian complaint, the very basis of their whole case, dissolves into nothing. They claim that the shareholders were despoiled. But where there was no equity, there could be no spoliation.

In his introduction Professor Rolin made a revealing remark. It suggested that this eminent and experienced international lawyer may deep down be in doubt about the soundness of his case. He asserted that from the Spanish point of view this litigation might be described in Shakespeare's words as "Much Ado about Nothing". For once, I entirely agree.

Mr. President, I have now come to the end of my speech. It only remains for me to express my gratitude to you and to the Members of the Court for your patience and attention.

PLAIDOIRIE DE M. WEIL

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. WEIL : Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il m'incombe, dans l'exposé que je vais avoir l'honneur de faire devant vous, de présenter les observations qu'appellent, de la part du Gouvernement espagnol, les demandes de réparation formulées par le Gouvernement belge.

En elles-mêmes, ces diverses demandes ne mériteraient guère, à vrai dire, que l'on s'y attarde. Le Gouvernement espagnol espère, en effet, établir que l'action belge, dans son ensemble, est à la fois irrecevable et non fondée, tant et si bien que la question de la forme et des modalités de la réparation demandée ne se pose pas à ses yeux et lui paraît dépourvue en elle-même de tout intérêt pratique.

Aussi bien n'est-ce pas le contenu concret des diverses demandes de réparation qui retiendra l'attention du Gouvernement espagnol, mais le fait que ces demandes constituent comme le miroir grossissant au travers duquel se reflètent les traits caractéristiques de l'action menée par la Belgique contre l'Espagne. Plus que tout autre aspect de l'affaire, en effet, ce sont peut-être les demandes de réparation qui constituent le test de la manière dont le Gouvernement belge a conçu et conduit son intervention devant la Cour jusqu'à ce jour.

Le Gouvernement espagnol a, à maintes reprises, dénoncé le caractère insolite que revêt la protection accordée par l'Etat belge aux intérêts privés patronnés par lui, aussi bien que son comportement au cours de la phase diplomatique d'abord, puis tout au long de l'instance judiciaire : nulle part mieux qu'ici, ce caractère n'apparaîtra avec autant d'éclat. Et cela n'a pas de quoi surprendre, car ce sont les demandes de réparation qui constituent la raison d'être des efforts déployés par le Gouvernement belge pour convaincre la Cour de la responsabilité de l'Espagne ; c'est en elles que se concentrent dès lors les contradictions, les équivoques, les vices qui ruinent l'action belge dans son ensemble aux yeux du Gouvernement espagnol. Les demandes de réparation, couronnement de la conduite du Gouvernement demandeur en même temps que révélateur de cette conduite : voilà le sens que le Gouvernement espagnol voudrait donner aux explications qui vont suivre.

Comme les professeurs Castro-Rial et Gil-Robles l'ont montré, le procès international intenté par la Belgique à l'Espagne ne constitue qu'un élément de la stratégie générale poursuivie par le groupe de Barcelona Traction.

Les dirigeants de Barcelona Traction, n'ayant pas réussi à conserver à la faillite en Espagne le caractère « platonique » qu'ils lui avaient assigné dans leurs plans, tentent à présent d'effacer, par la voie internationale, les séquelles de cette faillite. La fabuleuse réparation demandée à l'Espagne n'a finalement pas d'autre signification.

Telle est, aux yeux du Gouvernement espagnol, l'essence de ce singulier procès. Et voilà aussi, sans doute, l'explication de la témérité des demandes de réparation formulées par le Gouvernement belge au nom de ses protégés.

Témérité, d'abord, dans la diversité et dans l'ampleur des réclamations demandées: on accumule demande sur demande, de manière assez arbitraire, dans l'espoir de permettre aux intérêts privés responsables de la gestion qui les a conduits, après une faillite latente, à une faillite effective, d'opérer une fois de plus une ponction massive sur l'économie espagnole. Comme le Gouvernement espagnol l'a dit dans sa duplique:

« La réparation demandée constituerait en définitive une nouvelle contribution de l'économie espagnole à un groupe qui pendant tant d'années a déjà drainé tant de richesses hors de l'Espagne » (D., VII, n° 849, p. 840).

Mais témérité aussi dans la méconnaissance de certaines des règles les mieux établies du droit international en matière de réparation. On pouvait s'attendre que le Gouvernement belge, ayant accepté de porter l'affaire sur le plan international, eût à cœur, à tout le moins, de demeurer logique avec lui-même et de conformer sa réclamation aux exigences du droit international en matière de réparation. Le Gouvernement espagnol avait attiré son attention, dans la duplique (VII, p. 837 et suiv.), sur certaines de ces règles, élémentaires à vrai dire et non contestées. Le Gouvernement belge n'en a pas moins maintenu, dans ses exposés oraux, sur ces problèmes qu'il qualifiera peut-être de techniques, une discrétion qui en dit long sur la solidité des demandes qu'il soumet à la Cour. Sans doute M. Lauterpacht s'est-il attaché à parler longuement de la question du quantum de l'indemnité réclamée, mais les problèmes de fond de *damage and damages* (VIII, p. 428), pour reprendre son expression, ont été davantage évoqués que réellement traités.

Pour justifier cette discrétion, le Gouvernement belge a allégué, sans doute, que le problème de « préjudice et réparation » coïncidait, pour l'essentiel, avec le problème du *jus standi*. C'est ainsi que M. Lauterpacht a pu renvoyer l'ensemble du problème au professeur Virally (VIII, p. 428), en déclarant que, quant à lui, il ne traiterait pas de la question du caractère indemnisable, au regard du droit international, du préjudice allégué (VIII, p. 459). Et comment M. Virally a-t-il ramassé la balle que lui lançait ainsi M. Lauterpacht? Tout simplement, en se bornant à faire observer:

« Nous nous trouvons ... dans un domaine où, eu égard aux principes généraux du droit international, le droit d'agir est inséparable du droit à réparation, dont il est véritablement l'accessoire. Qui peut se plaindre d'une atteinte dommageable à ses droits a droit aussi à obtenir réparation, et qui a droit à une réparation peut la poursuivre par la voie judiciaire internationale... » (VIII, p. 501-502.)

Il me semble que cette manière de poser le problème des rapports entre les questions de réparation et les questions de *jus standi* consiste à l'obscurcir pour mieux l'éluder, car, après tout, les problèmes de qualité pour agir et de réparation sont, quoique voisins à certains égards, bel et bien distincts l'un de l'autre. La question du *jus standi* — de la qualité pour agir — se pose au début du processus intellectuel que comporte toute démarche juridictionnelle, si l'on me permet une expression un peu pédante, je dirais volontiers qu'elle se situe *ex ante*. Au contraire, le problème du droit à réparation se pose à l'extrême fin du processus dont je viens de parler; il se situe *ex post*.

S'il est vrai, d'autre part, que l'octroi d'une réparation suppose que le demandeur ait qualité pour la réclamer, il est non moins exact que la qualité pour agir n'entraîne pas nécessairement le droit effectif à l'allocation d'une réparation. En d'autres termes, et plus simplement, si la qualité pour agir est une condition nécessaire du droit à obtenir réparation, elle n'en constitue pas une condition suffisante. A elle seule, cette considération justifierait, me semble-t-il, un examen distinct des problèmes du droit à réparation.

Pour mettre à nu les faiblesses de la demande belge de réparation, le Gouvernement espagnol va suivre la Partie adverse sur son propre terrain : il fera un instant — le temps de mon exposé — comme si Sidro était dominée par des intérêts belges, comme si Sidro avait vraiment été l'actionnaire majoritaire de *Barcelona Traction aux dates critiques*, comme si vraiment l'Espagne était l'auteur de tous les actes internationalement illicites envers la Belgique qu'on lui reproche, comme si le *jus standi* de la Belgique était établi, etc. Tout cela, bien entendu, sur un plan purement hypothétique et aux seules fins du raisonnement, et sans que cela affecte en rien les thèses exposées par le Gouvernement espagnol par l'intermédiaire d'autres conseils.

A cette fin, je me propose de procéder en deux temps, selon un plan qui, à défaut du mérite de l'originalité, aura, du moins je l'espère, celui de la simplicité. J'envisagerai, dans les deux premières sections de mon exposé, d'abord le problème du *préjudice* invoqué par le Gouvernement belge, pour aborder ensuite celui de la *réparation* qu'il réclame. Cela — préjudice d'abord, réparation ensuite —, en ce qui concerne la demande de réparation du préjudice principal, celui que M. Lauterpacht a appelé la « perte de l'entreprise ». Après quoi, dans une troisième et dernière section, je dirai quelques mots des diverses demandes de réparation des *préjudices accessoires*.

L'audience est levée à 12 h 58

TRENTE-NEUVIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (13 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. WEIL: J'aborde à présent la première section de mon exposé — la plus longue — consacrée au problème relatif au préjudice. Pour la commodité de la Cour, je rappellerai que cette première section sera suivie d'une seconde consacrée à la réparation et que mon exposé s'achèvera sur une section assez brève concernant les préjudices accessoires.

En ce qui concerne le *préjudice*, le Gouvernement espagnol voudrait poser deux questions très simples.

Premièrement, de quel préjudice exactement est-il demandé réparation?

Deuxièmement, existe-t-il un rapport de causalité entre les faits illicites allégués et le préjudice invoqué?

C'est à ces deux questions que je voudrais m'attacher à répondre en examinant successivement, en deux paragraphes, d'abord le problème de la *détermination du préjudice allégué* et ensuite celui du *rapport de causalité*.

*
* *
*

Et, tout d'abord, *de quel préjudice* le Gouvernement belge demande-t-il réparation?

On peut, à vrai dire, hésiter sur ce point, tant les formulations données par le Gouvernement belge à sa demande sont entachées d'incertitude et d'équivoque. Le Gouvernement espagnol avait déjà relevé, dans la duplique, la difficulté qu'il y a de cerner la signification précise des formules par lesquelles la réplique belge entendait, sinon définir, du moins décrire le dommage invoqué (D., VII, n° 869, p. 850). Les plaidoiries belges n'ont guère apporté de progrès sur ce point par rapport aux écritures, et la présentation des thèses belges reste aussi « foisonnante et fluide » — pour reprendre une expression du professeur Reuter (*supra*, p. 208) — sur le terrain du préjudice qu'elle l'est sur celui de la détermination des actes illicites invoqués.

Tantôt, en effet, on invoque la perte par les actionnaires de Barcelona Traction de certains de leurs droits d'actionnaires; M. Lauterpacht, pour sa part, a relevé la perte de trois de ces droits: le droit d'administration, le droit à des bénéfices et le droit de participer à la répartition de l'actif (VIII, p. 459), l'expression d'atteinte directe et immédiate aux droits des actionnaires est d'ailleurs revenue fréquemment dans les plaidoiries belges (VIII, p. 433, 520, 545).

À d'autres occasions, on a fait état de la perte du contrôle, lequel a à son tour été présenté tantôt comme un droit (VIII, p. 433) — un droit de contrôle — tantôt comme un simple pouvoir économique de faits.

À d'autres occasions encore, l'«anéantissement du droit des actionnaires» — c'est une expression qui figure dans la réplique (V, n° 218, p. 130) — semble passer à l'arrière-plan, voire même faire l'objet de certaines critiques au profit d'une description purement économique du dommage invoqué (VIII, p. 462).

Elargissant à l'extrême la définition du préjudice, M. Lauterpacht est même allé jusqu'à parler de « la perte, pour la Barcelona Traction et ses actionnaires, des filiales et de leurs entreprises » (*ibid.*, p. 19).

Pertes subies par Barcelona Traction, dommage souffert par les actionnaires de Barcelona Traction, préjudice occasionné aux filiales ou aux sous-filiales de Barcelona Traction, atteinte à des droits juridiquement définis, atteinte à une situation économique: toutes ces notions — bien différentes à coup sûr l'une de l'autre — se croisent et s'entrecroisent ainsi dans la thèse belge. Si nous demandons quel est, en définitive, le préjudice dont il est demandé réparation, nous nous heurtons à des réponses multiples et contradictoires, tant et si bien que, lorsque nous critiquons la thèse belge sur le plan juridique, on nous répond en parlant contenu économique, et lorsque nous adoptons alors une approche économique, on nous oppose des considérations juridiques. La rigueur juridique sert en quelque sorte d'arme contre une vision économique, et le réalisme économique de bouclier contre des concepts juridiques. C'est bien là, nous semble-t-il, cette stratégie du brouillard que le Gouvernement espagnol évoquait dans sa duplique (VII, n° 849, p. 846) et qui consiste à rendre les problèmes insaisissables afin de les soustraire à l'analyse critique.

C'est pourtant, si vous me le permettez, à cette analyse que je voudrais, Monsieur le Président, m'essayer, en recherchant ce que recouvrent exactement les formules élégamment rédigées de nos contradicteurs.

*

Et d'abord, tournons-nous vers ces fameux *droits d'actionnaires* dont la destruction est généralement présentée par nos adversaires comme constituant l'essentiel du préjudice dont il est réclamé réparation.

Les actionnaires d'une société ont, à coup sûr, un certain nombre de droits: il en découle que la violation des droits d'un actionnaire étranger par un acte internationalement illicite d'un Etat peut engager la responsabilité internationale de ce dernier. Le Gouvernement espagnol a toujours admis ce point de vue (D., VII, p. 1010 et suiv.); et le professeur Ago aura l'occasion d'y revenir en envisageant le problème des droits des actionnaires sous l'angle du *jus standi*.

Or, si M. Lauterpacht définit, comme je l'ai indiqué tout à l'heure, le préjudice invoqué par la Belgique comme se référant à la perte de trois droits d'actionnaire, le professeur Virally, pour sa part, s'est efforcé de minimiser la notion de droits d'actionnaire. A ses yeux, la liste de ces droits « n'est établie ni clairement ni exhaustivement » (VIII, p. 519); bien mieux, les droits que le Gouvernement espagnol reconnaît aux actionnaires seraient, à en croire M. Virally,

« soit des pouvoirs dépourvus de contenu économique, comme le droit de vote ou celui de poursuivre en justice des mandataires indélicats, soit des avantages simplement éventuels, comme le droit au partage des dividendes ... ou le droit au partage de l'actif ... »
(*Ibid.*, p. 519.)

Le professeur Virally semble ainsi, si je l'ai bien compris, tenir pour négligeables des droits dont la perte est par ailleurs présentée par le Gouvernement belge comme constituant précisément le préjudice allégué.

Ainsi, lorsque nous demandons au Gouvernement belge — comme je le

faisais tout à l'heure — de définir le dommage dont il réclame réparation, il nous répond: c'est l'anéantissement des droits d'actionnaire de Sidro; et lorsque nous lui démontrons qu'aucun de ces droits n'a été atteint, il s'étonne de l'« espèce d'acharnement » — ce mot est de M. Virally (VIII, p. 517) — que nous mettons à cette démonstration puisque, nous dit-on, la notion même de droits d'actionnaire est sujette à caution.

Je voudrais signaler en tout cas, à cet égard, qu'une récente décision de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne a fourni une énumération détaillée et précise des droits des actionnaires. Cette décision, du 5 novembre 1965, a été rendue sous la présidence du regretté professeur Sauser-Hall, dans l'affaire *Brincard* (vol. VIII des *Décisions de la Commission*, n° 143). En effet, dans cette affaire, la commission a eu à définir clairement les droits des actionnaires, car les requérants demandaient très précisément la restauration de leurs droits d'actionnaires dans diverses sociétés allemandes. La commission s'exprime comme suit:

« La demande de restitution des titres n'étant plus formulée, seule demeure la demande en restauration des droits des actionnaires; celle-ci suppose l'analyse de ces droits. »

et la commission continue:

« Les droits de l'actionnaire comprennent le droit au dividende, le droit à une éventuelle quote-part de liquidation de l'actif social, le droit de bénéficier d'éventuelles souscriptions d'actions, de prendre part aux assemblées générales, d'y exercer le droit de vote et de contrôle, d'être éventuellement associé à la gestion de la société, le droit d'obtenir une valeur de remplacement en cas de perte ou de destruction de son titre » (p. 348).

Quoi qu'il en soit, la commission, et à sa tête le professeur Sauser-Hall, ont ainsi réussi quant à eux à mener à bien cette tâche de définir les droits des actionnaires que le professeur Virally tient tout à la fois pour peu utile et pour difficilement réalisable.

Cela étant — et cette parenthèse refermée — on a quelque peine à déceler lequel de ces divers droits d'actionnaire a effectivement été atteint en ce qui concerne Sidro, prise dans sa qualité d'actionnaire de Barcelona Traction — qualité que nous admettrons pour les besoins du raisonnement, mais que nous contestons évidemment, ainsi que le développera le professeur Ago.

À cet égard, le Gouvernement espagnol croit opportun de rappeler que la société Barcelona Traction continue à exister au Canada en tant que société canadienne, ce qu'elle a toujours été. Elle a un siège social, des actionnaires, un conseil d'administration désigné par les actionnaires. Elle a continué sa vie sociale après 1948, et même après la vente aux enchères de 1952; son conseil d'administration s'est réuni plusieurs fois après ces deux dates. Elle a agi en justice à de nombreuses reprises, tant en Espagne qu'à l'étranger. Elle a même tellement bien continué son existence juridique et pratique qu'elle a demandé et obtenu, après sa faillite, la protection diplomatique du Gouvernement canadien, puis celle du Gouvernement belge. Les actions de Barcelona sont cotées en bourse — à Bruxelles même, avec l'accord du Gouvernement belge; ces actions demeurent la propriété des actionnaires de Barcelona Traction, avec l'intégralité des droits qui y sont attachés. Ces actionnaires — y compris

celui pour lequel la Belgique prétend intervenir — n'ont perdu aucun de leurs droits: ils continuent à siéger aux assemblées générales, ils ont destitué, ils ont nommé des administrateurs, ils continuent à participer à la gestion de la société au prorata de leur quote-part dans le capital; leur droit de contrôle au sein des organes statutaires n'a pas subi la moindre amputation, et c'est bien d'ailleurs pourquoi ils devraient — je le redirai — dans la mesure où ce seraient des actionnaires-pilotes, être reconnus responsables de la politique qu'ils ont dictée, après comme avant 1948, à la société.

Des trois droits d'actionnaire, dont M. Lauterpacht a déploré la perte, lequel donc a disparu? Aucun, absolument aucun, comme l'a déjà montré le professeur Ago, dans sa plaidoirie de 1964 (II, p. 200; cf. D., VII, p. 1019). Le droit d'administration? Mais les actionnaires de Barcelona Traction continuent à administrer la société comme par le passé. Sans doute est-il vrai qu'ils ne peuvent plus administrer, par l'intermédiaire de Barcelona Traction, les filiales et les sous-filiales de Barcelona Traction. Mais est-ce que le Gouvernement belge irait jusqu'à soutenir que l'actionnaire d'une société a un droit — je dis bien un droit — d'administrer par l'intermédiaire de sa société les filiales et les sous-filiales de cette société? Le droit à des bénéfices ou le droit de participer à la répartition de l'actif? Mais ce droit n'existe que dans la mesure où il y a un bénéfice et où il existe un reliquat d'actif à distribuer: comme l'a dit M. Ago en 1964, ici même, « on n'a jamais entendu dire que l'actionnaire ait le droit, en toute circonstance, de toucher un dividende » (*ibid.*), et ce qu'il dit du dividende est vrai bien entendu aussi du reliquat d'actif.

A quoi l'on peut ajouter que l'actionnaire n'a aucun droit direct sur les biens de la société avant la dissolution de cette dernière. La jurisprudence internationale est constante en ce sens. Je n'en relèverai qu'un seul exemple, la sentence bien connue rendue dans l'affaire *Kunhardt*, qui s'exprime de la manière suivante: « La propriété d'une société *in esse* appartient, non pas aux actionnaires ... mais à la société elle-même » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*¹, vol. IX, p. 175); et la sentence ajoute, ce que chacun sait, qu'un droit direct sur les biens de la société n'apparaîtra que lors de la dissolution de cette dernière.

La Cour se souviendra, sans doute, avec quelle prédilection les conseils du Gouvernement belge se sont référés à ce principe, à vrai dire incontesté, lorsqu'ils sont partis en guerre contre les mesures prises à l'égard des filiales de Barcelona Traction lors de la faillite de ces dernières. On se souviendra des paroles vigoureuses du professeur Van Ryn, qui a déclaré:

« Personne n'a jamais soutenu que le patrimoine d'une société anonyme est une *pertenencia* de ses actionnaires. Il ne leur appartiendra éventuellement qu'après la dissolution de la société et le paiement des créanciers » (VIII, p. 189).

Mais alors, ce qui est vérité dans le chapitre de la faillite deviendrait-il erreur dans celui de la réparation, puisque, dans ce dernier, nos adversaires paraissent vouloir reconnaître un droit direct à l'actionnaire sur le patrimoine de la société?

Telles sont les quelques observations, bien décevantes sans doute pour le Gouvernement belge, que l'on peut faire en ce qui concerne la première

¹ Ci-après abrégé *R.S.A.*

forme, la plus simple, de la définition du préjudice allégué comme résultant de l'anéantissement des droits d'actionnaire.

*

Mais le Gouvernement belge ira sans doute plus loin et dira que Sidro détenait un droit de caractère particulier: un *droit de contrôle*, que la réplique qualifie également de « pouvoir » (V, n° 887, p. 646), et que les événements qui se sont produits ont fait perdre à Sidro ce droit de contrôle, ce pouvoir-là, et que c'est cette perte-là dont le Gouvernement belge demande réparation.

Le Gouvernement espagnol ne méconnaît certes pas qu'un actionnaire peut exercer, dans certaines circonstances, une influence déterminante sur la gestion d'une société, c'est-à-dire en avoir ce que l'on appelle communément le contrôle, ou même jouer ce que le Gouvernement belge appelle le rôle d'un « actionnaire-pilote ». Comme l'a dit le professeur Paul De Visscher, dans son cours à l'Académie de droit international de 1961, il s'agit là d'une « notion de pur fait ... difficilement préhensible par le droit » (*Recueil des cours*, 1961, t. 102, p. 444). En effet, l'existence et la portée d'un contrôle dépendent beaucoup des circonstances concrètes: dans telle société il faudra avoir 51 pour cent des actions pour détenir le contrôle, dans telle autre, il suffira, mettons, de 25 ou de 30 pour cent, en raison de la dispersion très grande des autres actions.

Mais sur le plan juridique il faut noter que l'existence d'un contrôle ne confère pas à son détenteur un droit particulier, en dehors de celui qui résulte normalement de la possession d'un important paquet d'actions. Je m'explique: l'actionnaire à 51 pour cent aura évidemment un droit de vote plus important que celui qui ne détient que 5 pour cent des actions, cela va de soi; mais c'est là l'effet normal des droits des actionnaires et non pas l'existence d'une prérogative juridique entraînant des droits spéciaux. Le contrôle est un pouvoir de fait qui est le résultat de l'exercice normal des droits d'actionnaires.

On peut remarquer au passage que le Gouvernement belge ne paraît pas vouloir soutenir le contraire: la réplique énonce, en effet — à propos d'un autre chapitre que celui-ci, bien entendu —, que le pouvoir de contrôle est une situation de fait et non un « droit » au sens propre du terme. Elle nous dit, et elle a raison:

« un pouvoir n'est pas un droit, mais est la conséquence économique de la titularité et de l'exercice de certains droits, en l'espèce, les droits [d'actionnaire] que confèrent les actions » (R., V, n° 573, p. 428).

Il n'existe en effet pas, nous sommes tout à fait d'accord avec la réplique sur ce point, de « droit de contrôle » indépendamment du droit accordé à chaque actionnaire de voter, et donc de contrôler la gestion de la société, au prorata de sa participation au capital de la société.

Cela a été rappelé dans l'affaire *Brincard*, qui parle très justement de la faculté, pour les actionnaires, d'exercer dans les assemblées générales le « droit de vote et de contrôle » — le second étant ainsi considéré comme un aspect du premier. Cela a été jugé aussi par la décision n° 17 du 16 mars 1949 de la commission de conciliation franco-italienne dans l'affaire souvent citée déjà devant la Cour: *Société Bonnet et Tessitura Serica Piemontese*, décision dans laquelle la commission affirme expressément

que la société française Bonnet, qui détenait 5100 actions sur 6000 de la société italienne Tessitura Serica « n'a à l'égard de cette dernière que les droits reconnus aux actionnaires par les statuts » (*R.S.A.*, vol. XIII, p. 77).

Avant d'aller plus loin, le Gouvernement espagnol voudrait à cet égard rappeler la différence, à ses yeux fondamentale, qui existe, en ce qui concerne ce fameux contrôle, entre un pouvoir de contrôle résultant de la possession d'un important paquet d'actions d'une société et le pouvoir absolu de domination qu'implique la réunion de la totalité des actions en une seule main : le professeur Uría en a entretenu la Cour (*supra*, p. 280). Alors que l'actionnaire majoritaire se borne à exercer une influence proportionnelle au nombre de ses actions, sans empêcher pour autant la manifestation d'autres volontés minoritaires, l'actionnaire unique, lui, s'identifie totalement à la société : l'actionnaire majoritaire contribue, massivement peut-être, à la formation de la volonté sociale ; l'actionnaire unique est cette volonté sociale elle-même. Il en résulte que, si le contrôle d'une société par la possession d'une majorité d'actions ne dénature pas, n'altère pas les droits de l'actionnaire majoritaire, les droits de l'actionnaire unique dans la société unipersonnelle ont un tout autre caractère : la différence n'est plus alors de degré seulement, elle devient de nature ; elle n'est plus seulement quantitative, elle devient véritablement qualitative.

La Cour se rappellera à cet égard les efforts déployés par Me Van Ryn pour démontrer que le patrimoine d'une société unipersonnelle ne doit pas être considéré comme une propriété de l'actionnaire unique, et pour établir que l'on ne doit pas attribuer, au mépris de la distinction des personnalités juridiques de la société mère et de sa filiale à 100 pour cent, un droit direct à la première sur les biens de la seconde.

Sans entrer dans cette controverse en ce qui concerne les effets de la faillite — la Cour connaît le point de vue espagnol à ce sujet (*supra*, p. 187) — je ferai simplement remarquer que si le Gouvernement belge a consacré tant de développements pour établir l'absence de tout droit spécial au profit de l'actionnaire à 100 pour cent, il doit reconnaître aussi qu'à plus forte raison l'actionnaire simplement majoritaire n'a pas de droits autres que ceux qui découlent de sa qualité d'actionnaire.

Ainsi, Monsieur le Président, que l'on parle de « droits d'actionnaires » en général ou, plus précisément, de droit de contrôle, le préjudice allégué apparaît, à l'analyse, difficilement saisissable.

*

Mais il faut aller plus loin. Le Gouvernement espagnol se propose en effet d'examiner un autre aspect du problème. Car il est possible que le Gouvernement belge nous objecte que le préjudice dont il réclame réparation ne réside pas tellement dans la perte par Sidro de droits d'actionnaire, ou même d'un droit de contrôle au sens technique du terme, que dans le fait que, Barcelona Traction ne pouvant plus aujourd'hui poursuivre comme autrefois ses activités en Espagne, par l'intermédiaire des sociétés de son groupe, les droits de Sidro sur Barcelona Traction, tout en subsistant formellement, n'auraient plus le même contenu économique qu'avant la faillite. C'est là une thèse qui a été également exposée ici même.

Le Gouvernement espagnol estime que la demande belge est aussi peu

solide dans cette nouvelle version que dans les précédentes, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, parce qu'elle méconnaît deux données fondamentales de l'affaire, sur lesquelles on n'insistera jamais assez, bien que la Cour les connaisse déjà.

La première, c'est que Barcelona Traction était, le 12 février 1948, loin de constituer une entreprise prospère, ainsi que l'a démontré le professeur Sureda (*supra*, p. 440). Il a montré que si l'on tenait compte de tous les éléments de la situation de Barcelona en 1948 l'entreprise ne comportait en aucune manière un quelconque attrait pour un acheteur éventuel. Elle opérait avec un capital-actions et un capital-obligations extérieur qu'elle ne rémunérait pas depuis 1936 et avec des fonds qu'elle devait à l'État espagnol, et que par conséquent elle ne rémunérait pas davantage, et ce sans parler de toutes les autres charges éventuelles.

La seconde donnée économique dont il ne faut pas négliger l'importance, c'est que le prix de la vente de 1952 correspondait, aux yeux du Gouvernement espagnol, à la réalité. Dans la mesure donc où, comme l'a dit le Gouvernement belge, ce serait « la vente à vil prix » de 1952 qui aurait « engendré la majeure partie du dommage » (VIII, p. 235), on constate que, dans ce cas-là, le préjudice invoqué n'existerait pas. Ces données, que je me permets simplement de rappeler, condamneraient à elles seules la réclamation belge.

Mais ce n'est pas tout. En effet, si le Gouvernement belge conçoit le préjudice d'actionnaire qu'il allègue comme lié, non pas à la qualité juridique, technique dirait-il, d'actionnaire, mais aux intérêts économiques de l'actionnaire, intérêts certes non négligeables, le préjudice invoqué dans la présente affaire ne serait en réalité pas subi par Sidro, simple relais d'intérêts situés plus en arrière, mais celui souffert par ces derniers intérêts — c'est-à-dire par Sofina et, plus exactement, par les intérêts qui dominant Sofina.

Je n'entrerai bien entendu pas dans ce problème, que le professeur Ago étudiera à propos du *ius standi*; je voudrais simplement souligner une nouvelle fois que le Gouvernement belge ne peut quand même pas tout à la fois et en même temps s'appuyer sur le réalisme économique lorsqu'il veut faire état du contrôle de fait de Sidro sur les filiales et sous-filiales de Barcelona Traction en Espagne, et s'abriter derrière les concepts juridiques d'actionnaires lorsqu'il entend refuser au Gouvernement espagnol et à la Cour le droit de rechercher quelles seraient les véritables victimes du préjudice allégué. S'il m'est permis de citer un passage de la duplique :

« le réalisme économique aurait droit de cité en aval de Sidro, mais serait à récuser en amont; la Barcelona Traction et Ebro seraient donc des fictions, la Sidro ... serait, quant à elle, une réalité première » (D., VII, n° 847, p. 839).

Il faut rappeler, d'autre part, que contrairement aux assertions belges, Barcelona Traction était en état de faillite latente depuis longtemps et que cet état n'avait rien d'accidentel, mais était le fruit d'une volonté systématique du groupe. S'il est permis d'employer le jargon des économistes, je dirais volontiers que la faillite de Barcelona Traction était, non pas conjoncturelle, mais structurelle. Or, la faillite une fois survenue, n'est-il pas normal que les créanciers aient eu priorité sur les actionnaires? De cela on ne peut pas faire grief au Gouvernement espagnol, car il n'y

a là rien que de plus normal. Chaque fois qu'il y a liquidation ou dissolution d'une société, même en dehors d'une faillite, les créanciers l'emportent sur les actionnaires: si je puis citer une nouvelle fois la sentence *Kunhardt*:

« in such case the creditors of the corporation have a right of priority of payment in preference to the stockholders » (*R.S.A.*, vol. IX, p. 175).

D'une manière plus générale, en dehors même de la dissolution ou de la faillite, on peut relever dans la sentence de la *Delagoa Bay Railway Company* le passage suivant:

« 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 » (*Pasicrisie*, p. 409).

Alors, à plus forte raison lorsqu'il y a faillite, il est normal que les actionnaires passent après les créanciers. La fonction même de la faillite est de désintéresser d'abord les créanciers: tant et si bien que dans la mesure où le Gouvernement belge vient se plaindre de ce que les actionnaires de Barcelona Traction n'aient pas tiré de la faillite un résultat suffisamment heureux, le Gouvernement belge détourne en quelque sorte la procédure de la faillite de sa fonction normale.

*

Mais, à supposer même que les dirigeants de Barcelona Traction n'aient pas réussi ainsi à « stériliser » la faillite, pourrait-on dire qu'ils aient subi un préjudice appelant réparation au regard du droit international? Il ne nous le semble pas, car, tout au plus pourrait-on parler alors d'une répercussion économique de la faillite de Barcelona Traction sur ses actionnaires: s'il y a eu atteinte économique, c'est une atteinte par voie de répercussion.

Or, le Gouvernement espagnol l'a montré dans ses écritures (C.M., IV, p. 644, et D., VII, p. 1019 et suiv.), la répercussion sur un tiers de mesures ayant causé un dommage à la victime principale n'est pas susceptible de réparation en droit international. Le professeur Ago aura l'occasion de revenir sur ce problème, et il répondra au professeur Virally en ce qui concerne la portée de la sentence *Dickson Car Wheel Co.*, qui a été vivement contestée par M. Virally (VIII, p. 523 et suiv.).

Pour échapper à cette constatation qu'il s'agit d'une répercussion économique de la faillite sur les actionnaires qui sont des tiers, le Gouvernement belge avance un double argument — car il sait bien, et il le reconnaît lui-même dans la procédure orale de 1964, qu'une répercussion n'est pas indemnisable (III, p. 569). Ces deux arguments sont les suivants.

Le premier, c'est que le Gouvernement belge affirme invoquer non pas une répercussion, mais une atteinte directe et immédiate à la situation des actionnaires — l'expression est revenue des dizaines de fois dans la bouche de nos contradicteurs. Le second argument, c'est que l'actionnaire ne peut pas être considéré comme un tiers. Tant et si bien que, l'actionnaire n'étant plus un tiers, on ne peut pas parler d'une répercussion de la faillite sur un tiers.

Essayons, si vous me le permettez, de creuser ces deux arguments.

Peut-on dire tout d'abord, comme le fait M. Virally, que ce que le Gouvernement belge invoque, c'est exclusivement et uniquement une

atteinte directe aux actionnaires sans passer par le biais de la société? M. Virally l'a affirmé avec force:

« La Belgique ne se préoccupe pas du préjudice subi par la Barcelona Traction elle-même ... » (VIII, p. 517).

Peut-on affirmer cela avec un semblant de vraisemblance? Cela paraît assez difficile, si l'on se souvient que la première requête belge concernait précisément la protection de Barcelona Traction, et elle seule; cela paraît encore plus malaisé, si possible, lorsque l'on a entendu, comme la Cour l'a fait et comme nous l'avons tous fait, les conseils du Gouvernement belge dénoncer, pendant des jours et des jours, à cette barre, les actes prétendument illicites commis par l'Espagne, envers qui? envers Barcelona Traction, sans qu'ait jamais, mais absolument jamais été évoquée la moindre mesure directe à l'encontre des actionnaires ou de Sidro. J'irai même plus loin: les professeurs Rolin, Van Ryn et M^e Grégoire n'auraient pas eu à changer un mot à leurs plaidoiries si la Belgique avait invoqué le préjudice causé à la société: ce sont les mêmes actes prétendument illicites qui auraient été invoqués, c'est le même préjudice que l'on aurait essayé de démontrer, et c'est selon les mêmes méthodes que la réparation demandée aurait été calculée. Je reviendrai là-dessus ultérieurement.

Pour combattre une évidence aussi éclatante, le Gouvernement belge invoque alors son second argument, plus subtil, à savoir que toute atteinte à la société doit être considérée *ipso facto*, et dans la même mesure, comme une atteinte à l'actionnaire: l'actionnaire ne serait plus un tiers par rapport à la société, il serait en quelque sorte l'*alter ego* de la société. Si cela était vrai, il est évident que l'objection que nous tirons du caractère de répercussion sur un tiers de la mesure prise contre la victime principale, en l'espèce une société, tomberait du même coup.

M. Lauterpacht (VIII, p. 433) et M. Virally ont eu à cet égard des expressions très caractéristiques:

« il existe [a dit M. Virally] ... une association tellement étroite, une communauté de destin et d'intérêts tellement marquée entre une société et ses actionnaires qu'un dommage infligé à la société porte atteinte aussi et en même temps, presque automatiquement, aux intérêts de ses actionnaires ... lorsqu'on frappe une société, on frappe du même coup et inévitablement ses actionnaires, il ne s'agit pas d'une répercussion indirecte et éventuelle, il s'agit d'une conséquence immédiate, directe et nécessaire ... » (VIII, p. 522 et 525).

Ces formules heureusement trouvées servent de justification au Gouvernement belge pour écarter l'idée que l'actionnaire serait un tiers par rapport à la société. Sont-elles sérieusement soutenables? Il ne nous le semble pas, car elles reposent sur un certain nombre de postulats, que le Gouvernement espagnol a dénoncés dans sa duplique (VII, p. 1029-1030).

Sur le plan économique, en effet, les mesures prises contre une société peuvent certes, nul ne le niera, affecter la valeur des titres que détiennent les actionnaires; mais le Gouvernement belge néglige un élément, c'est que la valeur des titres d'un actionnaire dépend de bien d'autres facteurs encore que d'éventuelles mesures prises à l'égard de la société, et notamment de facteurs d'ordre spéculatif.

Sur le plan juridique, on peut s'étonner que le Gouvernement belge

fasse ainsi disparaître, d'un coup de baguette magique, la société en tant que personne directe et centre d'intérêts distincts, pour venir nous dire que, en quelque sorte, la société n'existe pas et que si l'on frappe l'une, la société, on frappe en même temps l'autre. Il est évident que, la société une fois rayée de la scène juridique, cette thèse devient facilement soutenable.

La théorie que l'on nous propose de la communauté de destin et qui est à la base même de toute la thèse belge sur le préjudice, cette théorie est d'autant plus étrange que nous serions en présence d'une communauté de destin et d'intérêts qui serait à la fois à sens unique et à éclipse. Je m'explique.

Cette communauté serait d'abord à éclipse en ce sens que nos adversaires hésiteraient sans doute à soutenir qu'elle puisse conduire à rendre les actionnaires responsables des actes ou redevables des dettes de la société. Sidro, par exemple — si je puis poser la question — serait-elle disposée à répondre des dettes de Barcelona Traction envers, mettons, National Trust, ou bien des préjudices causés par Barcelona Traction à l'Etat ou à l'économie espagnols? Dans l'affaire *Oscar Chinn*, le Gouvernement belge avait refusé

« d'admettre que le fait pour un Etat d'avoir la majorité des actions d'une société entraîne pour lui la responsabilité des actes accomplis par cette personne morale distincte ... » (C.P.I. J. série C n° 75, p. 97).

Voilà ce que disait le Gouvernement belge devant la Cour permanente.

Mais, s'il en est ainsi, si les actionnaires sont à l'abri d'une poursuite directe sur leurs biens personnels pour les dettes de la société, la thèse de la communauté de destin s'effondre, et on ne peut plus parler d'une atteinte directe immédiate, nécessaire, inévitable de toutes les mesures prises contre la société sur les actionnaires. Curieuse communauté de destin alors, que celle qui ne jouerait pas pour les dettes et pour la responsabilité!

Mais elle aurait aussi, cette communauté de destin, le curieux privilège d'être à sens unique. Car si le Gouvernement belge plaide avec tant d'éloquence la communauté de destin, même entre une société et son actionnaire minoritaire ou simplement majoritaire, lorsqu'il veut établir que toute mesure qui frappe la société frappe aussi les actionnaires, il affirme également, et avec combien de vigueur, la séparation complète des patrimoines entre l'actionnaire, même unique, et la société, lorsqu'il veut critiquer les mesures prises à l'égard des filiales à 100 pour cent de Barcelona Traction à la suite de la mise en faillite de cette dernière (VIII, p. 164, 168, 170, 189). Là encore, selon les chapitres, la thèse change. Curieuse communauté de destin, en tout cas, ici encore, que celle qui remonterait de la société à l'actionnaire, même minoritaire, sans jamais redescendre de l'actionnaire, même unique, à la société!

L'observation que je viens de faire conduit à souligner la profonde contradiction qui affecte l'ensemble de la thèse adverse, sur ces problèmes.

Lorsque le Gouvernement belge traite de la faillite et de la vente des biens, il n'a pas de mots assez vigoureux pour affirmer, je viens de le dire, la séparation complète et totale entre le patrimoine de la société mère et celui de ses filiales à 100 pour cent: pour lui, le pouvoir de domination de l'actionnaire unique sur la société unipersonnelle n'existe pas; Me Grégoire, en tout cas, a affirmé à la Cour que, pour sa part, au cours de sa longue carrière, il ne l'a jamais rencontré (VIII, p. 353). Lorsque le

Gouvernement belge, au contraire, parle de préjudice, de réparation ou de *jus standi*, il découvre soudain le pouvoir de contrôle et ce qu'il appelle l'influence prépondérante de l'« actionnaire-pilote », alors même que ce dernier ne détiendrait qu'une partie des actions, et non pas 100 pour cent des actions, et la séparation des patrimoines quitte alors discrètement le devant de la scène pour laisser apparaître en gros plan la communauté de destin.

Cela dit, le Gouvernement espagnol espère avoir montré que, contrairement aux assertions de la Partie adverse, l'actionnaire est un tiers par rapport à la société et que la répercussion sur l'actionnaire de mesures prises à l'encontre de la société ne constitue pas une atteinte directe et immédiate à la situation de l'actionnaire.

*

Désireux toutefois de scruter les thèses adverses dans tous leurs aspects, je voudrais pousser l'analyse plus avant encore.

A cet effet, je laisserai maintenant de côté le problème de savoir si le dommage causé à une société constitue ou non une atteinte portée à l'actionnaire ou s'il s'agit seulement d'une répercussion sur un tiers.

Je me propose, en me plaçant toujours dans la perspective d'un préjudice qui serait défini par une atteinte au contenu économique de la situation d'actionnaire — nous sommes toujours sous l'angle économique —, d'examiner si une telle atteinte à une situation économique d'actionnaire est susceptible de réparation en droit international: je pense que nous touchons ainsi de plus près le cœur de la thèse belge.

Il va de soi que l'actionnaire d'une société a un intérêt à ce que le patrimoine de cette société soit le plus grand possible; il va de soi que l'actionnaire d'une société a un intérêt à ce que la société fasse d'excellentes affaires; il va de soi qu'il a intérêt à ce que la société ne soit pas déclarée en faillite. Mais a-t-il pour autant un droit à cela? Peut-on dire qu'un droit de l'actionnaire est lésé dès lors que la société fait de mauvaises affaires ou tombe en faillite?

Le Gouvernement espagnol ne le pense pas. Il estime qu'une atteinte à un simple intérêt ne constitue pas, en droit international, un préjudice susceptible de réparation; il estime que, pour que le droit international accorde une possibilité de réparation, il faut qu'aient été atteints non seulement un intérêt mais un droit, et je voudrais, avec votre autorisation, donner quelques explications sur le point de vue du Gouvernement espagnol à ce sujet.

La distinction du droit et de l'intérêt est une donnée probablement fondamentale et inéluctable de tout système juridique.

Dès lors, en effet, que ce dernier accorde une protection à certaines situations, il y a toujours un seuil au-dessous duquel cette protection n'est plus accordée. Quelle que soit la terminologie employée — et elle est variable —, elle revient toujours à affirmer qu'à un moment donné on passe d'un intérêt — non protégé — à un droit — protégé. En matière de responsabilité, puisque c'est de cela que nous parlons, toute atteinte même fautive à un avantage matériel ou moral ne donne pas, dans la quasi-totalité de nos systèmes juridiques nationaux, ouverture à un droit à réparation: un intérêt d'une certaine qualité, d'une certaine substance est requis pour que la victime ait droit à indemnisation, une limite est presque toujours tracée — si ce n'est toujours — entre les

intérêts dont la lésion ouvre droit à réparation et les autres. Que l'on oppose les « droits proprement dits » aux « simples intérêts », ou que l'on utilise toute autre terminologie, l'idée d'un seuil ne s'en retrouve pas moins d'une manière très générale.

Alors, la question se pose : Est-ce que le droit international échapperait à cette nécessité de distinguer entre les avantages qui demeurent dans le domaine des faits et ceux qui bénéficient d'une protection juridique ?

Le problème des droits et des intérêts a été évoqué par les conseils du Gouvernement belge en vue essentiellement de justifier le *jus standi* de la Belgique quel que soit le droit ou l'intérêt en cause (notamment VIII, p. 444, pour la question des *nominees*; *ibid.*, p. 500, pour l'ensemble de la protection des actionnaires). C'est le professeur Ago qui se chargera de répondre sur ce plan à MM. Lauterpacht et Virally.

En ce qui me concerne, je voudrais n'envisager le problème des droits et intérêts et répondre à la question que je viens de poser qu'en ce qui concerne la détermination du préjudice qui est susceptible d'être indemnisé en droit international.

Je reviens donc à la question que je me suis permis de poser : Existe-t-il, en droit international, et plus particulièrement en ce qui concerne la réparation, une distinction entre le droit et l'intérêt, quelle que soit la terminologie que l'on emploie ?

Le professeur Virally a semblé — et probablement plus que semblé — le contester. Il a cité à l'appui de son argumentation l'expression, courante dans les traités et la jurisprudence, de « biens, droits et intérêts », voulant montrer par là que droits et intérêts étaient la même chose.

Il a cité aussi, dans le même but, le passage de l'arrêt que la Cour a rendu dans la présente affaire en 1964, dans lequel on lit l'expression : « un droit ou un intérêt ».

Dans les observations formulées à cet égard par nos adversaires — et que la Cour a sans doute présentes à l'esprit —, il y a, me semble-t-il, deux éléments exacts et un troisième qui l'est moins.

Il est exact — M. Lauterpacht a raison — que le droit international protège « non seulement des biens, mais des droits et des intérêts relatifs à des biens » (VIII, p. 444). Le Gouvernement espagnol peut souscrire à cette proposition de M. Lauterpacht, de même qu'il peut se rallier à une autre proposition de la Partie adverse qui est la suivante :

« Il est dès lors indifférent que le dommage dont il est demandé réparation ait atteint les particuliers en cause en leur qualité de propriétaires d'un bien, de titulaires d'une concession ou encore d'actionnaires d'une société commerciale étrangère » (VIII, p. 500).

En tout cela M. Lauterpacht et M. Virally ont, à coup sûr, raison : le droit international protège non seulement les titulaires de droits de propriété, mais aussi les titulaires de droits contractuels, de droits de créance, de droits incorporels — et bien entendu de droits d'actionnaires : nous n'avons jamais dit autre chose.

Il est exact aussi que, dans certains cas, la terminologie du droit international n'est pas d'une rigueur absolue sur ce problème, et que le mot d'« intérêt » est souvent pris comme synonyme de droits, en général de droits autres que de propriété, par exemple des droits incorporels. On parlera alors volontiers, lorsqu'on s'exprime en anglais, de *legal interests* — d'intérêts juridiques.

La sentence *El Triunfo*, par exemple — dont on a souvent parlé —

emploie indifféremment, à quelques lignes d'intervalle, à propos des droits d'actionnaires, les deux expressions de: *interests in that enterprise* et de: *property rights* (*R.S.A.*, vol. XV, p. 476) mettant l'une sur le même plan que l'autre.

L'arrêt de la Cour sur le *Cameroun septentrional* ne semble pas non plus faire de différence entre ce qu'il appelle les « intérêts juridiques » des parties et ce qu'il appelle, trois lignes plus loin, leurs « droits ou obligations juridiques » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 34), et l'on retrouve cette acception du mot d'« intérêt » dans plusieurs opinions dissidentes de membres de la Cour, dans les affaires du *Sud-Ouest africain* de 1966 (par exemple: *C.I.J. Recueil 1966*, p. 239 et 252).

Mais c'est évidemment dans l'expression classique — dont on nous a parlé — de « biens, droits et intérêts » que réside l'exemple le plus significatif de cette acception du mot « intérêt » au sens de *legal interests*. Dans cette formule assez particulière, issue du *Traité de Versailles*, le terme d'« intérêts » est manifestement pris dans son sens — de la langue anglaise — de *legal interests*. Je n'en veux pour preuve que le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, appelé généralement *Dictionnaire Basdevant*, qui définit de la manière suivante l'expression « biens, droits et intérêts »:

« Termes employés dans les traités de paix de 1919, 1920 et 1947 pour désigner tous les avoirs, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à l'un des Etats belligérants ou à ses ressortissants, etc. »

Et le *Dictionnaire* cite en exemple un extrait d'une sentence arbitrale rendue en 1939 entre l'Allemagne et la Roumanie; cet extrait ne manque pas d'intérêt:

« L'expression biens, droits et intérêts est tellement large [dit la sentence citée par le *Dictionnaire*] qu'elle comprend certainement des parties aussi importantes d'un patrimoine que des actions. »

Les droits d'actionnaires sont donc protégés comme les autres « biens, droits et intérêts » (*legal interests*): le Gouvernement espagnol n'a jamais dit autre chose.

Mais là où, selon nous, le Gouvernement belge commet une erreur, c'est lorsqu'il transpose une assimilation terminologique — qui n'est d'ailleurs pas la règle absolue, nous le verrons dans un instant — lorsqu'il transpose, mettons, une hésitation terminologique sur le plan des concepts juridiques.

En effet, s'il est vrai que la terminologie du droit international n'oppose pas l'« intérêt » au « droit » avec la rigueur que connaît par exemple le droit français, le droit international ne traite certainement pas le simple avantage de fait de la même façon que l'intérêt qui bénéficie d'une protection juridique. Ce qui ne peut manquer d'évoquer la célèbre formule, selon laquelle le droit est un intérêt juridiquement protégé; cela est vrai aussi en droit international.

Et l'on rejoint ainsi l'observation faite par un membre de la Cour dans une opinion dissidente dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, opinion qui évoque le passage progressif, au fil de l'évolution de l'humanité, de certaines valeurs du rang d'intérêts non protégés — ce que nous appellerions de simples intérêts — au rang d'intérêts protégés juridiquement, c'est-à-dire ce que nous appellerions des droits (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 152).

Le *Dictionnaire Basdevant*, pour le citer encore, définit en termes très différents le « droit » et l'« intérêt » : pour ne pas lasser la Cour, je me permettrai de ne pas donner lecture des définitions proposées, qui sont assez longues. J'indiquerai simplement que sous le mot « intérêt » figure un exemple qui mérite d'être signalé; c'est un texte qui dit ceci :

« Un droit dans sa notion simple au point de vue qui nous occupe est un avantage marqué du sceau de l'inviolabilité par la loi internationale; *c'est là ce qui distingue fondamentalement le droit du simple intérêt* ou avantage sur lequel on ne possède pas de droit, ou de l'expectative, qui n'est que l'espoir fondé de posséder un jour un avantage comme droit. »

Ce texte, Monsieur le Président, cité par le *Dictionnaire Basdevant*, est extrait du rapport sur les *Accords de Locarno au Sénat belge* (Doc. n° 79, Session 1925-1926, p. 328).

Cela dit, il me reste à montrer, pour achever de rencontrer la thèse adverse sur ce point, que la distinction du droit et de l'intérêt est consacrée effectivement en droit international dans un certain nombre de domaines qu'il ne m'appartient pas ici, bien entendu, d'explorer exhaustivement; j'étudierai cette distinction uniquement en vue de montrer qu'elle existe également sur le plan de la réparation qui est celui qui nous intéresse ici.

La matière du respect des droits acquis constitue, comme il est naturel, un domaine d'élection pour cette distinction entre le droit, qui est protégé, et l'intérêt, qui ne l'est pas.

Si j'insiste en premier lieu sur cette matière, c'est non seulement en raison de son importance propre, mais aussi parce que c'est dans cette matière que le Gouvernement belge a eu l'occasion naguère, dans l'affaire *Oscar Chinn*, de faire connaître, avec beaucoup de précision et de force, sa position sur cette théorie du droit et de l'intérêt.

Le Gouvernement britannique ayant demandé réparation à la Belgique — on le sait — pour des mesures prises par elle dans le secteur des transports, mesures qui avaient conduit à rendre pratiquement sans valeur l'entreprise d'un ressortissant britannique, le Gouvernement belge a soutenu, dans son contre-mémoire, que :

« Si ses *intérêts* [il s'agit des intérêts de Chinn] ont pu souffrir ... tous ses *droits* ont été scrupuleusement respectés ... » (*C.P.J.I. série C n° 75*, p. 107).

Ce ne sont pas des mots employés n'importe comment : ils sont mis en italique dans le texte du contre-mémoire belge.

La duplique belge reprend la même thèse, en soulignant à nouveau, dans la typographie, les termes de droit et d'intérêt (*ibid.*, p. 191); et, dans sa plaidoirie devant la Cour, l'agent du Gouvernement belge a vigoureusement insisté sur la distinction des deux notions en reprochant avec force au Gouvernement britannique de négliger cette distinction (*ibid.*, p. 288).

La Cour permanente, quant à elle, a fait droit, dans une certaine mesure, à la thèse belge : elle a estimé qu'en l'espèce les mesures prises par le Gouvernement belge avaient certes apporté un « changement dans la situation économique de M. Chinn », mais elle a refusé de voir là une atteinte à des droits acquis (*C.P.J.I. série A/B n° 63*, p. 88). Aussi, et

peut-être même plus intéressant encore que le passage de l'arrêt, est celui de l'opinion individuelle de sir Cecil Hurst qui relève que Chinn n'avait, en effet, aucun droit à trouver des clients qui contractent avec lui, tant et si bien que les personnes qui ne contractaient plus avec Chinn et qui s'adressaient à d'autres fournisseurs n'avaient violé aucun droit de Chinn, tout en portant bien entendu atteinte gravement à ses intérêts; et sir Cecil continuait en disant que la situation aurait été tout à fait différente si Chinn avait possédé un contrat en vigueur, lui assurant les transports de telle ou telle personne, car à ce moment-là il y aurait eu un droit, et le fait pour le Gouvernement belge d'empêcher ou de décourager des tiers de contracter avec M. Chinn aurait porté atteinte non seulement à un intérêt, à un simple avantage de fait, mais, au sens propre du terme, à un droit (*ibid.*, p. 121-122.)

Dans d'autres domaines, la distinction est également retenue par le droit international. Par exemple, dans une matière qui n'a aucun rapport avec celle-ci, on se souviendra que, dans la sentence de 1957 relative au *Lac Lanoux*, le tribunal disait, « la thèse espagnole ne peut être acceptée par le tribunal, car elle tend à mettre sur le même plan les droits et les intérêts » (*R.S.A.*, vol. XII, p. 315); cette sentence a suscité, à l'*Annuaire français de droit international* (1960, p. 426) un commentaire du professeur Gervais, axé sur ces notions de droits et d'intérêts.

Et comment ne pas songer aussi aux débats qui ont eu lieu devant la Cour, dans les affaires du *Sud-Ouest africain* en 1962 et en 1966, ainsi que dans l'affaire du *Cameroun septentrional* en 1963, au sujet de l'intérêt des Etats demandeurs à agir devant la Cour? Pour les uns, un simple intérêt suffisait, pour d'autres, il fallait ce que l'on appelait, selon des mots assez variés, « un intérêt juridique », ou « un intérêt légitime », ou un « intérêt concret », c'est-à-dire, si j'ai bien compris la controverse, un intérêt protégé par le droit international, c'est-à-dire, en définitive, un droit.

En matière de responsabilité, enfin, et plus précisément en matière de réparation, la distinction s'est également imposée.

La sentence *Dickson Car Wheel Co.*, dont parlera le professeur Ago, le montre en ce qui concerne les cocontractants: elle montre que l'intérêt qu'une personne peut avoir à la vie ou à la prospérité d'un cocontractant n'est pas un droit, dont la violation donne droit à réparation.

Mais plus remarquable peut-être encore est la position prise par la jurisprudence et la doctrine internationales à l'égard des créanciers. Un créancier a, certainement, un intérêt, et même un intérêt considérable, à ce que la solvabilité de son débiteur soit maintenue; mais alors la question se pose: est-ce qu'une atteinte portée par un acte illicite d'un Etat à cette solvabilité du débiteur, par exemple une confiscation illicite de tout le patrimoine du débiteur, est-ce que cette atteinte, qui lèse certainement les intérêts du créancier, constitue la violation d'un droit et entraîne, pour ce dernier, un préjudice susceptible de réparation? La question est évidemment intéressante. Il semble que la réponse négative soit aujourd'hui acquise. Elle est énoncée avec fermeté par *Ralston*, dont l'opinion, qui s'appuie sur diverses sentences, dont j'épargnerai la lecture à la Cour, a été reproduite *in extenso* dans une sentence rendue par la Commission anglo-mexicaine de réclamation en 1931, dans l'affaire *The Debenture Holders of the San Marcos and Pinos Co.*, qui se trouve dans le *Digest* de Hackworth (vol. V, p. 848). La sentence arbitrale rendue par Osten Undén dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central* évoque la même solution (*R.S.A.*, vol. III, p. 1426).

Dans la même perspective, la jurisprudence internationale a dû tracer une limite entre ceux des parents de la victime d'un accident mortel qui ont droit à réparation et ceux des parents de la victime d'un accident mortel auxquels la réparation va être refusée alors même qu'ils avaient un intérêt certain à la survie de la victime. Ainsi que Roth l'a écrit dans son ouvrage sur la réparation en droit international, il doit, dans ces matières, y avoir, entre le réclamant et la victime, une « relation juridique » (*eine Rechtsbeziehung*), dit-il, faute de quoi il manquerait la lésion d'un intérêt juridiquement protégé¹.

Ces explications quelque peu théoriques, dont je prie respectueusement la Cour de vouloir bien excuser la longueur, eussent été inutiles et déplacées si la Partie adverse n'avait pas cherché à confondre les notions si évidemment distinctes en droit international de droit et d'intérêt. A-t-elle elle-même été entièrement convaincue par ses dénégations? On peut s'interroger là-dessus, car à deux reprises au moins elle paraît avoir fait de son côté une certaine distinction entre le droit et l'intérêt. Dans la réplique déjà, on pouvait lire cette phrase, assurément exacte, que

« les intérêts sont quelque chose de moins que la propriété des « biens » et même peut-être que des « droits » (R., V, n° 977, p. 708).

Et le professeur Virally, de son côté, a soutenu que les mesures incriminées par le Gouvernement belge atteignaient

« non seulement les intérêts de l'actionnaire, mais plus encore sa situation juridique, le droit qu'il a de voir l'entreprise ... », etc. (VIII, p. 520),

admettant ainsi, ou semblant admettre — mais peut-être la phrase lui a-t-elle échappé — que « droit » et « intérêt » constituent des notions distinctes.

Dès lors, la situation des actionnaires, même majoritaires, devient parfaitement claire. Ils ont un intérêt à ce que le patrimoine de la société dont ils ont des titres subsiste et s'accroisse; ils n'y ont aucun droit. En d'autres termes, si la société fait de mauvaises affaires, si les expectatives quant à un éventuel reliquat, un boni de liquidation s'amenuisent, l'actionnaire est certainement atteint dans ses intérêts, mais il ne peut faire état d'aucun droit lésé, car personne n'a jamais soutenu qu'un actionnaire a un droit à ce que la société fasse de bonnes affaires ou à ce que l'actif social augmente ou même soit maintenu. Dans la mesure donc où un actionnaire belge aurait détenu un important paquet d'actions de Barcelona Traction, ou même la majorité de ces actions, le fait que Barcelona Traction ait perdu dans sa faillite — provoquée par elle, d'ailleurs, mais ceci n'est pas la question ici — une partie de son patrimoine n'entraîne, pour lesdits actionnaires, aucune atteinte à aucun de leurs droits, au sens où il faut une atteinte à un droit pour qu'il y ait réparation en droit international. En d'autres termes, le Gouvernement belge ne peut faire état, dans sa réclamation internationale, d'aucun préjudice appelant une réparation.

J'en ai ainsi terminé, Monsieur le Président, de la question de savoir de quel préjudice le Gouvernement belge réclame réparation. J'ai souhaité pouvoir établir que la demande belge est difficile à saisir et que, dans la

¹ Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, p. 111.

mesure on l'on arrive à la définir avec un peu plus de précision qu'elle ne se formule elle-même, elle n'est nullement fondée en droit international.

*
* *
*

J'en arrive, à présent, au second paragraphe de cette première section, c'est-à-dire l'exigence d'un *rapport de causalité*.

Dans sa duplique (VII, p. 854 et 861), le Gouvernement espagnol avait rappelé l'exigence, évidente, et d'ailleurs non contestée par la Partie adverse, que, pour qu'il y ait préjudice indemnisable, un lien de cause à effet doit exister entre les actes internationalement illicites commis par l'Etat défendeur et le dommage dont il est demandé réparation.

Sur ce problème encore, les plaidoiries belges se sont révélées d'une grande discrétion. M. Lauterpacht s'y est, comme il l'a dit lui-même, référé *briefly*, en se bornant à vrai dire à renvoyer à d'autres conseils; il est revenu sur la question, je dois l'avouer, lorsqu'il a parlé des préjudices accessoires, en se bornant à affirmer pour chacun d'eux le lien de causalité sans, à vrai dire, aller plus loin que cette affirmation (VIII, p. 490).

Alors, on peut poser la question de savoir si la demande belge respecte « la règle fondamentale qui, dans toute action en responsabilité, exige un rapport de cause à effet entre l'acte incriminé et le dommage »: la Cour aura reconnu au passage la formule de la sentence arbitrale rendue le 30 juin 1930 entre l'Allemagne et le Portugal (*R.S.A.*, vol. II, p. 1040). La démonstration de ce rapport de causalité incombe au demandeur, et nous n'en voulons comme preuve que la remarque faite par un membre de la Cour dans son opinion individuelle sur l'affaire du Cameroun septentrional: l'auteur de cette opinion soulignait que l'une des raisons pour lesquelles la Cour ne pouvait pas, dans cette affaire, statuer au fond sur la demande du Cameroun est que, si elle l'avait fait, le demandeur aurait obtenu une décision en sa faveur en ne prouvant que les seuls faits illicites. Or, ajoute le juge auteur de cette opinion, le demandeur

« n'aurait pas eu à établir — ce qu'il aurait dû faire s'il avait demandé une réparation — que ces violations [de l'accord de tutelle] étaient la cause réelle et directe du préjudice allégué » (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 99).

On ne saurait mieux confirmer que c'est bien au demandeur de faire la preuve du rapport de causalité.

Or, cette preuve, le Gouvernement belge ne semble pas même avoir cherché à la fournir.

Avec votre permission, Monsieur le Président, je souhaiterais consacrer à ce problème de la causalité quelques explications. Pour ce faire, après avoir rappelé les principes de droit international applicables, du moins dans la mesure où ils sont pertinents dans la présente espèce, je m'efforcerai de montrer que la demande belge de réparation les méconnaît gravement.

*

Le droit international se montre, comme chacun le sait, en matière de rapport causal, à la fois libéral et rigoureux. Selon une expression couramment utilisée, il exige un rapport de causalité adéquate. D'un côté, en effet, il paraît aujourd'hui admis — et nous ne le contestons pas — que

certains dommages qualifiés parfois d'indirects sont susceptibles de réparation : nous n'irons donc pas jusqu'à adopter la position extrême qui a été celle du Gouvernement belge lors de la Conférence de codification de 1930, lorsque le Gouvernement belge a, quant à lui, proposé d'exclure complètement la réparation du dommage indirect (*Conférence pour la codification du droit international, Base de discussion, tome III, p. 147*). En revanche, si des dommages qualifiés parfois d'indirects, ou d'éloignés, ou de *remote*, ou d'étrangers, ou de *consequential*, si de tels dommages, dis-je, peuvent donner lieu à réparation, encore faut-il qu'il y ait une chaîne ininterrompue de causalité entre eux et les actes illicites invoqués. C'est cette idée de chaîne de causalité qui se trouve sans doute au cœur de la matière, et son importance dans la présente affaire ne saurait être minimisée. La définition en a été donnée dans un passage souvent cité de la sentence rendue en 1928 dans l'affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises (R.S.A., vol. II, p. 1013 et suiv.)*. Les arbitres s'expriment ainsi :

« Il ne serait pas équitable de laisser à la charge de la victime les dommages que l'auteur de l'acte illicite initial a prévus et peut-être même voulus, sous le seul prétexte que, dans la chaîne qui les relie à son acte, il y a des anneaux intermédiaires. Mais par contre tout le monde est d'accord que, si même on abandonne le principe rigoureux que seuls les dommages directs donnent droit à réparation, on n'en doit pas moins nécessairement exclure, sous peine d'aboutir à une extension inadmissible de la responsabilité, les dommages qui ne se rattachent à l'acte initial que par un enchaînement imprévu de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu se produire que grâce au concours de causes étrangères à l'auteur et échappant à toute prévision de sa part » (*ibid.*, p. 1031).

Il semble que l'on peut distinguer, dans le principe de causalité ainsi défini, trois aspects, intimement liés à vrai dire l'un à l'autre, mais que l'on séparera ici pour la seule commodité de l'exposé.

Le premier, c'est que, positivement, le préjudice doit être dû à l'acte illicite de l'Etat défendeur. Dans son opinion dissidente sur l'affaire *Oscar Chinn*, Anzilotti reprochait au Gouvernement britannique de s'être contenté d'établir que l'industrie privée des transports fluviaux du Congo avait cessé après les mesures reprochées au Gouvernement belge ; « après » ne signifie pas : « à cause de » ; or, ajoutait l'illustre juge, « il faut également prouver que cette cessation se relie, comme l'effet à sa cause, aux dites mesures » (*C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 108*).

Dans une déclaration faite à la Conférence de codification de 1930, Nicolas Politis a de même souligné que seul peut être réparé le dommage qui se présente comme « la conséquence nécessaire et inévitable » du fait générateur de la responsabilité » (*Conférence pour la codification du droit international, Base de discussion, tome IV, p. 132*) ; des expressions comme : conséquence nécessaire, inévitable, raisonnable, etc., se retrouvent dans maintes sentences, par exemple, dans la sentence *Yuille, Shortridge & Co.* (La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 109), ainsi que dans l'opinion individuelle que j'ai déjà citée de sir Cecil Hurst dans l'affaire *Oscar Chinn* (*C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 129*).

Sans doute est-il vrai, et nos adversaires pourront nous l'objecter, que, comme l'a montré Anzilotti dans son *Cours de droit international* (p. 532

de la traduction française), l'existence d'une causalité adéquate est généralement une question d'espèce — le juge ou l'arbitre ayant tendance à qualifier de directs les dommages qu'il considère comme suffisamment liés à l'acte générateur de responsabilité, et d'indirects ceux pour lesquels il n'est pas parvenu à établir une causalité suffisante. Il n'en reste pas moins qu'au-delà de cet empirisme, qui est exact, la jurisprudence se réfère généralement à un double critère : pour être susceptible de réparation, le dommage doit avoir été normalement prévisible, d'une part, et, d'autre part, il doit avoir été voulu par les organes de l'Etat défendeur. Ces deux éléments, l'un objectif — le caractère raisonnable de la conséquence de l'acte illicite — et l'autre subjectif — le caractère recherché, voulu, de la conséquence — sont, à des degrés divers, relevés par la quasi-totalité des sentences, par exemple par celle que je me suis permis de citer tout à l'heure, ainsi que par les auteurs, notamment — je ne donnerai qu'un seul exemple — par Reitzer dans son ouvrage sur *La réparation en conséquence de l'acte illicite en droit international* (1938, p. 178) qui donne un bon tableau de la matière¹. Voilà pour l'aspect positif.

En second lieu, et négativement, toute interruption de la chaîne de causalité entraîne rupture du rapport causal. Il en est ainsi, notamment, lorsque ont concouru à la production du dommage des causes étrangères, c'est-à-dire des causes autres que des actes illicites de l'Etat défendeur : actes de simples particuliers, actes d'Etats tiers, circonstances économiques générales, actes licites de l'Etat défendeur, faits de la victime elle-même. Pour ce qui est de cette dernière catégorie de causes étrangères, je pense que le Gouvernement belge contestera d'autant moins les incidences de la conduite de la victime sur la détermination du préjudice imposable qu'il en a lui-même fait la théorie naguère, en termes excellents, dans l'affaire *Oscar Chinn*. Dans cette affaire, ce thème de la faute de la victime qui a préféré tout abandonner et ne pas faire elle-même ce qu'elle devait faire, et qui a préféré prendre à partie le gouvernement — qui était à l'époque le Gouvernement belge — ce thème se trouve marqué avec beaucoup d'emphase dans les écritures et les plaidoiries belges. (*C.P.J.I. série C n° 75*, p. 185 et 258.)

L'importance du fait de la victime en tant qu'élément interrompant le rapport de causalité a été, là encore, soulignée par tous les auteurs. Je me permettrai de faire simplement mention de l'article classique de l'ancien juge Spiropoulos sur ce point (« Die Haftung der Staaten für indirekten Schaden aus völkerrechtlichen Delikten », *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, 1929, p. 92 et suiv.)².

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 45

J'en arrive, Monsieur le Président, au troisième aspect du rapport causal que j'ai cru pouvoir distinguer. La réparation doit être proportionnelle à l'influence causale de l'acte illicite, relevé à la charge de l'Etat défendeur dans la production du dommage. La réparation sera donc écartée complètement ou réduite, selon le cas, pour tenir compte de l'interférence de causes étrangères et, notamment, de la conduite de la

¹ Cf. Roth, *op. cit.*, p. 78; Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, 1938, p. 142 et suiv.; Salvioli, « La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux », *Recueil des cours*, 1929, t. 28, p. 249.

² Cf. Roth, *op. cit.*, p. 83 et suiv.; Salvioli, *op. cit.*, p. 265 et suiv.

victime elle-même. Ce principe n'est pas discuté: il a été mis en lumière, entre autres, par Eagleton dans son ouvrage classique *The Responsibility of States*¹; il est admis même par un auteur comme le professeur Salmon, peu enclin pourtant à considérer que la conduite blâmable de l'étranger puisse rendre irrecevable une demande de protection diplomatique faite en sa faveur, mais qui estime néanmoins qu'une conduite blâmable peut contribuer à réduire et même à supprimer l'obligation de réparation. (Salmon, « Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *Annuaire français de droit international*, 1954, p. 237 et suiv.)

La jurisprudence arbitrale offre au surplus de nombreux exemples de ventilation de l'indemnité en cas de concurrence de plusieurs causes à la production du dommage, le préjudice n'étant pas alors réparé en totalité, mais seulement à concurrence de la quote-part afférente à l'acte illicite relevé contre l'Etat. Cette règle est l'évidence même et nous aurions quelques scrupules à la rappeler devant la Cour si la Partie adverse n'avait pas montré quelque velléité de la contester en ayant recours cette fois-ci au procédé du grief global.

La pensée exacte de nos contradicteurs est à vrai dire enveloppée, là encore, dans des formules si bien étudiées que l'on arrive mal à la cerner. Dès le début des plaidoiries belges, le professeur Rolin a montré qu'il entendait se servir du grief global, entre autres, sur le plan de la réparation. C'est du moins ainsi que nous avons cru le comprendre. Il s'est exprimé dans les termes suivants, qui méritent d'être rappelés:

« Il est ... simplement impossible d'apprécier ce dommage en fonction des effets immédiats de chaque acte et de chaque décision. Sans doute les ressortissants belges, actionnaires de Barcelona Traction ... ont-ils subi un préjudice immédiat du fait du prononcé du jugement de faillite, des saisies effectuées sur les avoirs des sociétés auxiliaires, de l'exercice abusif par les organes de la faillite des droits afférents aux actions de ces sociétés composant le patrimoine de la Barcelona Traction, mais ce trouble de jouissance et sa prolongation ne sont rien en comparaison de la perte finale, totale, définitive qui résulta pour eux de la vente des titres composant la totalité du patrimoine de Barcelona Traction à laquelle concoururent les actes et décisions incriminés » (VIII, p. 52).

Et M^e Rolin d'ajouter:

« Nombreux sont au surplus les exemples que la jurisprudence internationale nous offre de sentences basées sur une série d'illégalités ou d'anomalies diverses aboutissant à une condamnation unique » (*ibid.*).

Plus tard, se référant à ces développements de M^e Rolin, dont les termes ont été certainement très pesés, M. Lauterpacht précisa:

« Pour évident que soit le rapport de causalité entre les actes illicites allégués et le préjudice subi, l'effet global desdits actes illicites (*the cumulative effect of the wrongful acts*) doit également être pris en considération (VIII, p. 460).

¹ Voir: Eagleton, *The Responsibility of States*, p. 203; La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 977; Salvioli, *op. cit.*, p. 245; Roth, *op. cit.*, p. 80-81; Personnaz, *op. cit.*, p. 146 et suiv.

La traduction française rend mal la saveur de l'expression anglaise de M. Lauterpacht qui parlait de : « the cumulative effect of the wrongful acts ».

Que veulent dire par là, Monsieur le Président, les conseils du Gouvernement belge?

Dans la mesure où ils entendent affirmer qu'une indemnité globale peut être fixée au cas de pluralité d'actes illicites, sans qu'il soit nécessaire pour le juge ou l'arbitre de détailler la réparation correspondant à chacun des actes illicites, ils enfoncent, si la Cour me permet cette expression un peu familière, une porte largement ouverte. Il est tout à fait normal, de même, que le juge ou l'arbitre fixe une indemnité unique et globale lorsqu'un délit international, par exemple un déni de justice, est constitué par la réunion de plusieurs faits matériels distincts qui en forment les éléments constitutifs.

Or, c'était là la situation qui se présentait dans les quelques affaires que M^e Rolin a citées. Je les reprends très rapidement. Dans l'affaire *Brown* (R.S.A., vol. VI, p. 120) il y avait un délit unique, à savoir un déni de justice, qui était composé par plusieurs faits matériels distincts. Dans l'affaire *Chattin* (R.S.A., vol. IV, p. 282), plusieurs actes illicites avaient été retenus, et le juge, très normalement, au lieu d'affecter un montant de réparation à chacun des actes illicites, a fixé une indemnité globale. Des caractéristiques analogues se présentent dans les deux autres affaires citées par M^e Rolin, l'affaire *Solomon* (R.S.A., vol. VI, p. 370) et l'affaire *Fabiani* (*Pasicrisie*, p. 343).

Aussi bien — je ne m'avance qu'avec prudence — la portée des remarques quelque peu sibyllines de nos contradicteurs paraît-elle aller au-delà de ces constatations d'évidence. Le Gouvernement belge semble en effet laisser entendre — mais peut-être ai-je mal compris sa pensée — que lorsqu'on est en présence d'une situation complexe, comprenant une série de délits connexes, la réparation à allouer ne doit pas correspondre à la somme des dommages liés par un lien de causalité adéquate à chacun des délits commis, mais doit correspondre d'emblée à la perte finale et totale subie. Si les mots ont un sens, cela signifierait dans le cas présent que, dans l'hypothèse où, par impossible, la Cour retiendrait un ou deux faits illicites parmi les très nombreux délits invoqués par la Belgique contre l'Espagne, la Cour ne devrait pas — je reprends les mots de M^e Rolin — « apprécier le dommage en fonction des effets immédiats de chaque acte et de chaque décision », ce qui serait normal, mais tenir compte du *cumulative effect*, de l'effet global, et assurer la réparation de la « perte finale, totale et définitive » (VIII, p. 52) subie prétendument par les protégés du Gouvernement belge.

Si c'est là la thèse de nos adversaires, elle est assurément novatrice et audacieuse. Elle consiste, en effet, en rien de moins qu'à écarter toute exigence tirée du rapport de causalité et à faire supporter par un Etat la conséquence d'actes qui ne sont pas internationalement illicites. Que le Gouvernement belge demande à la Cour d'accepter de telles vues, libre à lui. Mais il ne saurait en tout cas prétendre que la jurisprudence partage son point de vue.

L'affaire *Martini*, citée par M^e Rolin, ne peut en tout cas lui apporter beaucoup de satisfaction : comme M^e Rolin l'a lui-même reconnu, la Commission mixte italo-vénézuélienne, dans cette affaire, a précisément distingué avec soin les parties de l'arrêt de la Cour de Caracas qui étaient entachées d'illégalité et celles qui ne l'étaient pas (R.S.A., vol. II, p. 100r).

Bien mieux, il n'y a pas eu seulement dans cette affaire une distinction entre actes licites et actes illicites ayant concouru à un même dommage, mais l'analyse est allée jusqu'à distinguer les aspects légaux et illégaux d'un seul et même acte, en l'espèce le jugement de Caracas, et seuls ceux des aspects de cet acte unique qui ont été considérés comme illégaux ont fait l'objet d'une réparation sous la forme de l'annulation de la partie critiquable de l'arrêt.

On pourrait citer bien d'autres exemples montrant que la ventilation entre la partie du dommage afférente à l'acte illicite et celle afférente à d'autres causes est pratiquée par la jurisprudence, même lorsque ces autres causes sont aussi imputables à l'Etat défendeur mais sont des actes licites de l'Etat défendeur.

Je me bornerai à faire état d'un seul exemple: l'affaire *Petrocelli* (*R.S.A.*, vol. X, p. 591), dans laquelle le surarbitre Ralston a distingué deux actes émanés l'un et l'autre du gouvernement défendeur, mais dont l'un était internationalement illicite et l'autre internationalement licite. A-t-on fait jouer le *cumulative effect of the wrongful acts*? Non! L'arbitre a mis à la charge du gouvernement défendeur une réparation correspondant à une partie seulement du dommage subi, en l'espèce, la moitié.

On ne voit guère, dès lors, où il y aurait place en droit international pour l'effet global des actes illicites.

Tels sont les quelques principes — à vrai dire élémentaires et difficilement contestables — de droit international que je voulais rappeler.

*

A la lumière de ces considérations générales, la méconnaissance, par la demande belge de réparation, des règles du droit international en matière de causalité apparaît pleinement.

Je voudrais, me plaçant maintenant sur le plan concret de notre affaire, le montrer en reprenant successivement les trois aspects du principe de causalité que j'ai cru pouvoir distinguer tout à l'heure.

Et, d'abord, le problème de l'établissement positif du rapport causal.

La présentation donnée par le Gouvernement belge à ses thèses est à vrai dire, comme je l'ai déjà indiqué, d'une confusion telle que l'on éprouve, là encore, une difficulté à dégager quel est exactement le rapport causal sur lequel le Gouvernement belge s'appuie.

M. Lauterpacht présente la chaîne de causalité de la manière suivante: activités des autorités espagnoles dans l'administration du contrôle des changes — paralysie du plan d'arrangement — faillite. Et il dit très clairement — je ne pense pas trahir sa pensée: « Si ce plan n'avait pas échoué, rien de ce qui a suivi ne se serait produit » (VIII, p. 460). L'accent est donc mis sur l'échec du plan d'arrangement.

Pour M^e Van Ryn, nous sommes dans un autre domaine: « c'est la vente à vil prix de ce portefeuille ... (de « faux titres ») [c'est lui qui emploie cette expression] qui a engendré la majeure partie du dommage » (VIII, p. 235).

Si nous nous reportons à M^e Rolin, nous constatons que la définition du rapport causal est infiniment moins précise.

Traitant du blocage des recours, M^e Rolin a qualifié la décision de la cour d'appel de Barcelone du 7 juin 1949 de « décision qui, dans l'ordre de la gravité — suivant nous —, prend place immédiatement après le jugement de faillite » (VIII, p. 242).

Un peu plus tard, il a attribué un effet déterminant tout à la fois — et sur le même plan — à des événements extrêmement divers: il a cité le jugement de faillite, le refus d'autorisation du plan d'arrangement, l'impression des soi-disant faux titres, l'autorisation de vente, le cahier des charges et — a-t-il ajouté pour faire bonne mesure — « combien d'autres actes » (VIII, p. 573): cette dernière mention ne facilite guère ni la tâche de la Partie défenderesse ni celle probablement de la Cour! Le lendemain, reprenant les divers griefs, à l'occasion de l'examen de l'une des exceptions préliminaires, M^e Rolin à précisé que

« l'opposition au plan d'arrangement ne constitue pas le seul grief dirigé contre les autorités administratives » (VIII, p. 583).

et il a fourni une longue liste d'éléments qu'il considère également comme déterminants.

Si nous avons bien compris la thèse belge — mais là encore nous ne pouvons en être absolument sûrs —, il y aurait donc eu dans cette affaire une série d'actes illicites se conditionnant l'un l'autre et reliés l'un à l'autre en une série ininterrompue: ce serait là la caractéristique du problème du rapport causal dans la présente affaire.

Mais alors, et indépendamment du fait même que, selon le Gouvernement espagnol, aucun maillon de cette chaîne ne constitue en lui-même un acte illicite — les autres conseils ont essayé de l'établir — la chaîne de causalité invoquée par le Gouvernement belge apparaît très rapidement comme ayant été en fait interrompue à plusieurs endroits; il semble en effet que maints anneaux intermédiaires font défaut. Le professeur Reuter a montré, par exemple, qu'une véritable coupure sépare les décisions de 1946 reprochées aux autorités espagnoles, d'une part, et la faillite, d'autre part: il a longuement et minutieusement essayé d'établir que les négociations privées qui ont eu lieu en 1947 et en 1948, et notamment les décisions prises librement et par l'effet d'un choix volontaire par les dirigeants de Barcelona Traction à l'égard de ces négociations, ont changé les données de l'affaire et interdisent de relier aujourd'hui les événements postérieurs à 1948 à ceux qui les ont précédés pour en faire un ensemble unique et cohérent (*supra*, p. 223 et 226).

M. Reuter a montré également qu'une autre coupure radicale — et il y en a d'autres encore — se situe en 1951, lorsque le Canada a adressé à ses ressortissants une invitation de négocier et que cette solution, acceptée par M. March, a été refusée par les dirigeants de Barcelona Traction.

Si je puis me permettre de reprendre les termes de M. Reuter:

« Ce libre choix [il s'agit du libre choix des dirigeants de Barcelona] permet d'écarter, d'une part, l'intention délictuelle prétendument attribuée au Gouvernement espagnol, et d'autre part, le lien de causalité qui rattacherait à son attitude les conditions de la vente » (*supra*, p. 245).

Il faut ajouter que, dans la mesure où le Gouvernement belge présente les divers actes invoqués par lui comme reliés par une même intention — ce qui est l'un des éléments fondamentaux de la thèse du grief global —, on serait en présence d'une tentative difficilement vraisemblable ou croyable d'attribuer une intention identique à des personnes tellement nombreuses sur une si longue période de temps: comment imaginer, Monsieur le Président, que, pendant de si longues années, ministres, fonctionnaires, juges de tout rang aient prévu et voulu ce qui s'est

produit à la fin, sans que des décisions librement prises par les deux groupes privés intéressés — et notamment par celui de la Barcelona Traction — aient eu la moindre influence dans la production des événements successifs? Ce serait vraiment réduire à peu de chose l'effet de la libre détermination des deux groupes intéressés dans cette masse complexe d'événements qui se sont déroulés au cours de la période litigieuse.

Comme l'a dit le professeur Reuter, le Gouvernement belge a présenté à la Cour une histoire apparemment cohérente, mais cohérente parce que reconstituée, après coup, en la récrivant par la fin (*supra*, p. 222). Et — c'est cela qui m'intéresse ici dans le cadre de mon propos d'aujourd'hui — c'est de cette façon-là seulement que le Gouvernement belge peut tenter de donner l'illusion d'une chaîne de causalité continue.

On constate en outre que, lorsque l'on examine les différents rapports de causalité dans le détail, ils apparaissent comme étant extrêmement fragiles, pour ne pas employer un mot plus expressif.

Quel rapport, par exemple, peut-il bien exister entre le prix soi-disant trop bas, le fameux « vil prix », auquel les biens ont été vendus en 1952 et un acte quelconque de l'Etat espagnol? Car une mise à prix trop basse aurait, en toute logique, dû augmenter le nombre d'enchérisseurs et, partant, faire monter le prix de vente. Je prie la Cour respectueusement de se reporter sur ce point aux explications données par le professeur Carreras (*supra*, p. 378), lequel a montré qu'il n'y avait pas de lien de causalité précis entre la fixation d'un prix minimum pour une vente aux enchères et le prix de vente lui-même. En revanche, on peut se demander dans quelle mesure — et si je me le demande, c'est que la réponse est claire pour nous — un certain rapport de causalité n'aurait pas existé entre la violente campagne déchaînée par Barcelona Traction et Sidro pour décourager toute personne intéressée éventuellement de se présenter aux enchères de 1952, et le fait qu'en fin de compte une seule personne s'est présentée, à savoir la Fecca.

En second lieu, et cela correspond à l'aspect négatif dont j'ai parlé tout à l'heure, le Gouvernement belge néglige précisément l'existence de tous éléments étrangers qui sont intervenus dans la causalité du préjudice qu'il allègue. D'après lui l'affaire forme un tout et, sous ce prétexte, il n'est que trop facile de dire que même des actes imputables à des tiers, ou aux prétendues victimes elles-mêmes, doivent être imputés en réalité à l'Etat espagnol; globalement, tout est mis à la charge de l'Etat espagnol.

Cela est éclatant d'abord pour les actes de personnes tierces, aussi bien publiques que privées. Publiques: en effet, M^e Rolin a cité, parmi les griefs qu'il considère comme déterminants, la « dénaturation » — le mot est de lui — des travaux de la commission internationale... Par qui? Par la déclaration conjointe. Ce seraient ainsi les actes du Royaume-Uni et du Canada qui seraient également, parmi bien d'autres, imputés à crime à l'Etat espagnol. Le rapport de causalité est vraiment mince. Personnes privées aussi, car le Gouvernement belge n'hésite pas davantage à rendre l'Etat responsable de l'attitude des demandeurs à la faillite, ainsi que d'une manière générale des mille et une décisions et démarches des deux groupes financiers intéressés au cours des très complexes procédures judiciaires. Cela est d'autant plus inadmissible que, la Cour le sait, le Gouvernement espagnol a toujours eu à cœur de ne pas s'immiscer dans un litige d'ordre privé en instance de règlement devant ses tribunaux. En imputant à l'Etat espagnol des actes de simples particuliers, le Gouverne-

ment belge manifeste une fois de plus que, conformément à la stratégie du groupe qu'il patronne, il entend transformer en un différend international un conflit de caractère privé.

Cette méconnaissance des éléments de causalité extérieurs est encore plus frappante, s'il est possible, en ce qui concerne les agissements des personnes mêmes pour qui le Gouvernement belge prétend intervenir. Pour le montrer, le Gouvernement espagnol va suivre un instant encore le Gouvernement belge sur le terrain où il s'est placé, à savoir la perte par un actionnaire belge, jouant le rôle d'un actionnaire-pilote et exerçant à ce titre une « influence déterminante » (ces mots sont tous de la Belgique: R., V, p. 765, 646 et 749), un « pouvoir », un « contrôle absolu » de l'entreprise, la perte donc, dis-je, de ce contrôle, de ce pouvoir, de cette influence.

Ce que le Gouvernement espagnol voudrait montrer, et indépendamment du peu de consistance de toutes ces thèses, c'est que cette façon de présenter le problème, prise comme elle est, comporte en elle-même les germes de sa propre destruction et affiche, si l'on peut dire, ses irrémédiables défauts un peu comme le Candide de Voltaire, dont l'auteur disait que « sa physionomie annonçait son âme ».

Dès lors en effet que Sidro aurait joué dans Barcelona Traction ce fameux rôle prépondérant dont se prévaut le Gouvernement belge, ce rôle d'actionnaire-pilote, elle devrait aujourd'hui être déclarée responsable de la politique suivie par Barcelona Traction dans ses rapports tant avec les créanciers qu'avec les autorités espagnoles. C'est un point que le Gouvernement belge semble oublier. Comme sir Humphrey Waldock l'a fait observer, le véritable enchaînement causal dans cette affaire, c'est celui qui part de la gestion de Barcelona Traction pour aboutir à la faillite. C'est la politique poursuivie à l'égard des autorités espagnoles qui a provoqué de la part de ces dernières — les autres conseils du Gouvernement espagnol l'ont dit — le refus de devises et le refus d'autoriser le plan d'arrangement, et donc la faillite (voir notamment *supra*, p. 104). Or, de tout cela, qui donc serait responsable, si ce n'est l'actionnaire majoritaire qui, au dire du Gouvernement belge, contrôlait la société, y faisait figure d'actionnaire-pilote, inspirait sa politique, dictait ses décisions?

Ce serait donc Sidro, au profit de qui le Gouvernement belge nous dit intervenir, qui serait responsable de la politique consistant à financer l'entreprise aux dépens des obligataires, politique qui a conduit inexorablement à la seule issue possible pour un créancier, en face d'un débiteur récalcitrant, à savoir la demande de faillite!

Ce serait Sidro encore qui serait responsable de l'échec des négociations qui ont eu lieu avec les représentants des porteurs d'obligations *Prior Lien* en 1947 et 1948, négociations dont le professeur Reuter a entretenu la Cour (*supra*, p. 226 et suiv.). Le professeur Reuter a montré aussi, comme je l'ai rappelé, que la solution négociée avait aussi été rejetée par les dirigeants de Barcelona en 1951 « en vertu d'un choix tout à fait libre », a-t-il dit, choix « qui pouvait être différent » (*supra*, p. 245).

Si vraiment Sidro avait le contrôle absolu de Barcelona Traction, ce serait elle qui aurait négligé d'exercer ce pouvoir en vue d'amener Barcelona à faire des offres sérieuses de paiement ou de consignation en pesetas pour les obligations en livres sterling. Ce serait elle qui aurait omis de faire obstacle à la faillite par un recours à la cessation officielle des paiements ou par une offre de concordat. Ce serait elle encore qui aurait négligé de susciter, de la part de Barcelona Traction, une opposition, dans

le délai requis, au jugement déclaratif de faillite. Ce serait elle qui n'aurait pas voulu reprendre en 1952, « pour ainsi dire gratuitement » — puisque, à en croire le Gouvernement belge, telles étaient les conditions de la vente — le contrôle de la Barcelona Traction. Ce serait elle encore qui n'aurait pas profité — ou qui n'aurait pas fait profiter Barcelona Traction — de la faculté de substitution à la Fecsa après la vente aux enchères. Et faut-il rappeler encore une fois la campagne d'intimidation et de menaces lancée par Barcelona et Sidro pour décourager en 1952 tout enchérisseur éventuel de se présenter à la vente, campagne dont MM. Gil-Robles et Carreras ont longuement entretenu la Cour (*supra*, p. 63, 340-341). Il est trop facile, alors, de parler d'actes de l'Etat espagnol et de faire remonter le rapport causal à l'Etat espagnol pour la vente à « vil prix » de 1952.

Si ces observations sont exactes, le prétendu actionnaire-pilote pour qui le Gouvernement belge prétend intervenir et qui serait donc la victime dans ce procès en responsabilité, recueillerait ainsi, aujourd'hui, les fruits de sa propre politique. Bien mieux, à chacun des actes presque, dont le Gouvernement belge fait grief aux autorités espagnoles, on peut assigner une responsabilité directe de Barcelona Traction et, par conséquent, si l'on suit nos adversaires sur leur terrain, de son actionnaire-pilote Sidro. Par exemple, le jugement de faillite que l'on reproche si vivement à l'Espagne est imputable en réalité au refus de Barcelona Traction, et donc de son actionnaire-pilote, de payer leur dû aux créanciers; le dommage résultant prétendument de la saisie des actifs des filiales est imputable à la structure de l'entreprise; le déroulement de la procédure de faillite est imputable à la décision prise par Barcelona Traction, et donc par Sidro, d'éluider la justice espagnole; l'émission de nouveaux titres est due au détournement de fonds de la société faillie, etc. Ainsi, à la fois dans le détail et dans l'ensemble, la situation dont le Gouvernement belge se plaint est due à l'action de Barcelona Traction, et donc de l'actionnaire qui, selon le Gouvernement belge, la contrôlait.

Le professeur Gil-Robles a montré à la fin de sa plaidoirie que

« La Barcelona Traction n'a pas été la victime d'ennemis imaginaires ... mais a succombé écrasée sous le poids de ses propres fautes » (*supra*, p. 67),

et il a dénoncé — la Cour s'en souviendra, je pense — l'« étonnante passivité » dont Barcelona a fait preuve à l'égard du jugement déclaratif de faillite en même temps que la « prolifération » de recours de toutes sortes voués à un échec certain (*supra*, p. 42 et 44).

Or est-il nécessaire que je rappelle une nouvelle fois l'importance qu'occupent dans la jurisprudence internationale les incidences de l'action comme de l'abstention des particuliers intéressés? Je me bornerai à citer une seule phrase parmi des dizaines d'autres, extraite d'une sentence arbitrale, *Friedrich & Co.*, dans laquelle le surarbitre a refusé toute indemnité à la victime parce que cette victime — disait l'arbitre — « was the primary and potent cause of its own misfortune » (*R.S.A.*, vol. X, p. 54).

À la lumière de ces indications — que la Cour connaissait fort bien d'ailleurs — on comprend mieux maintenant pourquoi le Gouvernement belge a cherché d'entrée de jeu à rejeter dans les ténèbres extérieures de la « préhistoire » toute une série de faits, parce que ces faits expliquaient très exactement le rapport causal par la faute des dirigeants de Barcelona

Traction eux-mêmes. Le but de cette opération, si je puis dire, a consisté à empêcher de faire apparaître le véritable rapport causal. Comme l'a remarqué le professeur Guggenheim, le Gouvernement belge est d'autant moins bien venu de demander aujourd'hui une appréciation d'ensemble de l'affaire, comme il le fait, qu'il a dénié constamment au Gouvernement espagnol le droit de plaider ce qui, de l'avis du Gouvernement espagnol, constitue le fond même, la substance même de l'affaire (cf. *supra*, p. 101).

Mais, et ce sera le troisième aspect, la demande belge ne se borne pas à reposer sur une chaîne de causalité fragmentaire et à méconnaître l'influence des causes étrangères qui se sont immiscées dans le rapport causal; elle comporte également, je l'ai indiqué, un appel à la curieuse théorie du grief global. Je ne reprendrai pas, bien entendu, les objections que l'on peut avancer contre cette thèse et que d'autres conseils du Gouvernement espagnol ont formulées.

J'indiquerai simplement que, comme l'ont montré les professeurs Guggenheim et Reuter, il suffit qu'un seul élément du complot tripartite imaginé par le Gouvernement belge tombe, ou bien qu'un seul des innombrables actes administratifs et judiciaires invoqués se révèle ne pas avoir été inspiré par cette intention commune qui est la base même de la thèse adverse, pour que celle-ci s'écroule tout entière à la manière d'un château de cartes (*supra*, p. 101-103 et 223).

Si l'on y réfléchit un peu, on constate que la fonction du grief global est, en définitive, de couvrir d'un mot — un mot brillant certes, je le concède, et très bien trouvé — les lacunes de la demande adverse. Dans sa première version, la théorie du grief global devait, la Cour s'en souvient, servir à faire passer pour illicite une addition d'actes licites; sur ce point, la thèse a été abandonnée. Sous sa forme actuelle, elle est utilisée en partie pour combler les déficiences de la demande de réparation, et cela à un triple point de vue.

En premier lieu, elle doit fournir l'élément intentionnel commun qui est destiné à remplacer les anneaux manquants de la chaîne de causalité.

En second lieu, elle doit permettre d'intégrer dans la chaîne de causalité les éléments externes et d'imputer à l'Etat espagnol des actes de simples particuliers — la conduite de Barcelona Traction et de Sidro elles-mêmes — et les actes licites de l'Etat espagnol; on pourrait presque dire que la définition du grief global consiste à faire grief globalement à l'Etat espagnol d'actes qui ne lui sont pas imputables en même temps que d'actes qui émanent de lui.

Enfin, la notion de grief global doit justifier, si notre interprétation est exacte, la demande tendant à l'allocation d'une réparation correspondant à la totalité du fabuleux préjudice allégué, quels que soient par ailleurs la nature et le nombre des actes illicites susceptibles d'être retenus.

Ces tentatives de suppléer les déficiences du rapport causal à l'aide de formules brillantes comme le grief global ou le *cumulative effect*, le Gouvernement espagnol se devait de les démasquer afin de mieux les déjouer.

Le moment est venu, Monsieur le Président, de conclure cette première section, la plus longue, de la demande principale de réparation, c'est-à-dire le préjudice.

Les conseils de la Partie adverse ont affirmé à deux reprises que le préjudice dont ils demandaient réparation était reconnu en droit international — l'expression s'est trouvée dans les plaidoiries adverses (VIII, p. 459 et 522). Ils ne l'ont, bien entendu, pas prouvé. Le Gouvernement espagnol espère quant à lui avoir montré à quel point nous sommes loin,

dans la présente affaire, de la preuve d'un préjudice reconnu en droit international.

*
* *

Il nous faut à présent aborder le second aspect de cette analyse critique de la demande belge, à savoir l'examen de la *réparation* sollicitée proprement dite. Tel sera l'objet de la seconde section de cet exposé.

J'examinerai successivement le problème de la *forme* de la réparation demandée et celui de son *évaluation*.

*

Comme la Cour le sait, la demande belge a subi, en apparence du moins, une importante évolution depuis la requête de 1958 jusqu'à la phase actuelle. Je ne retracerai pas dans toutes ses nuances ce lent cheminement de la demande belge et je me contenterai de rappeler que, de doublement subsidiaire qu'elle était en 1958, la demande d'indemnité correspondant à 88 pour cent de la valeur de l'actif social a connu une irrésistible ascension d'une phase à l'autre de la procédure pour connaître enfin son triomphe dans la réplique de 1968.

La Cour sait comment cette lente et constante progression de la demande d'indemnisation pécuniaire a été justifiée, dans chacune de ses étapes, par le Gouvernement belge en invoquant l'existence d'obstacles matériels et juridiques à une remise en état de la société. M. Lauterpacht a ajouté à ces obstacles matériels et juridiques des obstacles d'ordre psychologique, Barcelona Traction et ses succursales n'étant plus *persona grata* en Espagne (VIII, p. 463).

La vérité est, comme l'a déjà fait observer le professeur Gil-Robles (*supra*, p. 64), que le Gouvernement belge n'a jamais demandé la *restitutio in integrum* que du bout des lèvres et que la préférence de ses protégés est toujours allée vers une indemnité pécuniaire. C'est assurément leur droit. Le Gouvernement espagnol n'aurait aucun commentaire à faire sur ce choix si les motifs qui l'ont inspiré n'en étaient pas riches de signification, car, par-delà les raisons techniques invoquées par le Gouvernement belge, se profilent en effet des motivations autrement sérieuses.

La prédilection de la Partie adverse pour l'indemnité pécuniaire ne s'explique probablement qu'à la lumière de la stratégie globale poursuivie par le groupe.

Comme la Cour le sait maintenant — nous l'avons bien souvent dit — les dirigeants de Barcelona cherchent, en portant l'affaire sur le plan international, à effacer les conséquences de la faillite par l'octroi d'une *réparation internationale* qui leur permettrait de sortir dans de bonnes conditions de la situation où ils se sont placés. Or, il est clair qu'une *restitutio in integrum* aurait rétabli, ou rétablirait *ipso facto*, la situation telle qu'elle existait à la veille de la faillite, c'est-à-dire qu'elle constituerait une Barcelona Traction écrasée sous le poids de ses dettes et prise au piège de ses dissimulations, et le groupe se retrouverait ainsi instantanément dans l'impasse où il était en 1948 et dont les seules issues — l'histoire l'a montré — résidaient soit dans un nouveau sacrifice imposé aux créanciers soit précisément dans la faillite. L'objectif poursuivi en déclenchant le processus de la protection internationale serait du même coup manqué. Par contre, si le groupe pouvait obtenir, par le truchement

de l'action internationale du Gouvernement belge, une importante somme d'argent, une indemnisation pécuniaire, l'affaire prendrait pour lui une tout autre tournure. Voilà le véritable motif, nous semble-t-il, de la demande d'indemnisation pécuniaire.

Mais la Cour aura remarqué que si le Gouvernement belge demande aujourd'hui exclusivement une réparation pécuniaire, il continue néanmoins de présenter celle-ci comme le substitut d'une *restitutio in integrum* devenue, selon lui, impossible. Dans la duplique, le Gouvernement espagnol a montré que ce discret rappel, qui se retrouve d'ailleurs dans les plaidoiries, de la *restitutio* est nécessaire au Gouvernement belge pour expliquer juridiquement qu'il demande pour un préjudice soi-disant d'actionnaires une indemnité calculée d'après la valeur du patrimoine social (D., VII, n° 857, p. 843). Sans cette allusion à la *restitutio* de la société on ne pourrait plus justifier une demande d'indemnisation d'un préjudice présenté comme un préjudice d'actionnaires d'après la valeur du patrimoine de la société.

A l'inverse d'ailleurs, l'accentuation de plus en plus forte de la notion d'indemnité s'explique, outre les considérations de stratégie dont je viens de parler, par un double souci tactique: d'abord, donner quelque crédibilité à la thèse d'une protection d'actionnaires et, ensuite, échapper aux critiques peut-être décisives adressées par le Gouvernement espagnol à la demande de *restitutio* dans ses plaidoiries de 1964 (v. notamment II, p. 200, et III, p. 834) et dans le contre-mémoire (v. notamment IV, p. 575, 578 et 647-649).

L'échec de ces tentatives nous paraît toutefois aussi patent sur le premier point que sur le second. En ce qui concerne la volonté de faire croire davantage à la thèse d'une protection d'actionnaires, le professeur Ago montrera ultérieurement que le changement de cap opéré par la réplique ne vient pas conforter une qualité pour agir bien déficiente; et pour ce qui est de l'espoir du Gouvernement belge d'échapper aux objections dirimantes qui condamnaient sa demande de remise en état, la duplique espagnole a montré qu'il était bien fallacieux. Je prie la Cour de vouloir bien se reporter sur ce point aux pages 844 à 849 (VII) de la duplique: je ne puis mieux faire que de confirmer les développements fournis dans ce passage de ses écritures par le Gouvernement espagnol.

Il n'y aurait rien à ajouter sur ce problème de la modalité de la réparation demandée — *restitutio* ou indemnité pécuniaire — si le Gouvernement belge n'avait pas jugé nécessaire de s'élever contre une — et d'ailleurs une seule — des objections formulées par le Gouvernement espagnol à l'encontre de la *restitutio in integrum*, à savoir qu'elle reconstituerait «une situation qui viole la loi espagnole et qui résulte de fraudes et de tromperies multiples»; M. Lauterpacht a en effet soutenu que la Cour était ainsi priée par le Gouvernement espagnol de trancher des questions de pur droit espagnol, ce qui est hors de ses attributions; il a ajouté que c'était là l'une des raisons qui ont conduit le Gouvernement belge à déclarer que ces problèmes de fraude étaient dénués de pertinence (VIII, p. 462) et à les rejeter dans la «préhistoire».

La Cour appréciera cette attitude, assez piquante de la part d'un gouvernement dont l'argumentation essentielle a consisté précisément à chercher à convaincre la Cour que les tribunaux espagnols avaient violé le droit espagnol: pourquoi la Cour serait-elle compétente pour apprécier la conformité au droit espagnol des mille et un actes de la faillite et pourquoi ne pourrait-elle pas s'occuper de la violation du droit espagnol

lorsqu'il s'agit de fraudes ou de dissimulations commises par Barcelona? La frontière entre l'histoire et la préhistoire a décidément d'étranges aspects. Sir Humphrey Waldock a d'ailleurs fait justice avec humour de cette conception quelque peu nouvelle selon laquelle, a-t-il dit, un mensonge ou une tromperie ne serait un mensonge ou une tromperie devant un tribunal international que s'il a été au préalable défini comme tel par un tribunal national (*supra*, p. 163).

Mais laissons là ces questions qui appartiennent au passé, puisque seule l'indemnisation en espèces est aujourd'hui demandée. Or, cette indemnisation en espèces soulève, la duplique l'a montré (VII, p. 844 à 848), les mêmes objections que la demande de *restitutio in integrum*, et je me permets, là encore, de ne pas reprendre l'argumentation de la duplique. Mais en plus de cela elle soulève des critiques qui lui sont propres et sur lesquelles il convient que je m'attarde un instant.

La première ne mérite qu'une brève mention. Dans son principe, faut-il le rappeler, l'opération que l'on demande à la Cour d'entériner consiste à effacer par une réparation internationale la faillite de Barcelona Traction. Or, quelle est la technique employée à cette fin? Elle est fort simple. Comme le professeur Ago l'a montré en 1964 dans ses plaidoiries (II, p. 201), et comme le Gouvernement espagnol l'a souligné dans ses écritures (C.M., IV, n° 22, p. 651-652; D., VII, n° 889, p. 863), on demande à la Cour de procéder *hic et nunc* à une liquidation théorique anticipée de la société et d'attribuer 88 pour cent de l'actif, si tant est qu'il en reste, à ses prétendus actionnaires belges (le sort des 12 pour cent restant demeure d'ailleurs quelque peu incertain).

La Cour est ainsi priée de méconnaître le principe universellement admis auquel je me suis permis de faire allusion déjà, selon lequel le patrimoine d'une société appartient à la société et non pas à ses actionnaires. Ce patrimoine sert de gage aux créanciers de la société et les actionnaires n'ont un droit à une quote-part de ce patrimoine qu'au moment de la liquidation de la société.

Monsieur le Président, je voudrais poser une question. La demande du Gouvernement belge n'est-elle pas étrange, alors que le Gouvernement belge prétend vouloir reconstituer des « droits d'actionnaires » et qu'il vient affirmer que « l'avenir de la société ne sera en rien affecté par les indemnités que le Gouvernement belge aura pu procurer à ses ressortissants actionnaires » (R., V, n° 1025, p. 754)? Comment, en effet, la société pourrait-elle voir son patrimoine social reconstitué si 88 pour cent de sa valeur sont attribués d'ores et déjà à certains de ses actionnaires? Et comment les actionnaires belges pourraient-ils recevoir immédiatement, dès à présent, leur quote-part du patrimoine social tout en conservant le droit de tout actionnaire à une partie de l'actif social? Ce n'est plus du droit, nous semble-t-il, ce serait plutôt du « droit-fiction... ».

La seconde observation que j'e voudrais faire est plus importante. Elle concerne la remarque faite par M. Lauterpacht selon laquelle, en demandant que soient déduites de l'indemnité éventuellement due à la Belgique les sommes correspondant au tort que l'entreprise a fait à l'économie espagnole et à l'Etat espagnol, le Gouvernement espagnol aurait formulé une demande reconventionnelle (VIII, p. 462). La Cour se souviendra que c'est là l'interprétation que M. Lauterpacht a donnée à l'observation citée. M. Lauterpacht ajoutait que l'article 63 du Règlement de la Cour stipule qu'« une demande reconventionnelle peut être présentée dans les conclusions du contre-mémoire », mais que l'on chercherait en vain

dans les conclusions du contre-mémoire espagnol l'énoncé d'une telle demande (*ibid.*, p. 462).

L'étonnement de M. Lauterpacht est à vrai dire surprenant. Si les dispositions du Règlement concernant les demandes reconventionnelles, l'article 63, n'ont pas été invoquées par le Gouvernement espagnol, c'est que ce dernier n'a formulé aucune demande reconventionnelle. Sinon, il l'aurait dit clairement. Sans doute la question reste-t-elle posée devant la Cour. Mais le Gouvernement espagnol n'a pas jusqu'ici formulé de demande reconventionnelle afin d'éviter d'aggraver encore davantage la complexité de cette affaire, ce qui, bien entendu, n'implique de sa part aucune renonciation à ses droits. Le Gouvernement espagnol réserve formellement tous les droits qu'il aurait pu faire valoir dans le cadre d'une demande reconventionnelle.

Si l'on se reporte à la définition de la demande reconventionnelle que l'on trouve dans l'étude classique d'Anzilotti sur « La riconvenzione nella procedura internazionale » (*Rivista di diritto internazionale*, 1929 — traduite en français dans le *Journal de droit international* de 1930 (p. 857 et suiv.)) — on lit qu'il y a une demande reconventionnelle lorsque, je cite Anzilotti,

« par cette demande, le défendeur tend à obtenir en sa propre faveur, dans le même procès intenté par le demandeur, quelque chose de plus que le rejet des prétentions du demandeur, de plus, par conséquent, que l'affirmation juridique sur laquelle se base le rejet » (*ibid.*, p. 867).

Or, en l'espèce, le Gouvernement espagnol s'est borné à s'élever contre une évaluation de l'indemnité demandée qui ne tenait pas compte

« des gigantesques dommages causés à l'Etat espagnol par les fraudes et les multiples irrégularités commises par le groupe de la Barcelona Traction » (D., VII, n° 891, p. 865).

Voilà, Monsieur le Président, les quelques observations que nous souhaitons faire en ce qui concerne les modalités de la réparation demandée; j'aborde à présent le second volet, le problème de l'évaluation de cette réparation.

*

Le Gouvernement belge s'est vivement plaint du silence que le Gouvernement espagnol aurait gardé au sujet de l'évaluation de l'indemnité. La Cour se souviendra qu'aux termes d'un long historique de la procédure écrite sur ce point M. Lauterpacht a indiqué que

« cette manière absolument extraordinaire [il s'agit de la manière espagnole, bien entendu] d'exposer un point essentiel de la présente affaire place le Gouvernement belge dans une situation difficile » (VIII, p. 468).

M. Lauterpacht a alors indiqué les trois positions qu'à son avis le Gouvernement espagnol aurait pu adopter, et il a essayé de montrer qu'à son grand regret aucune d'entre elles n'avait été effectivement adoptée par le Gouvernement espagnol; il a ajouté qu'il espérait que « la Cour comprendra pourquoi il se sent dans une situation un peu difficile » (*ibid.*, p. 469). Mais M. Lauterpacht ne s'est pas contenté de demander la sympathie de la Cour pour cette situation délicate. Il a mis en garde aussi

le Gouvernement espagnol contre « le grand risque que le Gouvernement espagnol court sur le plan juridique en plaidant de la sorte » (*ibid.*, p. 468). Cherchant sans doute à illustrer immédiatement ce péril, il a indiqué qu'à son avis le Gouvernement espagnol a laissé passer l'occasion de discuter les chiffres avancés par la Belgique et qu'il « est maintenant forclo (*precluded*) de contester ces chiffres » (*ibid.*, p. 483); sur quoi il a demandé à la Cour de faire application de l'article 53 de son Statut, c'est-à-dire d'adjuger à la Belgique ses conclusions après s'être assurée, comme l'exige le Statut, qu'elles sont fondées en fait et en droit. Peu convaincu peut-être, semble-t-il, du succès de cette première demande, il a suggéré à la Cour, au cas où elle déciderait de ne pas appliquer l'article 53, de faire procéder à une expertise en application de l'article 50 du Statut (*ibid.*, p. 470) et il a réservé les droits du Gouvernement belge à cet égard (VIII, p. 336).

Monsieur le Président, le Gouvernement espagnol souhaiterait aider la Partie adverse à sortir de ce qu'elle appelle une situation difficile. Quant à la position du Gouvernement espagnol sur les conclusions formulées par la Belgique, je l'exposerai plus tard après avoir examiné les demandes de réparations afférentes aux divers préjudices accessoires.

Le Gouvernement belge feint donc de croire que le Gouvernement espagnol n'a jamais contesté les chiffres avancés par les écritures belges, et notamment par la fameuse annexe au mémoire n° 282, qui constitue le siège de la demande belge quant au mode d'évaluation et au quantum de l'indemnité réclamée.

Mais la vérité est tout autre.

Elle est que le Gouvernement espagnol a contesté tout à la fois, et le principe même de la demande belge, et les modes et les principes de l'évaluation retenue, et les chiffres avancés. La contestation a été faite à trois niveaux différents, et il est vraiment quelque peu exagéré de parler d'acquiescement tacite du Gouvernement espagnol à la demande belge de réparation.

Le Gouvernement espagnol estime d'abord qu'il ne lui incombe aucune obligation de réparation vis-à-vis de la Belgique. Toutes les écritures espagnoles, toutes les plaidoiries espagnoles ont tendu à le montrer. Aussi — et l'on comprendra sa position — lui apparaît-il irréaliste de descendre dans le détail chiffré de l'évaluation d'une indemnité dont il conteste jusqu'au principe même.

D'autre part, le Gouvernement espagnol n'a jamais accepté, sur le plan des principes de l'évaluation, l'idée qu'un préjudice d'actionnaires puisse être réparé, à le supposer existant, d'après la valeur de l'actif net de la société; il a toujours soutenu qu'un tel préjudice, à le supposer existant, ne peut se réparer qu'en tenant compte de la valeur des actions telle que cette valeur reflète la valeur de l'entreprise en tant que *going concern* sous réserve de la déduction des dettes obligataires et des charges. Or, la Cour le sait, ce n'est jamais que de l'évaluation de l'entreprise que nous ont entretenus nos adversaires.

Enfin, et en tout état de cause, le contre-mémoire et la duplique se sont élevés tous deux contre l'évaluation de l'entreprise faite par le Gouvernement belge, et le professeur Sureda a fait connaître le point de vue espagnol sur la question. Le Gouvernement espagnol, dois-je le rappeler, a indiqué ce que valait, d'après lui, l'entreprise, et pour ce faire il s'est référé à l'expertise de Soronellas. Mais c'est au Gouvernement demandeur qu'il appartient d'établir la preuve de ses prétentions et non pas au

Gouvernement défendeur d'apporter la preuve contraire. Dire, comme le fait le Gouvernement belge par l'intermédiaire de M. Lauterpacht que

« pour procéder à une évaluation du préjudice, la Cour ne doit vraiment pas chercher plus loin que l'annexe 282 au mémoire belge, assortie des derniers rapports de MM. Gelissen et van Staveren et de la firme Arthur Andersen » (VIII, p. 483),

dire cela relève, nous semble-t-il, d'une curieuse conception de la procédure internationale.

Le professeur Sureda s'est élevé avec force contre cette méthode qui consiste, de la part du Gouvernement demandeur, à produire, pour justifier une évaluation aussi fantastique de l'indemnité demandée, un bref rapport d'ingénieurs, élaboré à des fins tout à fait différentes, contenant au surplus des erreurs, et puis de venir dire, ici même, à la Cour, qu'elle n'a vraiment pas besoin de chercher plus loin que ce « substantiel » — le mot est de la Partie adverse — document, le défendeur étant de toute façon forclos aujourd'hui à la discuter (*supra*, p. 409-413). L'étrange logique de cette position a été dénoncée par le professeur Sureda en des termes auxquels je me permets respectueusement de renvoyer la Cour (*ibid.*, p. 413).

Je voudrais toutefois revenir un instant sur l'une des critiques les plus importantes élevées par le Gouvernement espagnol contre la demande belge à cet égard.

Comme la Cour le sait, et comme je l'ai d'ailleurs déjà indiqué, le Gouvernement espagnol s'explique mal comment la réparation d'un préjudice prétendument causé à des actionnaires peut être réparé en prenant comme base la valeur de l'actif de la société. Un préjudice causé à une société se répare d'après la valeur du patrimoine de la société, un préjudice causé à des actionnaires se répare d'après des éléments afférents à la valeur des titres: cette règle universellement admise, le Gouvernement belge paraît l'ignorer, au lieu de quoi il se base sur la série d'équations imaginées par M. Lauterpacht et proposées à la Cour, à savoir, il cite presque textuellement M. Lauterpacht, que la perte infligée aux actionnaires serait égale à la perte subie par la société, que la perte subie par la société serait égale à la valeur des filiales et que la valeur des filiales serait égale à la valeur de l'entreprise (VIII, p. 465).

On ne peut manquer d'ailleurs d'être frappé par le fait que le Gouvernement belge demande aujourd'hui, au titre d'une protection d'actionnaires et en raison d'un préjudice prétendument subi par des actionnaires, très exactement la même réparation que celle qu'il sollicitait dans la première phase de l'affaire au titre de la protection de la société et pour un préjudice subi par la société. Le Gouvernement espagnol s'est élevé dans la duplique contre le caractère polyvalent de cette demande de réparation qui a été formulée, « dans les mêmes termes, d'abord dans le cadre d'une action destinée à protéger la société et en vue de couvrir le préjudice causé à la société et aujourd'hui dans le cadre d'une action destinée à protéger les actionnaires et en vue de couvrir un préjudice causé aux actionnaires » (VII, n° 848, p. 839, et n° 887, p. 862). A s'en tenir au seul plan de la réparation, je voudrais si vous me le permettez, poser cette question. Si un Etat prétendant agir au nom des actionnaires pouvait demander pour ceux-ci une indemnité calculée d'après la valeur du patrimoine de la société, que resterait-il donc encore à demander pour le Gouvernement auquel est reconnu le droit de protéger la société elle-

même? Si d'aventure, demain, le Canada poursuivait l'Espagne en tant que protecteur de la société, quelle autre réparation pourrait-il donc demander que celle calculée d'après la valeur de l'actif de la société?

Le Gouvernement belge invoque, bien entendu, on pouvait s'y attendre, la fameuse communauté d'intérêts et de destin entre la société et ses actionnaires (VIII, p. 524). J'ai déjà évoqué cette question et j'ai rappelé également ce que le Gouvernement espagnol pensait de l'octroi aux actionnaires, avant la liquidation de la société, d'une quote-part de son actif. Le professeur Ago évoquera le problème de plus près, et il fournira des preuves nouvelles de la fragilité de la thèse belge. Je me bornerai pour ma part à une seule observation, en vue de rencontrer un argument particulier d'ordre technique, invoqué par le Gouvernement belge dans sa réplique.

En effet, dans sa tentative de faire admettre, ce qui est un problème très important, qu'un préjudice d'actionnaires peut se réparer normalement par une indemnité calculée d'après la valeur du patrimoine social, le Gouvernement belge a invoqué, à la page 754 de sa réplique (V), le traité de paix avec l'Italie et la jurisprudence de la Commission de conciliation franco-italienne. Le Gouvernement belge semble avoir fait preuve d'une certaine imprudence en appelant à son secours des précédents qui vont très exactement à l'encontre de ses thèses. Le Gouvernement espagnol estime, à vrai dire, qu'il s'agit là de situations régies par des dispositions conventionnelles dont la portée ne peut être généralisée et qui sont en elles-mêmes dénuées de toute pertinence dans la présente affaire; mais puisque le Gouvernement belge a mis le débat un instant sur ce terrain, le Gouvernement espagnol ne peut manquer de souligner combien les précédents invoqués par la Partie adverse lui sont, en réalité, défavorables.

Il est exact — sur ce point la réplique belge a raison — que l'article 78, paragraphe 4 b) du traité de paix avec l'Italie permet d'accorder à un ressortissant des Nations Unies, par exemple à un citoyen français, actionnaire d'une société qui n'est pas ressortissante des Nations Unies, par exemple une société italienne, et qui a subi des atteintes à ses biens en Italie, une indemnité calculée d'après le montant de la perte subie par la société et fixée au prorata de la part d'intérêts détenue par le ressortissant en cause dans cette société.

Apparemment, certes, cette disposition peut sembler venir à l'appui de la thèse de nos adversaires. En réalité, il en va tout autrement, et voici pourquoi.

Ce que le Gouvernement belge a en effet omis de signaler, c'est que la Commission de conciliation franco-italienne considère elle-même, dans ses décisions, cette disposition comme tout à fait dérogoire: aux principes mêmes posés par le traité et comme destinée à remédier à l'inconvénient pratique que, dans un cas particulier, l'application normale de ces règles pouvait présenter; je me permets de renvoyer à ce sujet à la décision n° 238 du 29 janvier 1958 dans l'affaire *Sisca*, dans laquelle la pensée de la Commission est exposée avec clarté (*R.S.A.*, vol. XIII, p. 775 et suiv., notamment p. 778), décision que le professeur Ago aura l'occasion d'examiner de plus près ultérieurement.

Bien mieux: d'autres décisions de la même commission confirment expressément qu'aux yeux de la Commission le traité de paix avec l'Italie ne permet nullement, en dehors de ce cas considéré par la Commission elle-même comme exceptionnel, d'accorder à des actionnaires,

même s'ils sont majoritaires, une réparation qui n'est due qu'à la société elle-même.

Par exemple, dans la décision *Dervillé e Soci* de 1950 (décision n° 48 du 13 mai 1950, *ibid.*, p. 40 et suiv.), la Commission affirme que le montant de l'indemnité, pour les dommages de guerre subis par la société italienne propriétaire des biens, ne peut être attribué qu'à la société elle-même, et non pas à la société française qui en détenait pourtant 90 pour cent des actions.

D'autre part, une des décisions rendues dans l'affaire *Bonnet-Tessitura*, (décision n° 82 du 1^{er} décembre 1950, *ibid.*, p. 78 et suiv.) précise que la restitution d'une usine qui a appartenu à une société italienne, filiale d'une société française qui détenait la plus grande partie de ses actions, et mise sous séquestre pendant la guerre doit être faite entre les mains de la société italienne elle-même, et non pas entre les mains de la société mère française (p. 83).

Je tiens à répéter une nouvelle fois, afin qu'il n'y ait point de malentendu, que le Gouvernement espagnol ne cherche pas, quant à lui, à tirer argument des dispositions du traité de paix avec l'Italie, pas plus que de la jurisprudence que je viens d'évoquer. Pour le Gouvernement espagnol, il s'agit là, encore une fois, d'une matière régie par des textes spéciaux et complètement en marge de la présente affaire. Ce que j'ai voulu montrer, c'est tout simplement et en passant, que le Gouvernement belge, dans la mesure où il entend s'appuyer, lui, sur ce traité et sur la jurisprudence de la Commission, ne peut en réalité en retirer aucune satisfaction.

Pour achever cet examen de la demande belge tendant à la réparation de ce que la Partie adverse appelle la perte de l'entreprise, il ne me reste plus à formuler que deux remarques, quelque peu en marge des observations précédentes.

La première a trait aux incidences de la *receivership* canadienne sur la demande de réparation.

Le Gouvernement belge paraît en effet avoir oublié que Barcelona Traction est placée depuis le 15 juillet 1948, et se trouve toujours placée à l'heure actuelle, sous un régime de *receivership* au Canada, régime qui a été institué sur la demande de National Trust avec l'assentiment exprès de Barcelona Traction, et en tout cas pas à la demande des autorisés espagnols. Par conséquent, Barcelona Traction, et donc son prétendu actionnaire majoritaire Sidro, ont accepté par là même le transfert de leurs droits au *receiver* et se trouvent empêchés de fonder sur de tels droits la réclamation qu'ils formulent aujourd'hui, à la Cour, par le truchement du Gouvernement belge.

La seconde observation porte sur la requête en fraude procédurale déposée le 7 février 1953 par Sidro devant le tribunal de première instance n° 14 de Madrid (nouv. doc., vol. II, n° 5, p. 40 et suiv.) et dont le professeur Jiménez de Aréchaga a déjà parlé hier (*supra*, p. 494 et suiv.).

Cette requête est intéressante à plusieurs titres. Elle montre d'abord, par un passage que je n'ai pas cité tout à l'heure, que Sidro elle-même considérait que Barcelona Traction était toujours en vie et que, elle, Sidro, continuait toujours, en 1953, donc après les événements de 1948 et de 1952, à exercer les droits d'actionnaires — il y a de jolies formules dans cette requête sur le « propre moi » que Barcelona Traction aurait conservé et sur la persistance des droits de Sidro.

Mais cette requête est intéressante à d'autres titres encore. M. Jiménez

de Aréchaga a montré hier qu'en formant cette requête en fraude procédurale, qui demande à des particuliers la même réparation que celle qui est demandée au juge international, devant un tribunal manifestement incompétent, Sidro a négligé de respecter la règle relative à l'épuisement des recours internes.

Enfin, et c'est le point qui va nous intéresser ici de plus près, cette requête, par laquelle Sidro demandait donc à des particuliers espagnols la même réparation que la Belgique va demander ou a demandé à l'Espagne, illustre la politique constante du groupe tendant à éluder le débat entre personnes privées devant la justice espagnole, puisque l'on n'est pas allé devant le juge que l'on savait être compétent, en vue d'y substituer le débat entre États devant le juge international. Comme je l'ai indiqué, la demande de réparation formulée par la Belgique contre l'Espagne est en effet celle-là même que Sidro formulait en 1953 — devant un tribunal choisi pour son incompétence — contre des personnes privées, à la différence près, je le reconnais, que la requête de 1953 de Sidro tendait exclusivement à la *restitutio in integrum* (v. la conclusion n° 1, *ibid.*, p. 191), alors que la demande internationale a subi l'évolution que l'on connaît vers l'indemnisation pécuniaire.

J'en ai terminé, Monsieur le Président, de l'analyse de la demande de réparation principale et, par conséquent, des deux premières sections consacrées l'une au préjudice, l'autre à la réparation. Il me reste à présent — et ce sera beaucoup plus bref — à dire quelques mots des demandes de réparation des préjudices accessoires, véritable fourre-tout de réclamations diverses, destinées à mettre à la charge de l'Etat espagnol tous les mécomptes de Barcelona Traction et de ses dirigeants; à la suite de quoi il n'y aura plus qu'à exposer le point de vue du Gouvernement espagnol sur les diverses conclusions formulées par le Gouvernement belge.

L'audience est levée à 12 h 55

QUARANTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (16 VI 69, 15 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. WEIL: J'ai achevé vendredi l'examen des deux premières sections de mon exposé consacré à la demande de réparation du préjudice principal. Il me reste à présent à traiter, dans la troisième section, des demandes de réparation concernant les *préjudices dits accessoires*.

Avant d'examiner les demandes belges une à une, je voudrais formuler une observation de caractère général.

J'ai longuement traité du rapport de causalité en ce qui concerne la demande de réparation principale, mais il va de soi que l'exigence d'une causalité adéquate doit être respectée, au même titre, pour chacun des préjudices accessoires dont il est demandé réparation. Or, en plus des objections que l'on aura à formuler contre chacune d'elles, les demandes relatives aux préjudices secondaires appellent toutes des critiques en ce qui concerne leur rapport de causalité avec les faits allégués.

On peut rappeler d'abord à cet égard que les préjudices trop éloignés, n'ayant que des rapports incertains, mêlés d'éléments extérieurs, avec le dommage principal et qui n'en sont pas la conséquence nécessaire et raisonnable, sont écartés par la jurisprudence. C'est ainsi que dans l'affaire du *Wimbledon* le professeur Basdevant réclamait au nom des demandeurs, outre les frais d'immobilisation du navire, une somme correspondant à la contribution de ce dernier aux frais généraux de l'entreprise ainsi que divers autres remboursements. Or la Cour permanente a rejeté cette demande par une formule lapidaire, se bornant à faire observer que « les dépenses en question n'ont pas de rapport avec le refus de passage » (*C.P.J.I. série A n° 1*, p. 32). De même, dans une autre affaire que j'ai déjà eu l'occasion de citer, l'affaire *Yuille, Shortridge & Co.*, la sentence ne se borne pas à écarter les pertes dues à des causes étrangères, elle déclare également — et ce passage ne manque pas d'intérêt dans la présente affaire: « certaines dépenses ont englouti des sommes importantes et on ne peut pas découvrir un lien entre elles et le procès » (*La Pradelle et Politis, Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 110).

D'autre part — et ceci est important — la jurisprudence arbitrale considère comme non susceptibles de réparation les dépenses occasionnées à la victime par des mesures de protection que la victime a elle-même cru devoir prendre librement et de sa propre initiative. Dans l'affaire *Dix*, par exemple, l'intéressé, victime d'un vol de bétail par des membres d'une armée révolutionnaire, avait vendu librement et sans contrainte le restant de son troupeau à vil prix pour éviter de nouveaux vols. Or, tout en retenant la responsabilité internationale de l'Etat pour le vol commis par les membres de l'armée révolutionnaire, la commission a écarté toute indemnisation pour la vente volontaire à vil prix du reste du bétail à titre de mesure de préservation (*R.S.A.*, vol. IX, p. 121). L'exemple le plus connu à cet égard est, bien entendu, celui des assurances pour risques de guerre contractées par des transporteurs maritimes américains à la suite du torpillage de certains navires appartenant à d'autres transporteurs au cours de la première guerre mondiale. La Commission germano-américaine a rejeté toute réclamation formulée contre l'Allemagne pour les primes

ainsi payées, au motif qu'il s'agissait de mesures de protection prises par les intéressés, volontairement et en pleine liberté (*ibid.*, vol. II, p. 72).

Dans toute la mesure, par conséquent, où les prétendus préjudices accessoires invoqués par le Gouvernement belge seraient dus à des décisions prises spontanément, et de leur propre initiative, par les particuliers intéressés, le rapport serait rompu entre les actes prétendument illicites reprochés à l'Etat espagnol et le préjudice allégué, tant et si bien que l'on se trouverait en présence d'un cas typique d'interférence d'une cause étrangère dans le rapport causal. Condamner l'Espagne à la réparation de tels préjudices reviendrait à enlever à la responsabilité internationale son caractère purement compensatoire.

Sous le bénéfice de cette observation générale, il me reste à examiner rapidement les diverses demandes une à une.

Le Gouvernement belge réclame d'abord — la Cour le sait — l'allocation d'une somme de 3 800 000 dollars, sans parler des intérêts, comme « réparation du montant total des frais exposés par la société Sidro ... pour assurer, en Espagne et ailleurs, la défense des intérêts de la Barcelona Traction » (R., V, n° 1034, p. 758). La réplique précisait que cette somme comprend : « les frais de procédure exposés par le même ressortissant [il s'agit de Sidro bien entendu] dans les cinq procès poursuivis hors d'Espagne, relevés dans l'annexe 134 » (*ibid.*, p. 759) et notamment « les sommes exposées par le même ressortissant pour souscrire aux *Receiver's Certificates* » (*ibid.*).

M. Lauterpacht a — la Cour s'en souvient — rayé l'un de ces procès — en l'espèce l'affaire *Walford c. Barcelona Traction et National Trust* — de cette liste de cinq procès, car, dit-il, « l'affaire n'a rien à voir avec la faillite » (VIII, p. 492). Nous lui en donnons volontiers acte.

Après cela, on aurait pu penser que, pour corriger cette erreur — tout à fait excusable, je m'empresse de le dire — le Gouvernement belge diminuerait d'autant le montant réclamé au titre des frais judiciaires. L'un des cinq procès ayant disparu de la liste, le montant réclamé aurait dû normalement diminuer. Mais non ! M. Lauterpacht nous a expliqué que la somme réclamée, c'est-à-dire 3 800 000 dollars, sans parler des intérêts, est entièrement maintenue. Faut-il donc croire que c'est par une erreur matérielle que la réplique faisait mention de ce procès sans rapport avec la faillite ? On ne sait à vrai dire trop que penser, car on nous a seulement expliqué — je cite M. Lauterpacht — que :

« L'affaire n'a rien à voir avec la faillite. Bien qu'elle figure à juste titre comme indication d'arrière-plan [l'original était : *in the descriptive material*] à l'annexe 134 de la réplique, il n'aurait pas fallu, en réalité, y faire allusion dans le paragraphe 1034 de la même réplique. » (VIII, p. 492).

Cela dit, cet incident, mineur en lui-même, jette une vive lumière sur la manière dont le Gouvernement belge se comporte en qualité de plaideur devant la Cour. Car est-il vraiment sérieux, je me permets de poser la question, de réclamer 3 800 000 dollars, sans parler des intérêts, pour de multiples frais judiciaires, et sans apporter véritablement un commencement de preuve ? Et est-il sérieux de rayer de la liste des procès invoqués l'un d'entre eux parce qu'une erreur a été commise et de laisser intacte la somme réclamée ?

Cela étant, on se demande vraiment à quel titre l'Etat espagnol devrait supporter les frais de justice afférents à des luttes financières qui ont

opposé des groupes privés et auxquels il est demeuré étranger. Il s'agit là, en outre, de frais que les intéressés ont exposés à la suite de choix libres et spontanés, tant et si bien que faire droit à de telles réclamations reviendrait, pour ainsi dire, à laisser le Gouvernement demandeur seul juge du montant de la réparation qu'il réclame, car la majeure partie des procédures en cause ont été poursuivies, comme je l'ai indiqué, dans le cadre d'une tactique judiciaire librement arrêtée par les intéressés.

Cela est vrai à la fois des procès qui se sont déroulés en Espagne et des procès qui ont eu lieu hors d'Espagne.

En ce qui concerne d'abord les procès qui se sont déroulés en Espagne même, on voit mal comment l'Etat espagnol pourrait se voir imposer la charge des frais de centaines de recours inutiles, superflus, souvent déraisonnables, que les filiales de la faillie, ses actionnaires ou la faillie elle-même ont pu former de leur plein gré.

Quant aux procès qui ont eu lieu hors d'Espagne, on voit encore plus mal à quel titre l'Etat espagnol devrait en assumer les frais. Je ne sache pas, en effet, qu'une autorité espagnole quelconque ait joué un rôle quelconque dans l'action de *National Trust c. Barcelona Traction* ou dans l'action de la *Westminster Bank c. National Trust et Barcelona Traction* ou dans l'action de *National Trust c. Ebro, Catalanian Land et Fecsa* ou dans l'action de *Sidro et Holmested c. le comité des obligataires Prior Lien*.

Il est intéressant au surplus d'observer que l'action de la Westminster Bank s'est achevée par une condamnation de Barcelona Traction aux dépens: cela n'empêche pas la Partie adverse de proclamer que le droit de Sidro à récupérer aujourd'hui, par l'intermédiaire de la Cour, les avances consenties à cet égard est « d'une évidence criante » — *crystal clear* nous a-t-on dit (VIII, p. 492).

Il n'est pas sans intérêt non plus, et dans le même ordre d'idées, de noter que dans l'affaire *Sidro et Holmested c. le comité des obligataires Prior Lien* le juge Danckwaerts a estimé ne pas devoir condamner l'une ou l'autre Partie aux dépens. Le juge s'est exprimé de la manière suivante:

« after careful consideration of all the circumstances of the case, that it is not a proper case in which there should be any Order for payment of costs by either side » (A.C.M., vol. IX, n° 188, doc. I, p. 204).

La Belgique demande ainsi en quelque sorte à la Cour de corriger les décisions prises sur les dépens hors d'Espagne et par des juridictions non espagnoles.

D'autre part, sur les quatre procès hors d'Espagne qui restent sur la liste, un seul comportait Sidro comme partie; dans les autres, Sidro ne figurait en aucune manière. Encore M. Lauterpacht nous a-t-il précisé que, cette action-là, Sidro l'avait engagée par mesure de précaution, en vue, nous a-t-il dit, d'empêcher le comité des obligataires de comparaître dans la procédure de faillite en Espagne (VIII, p. 492).

Ainsi, la Cour se voit sollicitée de condamner l'Espagne à rembourser des frais occasionnés par des procès dans lesquels les autorités espagnoles n'étaient pas impliquées, pas plus d'ailleurs que n'y figuraient les personnes au nom desquelles le Gouvernement belge prétend intervenir.

Ces procès ne peuvent au surplus être considérés comme ayant un lien nécessaire et raisonnable avec quelque acte reprochable à l'Espagne que ce soit. Je viens de le montrer pour l'action de Sidro contre le comité des obligataires, mais cela est tout aussi vrai pour les autres. Nous nous bornerons à un seul exemple.

La réclamation de la Westminster Bank contre Barcelona Traction et National Trust était fondée sur le *Trust Deed* du 1^{er} mai 1927 passé entre Barcelona et la Westminster Bank. Cet acte autorisait le *trustee* à réaliser sa garantie, entre autres cas, lorsque la société interrompait pendant six mois l'exécution de ses obligations ou lorsque, quelque part dans le monde, un séquestre judiciaire ou un administrateur de la société était désigné et que cette nomination était, de l'avis du *trustee*, préjudiciable à la garantie. Or, le défaut d'amortissement des obligations pendant plus de six mois était antérieur à la déclaration de faillite et demeurait étranger à tout acte imputable à l'Etat espagnol; d'autre part, l'ouverture de la *receivership* n'était pas davantage due à des organes de l'Etat espagnol. On voit mal dès lors quel rapport ce procès peut avoir avec des actes reprochés à l'Espagne.

Pour ce qui est, enfin, des *receiver's certificates*, dont l'Etat espagnol est également prié d'assumer la charge, le Gouvernement belge oublie que ce n'est pas Sidro qui a souscrit à ces certificats, mais une autre société, la société américaine Amitas, enregistrée dans l'Etat du Delaware, et contrôlée, d'après les documents fournis dans la duplique (VII, p. 867), non pas par Sidro, le protégé du Gouvernement belge, mais par la Sofina. En bref, le Gouvernement belge demande que l'Espagne soit condamnée à rembourser les sommes avancées par la société américaine Amitas, contrôlée par la société belge Sofina, à un fonctionnaire qui avait été désigné par un tribunal canadien pour administrer la Barcelona Traction à la demande de National Trust.

On est vraiment loin d'une conséquence nécessaire et raisonnable, pour ne pas dire inévitable, d'actes commis par l'Etat espagnol. Ce n'est d'ailleurs — je le note en passant — qu'en méconnaissance de la personnalité juridique d'Amitas et dans l'ignorance de l'autonomie de son patrimoine que le Gouvernement belge peut aujourd'hui réclamer le remboursement des sommes qu'Amitas, société américaine, a investies en bons du *receiver*, ce qui, par ailleurs, soulève sans doute un problème de protection diplomatique que l'on ne saurait passer sous silence.

D'une manière plus générale, enfin, on ne saurait oublier, comme je l'ai déjà noté, que la *receivership* a été instituée sur la demande de National Trust et avec l'assentiment de Barcelona, en dehors de toute action de l'Etat espagnol. Elle était fondée juridiquement sur l'interruption du paiement par Barcelona des intérêts de ses obligations, c'est-à-dire là encore sur des faits bien antérieurs à l'époque où le Gouvernement belge situe ses premiers griefs contre les autorités espagnoles.

Voilà pour les frais judiciaires.

Le Gouvernement belge n'arrête cependant pas là ses demandes. Il réclame en effet une indemnité de plus de 433 000 livres sterling représentant le montant, avec intérêts (au 4 janvier 1952), des obligations Barcelona Traction en livres sterling détenues par Sidro et Sofina et que ces dernières n'ont pas « pu encaisser » — dit le Gouvernement belge — cette indemnité devant elle-même, à son tour, porter intérêt depuis le 4 janvier 1952 jusqu'à l'arrêt de la Cour sur le fond.

Monsieur le Président, le Gouvernement belge n'ignore certes pas que Sidro et Sofina auraient pu présenter ces obligations au remboursement après la vente aux enchères et qu'elles n'auraient pas eu la moindre difficulté à obtenir ce remboursement.

Le Gouvernement belge ne s'aventure d'ailleurs pas à contester ce fait, et il se borne à indiquer ceci, dont la Cour se souviendra : Sidro et Sofina

auraient estimé que présenter leurs obligations au remboursement eût été contraire à la position juridique prise par elle comme par Barcelona Traction devant les tribunaux espagnols et eût donc comporté un acquiescement aux mesures intervenues (M., n° 381, p. 187-188; VIII, p. 492). Ainsi, le Gouvernement belge reconnaît que c'est librement et volontairement, à la suite d'un choix réfléchi, que les deux sociétés ont décidé, par prudence nous a-t-on dit, de ne pas présenter leurs obligations Barcelona Traction au remboursement. Elles savaient que les autres obligataires avaient été remboursés sans difficulté. Elles savaient que National Trust, gardien des intérêts des obligataires, avait présenté au remboursement les obligations qu'elle détenait elle-même, en sa qualité de *trustee*, et qu'elle avait conseillé aux autres porteurs d'obligations d'agir de la même manière. Elles savent aussi que depuis 1952 l'adjudicataire n'a jamais refusé, en dépit de l'expiration du délai fixé par le cahier des charges, de rembourser, en intérêts et en capital, les obligations Barcelona Traction qui lui étaient présentées (cf. *supra*, p. 338). Elles ont décidé d'opter pour le non-remboursement. C'était leur droit, certes. Mais ce n'est plus leur droit de venir réclamer aujourd'hui, par l'intermédiaire du Gouvernement belge, une réparation de l'Etat espagnol pour effacer les conséquences de leur décision. Comment le Gouvernement belge peut-il demander une réparation de ce chef, alors qu'il n'y a même pas l'ombre d'une cause imputable à une autorité espagnole, mais que l'on est en présence d'une pure et simple conséquence d'une décision librement prise par les deux sociétés intéressées?

Dans sa tentative d'écarter cette objection, à laquelle il s'attendait évidemment, le Gouvernement belge a fait état — je cite M. Lauterpacht — d'une

« règle de droit en matière de réclamations internationales qui aurait pu nuire gravement à la position du Gouvernement belge si la Sidro ... et la Sofina ... avaient adopté une autre attitude que celle qui fut la leur » (VIII, p. 493).

La Cour me permettra, j'en suis sûr, de ne pas m'attarder à discuter un argument aussi peu convaincant, puisque M. Lauterpacht a loyalement reconnu lui-même que « cette interprétation du droit n'échappe pas à la controverse » (*ibid.*). En tout état de cause, il ne devait sans doute pas manquer de moyens aux hommes d'affaires avertis que doivent être les dirigeants de Sidro et de Sofina pour arriver à présenter leurs obligations au remboursement tout en évitant de compromettre leurs droits.

Au surplus, le professeur Carreras a rappelé que lors des négociations de 1961 entre M. Frère et M. Juan March, Sidro avait demandé, expressément, que les obligations détenues par elle-même et par Sofina soient payées conformément au cahier des charges (*supra*, p. 338). Si l'on ajoute à cela l'attitude constante et positive — je l'ai indiquée — de National Trust à l'égard de ce problème, l'argument tiré de la crainte qu'auraient éprouvée Sidro et Sofina de paraître acquiescer à la vente prend toute sa valeur.

M. Lauterpacht a avancé, enfin, à l'appui de la demande belge, un argument d'ordre comptable; il a dit ceci:

« Lorsqu'on a calculé la valeur de l'entreprise, la dette dont elle s'est trouvé déchargé par suite des événements survenus à partir de 1948 a été déduite de sa valeur brute. Mais les obligations contractées à

l'égard de la Sidro et de la Sofina n'ont pas été remplies, elles ne devraient donc pas être défalquées de la valeur brute.» (VIII, p. 494.)

Si j'ai bien compris l'argument de M. Lauterpacht, ce dernier me semble avoir commis une confusion. L'annexe au mémoire n° 282, qui constitue en quelque sorte la bible du Gouvernement belge en matière d'évaluation de l'entreprise et à laquelle M. Lauterpacht n'a cessé de se référer, a conseillé — la Cour s'en souvient — de fixer le montant de la réparation demandée à partir d'une valeur de l'entreprise obtenue par application du système d'évaluation qui consiste à calculer la valeur de l'actif net de l'entreprise, c'est-à-dire à fixer la valeur brute des actifs et à en déduire toutes les charges, autrement dit, toutes les dettes existantes à la date de l'évaluation.

Appliquant cette méthode, la note de Sidro avait déduit de la valeur brute des actifs le total de la dette obligataire de Barcelona Traction pendante au jour désigné pour l'évaluation, à savoir le jour de la faillite. Or, le professeur Lauterpacht suggère maintenant d'apporter une légère retouche à la méthode adoptée dans la note, retouche qui consiste à déduire de la valeur brute des actifs, non pas la totalité de la dette qui existait le jour de l'évaluation, c'est-à-dire le jour de la faillite, mais seulement la partie de ces dettes qui sera effectivement payée plus tard, après 1952.

Il me reste enfin, et c'est la troisième demande, à évoquer la réclamation de 1 623 000 dollars représentant, d'après la réplique, d'une part l'arriéré de la créance de Sofina sur Ebro au titre du contrat de prestations de services liant les deux sociétés, d'autre part un manque à gagner depuis 1948, fixé forfaitairement à dix ans de rémunération, le tout portant intérêt.

Le caractère abusif de cette demande apparaît en pleine lumière si l'on songe qu'elle est faite pour une société qui n'a jamais été actionnaire de Barcelona Traction. Elle concerne de surcroît un dommage que la prétendue victime a, là encore, volontairement décidé d'encourir en ne réclamant pas le paiement de sa créance, et en s'abstenant soigneusement de toute action à cet effet. Dire, comme le fait M. Lauterpacht, que les liens de Sidro et de Sofina sont tellement étroits que l'acquiescement de la Sofina aurait pu être compris comme un acquiescement de la Sidro (VIII, p. 494) n'est vraiment pas, semble-t-il au Gouvernement espagnol, un argument très sérieux.

Enfin, à la créance invoquée au profit de Sofina correspondait bien évidemment une dette du groupe. Or, le Gouvernement belge n'ayant pas déduit de la valeur de l'actif du groupe le montant de 1 623 000 dollars réclamé pour Sofina, cela revient à dire qu'il réclame aujourd'hui deux fois la même chose.

*
* *
*

J'en aurais terminé, Monsieur le Président, s'il ne me restait à exposer en quelques mots la position du Gouvernement espagnol quant aux conclusions formulées par M. Lauterpacht en son nom.

Je commence par la conclusion fondée sur l'article 53 du Statut de la Cour. Abstraction faite de ce que le Gouvernement espagnol a effectivement pris position, et de manière ferme, sur la demande belge de répara-

tion, il suffit de lire l'article 53 pour constater qu'il ne s'applique nullement à une situation telle que celle qu'envisage le Gouvernement belge.

Après une étude attentive des précédents relatifs à l'article 53, M. Rosenne a conclu en soulignant le caractère restrictif de l'application de cette disposition (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, p. 590-591).

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, l'arrêt du 9 avril 1949 n'a pas considéré que l'absence de contestation chiffrée et détaillée de l'indemnité entraînaît application de l'article 53. La Cour a simplement déclaré :

« Le Gouvernement albanais n'a pas encore indiqué quels sont, parmi les diverses sommes réclamées, les articles qu'il conteste, et le Gouvernement du Royaume-Uni n'a pas présenté de preuve à l'appui de ses demandes.

La Cour estime donc qu'il y a lieu d'instituer à cet égard une procédure... » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 26.)

Lorsque, en revanche, au cours de la nouvelle procédure instituée par la Cour, l'Albanie ne présente aucune conclusion et ne comparut pas à la procédure orale, la Cour décida, cette fois-ci, d'appliquer l'article 53.

Ce texte, comme on le voit, concerne la procédure par défaut et ne saurait recevoir application dans une affaire où l'on serait vraiment mal venu de reprocher au Gouvernement espagnol de ne pas avoir fait connaître ses conclusions et ses moyens. La conclusion formulée par le Gouvernement belge sur le fondement de ce texte est à tout le moins inattendue.

Cela dit, le Gouvernement espagnol entend réserver tous ses droits et notamment celui de faire valoir tous éléments susceptibles d'être pris en considération en vue d'écarter complètement toute réparation, éléments que le Gouvernement belge n'a que trop tendance à oublier.

En second lieu, le Gouvernement espagnol prend acte de la demande subsidiaire d'expertise exposée par M. Lauterpacht au nom du Gouvernement belge (VIII, p. 470 et 495).

Le Gouvernement espagnol estime n'avoir pas à prendre position sur cette demande. Il ajoute que la demande d'expertise, alors que l'action belge dans son ensemble ne lui semble ni recevable ni fondée, s'inscrit dans le cadre de la tactique dilatoire qui a toujours été celle de Barcelona Traction dans cette affaire et qui a été dénoncée, notamment, par le professeur Gil-Robles (*supra*, p. 58).

Pour ce qui est, enfin, de la demande d'indemnité provisionnelle, que la réplique avait déjà formulée (R., V, n° 1036, p. 759, et conclusion n° 10, p. 767) et que M. Lauterpacht a reprise (VIII, p. 496), je me permets de renvoyer la Cour à ce que le Gouvernement espagnol avait répondu dans la duplique (VII, n° 892, p. 866), en soulignant son étonnement devant une telle demande.

*
* *
*

Au terme de cette analyse des diverses demandes de réparation formulées par le Gouvernement belge, il apparaît que ces demandes concentrent en quelque sorte en elles la quintessence de la conduite du Gouvernement demandeur dans ce singulier procès. Celui-ci comporte, certes, un véritable feu d'artifice de positions assez inhabituelles de la part d'un

gouvernement devant la Cour internationale de Justice; mais la demande de réparation en constitue comme le bouquet final.

L'Espagne paiera: tel paraît être le mot clé — et il est conforme à la nature même de ce procès. Car celui-ci — dois-je le rappeler une dernière fois — n'est ni plus ni moins que le substitut imaginé par les dirigeants du groupe à cette faillite qui devait leur permettre de conserver leurs biens en Espagne tout en étant libérés de leurs dettes; si la Cour condamne l'Espagne à la réparation réclamée, la situation serait rétablie, et la faillite deviendrait ce qu'elle aurait dû rester aux yeux des dirigeants du groupe: un coup d'épée dans l'eau.

On s'explique ainsi l'extraordinaire richesse des demandes de réparation: on réclame réparation de tout, de n'importe quoi, au profit de n'importe qui. L'essentiel n'est-il pas qu'aucune trace ne subsiste pour personne de l'erreur de calcul faite? Et cela on le demande à l'Espagne, promue ainsi, on ne le redira jamais assez, au rang d'assureur tous risques des conséquences fâcheuses de tous ordres que les responsables proches et lointains de Barcelona Traction peuvent avoir subies du fait de leur entreprise en Espagne.

En utilisant ainsi la demande de réparation à des fins étrangères à sa nature propre, le Gouvernement belge a, en quelque sorte, commis un détournement de procédure dans l'exercice de la protection diplomatique.

Le Gouvernement espagnol ne pouvait manquer, à la fin de ses plaidoiries sur le fond, de dénoncer le caractère insolite de la demande que la Belgique sollicite ainsi la Cour d'entériner.

Permettez-moi pour terminer, Monsieur le Président, d'exprimer respectueusement à la Cour le très grand honneur que j'ai éprouvé à prendre la parole devant elle, ainsi que ma gratitude pour l'attention qu'elle a bien voulu me porter.

RÉPONSES À DES QUESTIONS DE LA COUR

PAR L'AGENT DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. CASTRO-RIAL: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai l'honneur, en accord avec mes conseils, d'apporter certains éclaircissements aux questions posées à l'audience du 9 juin par M. le juge Jessup (*supra*, p. 387).

Je tiens, tout d'abord, à préciser que ces réponses ont nécessairement un caractère général, car l'application et l'interprétation des règles du système juridique espagnol, dans tous les cas particuliers, sont du ressort des autorités judiciaires compétentes.

A) Les principes de territorialité et de pluralité inspirent le régime espagnol de la faillite. En vertu de ces principes fondamentaux, le failli est, en Espagne, frappé de déchéance, quel que soit le lieu où il se trouve; les actes de disposition qu'il accomplit sont frappés de nullité en quelque lieu qu'il les réalise et le dessaisissement des biens prend effet, quel que soit le lieu où ces biens se trouvent en territoire national.

B) Le principe fondamental de l'application des règles pénales dans l'espace est également, en Espagne, celui de la territorialité, au double sens que les tribunaux espagnols ne doivent juger et sanctionner que les délits commis en territoire espagnol et que, en outre, seule est applicable à ces délits la loi espagnole (*lex loci delicti commissi*). Les seules exceptions à ce principe de la territorialité, pour ce qui est des délits commis par des personnes de nationalité étrangère en territoire étranger, sont celles qu'énumère l'article 336 de la loi du 15 septembre 1870 sur l'organisation du pouvoir judiciaire, et le cas de la faillite frauduleuse n'est pas du nombre de ces exceptions.

C) En vertu des principes fondamentaux indiqués, M. le professeur Uriá n'a pas prétendu, dans sa plaidoirie, attribuer un caractère extraterritorial aux règles ou normes d'ordre pénal. Dans sa plaidoirie, il a, certes, affirmé que National Trust, dont le siège social se trouve hors d'Espagne, n'était pas exemptée, en Espagne, de l'obligation de communiquer ou de mettre à la disposition des organes de la faillite les effets appartenant à la société faillie qu'elle pouvait détenir. Bien entendu, cette affirmation a été faite au regard de la législation espagnole et n'a pas cherché à conférer à une loi pénale des effets extraterritoriaux.

Il est à signaler, aussi, que le jugement du 27 janvier 1964, par lequel la faillite de Barcelona Traction a été déclarée frauduleuse, n'a affecté que la seule société faillie et ne comporte aucune mention de complicité à l'égard de la National Trust.

D) Je reviens maintenant, de façon plus concrète, sur les trois questions posées par M. le juge Jessup.

Primo, en ce qui concerne la responsabilité pénale du *receiver* canadien dans l'hypothèse où il aurait fait vendre au Canada des actions d'Ebro après le 12 février 1948, il est hors de question qu'il y ait un délit qualifié par les lois espagnoles, puisque, dans ce cas, il s'agirait d'un acte d'un organe public (le *receiver*) agissant dans son propre territoire et conformément à son propre droit.

Cependant, du point de vue civil, les actes réalisés par le *receiver* à

l'encontre des lois espagnoles devraient être tenus pour nuls en Espagne (art. 4 du code civil et 878 du code de commerce).

En tant qu'exemple pratique, il y a lieu de citer le fait que le *receiver* a vendu au Canada, après la faillite de Barcelona Traction, des actions de Canadian Finance, l'une des filiales de la société faillie, sans que cette vente ait eu de répercussions en Espagne et sans que les syndics ou les tribunaux aient engagé une quelconque action en responsabilité contre le *receiver*.

D'autre part, même au cas où cet acte aurait pu être délictueux, il ne saurait être poursuivi par la justice espagnole, puisqu'il ne s'agirait pas là de l'un des délits commis à l'étranger par des étrangers, visés à l'article 336 de la loi sur l'organisation du pouvoir judiciaire.

Toutefois, la vente des titres d'Ebro, dans le cas hypothétique auquel a fait allusion M. le juge Jessup, ne produirait pas, selon l'ordre juridique espagnol, d'effets dans le territoire national: en premier lieu, parce que le dessaisissement *ope legis* du failli aurait conféré automatiquement aux organes de la faillite la possession et l'administration des biens de la société faillie et, en deuxième lieu, parce qu'aucun acte du *receivership* n'a fait l'objet d'une demande d'exequatur auprès des tribunaux espagnols.

Secundo, en ce qui concerne la compétence des organes de la faillite pour contester, devant les tribunaux anglais ou français, la validité des actions ou le droit de propriété du possesseur des récépissés, il est clair qu'il n'existe pas de principe de droit international privé, en Espagne, qui empêche les organes de la faillite d'exercer, éventuellement dans un pays étranger, les actes pertinents de contestation pourvu, naturellement, qu'ils justifient de leur qualité pour agir dans les conditions requises par la *lex fori*.

En tout état de cause, je dois indiquer que, comme les droits de la société faillie sur Ebro se trouvaient situés en Espagne et avaient été saisis par les organes de la faillite, il ne semble pas que ces derniers aient pu avoir, en principe, la nécessité de formuler de telles réclamations devant les tribunaux étrangers.

Tertio, quant à la responsabilité pénale ou civile qui pourrait ou non être exigée de la succursale à Barcelone d'une banque canadienne qui aurait, après le 12 février 1948, payé des fonds du failli à un tiers, à la demande du président de la société faillie, il faut prendre en considération les précisions suivantes:

a) Le droit espagnol ne connaît pas la responsabilité autonome des succursales.

b) Dans le cas envisagé, il s'agit, d'ailleurs, d'actes hypothétiques d'un siège central situé en territoire étranger.

c) Il ne pourrait pas être question de responsabilité pénale des dirigeants ou administrateurs de la banque étrangère, qui aurait donné les ordres de transfert au Canada, car il s'agirait d'un acte réalisé à l'étranger par des étrangers et que, en conséquence, le principe de territorialité de la loi pénale lui serait applicable.

Il en irait tout autrement si la banque réalisait des actes de disposition sur des biens situés, précisément, dans la succursale espagnole, puisque son directeur, dans ce cas, serait éventuellement soumis aux lois espagnoles.

d) La responsabilité civile de la banque canadienne ne serait pas, en principe, une question qui pourrait être tranchée par la loi espagnole,

tant que ladite banque opère en territoire canadien. En ce qui concerne la responsabilité hypothétique provenant d'une faute ou d'une négligence, envisagée par le code civil espagnol (art. 1902), les règles espagnoles des conflits de lois renvoient, selon l'interprétation doctrinale la plus répandue, à la loi matérielle du lieu où l'acte a été commis.

Du point de vue civil, les actes de disposition de la société faillie réalisés directement ou par le truchement de ses banques au Canada *seraient tenus pour nuls en Espagne*, quelle que soit leur valeur juridique au Canada, puisque ces actes seraient contraires à la loi espagnole (art. 4 du code civil et 878 du code de commerce).

Je voudrais remercier M. le juge Jessup de nous avoir permis, grâce à ces questions, de donner des éclaircissements sur certains points de la plaidoirie du professeur Uría.

J'espère, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que les réponses aux questions posées par M. le juge Jessup seront suffisantes. Sinon, je demeure, bien entendu, toujours à l'entière disposition de la Cour.

PLAIDOIRIE DE M. MALINTOPPI

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. MALINTOPPI: Monsieur le Président, Messieurs les juges, au cours de son exposé introductif, le professeur Rolin, dont j'ai apprécié une fois de plus le talent et la maestria, a consacré aux exceptions préliminaires une partie de sa plaidoirie. Il a tenu notamment à souligner que, dans la présente affaire, les recours internes auraient été exercés « par centaines », et qu'au surplus ce serait Sidro, le principal des sujets pour lesquels le Gouvernement belge voudrait prendre ici fait et cause, qui, dès le début de la faillite de Barcelona Traction, aurait sonné le « branle-bas de combat » (VIII, p. 23).

Peut-être a-t-il voulu, par le choix de ces termes, évoquer l'image d'un grand capitaine du temps jadis qui, surpris par une attaque soudaine, s'élançait à la tête de ses hommes, visière levée et sabre au clair, contre un ennemi dans lequel il voit le symbole des forces du mal.

Cette image est sans doute saisissante. Il m'appartient toutefois de vous montrer combien elle est éloignée de la réalité. Il m'appartient de vous montrer que ce grand capitaine, qui prévoyait l'attaque depuis longtemps, ne l'a guère jugée dangereuse. Au contraire, saisi d'une « douce hilarité », il s'est borné à utiliser quelques patrouilles de mercenaires pour une manœuvre d'ailleurs vouée d'avance à l'échec étant donné l'attitude passive de la formation principale. Et celle-ci ne devait, à son tour, être jetée dans la bataille qu'au moment où l'issue en était irrémédiablement compromise par l'inaction initiale. Et le brave capitaine, quant à lui, estimait que des raisons impérieuses l'obligeaient à rester bien caché à l'arrière-garde. Il s'est donc borné à reconnaître le terrain, mais après la bataille, et n'a guère tiré que quelques coups dans le vide.

Trêve de métaphores, Messieurs. Il m'incombe de vous montrer que les apparences sont trompeuses et qu'en dépit des litiges qui ont eu lieu en Espagne à l'occasion de la faillite de Barcelona Traction, il n'a pas été satisfait à l'exigence de l'épuisement des recours internes dans les conditions qu'implique la demande introduite par le Gouvernement belge devant votre haute juridiction.

Je me propose de traiter le sujet de la manière suivante:

En premier lieu, j'examinerai certains problèmes relatifs à la règle internationale dont il est question, afin de montrer comment elle devrait être appliquée en l'espèce. J'aurai notamment l'occasion de m'arrêter aux caractères d'une demande qui vise à protéger certains sujets pour des lésions que l'on prétend causées par des actes affectant un autre sujet et de souligner les conséquences qui en découlent du point de vue de la présente exception.

En deuxième lieu, j'aurai à vous montrer par quoi et pourquoi les griefs du Gouvernement belge se rattachent à la procédure de faillite de Barcelona Traction en Espagne. Cet examen me permettra de préciser en particulier que, de l'aveu de nos adversaires eux-mêmes, il s'agit d'une procédure unique et non pas de décisions isolées sans lien entre elles (VIII, p. 52). Mais on verra également qu'il s'agit, en l'espèce, d'une

procédure caractérisée par le fait que l'on n'a pas attaqué, ainsi qu'il se devait, le jugement par lequel cette procédure a été ouverte.

En troisième lieu, l'on verra que les sujets qui auraient dû épuiser les recours dans la présente affaire ont eu à leur disposition non pas une seule, mais deux voies de recours spécifiques, l'opposition et le recours en revision. Mais l'on verra aussi qu'aucun de ces recours n'a été épuisé. On n'a pas utilisé l'opposition, qui constituait le moyen le plus spécifique que l'on puisse imaginer. On n'a pas utilisé le recours en revision, qui est resté ouvert jusqu'à 1953 et qui, s'il avait été fondé, aurait pu aboutir à la *restitutio in integrum*, même après la vente des biens de Barcelona Traction.

En quatrième lieu, j'inviterai la Cour à prendre acte de l'attitude passive non seulement de Barcelona Traction, mais aussi de Sidro et de Sofina, c'est-à-dire des sociétés pour lesquelles on prétend maintenant prendre fait et cause. Cette passivité s'est poursuivie jusqu'après la vente des biens de Barcelona Traction et d'ailleurs même les recours introduits depuis lors n'ont pas été menés à leur terme.

En cinquième lieu, et à titre dès lors tout à fait surabondant, je ferai allusion aux omissions qui caractérisent l'attitude des personnes protégées et de Barcelona Traction elle-même, tant à l'égard de la compétence juridictionnelle des juges espagnols que du soi-disant blocage des recours et de la partie de la faillite qui a trait à la vente des biens du failli, ainsi qu'aux omissions relatives aux actes administratifs antérieurs à la faillite.

Finalement, il y aura lieu de montrer à la Cour que ces défaillances n'ont pas été occasionnelles, mais qu'elles relèvent d'un plan concerté et d'une tactique délibérée et ne sauraient en aucun cas être invoquées pour justifier le non-épuisement des recours internes dans la présente affaire.

*
* *

En ce qui concerne, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les problèmes relatifs à l'interprétation de la règle internationale qui exige l'épuisement préalable des recours internes, je n'ai aucune peine à suivre, en principe, mon distingué contradicteur et à renvoyer aux exposés qui figurent dans le contre-mémoire (IV, p. 587-602) et dans la duplique (VII, p. 885-890).

Il me permettra cependant de garder intacte ma confiance en les thèses espagnoles, surtout en les thèses exposées au cours de la procédure écrite, d'autant qu'elles se rattachent au même ordre d'idées que celles que j'ai eu l'honneur d'exposer à la Cour il y a cinq ans. Il me permettra aussi, je l'espère, de dire à la Cour que ma confiance n'a pas été ébranlée par les considérations qu'il a consacrées aux conditions d'application de la règle dans la présente affaire tout en affectant de ne pas vouloir toucher aux principes juridiques applicables. Il me permettra enfin, je le souhaite, de souligner que ma confiance a surtout été nourrie par la virtuosité avec laquelle il a glissé sur certaines questions gênantes pour la Partie adverse.

Les problèmes que le professeur Rolin a jugé opportun d'aborder avec plus de détails sont au nombre de trois. C'est dans l'ordre suivant que je me propose de les traiter pour contrer les arguments de la Partie adverse et pour développer à mon tour devant vous, Messieurs, ma propre argumentation. Il s'agit donc :

- 1) des critères d'interprétation de la règle, en l'état actuel de la communauté internationale et de son droit;
- 2) de la détermination des sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire;
- 3) des caractères du grief du Gouvernement demandeur.

Le premier problème vise en réalité deux questions qui appellent des commentaires relativement limités, mais qui exigent un examen distinct.

Il y a tout d'abord une divergence d'opinions entre les Parties en ce qui concerne les rapports entre juridictions internationales et juridictions nationales et les conséquences qu'il faut en déduire pour l'interprétation de la règle de l'épuisement des recours internes. Dans ses écritures (C.M., IV, p. 589-595; D., VII, p. 885-887), le Gouvernement espagnol avait souligné que la règle en question existe en fonction de la confiance qui est due au système judiciaire de chaque pays et que son but n'est pas simplement d'imposer des formalités pour apaiser la susceptibilité des Etats à l'égard de leur souveraineté. S'il en est ainsi, l'on voit mal pourquoi le développement progressif du système de protection judiciaire dans l'ordre interne ne devrait pas avoir pour corollaire que les juridictions internationales apprécient avec une rigueur croissante la condition de l'épuisement préalable des recours internes. Contrairement à l'opinion de la Partie adverse (VIII, p. 571), une telle constatation n'implique aucunement une atténuation du contrôle international. Le contrôle international, d'ailleurs encore très limité, n'est qu'une garantie de plus par rapport à celles que les Etats perfectionnent sans cesse dans leur propre système de protection judiciaire, dans le souci d'assurer l'amélioration constante de l'administration de la justice. Mais le contrôle international se situe à un niveau différent, à l'extérieur de l'organisation judiciaire de chaque Etat. Il a pour but d'apprécier si, la condition de l'épuisement des recours internes étant remplie, le comportement de l'Etat peut éventuellement être considéré comme la violation d'une obligation internationale. S'il en était différemment, le contrôle international se traduirait par l'institution d'une super-cour de cassation. Nous savons fort bien, de notre côté de la barre, que c'est précisément dans cette direction que la Partie adverse voudrait entraîner la Cour. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a un grand pas à franchir avant de pouvoir imaginer le contrôle international des juridictions nationales sous une forme pareille.

Le Gouvernement espagnol a souligné que la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (C.M., IV, p. 594-595) offre un exemple typique de développement du contrôle international réalisé tout en assurant en même temps le respect de l'organisation judiciaire interne des Etats et la vérification de la condition de l'épuisement préalable des recours internes. Le professeur Rolin a bien voulu reconnaître (et j'ai été heureux de le constater) que la Commission européenne s'est montrée — ce sont ses propres mots (VIII, p. 571) — «relativement exigeante» dans l'application de la règle qui est à la base de notre exception. Si la Cour veut bien se pencher sur les extraits qui figurent dans le contre-mémoire espagnol (IV, p. 594-595), elle pourra aisément constater qu'en réalité la Commission européenne s'est montrée beaucoup plus exigeante encore que le professeur Rolin ne voudrait le croire. Ce à quoi, en tout cas, j'ai des difficultés à souscrire, c'est que pareille attitude serait due au fait que la Commission européenne est le plus souvent appelée à se prononcer à l'égard de réclamations formulées par des particuliers contre leur propre

Etat. Mes difficultés sont dues à ce que, d'après l'article 26 de la Convention de Rome, la Commission européenne ne peut être saisie qu'après l'épuisement des recours internes, « tel qu'il est entendu selon les principes du droit international généralement reconnu » (C.M., IV, p. 594). Dès lors, je ne vois pas en quoi la portée de la règle internationale devrait être modifiée du fait que, dans certains cas, la Convention de Rome ouvre la voie du recours directement aux particuliers et contre leur propre Etat.

J'en viens maintenant à l'autre point concernant l'interprétation de la règle internationale. Il s'agit de savoir si l'absence de précédent dans la jurisprudence nationale à propos d'un recours donné peut dispenser le particulier d'en tenter l'épuisement. Cette question se rattache, d'après le Gouvernement espagnol, à l'opinion exprimée par la Commission européenne des droits de l'homme en s'inspirant d'un principe formulé par la Cour permanente dans une affaire très connue lorsqu'elle a souligné que

« 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 » (D., VII, p. 888).

Est-il besoin de préciser aussitôt qu'il est grotesque d'accuser le Gouvernement espagnol de vouloir déduire de cette citation que les particuliers sont tenus d'épuiser « des recours tellement absurdes que jamais personne avant eux ne les aurait tentés » (VIII, p. 578)? De quoi s'agit-il concrètement? La Cour aura constaté, dans les écritures des Parties, qu'il n'y a pas de précédent spécifique dans lequel le Tribunal suprême espagnol ait eu à statuer sur un recours en révision introduit contre un jugement déclaratif de faillite (cf. notamment C.M., IV, p. 623-625; D., VII, p. 922-925). A-t-on besoin de dire aussitôt que le recours en révision n'apparaît pas, *ictu oculi*, comme un moyen tellement absurde, dès que l'on accuse le juge de Reus d'avoir eu, avec les requérants, des contacts « autres que ceux prévus par le code de procédure » (R., V, p. 18)? Ainsi, et puisque le Gouvernement espagnol n'avait en vue, en l'espèce, que la nécessité d'épuiser un recours particulièrement pertinent et d'une efficacité certaine, je crois pouvoir, pour le moment, me borner à prendre acte de ce que la Partie adverse s'est montrée d'accord pour admettre que

« l'absence de jurisprudence relative à l'objet d'un recours ou à sa recevabilité ne suffit pas à écarter toujours l'obligation d'épuisement, à dispenser les intéressés d'exercer ce recours » (VIII, p. 578).

Il suffit donc de prendre acte de cette citation.

L'audience, suspendue à 16 h 10, est reprise à 16 h 35

Je passe maintenant au deuxième ordre de problèmes généraux concernant des points de droit international. Il s'agit, à cet égard, de déterminer quels sujets auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire.

Je suis heureux de constater que la Partie adverse a finalement daigné exposer ses arguments à cet égard. La question est tellement importante

dans la présente affaire, qu'on aurait eu de la peine à comprendre un silence obstiné. Cependant, à la lumière des arguments développés par mon honorable contradicteur à l'audience du 14 mai, l'on est en droit de se demander si la cause du Gouvernement demandeur n'aurait pas été mieux servie par une attitude beaucoup plus discrète.

De quoi s'agit-il, Messieurs? Le contre-mémoire espagnol (IV, p. 602-604) avait souligné d'abord une différence remarquable entre la requête belge de 1959 et la nouvelle requête de 1962. Dans la première, la Partie adverse prétendait assurer directement la protection de la société Barcelona Traction, nonobstant le fait que la nationalité canadienne de celle-ci lui interdisait de le faire. Dans sa deuxième requête, la Partie adverse, tout en laissant, pour le restant, les choses inchangées, a essayé de présenter son action comme si elle était exercée en faveur d'autres sujets. Elle a déclaré prendre fait et cause pour une autre société dont le siège est à Bruxelles qui, en tant qu'actionnaire et obligataire, est prétendument intéressée dans Barcelona Traction et qui aurait été lésée par certains actes affectant cette société. Cependant, et ainsi que mon collègue le professeur Ago vous le montrera à nouveau, les effets de ce changement de position du Gouvernement belge à propos du sujet protégé en la présente affaire restent fort douteux.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol a jugé nécessaire d'attirer l'attention de la Cour sur le fait que l'incertitude qui plane quant aux sujets auxquels se réfère réellement la réclamation belge, risque d'avoir comme corollaire une égale incertitude quant aux sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire.

En effet, avant le stade actuel de la procédure, le Gouvernement belge n'a jamais essayé de soutenir que le changement de sa position, quant aux sujets qu'il prétend protéger, devrait en même temps entraîner des changements sensibles quant aux sujets qui auraient dû épuiser les recours internes. De toute évidence, le Gouvernement espagnol n'avait aucune difficulté à marquer son accord sur la nécessité de déterminer si les recours ouverts à Barcelona Traction avaient été épuisés par cette société en tant que telle, puisqu'en tout cas le prétendu préjudice découle d'une procédure de faillite affectant Barcelona Traction elle-même. Mais en même temps le Gouvernement espagnol ne pouvait manquer de souligner qu'au cas où le grief aurait aussi pu être redressé par des recours ouverts aux actionnaires ou aux obligataires, l'on serait en droit de vérifier également l'épuisement de ces recours, puisqu'ils auraient précisément dû être introduits et poursuivis par les sujets que l'on entend protéger.

La réplique belge, pour sa part, n'avait pas cru devoir opposer un argument quelconque à ces considérations de droit. Et pour cause, car la Partie adverse n'a pas le moindre intérêt à examiner les recours ouverts à Sidro et Sofina, puisqu'il est de fait — ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par elle — que les premières actions intentées par l'un de ces sujets en Espagne datent de 1953, c'est-à-dire, pour emprunter une expression chère à la Partie adverse, d'une date à laquelle le dommage aurait déjà été « consolidé » (R., V, p. 595), alors que l'autre de ces sujets n'a intenté aucun recours.

Le Gouvernement espagnol, à son tour, ne s'est pas seulement borné à prendre acte, dans sa duplique (VII, p. 892-893), du silence de la Partie adverse. Il a développé son argumentation, et ce en deux points, que l'on peut résumer en reprenant les termes mêmes de la duplique espagnole :

« En premier lieu, la demande du Gouvernement belge concernant le préjudice prétendument subi par des actionnaires en tant qu'obligataires tend nécessairement à protéger ces sujets dans leur qualité d'obligataires et, dès lors, l'on est en droit d'exciper la non-utilisation des recours ouverts aux obligataires.

En deuxième lieu et compte tenu des circonstances de l'espèce, le Gouvernement espagnol est en droit de faire état de ce que les actionnaires, que l'on prétend protéger, n'ont pas utilisé les recours qu'ils auraient pu exercer précisément en raison de leur qualité d'obligataires, dans la procédure de faillite de Barcelona Traction et notamment à l'encontre du jugement déclaratif de la faillite de cette société ».

Enfin, finalement contrainte à répondre, que nous dit la Partie adverse ?

La meilleure défense, on le sait, dans une situation difficile, est l'attaque. D'après mon honorable contradicteur, notre thèse reposerait sur deux principes qui, à ses yeux, constitueraient autant de postulats. Il les résume dans les termes suivants :

« Primo, pour qu'un recours interne satisfasse à l'obligation d'épuisement, il ne suffit pas qu'il ait fourni au juge national la possibilité de redresser le grief dénoncé, il faut encore qu'il émane de la personne en faveur de qui une action internationale a été introduite.

Secundo, si le droit interne ouvre des recours à diverses catégories de personnes, il est nécessaire que toutes les catégories aient usé de cette faculté » (VIII, p. 575).

Voilà notre thèse telle qu'elle est présentée dans l'exposé du professeur Rolin.

Qu'il me soit permis d'abord d'examiner le premier point. Ainsi donc la Partie adverse nous reproche d'avoir exigé que l'on tienne en tous cas compte des recours ouverts à la personne protégée. Ce qui implique que, selon le Gouvernement belge, il ne serait aucunement nécessaire que le recours émane de la personne en faveur de laquelle une action internationale a été introduite.

L'on nous dit qu'en réalité aucune autorité n'aurait été citée à l'appui de notre thèse et que la Cour elle-même l'aurait implicitement écartée dans l'affaire *Interhandel* lorsqu'elle a indiqué, comme raison d'être de la règle d'épuisement, la nécessité de permettre à l'Etat où la lésion s'est produite d'y remédier dans le cadre de son ordre juridique interne. Il faut en déduire que, d'après le professeur Rolin, la Cour aurait indiqué par là la seule et unique raison d'être de la règle. Et il s'agirait d'une raison à tel point exclusive de toute autre que les recours internes devraient être tenus pour épuisés dès lors que l'Etat a été d'une quelconque façon en mesure de redresser le grief, et ce, nous dit-on, même lorsque la personne lésée n'a aucunement fait « l'effort et le sacrifice d'action judiciaire » (VIII, p. 576).

Messieurs, je suis tout disposé à me rallier à l'affirmation faite par la Cour dans l'affaire *Interhandel*. Et ce d'autant plus que le passage cité par le professeur Rolin figure d'ailleurs en tête des citations de jurisprudence et de doctrine reproduites dans nos exceptions préliminaires de 1963 (I, p. 237 et suiv.), ce qui témoigne de l'importance que cette décision a à nos yeux.

Ce que, par contre, j'avoue avoir peine à comprendre, c'est que l'on puisse nous reprocher de juger nécessaire le contrôle de l'épuisement des recours ouverts à la personne lésée et surtout qu'on en vienne à nous accuser de ne pas avoir cité des autorités à l'appui de la nécessité de ce contrôle.

J'ai la faiblesse de croire, Monsieur le Président, Messieurs, que si votre haute juridiction, dans le passage de l'arrêt *Interhandel* que nous discutons, n'a pas indiqué quels sujets auraient dû épuiser les recours, cela n'implique nullement qu'il ne soit pas nécessaire de vérifier si la personne lésée a réellement exercé les recours qui lui étaient ouverts. J'ai la faiblesse de croire que si pareille précision ne figure pas dans le passage en question, c'est seulement parce qu'elle est de toute évidence, *self-evident*.

Du reste, la jurisprudence et la doctrine ont, l'une et l'autre, mis en lumière cette donnée élémentaire, contrairement aux affirmations de la Partie adverse. Ce qui est amusant, c'est que je puisse me borner à faire état des autorités invoquées par mon honorable *contradicteur lui-même* à l'audience du 13 mai, c'est-à-dire la veille du jour où il allait nous reprocher de n'en avoir cité aucune lorsque nous affirmions que le droit international impose le contrôle de l'épuisement des recours ouverts à la personne lésée. Il s'agit — la Cour l'aura deviné — de la résolution de l'Institut de droit international et de la sentence arbitrale dans l'affaire *Ambatielos*, dont les extraits pertinents figurent déjà dans nos exceptions préliminaires de 1963 (I, p. 237 et suiv.). Or, le professeur Rolin nous a fait savoir — ce sont ses propres mots — que le Gouvernement belge a « souscrit volontiers » à la définition de l'Institut, dont il faut rappeler ici le passage qui nous intéresse :

« Lorsqu'un Etat prétend que la lésion subie par un de ses ressortissants dans sa personne ou dans ses biens a été commise en violation du droit international, toute réclamation diplomatique ou judiciaire lui appartenant de ce chef est irrecevable, s'il existe dans l'ordre juridique interne de l'Etat contre lequel la protection est élevée des voies de recours accessibles à la personne lésée, et qui vraisemblablement sont efficaces et suffisantes, et tant que l'usage normal de ces voies n'a pas été épuisé... » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, p. 358).

Et quant à la sentence dans l'affaire *Ambatielos*, que le professeur Rolin a également citée (VIII, p. 573) en reprenant les termes qui figurent dans la duplique espagnole (VII, p. 887), il y est dit ce qui suit :

« L'Etat défendeur a le droit d'exiger qu'on ait *profité pleinement de tous les recours internes* avant que les questions en litige soient portées sur le plan international par l'Etat dont *les personnes prétendument lésées* sont les ressortissants. »

Je crois pouvoir me dispenser de toute autre citation. Je crois surtout pouvoir souligner que le professeur Rolin, qui nous a adressé un reproche tout à fait gratuit, n'a pas été en mesure de citer, quant à lui, aucun précédent véritable à l'appui de son affirmation.

Ayant ainsi démontré qu'il est tout à fait justifié d'exiger le contrôle de l'épuisement des recours ouverts à la personne prétendument lésée pour laquelle on prend fait et cause sur le plan international, j'en viens maintenant à la deuxième objection que nous oppose le professeur Rolin.

Je ne crois pas que l'on puisse nous reprocher d'avoir affirmé, d'une

façon aussi générale, que si le droit interne ouvre des recours à plusieurs catégories de personnes, il est nécessaire que toutes ces personnes aient usé de cette faculté.

Nous n'avons pas raisonné dans l'abstrait, mais *in concreto*. Nous avons remarqué, en d'autres termes (D., VII, p. 893), qu'il faut tenir compte des circonstances de l'espèce. Dans la présente affaire, quelles sont les circonstances de l'espèce? Elles ont trait, primo, aux sujets que la Partie adverse prétend protéger et, secundo, au genre de lésion qu'ils auraient prétendument subie.

Or, dans la toute dernière version que le professeur Virally a soumise à la Cour, l'on prétend qu'une société ayant son siège à Bruxelles et que l'on suppose avoir des intérêts dans Barcelona Traction aurait subi un préjudice à cause de certaines décisions que les autorités espagnoles ont prises à l'égard de Barcelona Traction. Il est donc évident que, selon les prétentions de la Partie adverse, la personne lésée, le sujet pour lequel elle s'acharne à déclarer qu'elle prend fait et cause, c'est bien Sidro et, en plus, Sofina dont on affirme qu'elle contrôle Sidro. Dans ces conditions, on voit mal pourquoi l'on devrait se dispenser de vérifier, sur le plan du droit international, l'épuisement des recours que Sidro ou Sofina auraient pu exercer.

Tout autre, bien entendu, est la question de savoir si, sur le plan du droit interne, ces deux sociétés disposaient, *in concreto* et dans les circonstances de l'espèce, de recours qu'elles auraient pu exercer. On verra plus avant, lors de l'examen des recours ouverts en Espagne, que la réponse à cette question est affirmative. Qu'il nous suffise ici d'avoir établi qu'aux yeux de la Partie adverse Sidro et Sofina semblent finalement être les personnes lésées et que le Gouvernement espagnol est donc en droit d'exiger que l'épuisement par elles des recours internes soit tenu pour acquis avant que la responsabilité internationale de l'Espagne puisse être mise en cause.

Il s'agit maintenant de voir, toujours en fonction des circonstances de l'espèce, s'il y a lieu d'exciper aussi du non-épuisement des recours ouverts à Barcelona Traction, c'est-à-dire à la société canadienne directement affectée par les actes prétendument illicites que l'on impute à l'Etat espagnol. Sur ce point, si je raisonnais comme mon distingué contradicteur et ami M. Lauterpacht, je pourrais être tenté d'invoquer une sorte de forclusion, une espèce d'*estoppel*, car la Partie adverse ne s'est jamais refusée à discuter du non-épuisement des recours ouverts à Barcelona Traction. Je suis plutôt porté à remarquer que la pensée des auteurs des chapitres des écritures belges consacrées à la présente exception semble ne pas avoir évolué — s'il m'est permis d'employer cet euphémisme — *pari passu*, au même rythme que les transformations qu'ont subies les arguments destinés à étayer le *ius standi* du Gouvernement belge dans la présente affaire. Une tentative de coordination entre les exposés sur les deux exceptions n'est réellement intervenue qu'au cours de la présente procédure orale, ce qui explique pourquoi l'on trouve encore, de l'autre côté de la barre, les sédiments des thèses d'antan.

En tout cas, et même s'il faut prendre acte de l'attitude de la Partie adverse, je crois pouvoir souligner que le contrôle de l'épuisement des recours ouverts à Barcelona Traction s'impose surtout en raison des circonstances de l'espèce. Ainsi que je viens de le remarquer, les actes incriminés ont trait aux prémisses de la faillite de Barcelona Traction, ou à la faillite elle-même. Dès lors, il est tout à fait normal que les organes de

l'Etat espagnol aient dû être mis à l'épreuve par les destinataires de ces actes. L'on ne saurait donc nous reprocher, comme l'a fait le professeur Rolin (VIII, p. 576), d'exiger le contrôle de l'épuisement des recours ouverts à toutes les personnes qui, en vertu du droit interne, auraient pu intervenir. Notre thèse, elle est fort simple. Elle visait et vise toujours l'hypothèse suivante, qui est tout à fait spécifique: une demande internationale concernant certains particuliers prétendument lésés par des actes prétendument illicites commis à l'égard d'un autre particulier, à la supposer admissible — ce que nous contestons fermement —, devrait en tout cas et nécessairement entraîner, toute autre condition mise à part, que l'on contrôle l'utilisation des recours ouverts à ces deux catégories de personnes.

Tel est donc, Monsieur le Président, Messieurs les juges, le système qui est à la base de l'exception du Gouvernement espagnol en ce qui concerne les sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire. Il exige l'appréciation du comportement de la personne que l'on prétend lésée, ainsi qu'il est constant en jurisprudence et en doctrine. Mais il exigerait aussi l'appréciation du comportement d'un deuxième sujet, ressortissant d'un Etat tiers, qui a été l'objet des actes incriminés, dans l'hypothèse où le droit international admettrait, dans de telles conditions, la protection de la première personne. Il serait évidemment trop facile de nous opposer qu'il n'y a pas de précédent à l'appui de cette thèse, ni, d'ailleurs, à son encontre. Cela est fort compréhensible pour la raison bien simple que le droit international, ainsi que mon collègue, le professeur Ago, vous le montrera ensuite, n'admet pas, dans ces conditions, la protection de sujets autres que celui qui a été l'objet des actes incriminés.

Du reste, le système de défense de la Partie adverse se résume en deux affirmations qui, précisément, ne sont que de simples affirmations.

D'abord, on l'a vu, on affirme qu'il ne serait point nécessaire que les organes de l'Etat où la lésion a été causée aient été saisis par la personne lésée, car il suffirait qu'ils l'aient été par l'un quelconque des sujets que l'on englobe indistinctement dans la formule vague de « coïntéressés » (VIII, p. 576). C'est là précisément l'affirmation qui est formellement contredite par les précédents qui exigent bien l'épuisement des voies de recours ouvertes à la personne lésée.

Ensuite, on nous a dit qu'en cas de protection diplomatique d'actionnaires, et lorsque les actionnaires ne disposent pas de voies de recours propres, il serait loisible à ceux-ci d'agir par personne interposée (*ibid.*, p. 588). Par conséquent, il suffirait que des recours introduits par l'une quelconque de ces personnes aient été épuisés en vain pour que la règle internationale soit considérée comme respectée.

Messieurs, je ne crois pas pouvoir me rallier à cette doctrine de l'épuisement des recours par personne interposée.

On verra ensuite qu'en fait Sidro et Sofina, tout en n'ayant pas de recours spécifiques en tant qu'actionnaires, étaient en même temps obligataires de Barcelona Traction et que, à ce titre, elles pouvaient comparaître dans la procédure de faillite et y exercer les recours pertinents et pleinement efficaces.

On verra également que Sidro a introduit, après la vente des biens de Barcelona Traction, un recours en tant qu'actionnaire, mais qu'elle ne l'a pas épuisé. Dès lors, le postulat de l'inexistence, en l'espèce, de recours directement ouverts à Sidro et Sofina, ne résiste pas à l'examen. Mais,

même s'il n'en était pas ainsi, l'on voit mal pourquoi l'on devrait accorder aux actionnaires le privilège — car c'est un véritable privilège — de choisir des « personnes interposées » et notamment de susciter les recours de sujets autres que celui auquel s'adressaient les actes incriminés. La nécessité d'apprécier les actes — je dirais plutôt les omissions — de Barcelona Traction qui avait précisément été l'objet de la procédure de faillite n'est pas contestée.

En revanche, il n'est pas admissible que l'on puisse satisfaire à la règle internationale par des recours émanant de sujets tels qu'Ébro et Barcelonesa, qui n'avaient pas qualité pour introduire les recours appropriés et qui, en tout cas, ne sont ni la société déclarée en faillite ni les sociétés, ayant leur siège à Bruxelles, au profit desquelles l'on prétend exercer la protection diplomatique en raison des conséquences de cette même déclaration de faillite.

C'est donc vainement que la Partie adverse essaie de soutenir (VIII, p. 576) qu'il suffirait que les recours aient été épuisés par la personne protégée ou, génériquement, par des « coïntéressés », parmi lesquels figurait la société déclarée en faillite en raison de l'influence que ces mêmes actionnaires auraient pu exercer pour susciter les recours de ladite société. On a vu que le fondement du contrôle de l'épuisement des recours ouverts à la société est tout autre. Leur épuisement est requis en raison de la nature et de l'objet des actes incriminés du chef d'un délit international et non pas à cause de l'influence que les actionnaires auraient pu exercer sur elle. Loin d'avoir le privilège du choix de personnes à interposer pour l'exercice des recours, les actionnaires ont donc la charge d'épuiser leurs recours aussi bien que celle de s'assurer que les recours ont été épuisés par la société qui avait été l'objet de la déclaration de faillite.

J'en viens finalement au troisième ordre de problèmes généraux concernant des points de droit international.

Il s'agit, cette fois, de l'influence des caractères du grief formulé par le Gouvernement demandeur sur l'application en l'espèce de la règle de l'épuisement des recours internes.

Au dire de la Partie adverse, nous prendrions prétexte de la thèse belge relative au grief global pour soutenir que ses griefs — et je laisse maintenant la parole au professeur Rolin —

« bien qu'en apparence multiples, n'en font qu'un et qu'aucun d'entre eux ne pourra être examiné par la Cour sans qu'au préalable nous ayons [c'est le professeur Rolin qui parle] justifié que les voies de recours interne ont été utilisées et épuisées, relativement à l'acte qui est à l'origine de la procédure de faillite, à savoir le jugement de faillite » (VIII, p. 572).

Messieurs, il est bien vrai que nous attribuons au jugement de faillite, tout comme aux omissions qui le concernent, une importance fondamentale dans la présente affaire, ne fût-ce que pour l'appréciation de recours extrêmement pertinents qui auraient pu saper à la base la procédure de faillite pour la mettre à néant d'un seul coup. Il est également vrai que, dans ces conditions, nous estimons que les omissions concernant le jugement de faillite se suffisent à elles-mêmes et que — sans préjudice d'autres omissions non moins importantes affectant les autres actes incriminés — la règle de l'épuisement des recours internes n'a pas été respectée dans la présente affaire. Mais mon distingué contradicteur se méprend, lorsqu'il

nous reproche de déduire l'importance du jugement de faillite du fait que la Partie adverse a formulé son « grief global ».

Que la Cour se rassure. Je n'ai point l'intention de disserter à nouveau sur ce fameux grief global. Je me bornerai strictement aux données qui concernent la présente exception. Ce sont des données surtout historiques qui ont un intérêt particulier.

Dans ma première plaidoirie de 1964 (II, p. 281-283; 308-309) j'avais notamment soutenu, alors que l'idée même d'un grief global n'était pas encore venue à l'esprit de nos adversaires, que les griefs du Gouvernement demandeur se rattachaient tous à la faillite de Barcelona Traction; que cette faillite constituait, tout naturellement, une procédure au sens juridique de l'expression; que le jugement de faillite était bien le fait générateur de cette procédure; finalement, que ce fait générateur était devenu irréversible à cause de la négligence du failli et que, dès lors, cette omission entraînait le non-épuisement des recours internes.

C'est en contrant mon exposé que la Partie adverse a utilisé pour la première fois la notion du grief global. C'est à ce moment-là que l'idée du grief global est née, sous la dénomination de « grief d'ensemble » (III, p. 644). Le grief d'ensemble nous était alors opposé précisément pour échapper aux conséquences du défaut d'opposition au jugement de faillite. Il était aussi utile, de toute évidence, pour étayer la demande subsidiaire de jonction de cette exception au fond de l'affaire.

Après l'arrêt rendu par la Cour en 1964 et après le contre-mémoire espagnol, une évolution assez étrange semble avoir marqué la tactique de la Partie adverse et avoir divisé les rangs de ses conseils. Ceux qui étaient chargés du fond proprement dit ont dû se rendre compte de la faiblesse des griefs qu'ils tentaient d'accrocher à chacune des décisions judiciaires espagnoles. Le grief, que la réplique (V, p. 586) qualifie de « en quelque sorte global », a dû leur apparaître, dans ces conditions, comme une planche de salut leur permettant tout de même de nourrir quelque espérance pour la réussite de leurs efforts.

Par contre, une tout autre tactique a été conçue et utilisée à propos du non-épuisement des recours internes.

Sans doute nos honorables contradicteurs ont-ils considéré qu'ayant servi pour demander la jonction de l'exception au fond, l'idée du « grief d'ensemble » n'avait plus de rôle stratégique à jouer. Mieux valait donc concentrer la riposte, à propos de cette exception, sur une ligne tout à fait différente, à savoir « la multiplicité des griefs et la multiplicité des recours à prendre en considération » (R., V, p. 597).

La situation qui résulte ainsi de la réplique belge ne manque pas de piquant: la partie consacrée à l'examen du fond de l'affaire se termine à la page 586 par une section finale consacrée précisément au grief global; la partie qui concerne la présente exception s'ouvre à la page suivante et se prolonge sur une cinquantaine de pages sans qu'un seul mot soit consacré au grief global. Dans la dernière pièce de la procédure écrite, les arguments opposés à l'exception ont donc été épurés, « désinfectés » de toute allusion au grief global.

Mais ce n'est pas tout. Le grief global n'est même plus un grief. L'on vient précisément de nous informer qu'il ne constitue pas un grief, ni distinct ni supplémentaire, mais

« un procédé technique indispensable à tout juge ou arbitre appelé à apprécier le caractère culpeux d'une série d'actes connexes... » (VIII, p. 52 et 572).

A vrai dire, Messieurs, j'ai l'impression, surtout après l'exposé de mon collègue le professeur Aréchaga, que le grief global, tel que la Partie adverse l'a formulé, n'est ni un grief, ni un procédé technique, ni même un argument.

Est-il besoin de dire que cette curieuse manière de jongler avec des notions aussi fuyantes ne semble guère témoigner, chez nos contradicteurs, d'une conviction très profonde du bien-fondé de leur argumentation?

Je ne crois pas avoir besoin d'insister davantage sur cette étrange attitude de la Partie adverse. En ce qui concerne la présente exception, il nous est parfaitement indifférent que la demande du Gouvernement belge soit fondée sur une multiplicité de griefs et non pas sur un grief d'ensemble ou bien à la fois sur une multiplicité de griefs et sur un grief d'ensemble.

Nous estimons que, contrairement à ce que soutient la Partie adverse, il ne résulte nullement de la multiplicité des griefs qu'il faille prendre en considération, dans la présente affaire, une multiplicité de recours, car ces griefs se rattachent tous à une déclaration de faillite contenue dans un jugement qui n'a pas été dûment attaqué, alors que, au dire de la Partie adverse elle-même, la prétendue manœuvre frauduleuse aurait été impensable (R., V, p. 130) sans ce jugement.

S'il a fallu faire appel à la notion de grief global, c'est parce que l'on reproche à l'Etat espagnol un « détournement de la procédure de faillite » (*ibid.*, p. 586). Mais pareille accusation suppose nécessairement l'existence d'un lien déterminant avec le jugement de faillite. La responsabilité internationale de l'Etat espagnol serait ici engagée non pas du chef de certains actes de ses organes, mais du chef d'abus de procédure, c'est-à-dire, d'un abus affectant une série d'actes liés les uns aux autres par un lien à la fois logique et juridique. Et je crois ne pas avoir besoin, Messieurs, d'ajouter que ce lien est caractéristique de toute procédure et qu'une procédure possède, par définition et par nécessité, une source, un point de départ qui conditionne son déroulement ultérieur.

Sur le plan des principes, il ne suffit certes pas que le Gouvernement demandeur présente formellement une série de griefs articulés sur des faits distincts et dégrade son grief global au rang de procédé technique pour qu'il devienne nécessaire de prouver le non-épuisement des recours internes en ayant égard à chaque fait précis. Ainsi que la Cour l'a vu au cours de l'examen du fond de l'affaire, même à cet égard nous avons bien des critiques à faire à la Partie adverse.

Mais rien n'empêche la Cour de vérifier si la réalité des choses correspond aux affirmations de la Partie adverse. Rien n'empêche la Cour de constater que des actes qui relèvent de la même procédure de faillite ne sont pas séparables les uns des autres. Même dans sa dernière version du grief global, la Partie adverse a dû reconnaître qu'il s'agit, en l'espèce, d'« actes connexes » qui « concourent au même résultat » (VIII, p. 572). Encore une fois, rien de plus normal, parce qu'ils relèvent essentiellement d'une seule et unique procédure.

Est-il besoin d'ajouter, une fois de plus, que si les actes sont connexes, c'est une raison encore pour qu'il y ait un point de départ commun, qui est déterminant car, pour n'avoir pas fait l'objet de recours, il oriente toute la procédure à venir qui se trouve ainsi conditionnée non pas par le fait des organes de l'Etat, mais par le comportement du particulier?

Quant à la sentence rendue dans l'affaire *Ambatielos*, c'est à tort qu'on nous reproche (VIII, p. 573) de l'avoir invoquée sur ce point précis. Nous l'avons invoquée dans la duplique (VII, p. 887) à propos des critères généraux d'interprétation de la règle de l'épuisement. Mais elle est néanmoins utile pour permettre l'appréciation de l'épuisement en fonction des caractères du grief, car elle met l'accent sur la nécessité d'avoir profité pleinement de tous les recours internes. Peut-on concevoir que telle est la situation des sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire?

Il convient de se placer sur le terrain des particularités du cas d'espèce, afin de montrer, une fois de plus, le rôle du jugement de faillite dans la présente affaire.

C'est donc sous cet angle que j'aborderai la deuxième partie de mon exposé.

*
* * *

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si l'on se demande pourquoi le jugement déclaratif de la faillite de Barcelona Traction — cet acte du juge de Reus du 12 février 1948, dont vous avez tant entendu parler — joue un rôle essentiel dans la présente affaire, l'on pourrait être tenté de répondre que cela relève du simple bon sens, ce simple bon sens au nom duquel les deux Parties ironisent si souvent l'une aux dépens de l'autre. Après tout, puisqu'on prétend que des dénis de justice ont été commis par le détournement d'une procédure de faillite de son but normal afin d'aboutir à une gigantesque manœuvre de spoliation, il saute aux yeux que le jugement déclaratif de cette faillite, qui est censé constituer à lui seul un déni de justice, est le pivot de toute la procédure interne.

Mes collègues, et notamment le professeur Aréchaga au cours de son intervention du 12 juin, vous ont déjà montré les effets que le jugement de faillite a eus et les conséquences qui ont découlé du fait que le failli ne l'avait pas attaqué en temps utile. Ce que, pour ma part, je voudrais souligner, c'est que la Partie adverse n'a pu éviter de reconnaître le rôle du jugement de faillite. Je ne crois pas devoir reprendre ce que j'ai eu l'occasion de signaler à ce propos lors des discussions orales de 1964 (II, p. 281-283). Je me bornerai donc ici à prendre note surtout de ce qui figure à cet égard dans la réplique et dans les exposés oraux de nos contradicteurs. Quelques exemples suffiront, car la Partie adverse est incapable d'échapper à l'évidence et d'éviter la qualification qui nécessairement s'impose. Même à ses yeux, le jugement de faillite n'est pas seulement le premier en date des actes de la procédure ouverte par le juge de Reus, mais aussi celui qui revêt, en l'espèce, un caractère déterminant par rapport à l'ensemble de l'affaire.

« L'affaire — nous dit la Partie adverse au début de sa réplique (V, p. I de l'introduction) — présente, à maints égards, un caractère exceptionnel. » Ce caractère exceptionnel de l'affaire se résume ainsi :

« [Barcelona Traction] a été vidée de son contenu économique et ses actionnaires totalement dépouillés par l'effet d'une procédure de faillite illégalement déclarée en Espagne, détournée de son but légal et dont le déroulement a été systématiquement faussé, de manière à

favoriser les desseins du groupe financier espagnol qui l'avait provoquée » (*ibid.*).

Ainsi, l'affaire se situe — dit-on — autour d'une procédure de faillite imaginée par un groupe espagnol afin de s'emparer de l'entreprise de Barcelona Traction. Mais la déclaration de faillite est au cœur même de l'affaire, ainsi que la Partie adverse s'empresse de le souligner. Divers passages contenant cet aveu ont été cités dans la duplique (VII, p. 881, et suiv.). Il convient, toutefois, de relire ici, dans sa totalité, le paragraphe 219 de la réplique belge (V), car il suffit à lui seul à préciser le rôle de la déclaration de faillite et, par conséquent, la portée du comportement de Barcelona Traction qui, en pleine connaissance de cause, dédaigna d'attaquer ce jugement par la voie la plus appropriée. Je cite donc le paragraphe 219 de la réplique belge:

« Tel était bien le but que Juan March s'était proposé dès l'origine : les actionnaires de la Barcelona Traction ayant refusé de lui céder le contrôle de l'affaire aux conditions dérisoires qu'il semblait disposé à offrir, il a voulu tout simplement prendre leur place.

Le procédé utilisé par lui (une procédure illégale de déclaration de faillite contre Barcelona Traction) impliquait effectivement, par lui-même, une atteinte directe aux droits des actionnaires de cette société. Cette procédure, en effet, devait normalement dessaisir la société de l'ensemble de ses biens. Elle mettait fin aussi aux pouvoirs de gestion du conseil d'administration élu par les actionnaires; ces derniers se trouvaient ainsi privés de la prérogative essentielle de faire gérer la société par les mandataires de leur choix.

Cette atteinte première et illicite aux droits des actionnaires n'est pas seulement le point de départ de la manœuvre. [Veuillez bien remarquer ceci, Messieurs.] *C'est elle qui a rendu possible son déroulement.* Il suffit de rappeler à cet égard l'usage qu'ont fait les organes de la faillite de ce pouvoir de gestion usurpé aux mandataires désignés par les actionnaires de la Barcelona Traction, les destitutions de conseil, les nominations, l'hispanisation, la création des faux titres [et voilà la réplique belge de conclure]: *ces actes eussent été impensables* si, au préalable, le conseil d'administration de la Barcelona Traction, nommé par les actionnaires, n'avait pas été dessaisi du pouvoir d'administration. »

Qu'il soit permis, Messieurs, de commenter aussitôt cette citation : qui a dessaisi Barcelona Traction du pouvoir d'administration ? Le jugement déclaratif de la faillite, bien entendu ; et est-il besoin d'ajouter que dans n'importe quelle procédure de faillite il en irait de même ?

La Cour voudra bien excuser cette lecture, mais nous tenons à ce que la Partie adverse ne puisse insinuer que ce que nous présentons comme un aveu n'est en fait qu'un collage composé d'une série de passages isolés. Il y a là, Messieurs, une argumentation pleinement développée et présentée par la Partie adverse comme résumant le sens de l'affaire. Je ne souscris pas aux accusations lancées par le Gouvernement demandeur dans le passage que je viens de citer, mais je crois que le Gouvernement espagnol est justifié à se prévaloir de cette reconnaissance formelle du rôle déterminant qu'a joué le jugement déclaratif de la faillite à tous les stades de la présente affaire.

La Cour aura remarqué que le leitmotiv des accusations belges est

resté essentiellement le même tout au long du premier tour des discussions orales. Encore une fois, le rôle de la déclaration de faillite par rapport à ces griefs saute aux yeux à la lecture des plaidoiries prononcées de l'autre côté de la barre.

Le professeur Rolin lui-même n'a pas manqué de le souligner à l'occasion de sa première intervention (VIII, p. 11).

J'ai déjà eu l'occasion de remarquer qu'il s'est efforcé de présenter le soi-disant grief d'ensemble du Gouvernement demandeur comme un procédé technique. Or, ce procédé technique

« permet seul de faire apparaître l'abus de droit ou le détournement de pouvoirs résultant de l'utilisation de la procédure de faillite, à la faveur de ces diverses irrégularités, à des fins tout à fait étrangères au but normal de cette institution, à des fins dont le caractère illicite ne fait aucun doute, à savoir, *une expropriation sans indemnité et pour cause d'intérêts privés* » (VIII, p. 50).

Ainsi, d'après la Partie adverse, une vue d'ensemble s'impose. Cette vue d'ensemble, nous dit-on (*ibid.*, p. 51-52), s'impose pour l'appréciation des actes des autorités administratives aussi bien que pour ceux des autorités judiciaires. De cette façon, mon honorable contradicteur estime que

« la Cour ne pourra perdre de vue que ce qui est soumis à son appréciation ce ne sont pas des décisions isolées sans lien entre elles, mais une procédure unique dont l'aboutissement inadmissible fut dès le début dénoncé par les auteurs des divers recours et par le Gouvernement belge » (*ibid.*, p. 52).

Le professeur Rolin, bien entendu, n'a pas admis qu'en l'espèce on n'a pas pris la peine d'attaquer immédiatement l'acte qui déclencha cette procédure unique, estimant sans doute que dès le début on pouvait, par un remarquable don de prophétie, deviner qu'elle allait aboutir à une solution inadmissible. Toutefois, et mise à part cette considération qui ne manquera pas de retenir votre attention à nouveau, ce que je tiens à souligner ici, c'est que la position de la Partie adverse semble ainsi coïncider avec celle adoptée par le Gouvernement espagnol. Le Gouvernement espagnol avait précisé dans son contre-mémoire, en utilisant presque les mêmes mots, mais avec une conclusion différente, qu'il y a dans la présente affaire :

« 1^o une série d'actes incriminés, 2^o un lien entre ces actes rassemblés dans une même procédure, 3^o une souche unique à l'origine de toute cette procédure : à savoir la déclaration de faillite, et 4^o une *omission flagrante* de la Barcelona Traction par rapport à cette souche de la procédure » (C.M., IV, p. 634).

Dans ces conditions, peut-on prendre acte de ce que les positions des Parties se seraient considérablement rapprochées et de ce que nos adversaires semblent avoir au moins reconnu que la Cour est appelée à apprécier une procédure unique, c'est-à-dire non pas des actes isolés mais une série d'actes caractérisés par un lien juridique? Une telle supposition semblerait logique, mais, ainsi qu'on le verra, le professeur Rolin qui a donné le coup d'envoi à la procédure orale du côté belge n'est pas du même avis que le professeur Rolin qui a clos cette même procédure.

Le professeur Van Ryn, quant à lui, a cru ne pas devoir se faire devancer par son estimé confrère. Il s'est exprimé sans équivoque.

Il a tenu à souligner que vous êtes en présence d'une « manœuvre gigantesque » (VIII, p. 116), consistant dans une « faillite artificielle » (*ibid.*, p. 117) ouverte à son tour par une série de décisions judiciaires du juge de Reus qui sont « la source de tout le mal » (*ibid.*, p. 118) et qui sont donc « à la base de la plupart des griefs du Gouvernement belge » (*ibid.*). Et pour écarter toute équivoque possible, le professeur Van Ryn s'est empressé d'ajouter aussitôt que :

« Le jugement le plus important, celui qui déclenche toute l'affaire, c'est évidemment celui du 12 février 1948 qui lui aussi fait droit à une longue requête présentée par les hommes de paille de Juan March » (VIII, p. 119).

Messieurs, tout l'exposé du professeur Van Ryn ne fait que confirmer le rôle du jugement de faillite. Il vous a notamment démontré d'une manière, à son avis, exacte, par exemple, que

« c'est en vertu de la décision du juge de Reus [jugement de faillite] que les organes de la faillite ont exercé les droits inhérents aux actions qu'ils ne possédaient pas » (VIII, p. 234),

afin de procéder à l'émission des nouveaux titres destinés à remplacer les anciens titres des sociétés filiales.

Mais le professeur Van Ryn vous a également montré, d'une façon, à son avis, non moins pertinente, que des considérations analogues s'appliquent à la vente des biens de Barcelona Traction aux enchères publiques. Cette dernière également se rattache — et sans trop de difficultés, nous dit-on — à

« l'usage qu'ont su faire les organes de la faillite de cette possession fictive qui leur avait été donnée arbitrairement par le juge de Reus » (*ibid.*).

parce qu'aux yeux de nos adversaires et en dépit de nos arguments, on nous informe que

« il n'y a aucun doute ... que la vente, qui a eu lieu en 1952, a bien porté, entre autres, sur les faux titres, et c'est la vente à vil prix de ce portefeuille de la Barcelona Traction qui a engendré la majeure partie du dommage » (*ibid.*, p. 234-235).

Messieurs, nous rejetons en tous points — mes collègues l'ont dûment souligné — les arguments de la Partie adverse quant à l'existence, en l'espèce, de cette « manœuvre gigantesque » de spoliation, quant au caractère artificiel d'une faillite qui n'avait que trop tardé, et quant à l'objet de la vente tel que la Partie adverse prétend le définir. Mais ce que nous avons le droit de retenir dans le cadre de la présente exception, c'est que même dans les exposés de nos adversaires la notion de procédure semble avoir finalement repris son sens naturel, son sens juridique. La Partie adverse semble avoir notamment compris que non seulement les pouvoirs accordés aux organes de la faillite, mais aussi la vente en tant qu'aboutissement naturel d'une procédure de ce genre, découlent juridiquement de la même source : ce jugement de faillite qui, à ses yeux, est bien entendu la base « de tout le mal » et qui à nos yeux est l'issue inévitable de l'activité de Barcelona Traction en Espagne.

Mais le Gouvernement belge, qui tient à souligner la valeur du jugement de faillite lorsqu'il s'agit d'apprécier ses propres griefs, n'est pas du même avis lorsqu'il s'agit de la présente exception.

Une sorte de distinction est implicitement suggérée entre l'importance du jugement de faillite, que l'on reconnaît capitale, et celle des recours dont il aurait dû faire l'objet de la part de personnes qualifiées.

Le Gouvernement belge n'a certes pas épargné les efforts pour montrer que le jugement déclaratif de la faillite n'aurait qu'un intérêt relativement secondaire du point de vue du non-épuisement ou, pour mieux dire, de la non-utilisation des recours prévus par la loi pour en obtenir la rétractation.

C'est bien sous cet angle, Messieurs, qu'il faut apprécier la tactique qui consiste à soutenir que les dénis de justice auraient été notamment causés à l'occasion des recours internes introduits par les particuliers. L'on se souviendra peut-être du ton quelque peu dramatique avec lequel le conseil de la Partie adverse nous reprocha, lors des discussions orales de 1964, que tout recours aurait été, selon les thèses espagnoles, frappé de malédiction, alors que le seul recours approprié était précisément celui qui n'avait pas été intenté. Messieurs, une fois pour toutes, il faut s'entendre sur les recours qui, en fait, ont été intentés contre le jugement déclaratif de la faillite. L'examen du fond de l'affaire a permis de constater, à cet égard, qu'il s'agissait de recours hors délai, insuffisants, ouvertement destinés à entraver la procédure, ou bien, ainsi que la Partie adverse le souligne elle-même, dans ses observations et conclusions, introduits « plus pour des raisons morales que matérielles » (O.C., I, p. 261).

Je n'ai pas l'intention de disserter à nouveau sur les intentions qui ont inspiré ces recours, le point de savoir s'ils n'ont été intentés qu'en désespoir de cause et en vue des seules procédures internes, ou bien s'ils ont été introduits afin de créer une « apparence d'épuisement » des recours internes en prétendant remplacer la pertinence et la qualité par la persévérance et la quantité, aussi bien que dans un effort calculé pour minimiser les conséquences des omissions relatives au jugement déclaratif de la faillite.

Certes, à en juger par la présentation qui est faite des procédures internes dans les exposés de la Partie adverse, on a nettement l'impression d'un double effort, d'une part pour souligner les dénis de justice qui se rattachent aux recours qu'on prétend avoir été intentés et d'autre part pour atténuer les omissions fondamentales. Les deux éléments sur lesquels porte cet effort ont pourtant ceci en commun qu'ils ont pour conséquence de dénaturer complètement le contenu de la règle internationale. La condition requise par la règle internationale serait en effet remplie, selon la thèse sous-jacente à l'argumentation de la Partie adverse, par l'utilisation de recours introduits par n'importe quel sujet, ou en tout cas laissés au choix du demandeur, qui serait tout à fait libre d'omettre les autres, y compris ceux qui, de toute évidence, possèdent seuls la nature et ont seuls les effets d'un recours adéquat.

Ainsi, selon la Partie adverse, l'épuisement des recours internes se réaliserait-il par personnes interposées et en choisissant des recours qui ne sont pas pertinents.

Mais revenons au jugement de faillite de Barcelona Traction. Pour retenir son caractère essentiel, il suffit d'ajouter, au point de vue objectif, que nous ne serions pas devant votre haute juridiction si le jugement déclaratif de la faillite avait été rétracté à un moment quelconque, à la suite de l'introduction d'un recours approprié.

Cela revient à dire que le jugement de Reus est essentiel non seulement du point de vue des procédures internes, mais aussi du point de vue des

griefs sur lesquels se fonde la demande internationale. Certes, l'on a fait preuve d'une habileté remarquable pour déceler des dénis de justice dans tous les coins et les recoins de la procédure de faillite de Barcelona Traction, et pour les regrouper dans le faisceau du « grief global ». Cependant, il est certain que chacun des prétendus dénis de justice découle directement d'un point de départ commun, le jugement de faillite, que l'on a gracieusement qualifié de « monstrueux ».

Ceci dit, Messieurs, le moment est venu de souligner que le jugement de faillite a été l'objet d'omissions volontaires et délibérées.

Le Gouvernement belge n'a jamais osé soutenir que Barcelona Traction n'aurait pas pu faire opposition contre le jugement déclaratif de la faillite dans le délai de huit jours prévu par la loi. C'est déjà un progrès remarquable par rapport à ce que, dans la procédure de *mayor cuantia* introduite en 1953 contre Juan March et consorts devant le tribunal de première instance de Madrid, les avocats de Sidro avaient essayé d'établir en soutenant qu'il était matériellement impossible que parviennent en Espagne, dans le délai de huit jours, les pouvoirs de Barcelona Traction (nouv. doc. 1969, vol. II, p. 56). Dans la présente procédure internationale par contre, l'idée de cette « impossibilité matérielle » n'a été qu'insinuée dans un tout petit passage de l'introduction à la réplique (V, p. 19), c'est-à-dire dans une pièce manifestement consacrée à des arguments et à des moyens destinés à créer l'atmosphère du procès international. L'argument a été complètement abandonné par la suite, il ne figure en aucun moment dans les réponses que nos adversaires ont données à l'exception espagnole, que ce soit par écrit ou dans les discussions orales. Bien au contraire, la Partie adverse, je lui en donne acte, a tenu à souligner que le défaut d'opposition au jugement déclaratif de la faillite a été dû à des motifs autres que l'impossibilité matérielle d'introduire ce recours.

M. Rolin a été formel à ce sujet en 1964; il a dit :

« Il n'est jamais entré dans la pensée du Gouvernement belge de soutenir... que la société n'aurait pu faire opposition dans les huit jours qui ont suivi la publication de la décision déclarant la faillite » (III, p. 627).

Et la réplique développe à son tour cette même idée dans son explication désinvolte de l'omission de Barcelona Traction, lorsque la réplique soutient que la publication du jugement de Reus avait été irrégulière et que, par conséquent « cette société n'avait légalement aucune obligation d'être présente à la procédure, à un moment plutôt qu'à un autre » (V, p. 602). Ce qu'il faut donc retenir ici, c'est que Barcelona Traction a choisi, en pleine connaissance de cause, de ne pas attaquer le jugement déclaratif de sa faillite dans le délai utile.

Il s'agit donc, Messieurs, d'une omission consciente. Je crois pouvoir ajouter, qu'étant donné les circonstances dans lesquelles elle s'est produite, l'omission n'est pas seulement consciente, c'est aussi une omission délibérée, car l'on ne saurait qualifier autrement l'attitude d'une société qui, déclarée en faillite et ayant la possibilité matérielle de former son recours, ne prend pas la peine d'attaquer immédiatement et sans la moindre hésitation l'acte qui a déclenché la procédure de faillite.

C'est donc d'une omission délibérée que la Partie adverse voudrait se faire absoudre pour pouvoir démontrer ensuite que la règle qui exige l'épuisement des recours internes a été respectée dans la présente affaire.

Il serait donc déplacé de faire appel à votre bienveillante indulgence à propos du défaut d'opposition au jugement déclaratif de la faillite, sous prétexte qu'il serait injuste de rejeter la demande belge qui fait suite à de longues procédures au seul motif qu'une omission s'est produite dans le cadre d'un délai légal de huit jours à l'origine même de toute l'affaire.

Qu'il me soit permis d'attirer l'attention de la Cour sur le danger inhérent à pareille attitude.

Il est aisé de rétorquer que l'injustice risque plutôt de frapper le Gouvernement défendeur, car c'est aux organes de l'Etat espagnol que sont reprochés des dénis de justice, c'est-à-dire ce qui constitue l'un des faits illicites les plus graves que l'on puisse reprocher à un sujet du droit international.

Or, c'est précisément en raison de la nature et des éléments constitutifs de ce délit international que l'Etat ainsi accusé a le droit d'exiger que son système de protection judiciaire ait été mis à l'épreuve par le particulier intéressé, avant que l'on puisse mettre en cause sa responsabilité internationale. Admettre que, dans le cas d'un jugement déclaratif de faillite, dont on prétend qu'à lui seul il constitue un déni de justice, l'on puisse « glisser » discrètement sur le comportement du failli lui-même qui a dédaigné d'attaquer le jugement en temps utile, ce serait dénaturer de la manière la plus radicale le sens et la portée de la règle qu'exige l'épuisement préalable des recours internes. L'Etat défendeur serait ainsi tenu pour responsable de l'activité de ses organes judiciaires à l'égard d'un particulier sans avoir eu la possibilité de redresser le grief à cause de l'omission de ce même particulier.

Il est temps de laisser désormais de côté cette question. Il fallait cependant en parler parce que la Partie adverse, par l'ensemble de son argumentation sinon expressément, aime à laisser entendre qu'une omission imputable à Barcelona Traction à l'encontre du jugement déclaratif de la faillite pourrait, pour ainsi dire, être « compensée » par l'activité fiévreuse — je n'ai aucune hésitation à employer ce mot — déployée par la suite.

La Partie adverse, Messieurs, n'a certes perdu aucune occasion de vous réciter la liste des décisions judiciaires rendues dans les procédures internes se situant dans le cadre de la faillite de Barcelona Traction et elle n'a pas manqué d'y revenir au cours des présentes discussions orales. Pour notre part, nous craignons si peu ce récit que nous avions nous-mêmes fait remarquer, dans nos exceptions préliminaires de 1963 (ann. n° 89, p. 716), que l'on avait déjà rendu, à l'époque, « 2736 ordonnances, 494 jugements, 37 arrêtés ». A nos yeux, une activité aussi fiévreuse, loin d'entraîner une sorte de « présomption » d'épuisement des recours internes, serait plutôt — n'est-il pas vrai? — de nature à provoquer, dès le début, la suspicion, en raison du nombre beaucoup trop élevé de décisions.

Mais l'on a suffisamment discuté de ce point, dans la procédure écrite et ici même il y a cinq ans (II, p. 273), pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. Je tiens seulement à remarquer que l'on ne comprend aucunement jusqu'où la Partie adverse prétend entraîner la Cour en insistant tellement sur le nombre des décisions rendues. La seule hypothèse raisonnable est qu'elle voudrait substituer la quantité des recours à la qualité, et surtout noyer les conséquences de la « petite omission » sous la marée des recours qui, à tout hasard parfois et en désespoir de cause, ont ensuite été utilisés, et le plus souvent même incomplètement.

Le Gouvernement espagnol, par contre, se doit d'opposer la qualité des recours à la quantité; la pertinence des recours au défaut manifeste de fondement; la charge d'épuiser les recours caractérisés à une pseudo-doctrine qui laisserait à l'intéressé le soin de déterminer, à sa guise, les recours qu'il lui convient de tenter et les personnes qu'il lui convient d'interposer dans le seul souci de satisfaire de façon purement apparente à la règle internationale qui exige l'épuisement des recours internes.

Cette règle est formelle: elle suppose que le particulier utilise les recours qui lui sont ouverts et qu'ainsi l'Etat puisse avoir l'occasion de redresser le grief. Lorsqu'il s'agit de saisir les tribunaux internes, l'initiative appartient au particulier qui se prétend lésé et, en cas d'inaction de sa part, l'Etat n'est pas en mesure de redresser un grief, même fondé.

Qu'il me soit permis, Monsieur le Président, Messieurs les juges, de résumer maintenant brièvement cette partie de mon exposé.

L'effort consacré par la Partie adverse à minimiser le rôle du jugement déclaratif de la faillite dans le cadre de la présente exception ne saurait aboutir.

On a vu qu'il porte essentiellement vers deux directions. D'un côté, l'on a essayé de minimiser le rôle du jugement de faillite lui-même, à l'égard de l'exception; de l'autre, l'on a cherché à minimiser les conséquences du jugement de faillite par rapport à la procédure de faillite ultérieure. Ainsi, le jugement de faillite, reconnu par les observations et conclusions comme le « premier anneau » de la chaîne (O.C., I, p. 224) et devenu ensuite dans la réplique le « premier en date » (R., V, p. 597) des actes incriminés, n'est plus aujourd'hui ni le premier ni le plus important des actes en question. Et quant à la procédure de faillite, il s'agirait plutôt de voir quel a été le sort de chacun des actes qui la composent, et ce en les examinant séparément les uns et les autres, comme s'ils étaient détachés de toute procédure.

Pourtant, quelle que soit la direction vers laquelle la Partie adverse s'efforce de détourner l'attention de la Cour, deux obstacles s'élèvent sur son chemin. Le premier est constitué par le jugement de faillite, dont le sens et la portée sont bien différents de ce que souhaitent nos adversaires qui aimeraient n'y voir qu'un petit rien susceptible tout au plus de susciter la « douce hilarité » d'un failli tout-puissant. Si les dirigeants de Barcelona Traction ont cru bon d'affecter la plus souveraine indifférence, voire même le plus parfait mépris, pour cet acte judiciaire qu'ils entendaient froidement « stériliser » pour le détourner à leur propre profit, ce n'est pas l'opinion, le dessein ou le vœu de ces personnages qui pourraient modifier, dans la présente affaire, le rôle que joue naturellement toute déclaration de faillite dans n'importe quel pays du monde.

Le deuxième obstacle — infranchissable lui aussi — est représenté par la notion de procédure elle-même. Encore une fois, ce ne sont certes pas les affirmations — car il ne s'agit que d'affirmations — de la Partie adverse qui pourraient transformer une procédure de faillite, qui est un tout, en une série d'actes isolés. La faillite est, par définition, une procédure ayant pour objet la liquidation d'une entreprise commerciale qui se trouve dans une certaine situation de fait et de droit. Encore une fois, les conditions requises pour l'ouverture d'une faillite peuvent varier d'un pays à l'autre, mais il y a toujours un jugement qui ouvre une procédure, c'est-à-dire qui ouvre une série d'actes rattachés au premier par un lien juridique. Plus précisément encore, les actes qui composent la procédure trouvent leur origine commune dans le jugement déclaratif de la faillite

et demeurent, au surplus, liés les uns aux autres par ce rapport de présupposition qui constitue l'essence même de la procédure.

*
* *
*

Monsieur le Président, Messieurs les juges, ayant ainsi montré quel a été le rôle du jugement déclaratif de la faillite de Barcelona Traction, je crois pouvoir aborder ce soir au moins une partie de la troisième section de mon exposé. Cette section a trait aux omissions relatives au jugement de faillite, et notamment à celles qui entraînent le non-épuisement de deux remèdes spécifiques et d'une efficacité assurément radicale: l'opposition et la revision.

J'examinerai ces deux recours séparément. Il va de soi que, pour autant que de besoin, ce n'est pas seulement à Barcelona Traction que nous reprochons le non-épuisement desdits moyens, c'est-à-dire au sujet qui a été l'objet de la mise en faillite, mais aussi à *Sidro et Sofina en tant que* sujets pour lesquels le Gouvernement demandeur prend ici fait et cause.

Ceci dit, il convient d'entrer *in medias res*.

On a donc vu, Messieurs, que le jugement déclaratif de la faillite de Barcelona Traction joue un rôle à tous égards prépondérant dans la présente affaire. Comment s'étonner, dès lors, de l'insistance avec laquelle la Partie adverse s'est efforcée de vous démontrer ce qu'elle croit pouvoir appeler la «réalité» de l'opposition qui, selon elle, aurait été formée par Barcelona Traction contre le jugement de faillite?

A ce propos je voudrais prier la Cour de bien vouloir fixer tout particulièrement son attention sur les faits suivants:

- 1) le jugement en question date du 12 février 1948;
- 2) conformément à l'article 1028 du code de commerce de 1829, il aurait dû être attaqué par la voie de l'opposition dans un délai de huit jours, ce qui plaçait l'expiration du délai au 24 février;
- 3) c'est le 18 juin 1948, et donc presque quatre mois après l'expiration du délai prévu pour un acte de procédure bien déterminé et non pas pour un acte quelconque, que se situe la première comparution de Barcelona Traction.

Ces dates me paraissent éloquentes.

Sans doute, dans ces conditions, est-ce un labeur de Sisyphe auquel s'est attelée la Partie adverse en s'obstinant à vous présenter comme une véritable «opposition», au sens de la loi, un acte de procédure qui, quelle que soit sa nature, a en tout cas été accompli hors délai. Pourtant la Partie adverse a tenté de développer une fois de plus cette argumentation. Force m'est donc de répondre, tout en me limitant aux aspects vraiment essentiels de cette question.

La Partie adverse avait donc pour tâche de montrer pourquoi la règle qui exige l'épuisement des recours internes devrait être tenue pour respectée lorsqu'une société déclarée en faillite, qui disposait d'un délai de huit jours pour introduire un recours spécifique, n'a rien fait pendant quatre mois. La Partie adverse, pour étayer sa position, a avancé toute une série d'arguments dont on a longuement débattu au cours de la procédure.

Mais au fond sa position demeure aujourd'hui essentiellement celle qu'exposait son conseil avec précision il y a cinq ans dans cette même salle:

« Si la société Barcelona Traction, la société mère, n'intervient pas en son propre nom dans les tout premiers mois, c'est uniquement parce que cette intervention lui apparaît à la fois comme superflue et prématurée. Bien entendu [j'ai déjà cité cette partie de ce passage], 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 [dit M. Rolin] 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 les délais d'opposition n'avaient pas commencé à courir... (III, p. 627).

Ainsi, la position de la Partie adverse comporte trois affirmations et une négation. En les plaçant dans un ordre logique, les trois affirmations sont les suivantes :

- 1) le délai de huit jours pour exercer l'opposition contre le jugement de faillite n'aurait pas, en réalité, commencé à courir, en raison des prétendues irrégularités dont aurait été entachée sa publication;
- 2) le jugement de faillite aurait, en tout cas, été valablement attaqué par les recours des sociétés filiales, qui n'avaient pas été déclarées en faillite, mais qui avaient été affectées par des mesures ordonnées par le jugement de faillite de Barcelona Traction;
- 3) dès lors, ce serait « à bon droit » que Barcelona Traction a différé sa propre intervention.

Quant à la négation, elle se résume, par conséquent, dans la proposition suivante : le Gouvernement belge ne soutient pas que Barcelona Traction n'a pas été en mesure de faire opposition dans les huit jours qui ont suivi le jugement déclarant sa faillite.

Nous avons déjà vu cette proposition négative. La Cour me permettra d'y revenir un instant avant la suspension de l'audience.

J'ai déjà souligné moi aussi que Barcelona Traction ne se trouvait certes pas dans l'impossibilité matérielle de faire opposition au jugement de faillite. Nous avons également vu que cette thèse de l'impossibilité matérielle a été soutenue par Sidro dans la pièce par laquelle elle assignait March et consorts devant le Tribunal de première instance de Madrid. Nous avons vu aussi pourquoi le Gouvernement belge n'a pas endossé une thèse pareille. Assurément, cette thèse d'antan de la prétendue impossibilité matérielle d'exercer l'opposition n'est du reste que l'un des témoignages de l'embarras que cause à la Partie adverse l'attitude de Barcelona Traction à l'égard du jugement de sa faillite. La Cour me permettra d'en signaler ici un autre, qui est lui aussi très significatif et qui m'amènera à passer de l'élément négatif aux explications affirmatives de la Partie adverse, ce que je réserve pour l'audience de demain.

Là nécessité de trouver une justification quelconque à cette omission ne s'est pas manifestée seulement dans ce procès international et par rapport à la règle de l'épuisement des recours internes. Ce même problème, ainsi qu'on l'avoue, s'était déjà posé à Sidro. Dans cette demande, les conseils de Sidro se sont efforcés de faire oublier que, selon la loi espagnole, la publicité des jugements de faillite est normalement réalisée

par la voie de la publication dans les journaux officiels locaux, qui est obligatoire, et non pas par celle de la notification qui n'est que facultative. Ils ont cherché à faire oublier aussi qu'en tout cas, et donc même si notification il y avait, c'est à compter de la publication qu'il faut calculer le délai d'opposition. La question n'a jamais été incertaine en droit espagnol et notre contre-mémoire l'a dûment souligné en tout cas (IV, p. 346 et suiv.). Cependant les avocats de Sidro ont essayé de soutenir ceci :

« Tant que la notification n'est pas effectuée dans la forme légale ou tant que la société en faillite ne se tient pas pour informée dans l'instance, le délai pour former opposition au jugement déclaratif de faillite ne commence pas à courir... » (nouv. doc, 1969, vol. II, p. 163).

De toute évidence, une telle argumentation, contraire à la loi et à la jurisprudence, ne pouvait pas porter. Elle démontre pourtant à quelle extrémité il fallait arriver pour s'acquitter de l'impossible tâche de justifier le silence de Barcelona Traction. Les conseils du Gouvernement belge ont été beaucoup plus prudents à cet égard. Ils semblent, depuis les discussions orales de 1964, avoir renoncé, dans le cadre de la présente exception, à invoquer le défaut d'une notification que la loi espagnole ne requiert pas. Ce n'est que lors de l'examen du fond de l'affaire que la Partie adverse a ressuscité cet argument tout en affectant de ne pas lui attribuer un grand poids (VIII, p. 139).

L'audience est levée à 18 heures

QUARANTE ET UNIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (17 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69.]

M. MALINTOPPI: J'en viens maintenant aux arguments formulés par la Partie adverse afin de justifier le fait que Barcelona Traction n'a pas attaqué le jugement de faillite en temps utile. Pour ce faire, la Partie adverse a notamment invoqué de prétendues irrégularités du jugement déclaratif de la faillite de Barcelona Traction.

Nous avons cependant déjà vu que le délai de huit jours doit être calculé à dater de la publication et non pas de la notification. La Partie adverse ne saurait non plus contester que le délai d'opposition ne pouvait pas être suspendu sous prétexte que la question de la compétence juridictionnelle du juge de Reus aurait été *sub judice*. Il est de fait que la compétence de ce juge n'était l'objet d'aucun recours au moment de l'expiration du délai prévu pour l'opposition, c'est-à-dire à la date du 24 février 1948.

Il s'ensuit que, au fond, sur les quatre arguments originairement invoqués (et résumés dans la duplique espagnole, VII, p. 905 et suiv.) nos adversaires n'en sauraient invoquer en réalité qu'un seul: celui qui est déduit de la prétendue irrégularité de la publication du jugement de faillite.

Je ne me propose certes pas de montrer à nouveau à quel point cette affirmation est dépourvue de fondement. Cette démonstration a été faite d'abondance par mon collègue, le professeur Uría (*supra*, p. 265 et suiv.). Il vous a indiqué non seulement que la publication du jugement de faillite a été effectuée conformément aux lois espagnoles, mais aussi qu'elle devait être faite en Espagne et qu'elle ne pouvait pas être faite en dehors d'Espagne et en particulier au Canada. Il a, au surplus, montré qu'en cherchant à accréditer sa propre interprétation du droit espagnol, le Gouvernement belge voudrait une fois de plus vous amener à trancher un point qui est de pur droit espagnol. L'exposé de mon collègue et les éléments qui se dégagent de la procédure écrite me permettent donc de rester strictement dans le cadre de l'exception qui m'a été confiée et, par conséquent, d'aborder le problème de la publication du jugement de faillite dans une optique assez différente.

Auparavant, je voudrais toutefois faire justice de deux tentatives de diversion que la Partie adverse a cru bon de renouveler dans son exposé relatif à la présente exception (VIII, p. 593).

Examinons d'abord la première. Déjà en 1964, le professeur Rolin avait claironné une erreur qu'il avait décelée dans les exceptions préliminaires du Gouvernement espagnol de 1960, c'est-à-dire celles ayant trait à la première requête belge. Il alla, à cette époque, jusqu'à accuser le Gouvernement espagnol d'être responsable d'une « vulgaire altération » des textes de son propre droit et à suggérer qu'on l'avait faite afin de soutenir que la publication du jugement de faillite au domicile du failli n'était point nécessaire. Et puisqu'il ne pouvait certes pas contester que cette erreur eût été spontanément éliminée par le Gouvernement espagnol dans l'édition de 1963 des exceptions préliminaires, il crut possible de laisser sous-entendre qu'on avait eu vent de la réponse que le Gouvernement

belge avait rédigée à l'époque mais qui ne fut pas remise à la Cour à cause du désistement de la première requête (P.O., III, p. 628-629).

J'ai eu, je l'avoue, la faiblesse de croire que ma réponse de 1964 pouvait suffire à ramener le débat sur un plan qui aurait mieux convenu aux Parties. J'ai eu le regret de constater qu'il n'en a pas été ainsi. Dans ces conditions, je me dois de demander à la Cour de bien vouloir me permettre de relire mon deuxième exposé oral de 1964, auquel je n'ai absolument rien à ajouter. Je le fais d'autant plus volontiers qu'au moment de la rédaction des exceptions préliminaires de 1960, je n'étais pas personnellement encore associé à la défense du Gouvernement espagnol, ce qui m'a permis d'apprécier les choses en toute objectivité. Voilà les termes de mon exposé d'il y a cinq ans :

« En ce qui concerne les exceptions préliminaires de 1960, la référence au contenu des dispositions touchant cette matière [il s'agit, qu'il me soit permis de le rappeler, de la publication des jugements de faillite] 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 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 [du code de commerce de 1829] je me suis efforcé, en réponse, de démontrer dans ma plaidoirie [il s'agit de ma première plaidoirie de 1964] *avec tous les détails*, la régularité de ladite publication » (III, p. 796-797).

Tel est donc le texte de mon exposé de 1964.

J'avais ajouté aussi que jusqu'alors ma thèse n'avait pas été rencontrée par des arguments d'ordre juridique. M. Rolin devait toutefois le faire dans sa réplique, puisque la Partie adverse fut la dernière à prendre la parole. Il lui a été répondu, du côté espagnol, dans la suite de la procédure et notamment dans l'exposé de mon collègue le professeur Uría. La Cour me permettra ainsi de considérer, pour ma part, que cet indicent est clos.

Passons à la deuxième tentative. Je pense pouvoir en débarrasser la Cour en très peu de mots.

Le professeur Rolin a fait état d'une décision rendue par le juge spécial de la faillite, le 28 juillet 1949, pour convoquer l'assemblée générale des créanciers. Le jugement prévoyait notamment la publication de l'avis de convocation dans les bulletins officiels de l'Etat espagnol et des provinces de Barcelone et de Tarragone, aussi bien que dans deux des

journaux à plus grande diffusion de Madrid, Barcelone, Tarragone, Reus, Toronto, Londres, Genève, Paris et Rome. Et le professeur Rolin d'affirmer triomphalement que :

« Ainsi la démonstration fut faite par le premier juge spécial que loin de relever de l'*imperium*, la publication à l'étranger d'un avis judiciaire relatif à un acte qui, chose piquante, est prévu dans le même article 1044 du code de commerce de 1829 que la publication du jugement de faillite, à savoir, sous le 7^o, était possible sans même avoir recours à des commissions rogatoires » (VIII, p. 594).

On croit rêver. Qu'il soit permis de suggérer qu'une telle affirmation est pour le moins hasardée. Car le juge spécial de la faillite se conforma aux prescriptions de l'article en question en ordonnant que l'avis de convocation des créanciers fût publié dans les bulletins officiels, car c'est bien là la forme de publicité exigée par la loi. Si le juge spécial estima néanmoins utile d'en ordonner l'insertion dans certains journaux, assurément dépourvus de tout caractère officiel, c'est qu'il estima à juste titre que l'on devait tout faire pour que les créanciers du failli puissent prendre connaissance de l'avis, compte tenu de la circulation des titres dont ils étaient les détenteurs. Est-il besoin d'ajouter qu'une telle publicité supplémentaire, nullement exigée par la loi, n'a rien à voir avec la publication en tant que moyen légal ayant trait à l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'Etat? Peut-on vraiment admettre que la condition de la publication du jugement qui a ouvert la procédure de faillite aurait été satisfaite par l'insertion d'un avis dans un quotidien quelconque, comme s'il s'agissait de faire part du décès de M. Dupont?

Mais laissons finalement de côté ces digressions — et je m'excuse d'avoir dû m'y laisser entraîner — pour aborder le problème de la publication du jugement de faillite, dans l'optique de la présente exception.

Je crois que pour ce faire il me suffira, Messieurs, de répondre à une question très simple.

Du point de vue de l'épuisement des recours internes, Barcelona Traction peut-elle avoir subi un préjudice particulier du fait de la prétendue irrégularité dont serait entachée la publication du jugement de faillite?

Messieurs, la Partie adverse se charge elle-même de répondre par la négative dans sa réplique :

« La Barcelona Traction n'a sans doute pas subi de préjudice particulier du fait de l'absence de publication régulière, puisqu'en fait, son opposition, même introduite avant le 18 juin 1948, se fût heurtée aux suspensions successives résultant des déclinatoires García del Cid et Boter et à leurs complications qui ont retardé pendant près de quinze ans la décision sur l'opposition de la Barcelona Traction. » (R., V, p. 364.)

Donc, une justification *ex post*?

Messieurs, j'ai déjà indiqué qu'aucun déclinatoire n'était pendant lors de l'échéance du délai d'opposition, c'est-à-dire le 24 février 1948. Le déclinatoire García del Cid n'avait plus d'effet sur la procédure et le déclinatoire Boter n'avait pas encore été proposé. Dès lors, c'est un procès d'intention que d'affirmer que Barcelona Traction aurait été justifiée à ne pas attaquer en temps utile son jugement de faillite sous prétexte qu'un déclinatoire allait être introduit plus tard, et qu'un tel déclinatoire aurait nécessairement affecté un recours en opposition introduit, par

hypothèse, en temps utile. Le fait que la suite de la procédure ait été affectée par le déclinatoire Boter rend d'autant plus incompréhensible le comportement de Barcelona Traction qu'elle n'a pas veillé à soulever la question de la compétence en temps utile et par la voie appropriée, de façon à obtenir que la question soit tranchée à l'égard de son moyen et non pas à l'égard d'un moyen formulé par autrui.

Mais cette question ne nous intéresse pas ici. Ce qui nous intéresse, c'est la reconnaissance, de la part du Gouvernement demandeur, que Barcelona Traction n'a pas subi de préjudice particulier du fait de la prétendue publication irrégulière du jugement déclaratif de sa faillite.

La Partie adverse, en réalité, a reconnu deux choses: primo, que Barcelona Traction n'était pas dans l'impossibilité matérielle de faire opposition dans le délai légal de huit jours; et, secundo, que la prétendue irrégularité de la publication du jugement de faillite n'a entraîné aucun préjudice susceptible d'empêcher de faire opposition en temps utile.

Comment, dans ces conditions, la Partie adverse pourrait-elle encore soutenir que Barcelona Traction était en droit de différer son intervention au-delà des délais légaux? Cela dépasse l'imagination!

Ainsi, l'absence de publication au Canada n'a pas entraîné le moindre préjudice en ce qui concerne les droits de la défense de Barcelona Traction. Non seulement la responsabilité de l'Etat espagnol, de ce chef, ne saurait être mise en cause, mais encore faut-il souligner que, pour la même raison, les prétendues irrégularités dans la publication du jugement de Reus ne sauraient constituer, au profit de Barcelona Traction et de ses protecteurs, une cause d'exonération de la charge d'épuiser les recours internes.

Monsieur le Président, Messieurs, l'effort de synthèse imposé par la nature même d'une plaidoirie exige que l'on écarte toute question n'ayant qu'un intérêt purement académique.

Avec votre permission, je crois pouvoir ranger dans cette catégorie la question de la véritable nature de l'acte de procédure présenté par Barcelona Traction le 18 juin 1946. Il n'est pas contesté entre les Parties qu'il s'agit du premier acte de procédure accompli par Barcelona Traction au cours de sa faillite en Espagne.

Cependant, le Gouvernement espagnol a toujours soutenu — et j'ai tenu à vous le démontrer à nouveau — que cette instance a été introduite presque quatre mois après l'expiration du délai utile pour faire opposition au jugement déclaratif de la faillite. Si donc nous avons tenu à remarquer que la Partie adverse a essayé d'attribuer à l'acte du 18 juin la nature juridique d'une « opposition » alors qu'il ne la possède aucunement, c'est donc pour souligner combien la Partie adverse, nonobstant ses dénégations, attache de l'importance à l'omission constatée à l'encontre du jugement de faillite.

Vu l'intérêt qu'a la Partie adverse à découvrir et à vous présenter un quelconque recours en opposition, même introduit après que l'on se soit assuré de l'expiration des délais légaux, il est aisé de voir pourquoi mon honorable contradicteur a tant insisté sur une découverte faite par nos adversaires lors de la rédaction de leur réplique et invoquée à nouveau par le professeur Rolin (VIII, p. 591).

Cette grande découverte consiste en ceci: dans sa décision du 7 juin 1963 le juge spécial de la faillite, tout en rejetant, bien entendu, la demande de Barcelona Traction du 18 juin 1948 parce qu'elle était tardive, aurait formellement appelé cette demande « opposition ».

Et alors, Messieurs?

Ce faisant, le juge spécial de la faillite est-il entré en contradiction avec sa propre décision quant au caractère tardif de la demande?

Ce faisant, le juge spécial a-t-il transformé la nature juridique de l'acte du fait qu'il lui a attribué, *incidenter tantum*, un certain nom?

Quant à la première question, personne ne saurait contester que la réponse soit certainement négative.

Mais la négative s'impose également en ce qui concerne la deuxième question, précisément parce que, en tout cas, le juge ne s'est pas prononcé sur la nature juridique de l'acte de procédure de Barcelona Traction. Cela ne lui était d'ailleurs aucunement demandé. Ce n'était pas non plus nécessaire pour déclarer tardive la demande. Si, par contre, il avait dû vérifier, contrôler la nature juridique de l'acte dont il s'agissait, un examen approfondi se serait imposé. Et je ne crois par avoir besoin d'insister davantage pour vous montrer que les éléments constitutifs d'une véritable opposition faisaient défaut dans un acte comme celui du 18 juin 1948 (C.M., IV, p. 354, et D, VII, p. 913). Aucune atteinte à notre thèse n'a été portée à cet égard par les arguments développés par mon honorable contradicteur. La duplique faisait observer que l'acte du 18 juin ne contenait que l'annonce d'une opposition, sous réserve d'en développer ultérieurement les motifs. Le professeur Rolin a dû reconnaître (VIII, p. 595) que l'écrit de Barcelona Traction du 3 septembre 1948 se bornait précisément à une simple confirmation, sans que les motifs de la prétendue opposition y fussent développés, et l'on ne comprend pas par conséquent son insistance (*ibid.*, p. 592) sur cette deuxième pièce de procédure, aussi manifestement inachevée et aussi peu pertinente que la première. La pièce du 3 septembre ne pouvait donc pas purger le recours visé par la demande du 18 juin de ce que la Partie adverse qualifie de vice d'équivoque et que je qualifierais plutôt de défaut d'un élément essentiel.

J'en viens maintenant au deuxième rempart érigé par la Partie adverse dans sa quête d'une quelconque explication pour justifier le fait que Barcelona Traction, déclarée en faillite, a décidé, en pleine connaissance de cause, de ne pas intervenir dans sa procédure de faillite. Je me réfère à l'affirmation selon laquelle, avant l'expiration du délai d'opposition, les juges espagnols se seraient trouvés saisis d'un recours approprié et suffisant.

La Cour se souviendra qu'à la suite de la mise en faillite les dirigeants de Barcelona Traction adoptent une attitude singulière. Ils préfèrent ne pas attaquer directement le jugement de faillite. Ils adoptent la tactique qui consiste à lancer à l'attaque certaines des sociétés filiales. Pourtant, Messieurs, ces sociétés filiales n'ont pas été déclarées en faillite.

Or, c'est ce petit détail, malheureusement pour la Partie adverse, qui fait toute la différence, car le droit espagnol réserve exclusivement au failli le droit de faire opposition au jugement de faillite.

Malgré cela, la Partie adverse a longuement essayé de tirer profit des recours des sociétés filiales. Le professeur Rolin n'a certes pas été avare d'adjectifs, il y a cinq ans, pour décrire à la Cour les vertus thérapeutiques des recours des sociétés filiales Ebro et Barcelonesa :

« L'objet de ma démonstration [disait le professeur Rolin en cette occasion] 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 internes » (III, p. 619).

Ces recours ayant été rejetés par le juge de Reus, la Partie adverse a cru bon d'insister sur leur sort, afin d'étayer sa thèse principale lors des débats sur les exceptions préliminaires. C'est notamment — nous dit-on — en essayant d'exercer les recours internes que Barcelona Traction aurait été la victime de dénis de justice. Et puisque les seuls recours formés en temps utile à l'égard du jugement de faillite ont été précisément ceux des sociétés filiales, la Partie adverse voudra bien admettre que sa thèse aboutit à remplacer le recours que Barcelona Traction a omis d'exercer par des recours introduits par les sociétés filiales qui — il faut le répéter — n'avaient pas été déclarées en faillite.

C'est bien, une fois de plus, l'épuisement des recours par personnes interposées (VIII, p. 589).

Au point de vue de l'exception que nous discutons ici, la question est exactement là. La prétention de suppléer l'omission de Barcelona Traction par l'action des sociétés filiales ne tient pas, et ce pour deux raisons.

D'abord, parce que le droit espagnol réserve au seul failli le pouvoir d'exercer l'opposition prévue par l'article 1028 du code de commerce de 1829.

Ensuite, parce qu'en fait les sociétés filiales, concrètement Ebro et Barcelonesa, n'ont évidemment attaqué le jugement de faillite qu'en se référant à la seule partie relative à la saisie de leurs biens.

Ces deux points ne sont plus contestés par la Partie adverse.

En ce qui concerne le premier point, on a montré à plusieurs reprises, au cours des discussions orales de 1964 aussi bien que dans nos écritures, que le droit espagnol est formel: il réserve au failli et à lui seul ce moyen de recours qui, tout au plus, pourrait être exercé par des créanciers du failli et à ce titre exclusivement.

Bien entendu, tel n'est pas le cas des sociétés filiales de Barcelona Traction et, du reste, la Partie adverse, quoique son imagination soit particulièrement fertile, n'a jamais songé à soutenir que les sociétés filiales avaient basé leurs recours sur un titre de créanciers du failli.

Mais je crois que nous avons mis le point final à cette question dans la procédure écrite. Nous y avons notamment montré que le juge de Reus avait lui-même souligné, en rejetant le recours d'Ebro, que seule Barcelona Traction avait qualité pour exercer un tel recours. Cette décision du juge de Reus est particulièrement importante parce qu'elle fut rendue avant l'expiration du délai dans lequel Barcelona Traction aurait encore pu introduire valablement son recours. Voilà un détail qui est très important. Le 18 février 1948 le juge de Reus a statué ainsi le 18 février 1948, six jours avant l'expiration du délai:

« Ebro n'a pas qualité pour former ce recours contre le jugement du 12 février, car ce droit est reconnu au seul failli, suivant l'article 1326 du Code de procédure civile » (C.M., IV, n° 141, p. 334).

Mais nous avons également montré que la constatation faite par le juge ne pouvait pas échapper aux protecteurs de Barcelona Traction qui avaient eux-mêmes, après tout, suscité les recours des sociétés filiales. Le rapport du conseil d'administration de Sidro pour l'exercice couvrant la même année (D., VII, p. 911) en témoigne à tous égards.

Ainsi, l'on peut dire que, pratiquement, le juge de Reus est allé jusqu'à rappeler à Barcelona Traction, en temps utile, que l'artifice des recours des sociétés filiales n'avait aucune chance d'aboutir et qu'il lui était

encore loisible, en tant que failli, d'attaquer directement le jugement du 12 février par la voie de l'opposition. Mais je crois, Messieurs, qu'il n'est pire sourd que celui qui ne veut pas entendre...

En ce qui concerne le fait que les sociétés filiales n'ont en tout cas attaqué le jugement de faillite que pour la partie qui les concernait, c'est une question relativement secondaire.

Les sociétés filiales n'ont jamais prétendu obtenir que le jugement de faillite soit rétracté à l'égard du failli, c'est-à-dire à l'égard de Barcelona Traction. Ainsi, même en supposant — ce que le droit espagnol n'admet pas — même en supposant que les sociétés filiales aient pu exercer une voie de recours réservée au failli, il est de fait qu'en l'espèce elles ne l'ont pas tenté et ont seulement essayé d'attaquer, dans le jugement de faillite, la partie qui les affectait. Finalement, le professeur Rolin a admis que :

« Assurément, le recours de l'Ebro ne portait pas sur l'ensemble du jugement de faillite et ne peut donc suffire pour ouvrir la porte à l'action internationale relativement à toutes les illégalités que M. le professeur Van Ryn a relevées dans le jugement de faillite et les jugements connexes » (VIII, p. 590).

C'est décidément une bonne marche en arrière par rapport aux affirmations de 1964.

L'on verra en tout cas plus avant que même à l'égard des mesures qui sont visées, les recours des sociétés filiales ne pouvaient pas aboutir. Sur le plan des principes, il est acquis, dès maintenant :

- 1) que les sociétés filiales n'avaient pas qualité pour se substituer au failli dans l'exercice d'un recours que la loi lui réserve, et
- 2) que les sociétés filiales, en fait, n'ont pas demandé que le jugement de faillite fût rétracté à l'égard du failli.

Qu'il me soit permis d'ajouter une toute dernière considération. La Cour sait que tous les recours des sociétés filiales ont, en fait, donné lieu à une série de désistements, à la demande de nouveaux administrateurs des sociétés filiales nommés par les organes préposés à la faillite. Mon collègue, le professeur Uría (*supra*, p. 306 et suiv.) vous a montré que cette nomination était tout à fait régulière. Mais je n'ai pas besoin de revenir sur cette question pour une autre raison, qui me dispensera de tout examen ultérieur des recours des sociétés filiales. En effet, il me suffit de vous soumettre une constatation très simple, qui est cependant péremptoire au point de vue de la présente exception. Les organes qui ont nommé les nouveaux administrateurs des sociétés filiales étaient les organes préposés à la faillite de Barcelona Traction, en d'autres termes, les organes désignés à la suite du jugement de faillite de Barcelona Traction. Le professeur Rolin l'a du reste admis en 1964. Lorsqu'il essaya de minimiser la portée du jugement de faillite, il dut néanmoins admettre ce qui suit :

« il saute aux yeux que le seul effet pratique immédiat [veuillez bien retenir ceci, Messieurs] 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^e Rolin veut bien reconnaître que « ce n'est pas sans importance »] le contrôle des sociétés auxiliaires... » (III, p. 809-810).

Ainsi les dirigeants de Barcelona Traction savaient parfaitement qu'en s'abstenant de faire faire opposition au jugement de faillite par le failli

lui-même ils allaient perdre irrémédiablement le contrôle des sociétés filiales. Et pourtant, la société mère persista dans son silence hautain.

Qu'ajouter de plus?

Vraiment, Messieurs, les desseins des dirigeants de Barcelona Traction sont toujours singulièrement insondables...

*
* *
*

J'espère vous avoir démontré, Monsieur le Président, Messieurs les juges, que le défaut d'opposition au jugement de faillite est acquis à tous points de vue, que la Partie adverse n'a pu vous soumettre aucune justification valable, et que cette omission ne saurait être compensée, ni en général ni dans les circonstances de l'espèce, par une prétendue activité émanant de sujets autres que Barcelona Traction ou ses actionnaires.

Je voudrais maintenant rappeler qu'à la lumière des accusations que les protecteurs de Barcelona Traction ont lancées contre le jugement de faillite, nous avons toujours soutenu qu'en supposant ces accusations qualifiées par un *fumus boni juris*, l'on aurait pu, même après l'échéance des délais utiles pour faire opposition, attaquer le jugement de faillite par la voie de la révision. Il s'agit, comme nous l'avons montré à maintes reprises, d'un moyen extraordinaire ouvert, d'après l'alinéa 4 de l'article 1796 de la loi sur la procédure civile, « lorsque le jugement irrévocable aura été obtenu indûment par subornation, violence, ou toute autre manœuvre frauduleuse ».

Voilà donc un autre moyen d'une efficacité assurément radicale. Le droit espagnol, ainsi que, je pense, tous les droits du monde, envisage la possibilité qu'un jugement, bien que possédant la force de la chose jugée, couvre une injustice manifeste pour avoir été rendu grâce à des manœuvres frauduleuses. Si donc, ainsi qu'on le prétend dans la présente affaire, le jugement de faillite était dû à la collusion du juge de Reus avec M. Juan March, il y avait là le moyen de porter la question directement devant le Tribunal suprême, dont le caractère impartial ne semble pas avoir été mis en discussion par la Partie adverse. De cette façon, les intéressés auraient pu obtenir l'annulation du jugement de faillite et cette *restitutio in integrum* qui, jusqu'au dépôt de la réplique, constituait le premier objet de la demande belge.

Le déroulement de la procédure devant le Tribunal suprême n'aurait ainsi été nullement affecté par le prétendu blocage des recours. Et même le fait de ne pas avoir introduit l'opposition au jugement de faillite en temps utile n'aurait pas été un obstacle au recours en révision. Ainsi Barcelona Traction, Sidro et Sofina ont perdu l'occasion unique de faire échec, si telle était vraiment leur intention, aux suspensions partielles de certaines procédures et pour remédier au défaut d'opposition au jugement de Reus, en déracinant l'arbre de la procédure de faillite tout entier.

Dans ces conditions, la Partie adverse s'est livrée à un grand effort pour vous convaincre, d'une part, que le jugement de faillite est affecté de vices susceptibles d'entraîner, non pas un seul, mais toute « une série de dénis de justice », tout en affirmant, d'autre part, qu'aucun de ces vices ne serait de nature à justifier un recours en révision.

J'ai été, je l'avoue, étonné par cette attitude.

Mon étonnement s'explique par le fait que notre réponse a été élaborée

en feuilletant les dossiers de la Partie adverse. Les pages 620 à 622 du contre-mémoire espagnol (IV) et les pages 917 à 919 de la duplique (VII) ont été précisément consacrés à constituer cette sorte d'anthologie, pour cueillir le *flos florum* des accusations que la Partie adverse a eu l'amabilité d'adresser au jugement de faillite. Point n'est besoin, je pense, d'abuser de la patience de la Cour en lui relisant cette liste impressionnante de turpitudes dont serait entouré, au dire de la Partie adverse, le jugement de Reus. Du reste, la Cour aura remarqué à quel point le jugement de faillite a le don de susciter l'indignation de la Partie adverse.

Certes, le professeur Rolin a affecté de ne pas être impressionné du tout par les données qui figurent dans les écritures du Gouvernement espagnol. Il n'a même pas jugé opportun de se pencher sur ce passage de la réplique belge où il est dit, à propos de la nomination du commissaire et du séquestre provisoire, que :

« Il n'est, sans aucun doute, aucune disposition du jugement de faillite qui témoigne de façon aussi flagrante de la connivence qui a existé entre le juge de Reus, M. Carlos Andreu Domingo, et les demandeurs à la faillite... » (R., V, p. 17).

Il ne s'est pas non plus prononcé sur la conclusion que la réplique belge a cru devoir dégager de ce qu'elle appelle les « singularités » de cette nomination, et je cite à nouveau le Gouvernement belge :

« Dès lors, une conclusion s'impose : *les requérants ou leurs avoués ont eu avec le juge de Reus d'autres contacts que ceux prévus par le Code de procédure* » (*ibid.*, p. 18).

Le professeur Rolin a abordé la question comme si les passages que je viens de citer ne figuraient pas dans le dossier de la procédure écrite. Il semble être tout à fait sûr, quant aux griefs du Gouvernement belge,

« que les griefs formulés par lui [le Gouvernement belge] au sujet de la conduite des autorités judiciaires espagnoles, pas plus du reste que ceux relatifs aux autorités administratives, n'ont rien de commun avec les causes de révision invoquées par les exceptions préliminaires et reprises dans le contre-mémoire et la duplique, à savoir la subornation, la violence ou autre machination frauduleuse, suivant les termes de la loi » (VIII, p. 601).

A-t-on besoin de rappeler que c'est le Gouvernement belge qui a parlé de connivence entre le juge et les demandeurs à la faillite? Que c'est encore lui qui a allégué l'existence de contacts autres que ceux prévus par le code de procédure? Mais a-t-on également besoin de rappeler à nouveau que l'alinéa 4 de l'article 1796 de la loi de procédure civile est libellé d'une façon beaucoup plus générale que mon contradicteur n'aimerait le faire croire? A-t-on ainsi besoin de souligner que cette norme se réfère à tout jugement qui aurait été « obtenu-indûment par subornation, violence ou toute autre manœuvre frauduleuse »?

Comprenne qui pourra. Qu'elle soit voilée ou non, toute accusation de collusion entre les juges espagnols et les particuliers aurait dû être portée devant le Tribunal suprême d'Espagne avant de saisir votre haute juridiction. En disant ceci, je crois n'avoir besoin de rien ajouter quant aux moyens supplémentaires qui auraient pu être utilisés afin de mieux prouver cette prétendue connivence des juges, qui sont résumés dans la

duplique (VII, p. 928 et suiv., note 3) et qui ont été indiqués par le professeur Gil-Robles dans sa plaidoirie (*supra*, p. 49).

Ce n'est donc que vainement que le coagent du Gouvernement belge a essayé de passer un coup d'éponge sur ces accusations de collusion, qui touchent notamment le juge de Reus. Certes, il faut reconnaître que les conseils du Gouvernement belge ont été infiniment plus prudents que les rédacteurs des écritures. Ils ont essayé d'éviter des affirmations trop directes. Ils ont pesé les mots tout en gardant la substance de leurs accusations. Et pourtant, ce grand effort d'épuration se traduit par du formalisme pur et simple.

Le professeur Rolin a pesé les mots, il a affirmé quand même :

« divers magistrats furent prévenus, partiiaux, passionnément hostiles à Barcelona Traction, décidés à apporter à l'application de la loi les assouplissements nécessaires pour conduire la faillite au dénouement voulu par Juan March » (VIII, p. 601).

Mais les autres conseils ont été beaucoup moins mesurés. Tour à tour l'on a ainsi accusé le juge de Reus d'une « extraordinaire complaisance aux désirs du groupe March » (*ibid.*, p. 250) ; l'on a fait allusion aux « manifestations du zèle que mit le juge de Reus à suivre les représentants du groupe March dans le labyrinthe de leurs procédures » (*ibid.*, p. 282) ; l'on a mis en relief « la volonté du juge de Reus de donner à tout prix satisfaction aux demandes que lui adressaient les représentants du groupe March » (*ibid.*, p. 299). Ce zèle du juge de Reus ne s'arrêtait pas devant la loi, au dire de la Partie adverse. M. le bâtonnier Van Ryn a notamment affirmé que

« dans leur zèle à satisfaire aux demandes introduites par les hommes de paille de Juan March, les tribunaux espagnols — et je vise ici tout particulièrement le tribunal de Reus — ont en effet commis d'innombrables illégalités » (*ibid.*, p. 118).

Il a également ajouté que la loi espagnole ne permettait pas que Barcelona Traction fût déclarée en faillite, et que :

« Dans ces conditions il fallait, pour que les plans de Juan March puissent se développer et se réaliser, disposer d'un tribunal que les scrupules que je viens d'indiquer n'arrêteraient point. » (VIII, p. 121.)

Ce juge de Reus, nous dit-on, « ce n'est pas un juge, c'est un prestidigitateur » (VIII, p. 199), que M. March « faisait tout le temps sauter d'un pied à l'autre » (VIII, p. 157), pour qu'il rende des « décisions purement arbitraires, conçues uniquement pour complaire à ceux qui formulaient ces demandes tout à fait fantaisistes » (VIII, p. 206).

A quoi bon continuer ?

Si une seule de ces allégations était vraie, comment peut-on soutenir, avec l'assurance de mon distingué contradicteur, qu'il n'y avait pas là une manœuvre frauduleuse de nature à ouvrir les recours en révision devant le Tribunal suprême. Mais il y a plus, Messieurs. Qu'en est-il du reste de la fameuse déclaration attribuée à M. March par M. Wilmers et selon laquelle le premier aurait avoué que le juge de Reus, « ferait tout ce que lui, March, demanderait », car « en fait il le contrôlait ? » (VIII, p. 23). Faut-il encore rappeler que l'affidavit de M. Wilmers fut produit devant la Cour suprême de l'Ontario en 1949, et donc alors que la voie de la

révision était bien ouverte? Décidément les dirigeants de Barcelona Traction n'avaient finalement pas trop de confiance dans cet affidavit, sinon cela aurait été une base pour une demande de revision.

Force est donc de conclure, une fois pour toutes, que la position de la Partie adverse comporte une contradiction frappante.

Si le jugement de faillite était aussi vicié qu'on le prétend — et il suffit, à cet égard, de rappeler, que selon la réplique belge, il ferait apparaître qu'il y a eu, entre les requérants ou leurs avoués et le juge de Reus des « contacts » autres que ceux prévus par le code de procédure —, si, donc, ce jugement était le fruit de manœuvres frauduleuses, pourquoi Barcelona Traction n'a-t-elle pas tenté un recours en revision? Et si, à l'inverse, ces vices dont on prétend qu'ils affectent le jugement de faillite n'étaient nullement de nature à justifier un tel recours, comment peut-on soutenir que ce même jugement comporte un déni de justice, ou plutôt une série de dénis de justice?

Ici, le désaccord entre les deux côtés de la barre est absolu. La Partie adverse a soutenu dans ses écritures, toujours avec la même assurance, que si le jugement de Reus fait apparaître des « contacts » entre les requérants et le juge autres que ceux prévus par la loi, par contre,

« le Gouvernement belge n'a jamais prétendu non plus, parce que, pas plus que la Barcelona Traction, il n'en avait la preuve, qu'il y ait eu subornation, corruption ou concert frauduleux auquel le juge de Reus aurait été mêlé » (R., V, p. 618).

Ainsi, l'accusation de « contacts autres que ceux prévus par le code de procédure » est rabaisée par le Gouvernement demandeur lui-même à une affirmation gratuite, qu'il avoue n'être pas en mesure de prouver. Une affirmation non prouvée, donc une insinuation, Messieurs, rien qu'une insinuation.

Quant à la question de savoir si le recours en revision est ouvert, en droit espagnol, contre un jugement de faillite, elle se pose en des termes fort simples. D'après l'article 1796 de la loi de procédure civile, le recours en revision est dirigé contre un jugement définitif, une *sentencia firme*. La Cour aura constaté que le jugement de faillite est dénommé, en droit espagnol, *auto de quiebra*. La Partie adverse est, sur ce point, remarquablement formaliste: un *auto* ne serait jamais équivalent à une *sentencia*.

Nous croyons avoir montré, dans nos écritures, que pareil raisonnement de la Partie adverse n'est point fondé. Mon distingué contradicteur, pour sa part, a renvoyé aux arguments développés dans la réplique belge. Il me suffira donc de résumer, en très peu de mots, la thèse de la duplique espagnole (VII, p. 919-926).

La référence faite par l'article 1796 à la *sentencia firme* en tant que point de départ de recours en revision ne vise, en réalité, que la généralité des cas. Ainsi que la cour suprême espagnole l'a précisé à propos d'un *auto* ordonnant des mesures provisoires, dans l'arrêt du 3 juin 1959 (D., VII, p. 922-923), même un *auto* peut être soumis à revision à condition qu'il ait « abordé et résolu la question fondamentale envisagée dans le procès ». Or, le jugement déclaratif de la faillite, auquel il n'a pas été fait opposition, est certainement un *auto* qui, d'une manière autrement irréversible, a « abordé et résolu la question fondamentale envisagée dans le procès ».

On a notamment souligné, du côté espagnol, qu'un acte de pouvoir judiciaire est assorti de la force de chose jugée au sens matériel lorsqu'il affecte d'une façon définitive la situation juridique de l'une des parties

et que le recours en revision est le seul moyen pour écarter, dans des conditions données, les effets de la chose jugée. La déclaration de faillite, à laquelle il n'a pas été fait opposition en temps utile, bien entendu, entraîne nécessairement une modification de la situation juridique du failli, puisqu'elle affecte, par exemple, sa capacité juridique et ses droits quant à l'administration et à la libre disposition de son patrimoine.

Voyons maintenant les seuls arguments que la Partie adverse nous oppose à ce stade de la procédure. Il y avait, nous a-t-on dit à l'audience du 14 mai dernier, trois « raisons péremptoires de ne pas recourir à une demande de revision » (VIII, p. 601).

La première de ces raisons péremptoires serait que, faute de publication régulière, le délai pour l'opposition n'avait pas commencé à courir, et que le jugement de faillite, par conséquent, n'avait pas acquis force de chose jugée.

On a vu cependant qu'une telle conclusion n'est issue que de l'imagination des dirigeants de Barcelona Traction. Ceux-ci étaient, bien entendu, tout naturellement libres de garder leur conviction mais ils ne pouvaient pas ne pas se rendre compte du danger qu'ils couraient en se fondant sur leurs opinions personnelles. Ils savaient très bien, d'ailleurs, que le juge de Reus avait déclaré à deux reprises que le jugement de faillite, faute d'opposition, avait acquis force de chose jugée.

La deuxième raison invoquée par le professeur Rolin est connexe à la première. Il estime que, tant que l'on n'avait pas encore statué sur la prétendue opposition tardive du 18 juin 1948, Barcelona Traction ne pouvait pas, sans se contredire, demander la revision du jugement de faillite. J'avoue ne pas comprendre la portée d'un tel argument. Il m'est aisé de vous montrer qu'un tel souci, loin de préjuger la position de Barcelona Traction, aurait dû, par contre, l'amener à introduire un recours en revision, ne fût-ce que pour cette seule raison. Car, Messieurs, de deux choses l'une. Si le Tribunal suprême avait rejeté la thèse de Barcelona Traction quant au défaut de force de chose jugée dans le jugement de faillite, il aurait déclaré recevable la demande en revision et statué sur le fond. Si, en revanche, le Tribunal suprême avait déclaré irrecevable la demande en revision au motif que le jugement de faillite ne possédait pas force de chose jugée, Barcelona Traction en aurait tiré le plus grand avantage aux fins de la recevabilité de l'opposition qu'elle prétend avoir introduite par son écrit du 18 juin 1948.

Quant à la troisième considération énoncée par le professeur Rolin, elle se réfère aux prémisses de fait sur lesquelles la demande de revision devait se fonder, et je viens partant de la contrer lorsque j'ai montré la contradiction qui subsiste entre d'une part les accusations du Gouvernement belge et d'autre part les protestations qu'il émet lorsqu'il prétend ne pas y voir les éléments pour justifier un recours de ce genre. Et c'est pourtant à propos de cette troisième considération que mon estimé contradicteur a tenu à ajouter un argument supplémentaire, qui est toutefois dénué de pertinence, ainsi qu'il me sera aisé de vous le montrer en très peu de mots. L'échec des demandes de récusation de divers juges aurait suffi, nous dit-on, à dissiper les doutes sur l'impossibilité d'obtenir un résultat différent par la voie de la revision.

Pourquoi cet argument n'est-il pas pertinent? Il n'est pas pertinent parce que la demande de revision aurait donné lieu à une procédure devant le Tribunal suprême, alors que toutes les récusations formulées en l'espèce avaient été introduites devant des juridictions inférieures. Dès

lors, c'est un procès d'intention que de prétendre que le Tribunal suprême, s'il avait statué au surplus en revision du jugement de faillite et non pas en récusation des juges, aurait nécessairement écarté les allégations des dirigeants de Barcelona Traction quant à l'existence d'une manœuvre frauduleuse affectant la procédure de faillite. Ainsi le Tribunal suprême n'a jamais été en mesure de se prononcer sur cette gigantesque manœuvre de spoliation dont la Partie adverse se plaint aujourd'hui devant votre haute juridiction.

J'estime donc pouvoir réaffirmer que le recours en revision aurait dû être utilisé dans la présente affaire. Son efficacité était certaine. Il était aussi accessible et assurément suffisant pour faire tomber d'un coup la procédure incriminée. Je ne crois pas, notamment, que l'absence de précédents spécifiques dans la jurisprudence espagnole à cet égard puisse dispenser de la charge d'utiliser un moyen de ce genre, si l'on tient compte surtout des circonstances de l'espèce. Dans sa duplique (VII, p. 926-928), le Gouvernement espagnol a aisément réfuté une thèse amorcée pour la première fois dans la réplique (V, p. 618-619) dans le but d'invoquer des limitations qui seraient admises en matière d'épuisement des recours internes et qui dispenseraient de la charge d'utiliser le recours en revision dans la présente affaire. J'ai été heureux de constater qu'une telle thèse ne semble pas avoir été reprise dans les termes qui figurent dans la réplique au cours des discussions orales. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement, car la règle de l'épuisement des recours internes ne connaît pas des limitations pareilles.

En effet, le droit international ne saurait dispenser de la charge d'épuiser les voies internes ni lorsqu'il s'agit de recours extraordinaire du genre du recours en revision, ni même s'il y a un élément de doute quant à l'admissibilité d'un moyen particulièrement pertinent et efficace. Il suffit de rappeler, quant au premier point, que votre Cour, dans l'arrêt rendu à l'occasion de l'affaire *Interhandel* (C.I.J., *Recueil* 1959, p. 27 et suiv.), a fait droit à l'exception du Gouvernement défendeur parce que la procédure interne pendante aux Etats-Unis avait été rouverte grâce à un moyen extraordinaire. Et quant au deuxième point, il est établi que le droit international accorde la protection diplomatique seulement lorsqu'il s'agit de particuliers diligents qui prennent soin d'utiliser même les voies dont l'admissibilité pourrait être mise en doute. C'est pourquoi, même si, en présence de thèses opposées des Parties, il pouvait encore sembler douteux que le recours en revision ait été ouvert en droit à Barcelona Traction, la Cour pourra quand même retenir l'exception, en faisant application de la doctrine énoncée par la Cour permanente et par la Commission européenne des droits de l'homme dans le cas où un doute semblable avait été formulé.

Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (série A/B n° 76, p. 19), la Cour a dit en effet que :

« Le point de savoir si les tribunaux lithuaniens sont ou non compétents pour connaître d'une instance déterminée, dépend de la loi lithuanienne, et seuls les tribunaux lithuaniens peuvent, en cette matière, rendre une décision définitive. La Cour n'a pas à apprécier les arguments développés devant elle soit en vue d'établir la compétence des tribunaux lithuaniens en invoquant certaines dispositions des lois en vigueur en Lituanie, soit pour dénier leur compétence en attribuant un caractère particulier (*saisie jure imperii*) à l'acte du

Gouvernement lithuanien. Tant que l'on n'aura pas nettement démontré devant elle que les tribunaux lithuaniens n'ont pas compétence pour connaître d'une notion introduite par la société *Esimene* afin de faire reconnaître son titre de propriété sur la ligne Panevezys-Saldutiskis, la Cour ne peut accepter la thèse de l'agent du Gouvernement estonien selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes ne trouverait pas son application dans le cas présent, parce que la loi lithuanienne ne fournit point de remède ».

Je voudrais ajouter que c'est en s'inspirant expressément de cette doctrine que la Commission européenne des droits de l'homme s'est exprimée, dans l'affaire *Retimag* (*Annuaire de la commission*, 1961, p. 401), dans les termes suivants :

« 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 ».

*
* *
*

Défaut d'opposition au jugement de faillite dans le délai accordé par la loi, non-utilisation du recours en revision qui aurait pu être introduit contre ce même jugement dans un délai de cinq ans après la date de sa publication ; voilà deux omissions capitales et irréparables que nous sommes en droit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de reprocher à la Partie adverse lorsqu'elle prétend assurer la protection diplomatique de particuliers qui, selon elle, auraient été lésés par un préjudice préjudicement causé à Barcelona Traction.

J'aborde ici la quatrième partie de mon exposé, dont l'objet est de vous montrer que notre reproche s'adresse, en l'espèce, non seulement à Barcelona Traction mais aussi à Sidro et Sofina, c'est-à-dire aux sujets pour lesquels le Gouvernement demandeur voudrait aujourd'hui prendre fait et cause. Pour les raisons que j'ai eu l'honneur de vous exposer dans la première section de ma plaidoirie, le Gouvernement espagnol estime être également en droit de faire état des omissions imputables à ces deux sujets. Il me reste, maintenant, à vous montrer de quelle façon ces deux sociétés se sont comportées dans le cadre de la faillite de Barcelona Traction en Espagne. Cet exposé prendra un temps relativement court, puisque les sociétés en question n'ont utilisé aucun recours jusqu'après la vente des biens de Barcelona Traction et donc jusqu'au moment où, au dire de la Partie adverse, le dommage était consolidé et, par conséquent, tout recours était devenu insuffisant. A ce moment, nous dit-on en effet dans la réplique (V, p. 595), « il n'eût servi à rien à la Barcelona Traction ou aux autres coïntéressés de continuer un combat dépourvu de perspectives ». Si le Gouvernement espagnol est tout à fait convaincu que cette prétendue « consolidation » du dommage ne saurait être la conséquence que de la chose jugée qui, à son tour, résulte en l'espèce de l'inaction des particuliers, le Gouvernement espagnol est également certain que la chose jugée ayant trait au jugement de faillite aurait pu être écartée, mais ce uniquement par la voie de la revision, jusqu'au 24 février 1953, c'est-à-dire jusqu'à l'échéance du délai de cinq ans. Il estime aussi

que l'appréciation de la négligence des particuliers dans la phase qui suit la vente des biens n'échappe pas non plus au contrôle de l'épuisement des recours, et ce pour les considérations qui ont été énoncées dans la duplique (VII, p. 929 et suiv.) et que je ne reprends pas ici pour ne pas abuser de la patience de la Cour.

Dans ces conditions, il convient donc de simplifier le débat et, pour l'appréciation de la conduite de Sidro et Sofina, de prendre acte de ce qui suit.

Primo: la Partie adverse a affirmé que tout recours intenté après le 17 juin 1952, date de l'adjudication définitive des biens de Barcelona Traction, aurait été insuffisant (R., V, p. 595).

Secundo: il est constant qu'aucun recours de Sidro ou de Sofina n'a été introduit avant cette date.

Dans ses écritures (C.M., IV, p. 629-631; D., VII, p. 931-932), le Gouvernement espagnol a soutenu qu'en vertu de leur qualité d'obligataires, qui n'est d'ailleurs pas contestée par la Partie adverse (VIII, p. 577), tant Sidro que Sofina auraient pu exercer plusieurs recours et notamment attaquer le jugement de faillite même par la voie directe de l'opposition. Ainsi qu'on le verra, il n'y a pas contradiction entre cette affirmation et l'article 1028 du code de commerce de 1829 qui réserve au failli le pouvoir d'exercer l'opposition. L'extension de ce pouvoir au profit des créanciers — mais à leur profit seulement — découle de l'application conjointe de deux articles de la loi de procédure civile. J'en ai apporté la démonstration il y a cinq ans, sans être contredit (P.O., III, p. 802). Les obligataires, en tant que tels, sont assurément des créanciers à l'égard du failli. Dans ces conditions, les protecteurs de Barcelona Traction avaient une possibilité de plus d'attaquer le jugement de faillite. Mais le silence est d'or, et Sidro aussi bien que Sofina ont pris soin, tout comme Barcelona Traction, d'ignorer le jugement de faillite, d'affecter cette « douce hilarité », de le considérer, somme toute, bel et bien comme un « chiffon de papier ».

Que répond finalement la Partie adverse aux arguments tirés de l'inaction de Sidro et de Sofina?

La thèse du professeur Rolin tient en très peu de lignes. Il s'est essentiellement borné à affirmer

« que Sidro — comme principal actionnaire de Barcelona Traction — avait pleinement connaissance du contrat intervenu entre la Barcelona Traction et la National Trust aux termes duquel la National Trust avait le monopole de la protection des obligataires et qu'il était moralement tout à fait impossible à Sidro d'intenter une action judiciaire aux lieu et place de la National Trust en violation d'une clause formelle des contrats de *trust* » (VIII, p. 577).

Messieurs, à vrai dire, l'on ne comprend pas très clairement, en relisant ce passage, si mon estimé contradicteur fait allusion à une pure et simple impossibilité morale d'exercer les recours en question, ou bien s'il est resté fidèle à la thèse amorcée dans la réplique belge (V, p. 611), selon laquelle la *no action clause* des emprunts obligataires entraînait, pour les détenteurs de ces titres, la renonciation au droit d'action. Peu importe. Puisque les scrupules du particulier à l'égard d'un tiers ne constituent certes pas un motif valable de non-épuisement des recours internes, supposons que la thèse belge soit toujours celle de la réplique.

Que la Cour veuille bien se pencher pour quelques instants sur le texte de cette fameuse *no action clause*, dans la traduction française suggérée

par la Partie adverse elle-même. Vous pourrez aisément constater, Messieurs, que ladite clause ne visait que

« un procès ou une procédure quelconque en vue d'une exécution ou d'une vente fondée sur le présent gage ou pour l'exécution des engagements fiduciaires (*trusts*) qui y sont prévus, ou pour le recouvrement de toute somme en principal ou intérêts représentée par les obligations » (R., V, p. 345).

Mais assurément, Messieurs, le Gouvernement espagnol n'a jamais prétendu le moins du monde que si Sidro et Sofina avaient dû comparaître dans la procédure de faillite de Barcelona Traction, c'eût été afin d'obtenir le recouvrement des créances représentées par les titres qu'elles détenaient. De même, nous n'avons jamais reproché à Sidro ou à Sofina de ne pas avoir agi pour demander que le patrimoine de Barcelona Traction soit mis en vente. En aucun cas donc la *no action clause* ne saurait impliquer de renonciation qu'au droit d'entamer des actions dirigées contre le débiteur, c'est-à-dire contre Barcelona Traction. Ce que Sidro et Sofina auraient pu et dû faire, si elles avaient vraiment eu intérêt à mettre à néant la faillite de Barcelona Traction, c'était comparaître dans cette procédure et y intenter tout recours utile à l'appui de Barcelona Traction et non pas contre Barcelona Traction.

Il n'existe aucun mention des moyens que l'on exerce au profit de Barcelona Traction. Sidro et Sofina avaient, pour ce faire, plusieurs moyens à leur disposition. Voyons quelques exemples.

Primo, en tant que créanciers du failli, Sidro et Sofina pouvaient demander à comparaître dans la procédure de faillite et à y être considérées comme parties. En tant que parties à la procédure, Sidro et Sofina auraient pu y soulever toute autre question susceptible d'être discutée par des créanciers du failli. Le contre-mémoire (IV, p. 630) en a donné deux exemples: les sociétés dont il s'agit auraient pu participer à l'assemblée des créanciers et introduire, le cas échéant, les recours appropriés contre la nomination des syndics; de même, elles auraient pu attaquer les décisions ayant trait à la vente des biens et notamment celles concernant le cahier des charges.

Secundo, en cette même qualité, Sidro et Sofina pouvaient attaquer directement le jugement de faillite. Le moyen aurait été celui de l'opposition visée par l'article 1170 de la loi de procédure civile qui, tout en se référant à la faillite civile, est applicable à la faillite d'une société commerciale en vertu du renvoi prévu par l'article 1319 de la même loi. Cette opposition, si elle était fondée, aurait abouti exactement au même résultat que l'opposition ouverte au failli par l'article 1028 du code de commerce de 1829. Ces arguments ne sont pas contestés par la Partie adverse.

Tertio, Sidro et Sofina, agissant toujours en tant que créanciers, auraient pu essayer de contester la compétence juridictionnelle des juges espagnols, d'autant plus que, n'étant ni l'une ni l'autre de nationalité espagnole, elles ne se seraient pas heurtées aux difficultés qui frappent les ressortissants espagnols lorsqu'ils veulent s'élever contre la compétence juridictionnelle de leurs propres tribunaux.

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler qu'en réalité tous les arguments que je viens d'exposer figurent déjà dans les écritures du Gouvernement espagnol. Mais la Partie adverse s'est essentiellement bornée à nous opposer la *no action clause*, comme si le Gouvernement espagnol

n'avait jamais démontré qu'en tout cas cette clause n'a rien à voir avec des recours introduits à l'appui du failli. Je pense donc pouvoir conclure en soulignant que le non-épuisement des recours ouverts à Sidro et à Sofina en tant que créanciers du failli est acquis en tous points.

J'en viens maintenant, et à tous égards surabondamment, à la question des recours que Sidro ou Sofina auraient pu exercer à des titres autres que celui d'obligataire. On sait, à cet égard, qu'il n'y a pas de recours spécifiques pour les actionnaires en tant que tels, ainsi qu'il arrive dans la majorité des pays. Cependant, même s'il n'y a pas de recours spécifiques, il y a lieu de voir si des recours de droit commun sont susceptibles d'être utilisés par les actionnaires. En l'espèce, c'est la Partie adverse elle-même qui nous a rappelé que le 7 février 1953 Sidro intenta une action de fraude procédurale devant le tribunal de première instance de Madrid (VIII, p. 598). Cette action, qui visait la procédure de faillite dans son ensemble, a été elle aussi prise en considération dans le contre-mémoire (IV, p. 433-434) et même le chapitre consacré à l'exception l'avait relevée (p. 629), bien que seulement par voie de référence. Le professeur Rolin a fait aussi une allusion discrète au sort funeste de cette demande.

Messieurs, la demande de Sidro était irrecevable pour le simple fait de ne pas avoir été portée devant le juge compétent. Bien qu'ayant été introduite contre M. March et consorts, cette demande visait l'annulation de la procédure de faillite de Barcelona Traction. Dans ces conditions, on voit mal pourquoi une telle action aurait pu être soustraite à la compétence du juge spécial de la faillite. Rien d'étonnant, par conséquent, que le tribunal de première instance, la cour d'appel de Madrid et le Tribunal suprême aient dû déclarer irrecevable la demande et souligner qu'elle devait être introduite à nouveau devant le juge spécial de la faillite. Ce qui, par contre, est vraiment étonnant, c'est que, nonobstant l'opinion exprimée par le Tribunal suprême, Sidro n'ait pas jugé opportun de réintroduire sa demande devant la juridiction compétente! La Partie adverse a beau nous opposer qu'auprès de cette juridiction la demande serait tombée sous le coup de la suspension qui affectait une partie de la procédure de faillite. Non seulement pareille prétention se traduit-elle, une fois de plus, par un procès d'intention, mais encore se heurte-t-elle au fait que Sidro aurait pu, en introduisant son action, demander qu'elle fût exceptée de la suspension. Mais, encore une fois, Sidro ne bougea pas.

Sidro a donc introduit un recours qui, à ses yeux, devait être utile. Il est de fait qu'il s'agit d'un recours qui était formé mais qui n'a pas été mené à son terme.

La preuve est ainsi faite, à la fin de la quatrième partie de mon exposé, que les sujets pour lesquels on prétend prendre fait et cause dans la présente affaire n'ont pas épuisé les recours internes.

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Le professeur Rolin (VIII, p. 579 et suiv.), fidèle à son système, a consacré une grande partie de son exposé à examiner les différents recours qu'il prétend avoir été épuisés à l'égard de chacun des cinq groupes de griefs: griefs concernant les actes des organes administratifs, griefs concernant la compétence des juges espagnols, griefs concernant les mesures ordonnées par le jugement de faillite, griefs concernant le prétendu blocage des recours et, finalement, griefs concernant la vente des biens de Barcelona Traction.

Pour ma part, je me dois de lui opposer un système tout à fait différent. Ainsi qu'on l'a vu, le Gouvernement espagnol estime que, dans les cas d'espèce, les griefs du Gouvernement belge se rattachent tous à la procédure de faillite de Barcelona Traction, c'est-à-dire à une procédure au sens juridique, dont le déroulement a été conditionné par l'omission du failli qui n'a pas attaqué le jugement de faillite par les deux moyens qui lui étaient ouverts. Au surplus, le Gouvernement espagnol a montré les raisons pour lesquelles il est également en droit de faire état des omissions des prétendus actionnaires belges. Ainsi, le Gouvernement espagnol pourrait même se dispenser, en ce qui concerne la présente exception, de discuter des différents moyens qu'on a vainement essayé de faire valoir alors que la procédure de faillite avait déjà été conditionnée par le comportement du failli.

Ceci dit, j'avoue ne pas voir clairement quel profit la Partie adverse peut en réalité tirer de l'examen des différents recours qui concernent chacune des catégories de griefs dans lesquelles elle voudrait regrouper l'objet de sa demande. Bien entendu, il est certain que la Partie adverse tient à mettre l'accent sur ces recours, ne fût-ce qu'en désespoir de cause et afin de faire oublier les omissions qui entachent de façon irrémédiable la phase qui ouvre la procédure de faillite de Barcelona Traction. Mais si l'on examine les choses de plus près, le cadre de l'activité des particuliers devant les juges espagnols s'avère beaucoup plus décevant que la Partie adverse n'aimerait le croire.

La Cour aura en effet remarqué que mes collègues chargés de l'examen du fond de l'affaire ont pu lui signaler, à la charge des particuliers, de très nombreuses omissions qui ont, elles aussi, conditionné ultérieurement la procédure de faillite de Barcelona Traction. La Cour aura notamment pu relever que, même à l'égard d'une bonne partie des décisions judiciaires autres que le jugement de faillite, les particuliers n'ont certes pas fait preuve de cette diligence qui est exigée par la règle de l'épuisement des recours internes. Enfin et surtout, la Cour aura constaté que les dirigeants de Barcelona Traction ont adopté, tout au long des procédures internes, une tactique tout à fait particulière et consistant à toujours essayer de plier la procédure de faillite de façon à conserver intact le patrimoine du failli tout en se débarrassant de la lourde charge que représentaient les dettes de la société.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol est pleinement en droit, à titre encore plus justifié, de faire état de l'ensemble de ces omissions et de ces défaillances. Sans doute me serait-il aisé de suivre pas à pas mon distingué contradicteur dans les longues considérations qu'il a consacrées aux procédures entamées en Espagne à la suite de la mise en faillite de Barcelona Traction. Mais, pour ce faire, je devrais reprendre point par point les exposés de mes collègues et notamment ceux des professeurs Carreras et Jiménez de Aréchaga. Pour cette raison, nous avons estimé, d'un commun accord, que l'économie de la discussion orale exigeait que l'examen des omissions des particuliers qui affectent les décisions autres que le jugement de faillite fût fait lors de la présentation de nos arguments concernant le fond de l'affaire. Cela n'empêche pas la Cour, bien entendu, de retenir l'ensemble de ces omissions, non seulement dans l'appréciation du fond de l'affaire proprement dit, mais aussi dans le cadre de la présente exception. Notre défense constitue, pour ainsi dire, un corps unique, et l'exception, du fait qu'elle a été jointe au fond, peut maintenant s'appuyer, à toutes fins utiles, sur une base élargie.

Je me bornerai donc à vous donner une indication tout à fait sommaire des omissions constatées par mes collègues, et le compte rendu contiendra les références nécessaires. Cependant, et afin de compléter le tableau, il sera nécessaire de donner quelques précisions au sujet des recours qui n'ont pas été introduits contre les actes administratifs, bien que ces derniers constituent l'une des prémisses de la faillite et que, par conséquent, le prétendu « fait du prince » eût pu être invoqué dans le cadre d'une éventuelle opposition contre le jugement de faillite.

En ce qui concerne, tout d'abord, les mesures prises par le juge de Reus lors de la mise en faillite de Barcelona Traction, l'exposé concernant les omissions de Barcelona Traction se complète par les remarques faites, à propos des recours des sociétés filiales, par le professeur Jiménez de Aréchaga, qui vous a notamment montré pourquoi ces recours ne pouvaient pas aboutir.

Il vous a surtout montré que les sociétés filiales, si elles étaient des tiers véritables par rapport au failli, auraient eu à leur disposition un moyen certainement efficace, la *tercería de dominio*, pour soustraire leurs biens à la masse de la faillite.

Mais il a finalement souligné que, vu les liens qui subsistaient entre les sociétés filiales et la société mère, c'était vraiment une *probatio diabólica* que de vouloir prouver, dans les circonstances de l'espèce, que les sociétés filiales n'avaient rien à voir avec le patrimoine de Barcelona Traction (*supra*, p. 476-477).

Je passe maintenant aux omissions principales relatives à la compétence juridictionnelle des juges espagnols et à la question connexe du prétendu blocage des recours.

En ce qui concerne la compétence juridictionnelle pour la déclaration de faillite et toute mesure connexe, il n'y a pas de doute qu'elle aurait éventuellement dû être attaquée dans le même délai prévu pour l'opposition. Il n'en a pas été ainsi et mon collègue le professeur Jiménez de Aréchaga vous en a montré les conséquences négatives pour Barcelona Traction (*supra*, p. 487-490).

Le professeur Jiménez de Aréchaga vous a aussi montré que le prétendu blocage des recours a également été affecté par les omissions de Barcelona Traction (*supra*, p. 490). Il y a là, en effet, une preuve ultérieure du conditionnement de la procédure à cause du comportement du failli qui montre une fois de plus que la règle de l'épuisement des recours internes est loin d'avoir été respectée dans la présente affaire.

Les omissions des particuliers concernent aussi — et mon collègue le doyen Carreras en a signalé plusieurs — l'activité des syndics, l'exercice de leurs pouvoirs et la vente des biens.

Je n'y reviendrai pas non plus et me permettrai de renvoyer la Cour aux données exposées aux audiences des 5 et 6 juin (*supra*, p. 335-339, 358 et 375-377). La Cour aura surtout remarqué qu'aucun des griefs formulés par la Partie adverse à l'égard du cahier des charges n'a été invoqué devant les juges espagnols. Ainsi, Barcelona Traction, à cet égard, a adopté une attitude non moins décevante, pour la Partie adverse, que celle adoptée au lendemain de sa mise en faillite.

J'en viens, avec plus de détails, aux omissions qui concernent certains actes des autorités administratives espagnoles.

Il s'agit, concrètement, des deux décisions de l'Instituto Español de Moneda Extranjera (IEME), prises à l'égard des demandes d'autorisation du troisième plan d'arrangement proposé par les dirigeants de Barcelona

Traction. Mon collègue le professeur Reuter vous a montré le bien-fondé et la légalité de ces décisions. Il me suffira donc de souligner à mon tour que ces décisions n'ont fait l'objet d'aucun recours spécifique, alors que deux moyens étaient à la disposition des intéressés.

Ainsi, les griefs formulés par le Gouvernement demandeur n'ont jamais été soumis ni aux autorités administratives ni aux autorités judiciaires de l'Etat espagnol.

Je me propose donc d'examiner la question sur le plan du recours hiérarchique, qui aurait dû être introduit auprès du ministre de l'industrie et du commerce, et sur celui du recours contentieux administratif, qui relève de la compétence du Tribunal suprême.

Le recours hiérarchique est prévu à l'article 26 du règlement de procédure du ministère de l'agriculture (approuvé par décret du 14 juin 1935), qui est également applicable au ministère de l'industrie et du commerce (décret du 25 juin 1942).

Le recours contentieux administratif est régi par la loi du 22 juin 1894; il doit être précédé par le recours hiérarchique, si celui-ci est ouvert en l'espèce.

En ce qui concerne le recours hiérarchique, la Partie adverse avait essayé de soutenir, même dans sa réplique (V, p. 627), qu'il n'était pas ouvert contre les décisions de l'IEME. Le Gouvernement espagnol a toutefois prouvé dans sa duplique (VII, p. 895 et suiv. et ann. n° 191) l'existence et l'effectivité de pareil recours que la pratique, au surplus, admettait sans réserve. Le Gouvernement espagnol a notamment annexé à la duplique cinq décisions (A.D., nos 193 à 197) du ministre de l'industrie et du commerce rendues sur des recours hiérarchiques introduits contre des décisions de l'IEME en matière de devises.

Cette documentation a forcé la Partie adverse à une retraite stratégique. Le professeur Rolin a dû ainsi admettre ce qu'il avait essayé de contester en 1964 (III, p. 606-607). Il a notamment affirmé que :

« il est exact qu'il résultait de deux autres arrêts de 1957 et 1959 qu'en fait des particuliers, avant de s'adresser au Tribunal suprême par la voie du contentieux administratif ... avaient effectivement utilisé la voie administrative » (VIII, p. 579).

Cependant, d'après mon estimé contradicteur, ni cette jurisprudence ni les cinq décisions que nous avons produites n'auraient un caractère décisif, parce qu'elles datent d'une époque postérieure à celle des décisions de l'IEME affectant le plan d'arrangement.

On verra sous peu qu'à propos du recours contentieux administratif, la Partie adverse nous fait exactement le reproche contraire, c'est-à-dire qu'elle nous fait grief de nous appuyer sur une jurisprudence antérieure à l'époque où furent rendues les décisions incriminées (VIII, p. 581). En tout cas, je crois qu'en ce qui concerne la jurisprudence relative au recours hiérarchique, la Partie adverse ne saurait écarter cet élément décisif qu'en nous démontrant que pareille jurisprudence aurait été la conséquence d'un changement dans la loi qui régit la matière. Tel n'est toutefois pas le cas, car les décisions incriminées par la Partie adverse et la jurisprudence dont nous avons fait état relèvent les unes et les autres des mêmes décrets de 1935 et de 1942 que je viens de citer.

Mais la Partie adverse est tellement consciente de la faiblesse de cet argument qu'elle s'empresse d'en invoquer un autre. L'article 19 du règlement général de 1935, nous dit-on, exigerait que la notification des

décisions administratives contienne l'indication des recours dont les intéressés peuvent éventuellement se prévaloir. Et le professeur Rolin de souligner que les communications adressées au représentant du groupe de Barcelona Traction ne contenaient aucune indication à ce propos et que, par contre, les communications relatives aux actes visés dans les cinq décisions produites par nous auraient sans doute été accompagnées de l'indication des recours ouverts.

Sur le plan des principes, l'argument de la Partie adverse est certes suranné, car j'ai déjà dû le contrer dans les discussions orales de 1964 (III, p. 793).

Et nous avons également montré dans la duplique (VII, p. 896-897) que l'omission de la mention des recours dans la communication adressée aux intéressés ne fait pas obstacle à l'admissibilité des recours pertinents. La seule conséquence d'une telle omission est qu'elle empêche l'échéance des délais utiles pour attaquer les actes envisagés, ce qui, au surplus, permet aux intéressés de demander à l'administration de leur indiquer s'il y a lieu à recours, ce qui se fait couramment dans la pratique.

Il est évident que le silence de l'administration dont relève l'acte ne peut supprimer des recours prévus par la loi. Il serait donc absurde de suggérer que Barcelona Traction n'a pas fait de recours parce que l'IEME « aurait induit en erreur les membres du groupe de la Barcelona Traction en lui taisant l'existence de pareil recours », ainsi que le prétend le professeur Rolin (VIII, p. 580).

La vérité, ainsi que mon collègue le professeur Reuter (*supra*, p. 219) vous l'a démontré, est que ce ne sont pas des prétendues machinations de l'IEME, mais c'est le fait que le grief a été conçu *ex post facto* qui explique que Barcelona Traction n'a pas formé de recours à l'époque.

Ces arguments me semblent donc décisifs. Dès lors, il serait superflu de vérifier si les actes visés par les cinq décisions annexées à la duplique avaient été l'objet d'une communication aux intéressés contenant l'indication des recours ouverts. Le professeur Rolin semble pencher pour l'affirmative (VIII, p. 579). Je me suis renseigné à cet égard et je ne crois pas pouvoir partager son avis.

La Cour sait que quatre des cinq décisions annexées à la duplique (A.D., nos 193 à 196) visaient des recours en matière d'autorisation de devises concernant des licences d'importation. Or, je suis autorisé à vous préciser que dans la pratique de l'IEME pareilles autorisations résultaient d'un cachet apposé sur la licence d'importation et que le cachet qui était utilisé à l'époque ne contenait aucune indication des recours ouverts. Je suis également autorisé à vous préciser que la communication adressée par l'IEME aux intéressés à l'époque résultait d'un texte imprimé et qu'elle ne contenait pas non plus mention des recours ouverts.

Je crois pouvoir passer maintenant à la réponse du Gouvernement belge concernant le recours contentieux administratif. La Partie adverse prétend l'écarter en soutenant que la loi du 22 juin 1894 sur la juridiction contentieuse administrative n'admet pareil recours que si la matière ne relève pas du pouvoir discrétionnaire et à la condition qu'un droit de caractère administratif ait été lésé. Ces arguments ne sont pas nouveaux. Ils ont déjà été contrés soit dans le contre-mémoire (IV, p. 610-611) soit dans la duplique (VII, p. 901-902). Nous avons notamment montré, à cet égard, que les données qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour suprême permettent d'établir les points suivants: primo, que les décisions de l'IEME touchaient à des droits de caractère administratif selon la

définition jurisprudentielle; secundo, que l'existence d'un droit n'est pas requise comme condition du recours en abus de pouvoir; et, tertio, que le pouvoir discrétionnaire n'est pas soustrait au contrôle judiciaire lorsque l'acte attaqué a été pris d'une manière arbitraire.

Le professeur Rolin voudrait écarter cette jurisprudence au prétexte qu'aucun des arrêts cités dans la duplique ne serait postérieur au début de la guerre civile. On voit cependant mal la portée d'un tel argument, car s'il est vrai que la voie contentieuse administrative a été suspendue en 1938, il est non moins vrai qu'elle a été rouverte en mars 1944. On voit mal cette critique, d'autant plus que des jugements datant de 1944, de 1945 et de 1947, visant le contrôle du détournement de pouvoir, ont été cités dans le contre-mémoire (IV, p. 611, note 1) sans que la Partie adverse en conteste la portée. La voie contentieuse administrative était donc bien ouverte à l'époque où furent rendues les décisions de l'IEME affectant le plan d'arrangement. Quoi qu'il en soit, le professeur Rolin essaie d'expliquer que dans la jurisprudence en question il n'y aurait en réalité que des *obiter dicta* ou des formules sans pertinence (VIII, p. 580-582). Pour ma part, j'estime que j'abuserais de la patience de la Cour en examinant ces arrêts à nouveau et en détail. Il convient plutôt de se rapporter aux données qui figurent dans la duplique (VII, p. 900-902) en y ajoutant quelques considérations qui démontrent pourquoi cette jurisprudence était pleinement applicable aux actes administratifs concernant le plan d'arrangement, si les griefs belges étaient fondés.

Ce qui est surtout important, c'est de comparer d'une part les griefs qui ont été formulés par mon estimé contradicteur le professeur Mann à l'égard des actes de l'IEME et, d'autre part, le contenu des précédents que le Gouvernement espagnol a invoqués dans la procédure écrite. D'après le professeur Mann, l'IEME aurait adopté une attitude manifestement contradictoire en autorisant, d'une part, le service des intérêts des obligations en pesetas de Barcelona Traction avec les fonds d'Ebro jusqu'à janvier 1948, et en refusant, d'autre part, en 1946, un plan d'arrangement prétendument fondé sur le même principe. Et le professeur Mann d'ajouter:

« le Gouvernement espagnol rompit si soudainement et si complètement avec le passé, il agissait d'une manière si contraire à la pratique et aux précédents, que son attitude justifie le grief général que lui oppose la Belgique du chef d'une violation des normes minimales d'équité et de justice que le droit international impose » (VIII, p. 82).

Le professeur Mann a également affirmé, entre autres, que

« ces autorités ont refusé l'autorisation afin, selon nous, d'aider les efforts de financiers espagnols en vue de s'emparer de l'actif espagnol des filiales de la Barcelona Traction » (*ibid.*, p. 72).

Le professeur Mann a posé aussi une question rhétorique. Voilà ce qu'il se demande:

« Les autorités espagnoles chargées du contrôle des changes se sont-elles sincèrement attachées, en octobre et décembre 1946, au problème déterminé concernant le contrôle des changes qui se posait à elles ou bien, comme la Belgique le suggère, ont-elles poursuivi des objectifs si manifestement étrangers au contrôle des changes et ont-

elles fermé les yeux si résolument au véritable problème à trancher que leur décision en devient arbitraire? » (VIII, p. 109).

Et la Cour me permettra de rappeler une autre remarque du professeur Mann, sur laquelle je devrai revenir par la suite. Mon estimé contradicteur a déclaré en toutes lettres que

« les décisions du 30 octobre et du 14 décembre 1946 constituent l'un des cas les plus frappants d'abus de pouvoir et de discrimination dont un tribunal international ait jamais eu à connaître » (VIII, p. 80).

Mais, si tel est le grief concernant les actes de l'IEME, il tombe assurément sous le coup de la jurisprudence citée dans la duplique (VII, p. 901-902), puisque toute pratique arbitraire ne saurait échapper au contrôle de la Cour suprême. Si le plan d'arrangement avait réellement constitué, selon l'expression du professeur Mann, l'« un des cas les plus frappants d'abus de pouvoir », l'on aurait été en présence d'un acte à l'égard duquel le contrôle de la Cour suprême ne rencontre aucune limite,

« car s'il y en avait [dit l'arrêt du 29 mars 1933 en se référant à une jurisprudence constante et en reprenant presque à la lettre un considérant de l'arrêt du 2 octobre 1931] le droit du particulier se trouverait sans protection contre les actes arbitraires, les injustices ou les excès de pouvoir de l'Administration, dès lors que dans tout Etat de droit ces actes doivent nécessairement, en raison d'impératifs de justice, être corrigés et réparés » (D., VII, p. 902).

Et si le professeur Rolin tient à souligner que le contrôle du pouvoir discrétionnaire ne serait admis qu'en présence d'une violation de règles obligatoires (VIII, p. 581), je peux aisément lui répondre d'abord qu'à supposer fondé le grief du professeur Mann l'on aurait manifestement violé le principe général d'après lequel toute compétence administrative est liée par l'obligation de ne pas tomber dans l'arbitraire. Je peux également lui opposer que le Gouvernement belge est en tout cas mal venu à soutenir que le pouvoir discrétionnaire ne rencontre pas de limites alors que lui-même remarquait dans sa réplique (V, p. 570-571) ce qui suit :

« Les autorités espagnoles avaient, il est vrai, en tout temps « un pouvoir de contrôle » sur tout transfert de devises d'Espagne à l'étranger, et même sur tout mouvement de fonds en Espagne concernant un étranger — cela est incontestable et, répétons-le, incontesté. Mais il n'en résulte pas que l'exercice de ce pouvoir fût entièrement discrétionnaire et exempt de toute restriction. Au contraire l'exercice de leur compétence par les autorités espagnoles du change était soumis, en droit espagnol, à l'obligation de respecter les fins en vue desquelles cette compétence leur était attribuée... ».

Vous savez bien, Messieurs, après l'exposé de mon collègue le professeur Reuter, ce qui s'est réellement passé lors du refus opposé au plan d'arrangement. Vous savez notamment que la Commission internationale d'enquête a reconnu que ce refus était pleinement justifié. Il n'est donc point surprenant que le Gouvernement belge ait jugé opportun de nous opposer, à propos des recours administratifs, que

« Barcelona Traction et les sociétés intéressées ne disposaient pas d'éléments de preuve pour démontrer que les refus opposés à leurs

demandes d'autorisation étaient « arbitraires et constituaient un abus de pouvoir » (R., V, p. 632).

Assurément la Partie adverse a toujours des problèmes qui la troublent en matière de preuves. Cette question des éléments de preuve, à propos des actes administratifs, ne mériterait pas de commentaire, précisément parce que ces affirmations sont habituelles chez la Partie adverse. Il importe toutefois de montrer, une fois de plus, les contradictions d'un demandeur à bout d'arguments. Le professeur Rolin a repris la même idée pour affirmer que les intéressés n'étaient pas en mesure, à l'époque,

« d'étayer leurs soupçons d'arbitraire et de discrimination par les nombreux faits et documents qui ne vinrent qu'ultérieurement à leur connaissance et dont M. Mann vous a fait le lumineux exposé » (VIII, p. 583).

Pour ma part, je laisse volontiers au professeur Mann lui-même le soin de répondre à ma place à l'affirmation de son confrère. Ainsi s'est exprimé le professeur Mann dans son lumineux exposé :

« Si le ministre et l'Institut s'étaient abstenus de motiver leurs décisions, si l'on ne savait rien des circonstances dans lesquelles elles avaient été prises, si leur contexte était resté obscur, le Gouvernement belge aurait de la peine à soutenir que les décisions du 30 octobre et du 14 décembre 1946 constituent l'un des cas les plus frappants d'abus de pouvoir et de discrimination dont un tribunal international ait jamais eu à connaître » (*ibid.*, p. 80).

La phrase que je viens de rappeler, Monsieur le Président, Messieurs les juges, fait déjà ressortir implicitement que les décisions prises par l'IEME n'étaient pas dépourvues de motifs: la Partie adverse l'a donc reconnu, tout en soutenant que son grief aurait été surabondamment confirmé par les événements ultérieurs. Mais il y a mieux encore, et le professeur Mann lui-même s'est exclamé :

« Heureusement, ces décisions furent motivées par des raisons tellement bizarres, on a tellement d'informations à leur sujet, tant de choses ont été confirmées par les événements ultérieurs, que nous pouvons faire cette assertion avec toutes les assurances possibles de pouvoir le démontrer surabondamment » (*Ibid.*).

Si tel était le cas, peut-on imaginer obligation plus caractérisée d'épuiser les recours internes, dès lors que les motifs prétendument bizarres établissaient l'abus de pouvoir?

Vraiment, Messieurs, mon exposé sur les recours administratifs peut fort bien s'arrêter ici.

*
* *
*

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en viens maintenant à la dernière partie de mon exposé, que je me propose de consacrer à une analyse rapide du comportement de Barcelona Traction et de ses dirigeants, afin de jeter quelque lumière sur les motifs qui ont pu amener le failli — attitude sans nul doute singulière — à ne pas attaquer le jugement de faillite directement et dans les délais.

Cette partie de mon exposé sera considérablement plus brève. Il n'appartient pas au Gouvernement défendeur de rechercher les motifs d'une décision que le failli a prise en pleine connaissance de cause. Sa tactique et ses arrière-pensées ne sauraient aucunement être invoquées pour justifier, d'une façon quelconque, le refus de comparaître devant le juge de Reus pour contester, alors qu'il pouvait le faire, la régularité ou la justice de la déclaration de faillite.

Si, néanmoins, la défense espagnole juge utile de consacrer quelques développements à la conduite de Barcelona Traction et consorts, c'est parce qu'il est opportun de montrer, une fois de plus, le caractère fondamental de cette omission. Nous avons tenu, tout au long de ce procès, à distinguer trois phases dans la tactique de la société devant les juridictions espagnoles. Dans la duplique (VII, p. 929-931) on a notamment signalé, d'abord, la phase de l'inaction de Barcelona Traction, entre la déclaration de faillite et le 18 juin 1948; ensuite la phase qui va de cette dernière date à 1956, de l'activité destinée à pallier, en désespoir de cause, l'inaction initiale. Et enfin, dès 1956, le retour à la passivité des premiers mois de 1948.

Or, le silence de la première phase, pourtant décisif dans le cadre de la présente exception, répond à un dessein bien précis, qui ressort de trois éléments et qui se traduit par un véritable mépris pour la justice du pays d'où Barcelona Traction avait tiré tous ses bénéfices.

Ce mépris de la justice résulte de trois éléments :

- 1) le dessein de Barcelona Traction de porter tout de suite la question sur le plan international;
- 2) la tentative, froidement admise, de provoquer par le silence de Barcelona Traction et les recours des sociétés filiales, la « stérilisation » du jugement de faillite;
- 3) la prétention de se substituer aux juges pour apprécier la validité des actes du pouvoir judiciaire.

Je me bornerai à examiner ces trois points, dont mes collègues ont déjà fait état dans le cadre de leur exposé, seulement au point de vue de mon exception.

En ce qui concerne le premier point, on rappellera que, la faillite ayant été déclarée le 12 février 1948, le Gouvernement espagnol fut saisi d'une première note diplomatique, celle du Gouvernement du Royaume-Uni, le 23 février (A.E.P., n° 87). Il s'agit d'une note de caractère très général et relative surtout aux intérêts des obligataires domiciliés au Royaume-Uni. Il est néanmoins symptomatique qu'une référence y soit faite à la destitution de certains fonctionnaires des sociétés filiales (ce qui avait évidemment plus d'intérêt pour Barcelona Traction que pour ses obligataires). Il est surtout symptomatique que cette note soit intervenue avant l'expiration du délai fixé par la loi pour que le failli puisse faire opposition.

Mais, Messieurs, ce qui est en tout cas plus important, c'est que le 27 mars, donc à peine un mois et demi après la déclaration de faillite, trois notes ont été remises au Gouvernement espagnol: deux émanaient du Gouvernement du Royaume-Uni, l'une au nom du Gouvernement canadien et la seconde en son propre nom et à l'appui de la première; la troisième note émanait du Gouvernement belge. Dans cette dernière note, il est question, non seulement d'un déni de justice, mais plutôt d'« une série de dénis de justice » et l'espoir est exprimé que

« le Gouvernement espagnol prendra les mesures nécessaires pour assurer l'annulation complète des mesures prises... » (A.M., vol. IV, n° 250, p. 979).

Pareille prétention — qui figure également dans la note du Gouvernement canadien — a entraîné naturellement une réponse très ferme de la part du Gouvernement espagnol dans la note du 2 juillet 1948 (A.M., vol. IV, n° 251, p. 980). Le Gouvernement espagnol ne pouvait évidemment admettre ni une intervention étrangère quelconque dans l'administration de la justice en Espagne, ni qu'il lui soit demandé à lui-même d'intervenir dans le domaine réservé au pouvoir judiciaire.

Il n'est pas sans intérêt de voir comment le rôle de Barcelona Traction par rapport à la déclaration de faillite est mentionné dans les notes diplomatiques en question. En effet, les arguments qui, à cet égard, sont endossés par la note du Gouvernement belge, ne correspondent pas entièrement à ceux dont fait état la note remise au nom du Gouvernement canadien, quoiqu'elles soient toutes deux datées du même jour.

Aucun accent n'est mis dans ces deux notes sur le comportement de Barcelona Traction à l'égard du jugement déclaratif de faillite. Mais il y a, entre les deux notes, une différence très significative. Le Gouvernement belge estime que

« notification par la voie diplomatique aurait dû en tout état de cause, être faite à la B.T.L.P... » (A.M., vol. IV, ann. 250, p. 978)

sans d'ailleurs tirer de cela des conséquences précises, car la note se termine par la référence bien connue à « un déni de justice ou plutôt une série de dénis de justice » (*loc. cit.*). En particulier, il en ressort clairement que le Gouvernement belge ne prétendait pas, à l'époque, pas plus qu'il ne le prétend aujourd'hui, que Barcelona Traction ait été dans l'impossibilité matérielle d'attaquer l'acte de Reus dans les délais, ou que cette même société eût dû être assignée en justice avant le prononcé de la déclaration de faillite.

Et pourtant, c'est précisément cette dernière prétention que les dirigeants de Barcelona Traction ont fait endosser par le Gouvernement canadien. Dans la note remise au nom du Gouvernement canadien, le jugement de Reus est, à ce titre, attaqué du chef de déni de justice :

« In the view of the Canadian Government the issuance of the bankruptcy order (even if the Court had jurisdiction to issue it) constituted a denial of justice to Barcelona Traction because it was made without prior notice to the Company and without giving the Company a chance to be heard in Court before the order was made » (A.C.M., vol. IX, p. 353)¹.

Déni de justice parce qu'il est intervenu sans notification préalable à la société et sans que lui soit donnée une possibilité d'être entendue par le tribunal avant le prononcé du jugement!

De toute évidence, les dirigeants de Barcelona Traction, pour obtenir l'intervention du Gouvernement canadien, lui avaient présenté les faits

¹ « De l'avis du Gouvernement canadien, le prononcé du jugement de faillite (même si le tribunal avait compétence pour rendre ce jugement) a constitué un déni de justice à l'égard de Barcelona Traction parce qu'il est intervenu sans notification préalable à la société et sans que lui soit donnée une possibilité d'être entendue par le tribunal avant le prononcé du jugement. »

de manière à invoquer l'un des arguments les plus forts que l'on puisse trouver dans un pays de droit anglo-saxon. En effet, il est bien connu que dans ces pays l'on n'admet pas qu'une décision judiciaire de ce genre soit rendue *inaudita parte debitoris*. Rendue dans ces conditions, par exemple, une décision canadienne aurait violé un principe fondamental de la procédure de son pays.

Mais les dirigeants de Barcelona Traction ne tentèrent pas de faire endosser une thèse pareille par le Gouvernement belge. Et pour cause, car dans les pays de droit continental, et notamment en Belgique aussi bien qu'en Espagne, c'est la règle opposée qui régit la procédure de faillite, laquelle débute par une décision *inaudita parte debitoris*, qui ouvre au failli la voie de l'opposition *ex post* s'il désire comparaître à la procédure.

Le sens de ces considérations sommaires est simple. Elles montrent jusqu'où les dirigeants de Barcelona Traction étaient capables d'aller, pour s'assurer de l'intervention de plusieurs gouvernements. Ils allaient jusqu'à déformer la réalité des faits et faire soigneusement le silence sur les règles les plus élémentaires du droit de la faillite en vigueur dans les pays continentaux. La fin justifiait, à leurs yeux, les moyens, car il fallait s'assurer à tout prix un nombre suffisant d'interventions diplomatiques pour impressionner le Gouvernement espagnol et pour résoudre, sur le plan international, les problèmes de Barcelona Traction à l'égard de ses créanciers.

En deuxième lieu, je voudrais ajouter quelques commentaires à propos du but des recours des sociétés filiales, lancées à l'attaque au lendemain de la déclaration de faillite à la place du failli lui-même.

Ces recours, on l'a vu, ne pouvaient pas aboutir. Ils furent néanmoins introduits pour soustraire les sociétés filiales, dont les actions étaient à concurrence de 100 pour cent la propriété de Barcelona Traction, aux conséquences de la faillite. Ainsi, ayant vidé la faillite de tout contenu économique — et ici je laisse volontiers la parole à mon distingué contradicteur de 1964,

« [le jugement de Reus] 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 » (P.O., III, p. 616).

Quelle singulière conception, Messieurs! On vous a dit, du côté belge, que Barcelona Traction, privée du contrôle de ses filiales espagnoles, n'était désormais qu'un *empty eggshell*, une coquille vide. Et pourtant, l'on voudrait établir une comparaison entre la faillite de Barcelona Traction en Espagne et une faillite hypothétique de General Motors en Islande, comme si Barcelona Traction était une société qui agissait dans tout le monde et qui n'avait, en Espagne, qu'une partie assez réduite de ses affaires.

Et c'est dans ces conditions que l'on a cyniquement tenté de réaliser cette ahurissante « stérilisation » du jugement de faillite.

Mes collègues ont déjà suffisamment souligné cette tentative. Je tiens seulement à faire remarquer que pareille tentative se traduit, elle aussi, par un véritable mépris de la justice espagnole. Un mépris d'autant plus

grave si l'on considère que la procédure de faillite est caractérisée par la présence d'un intérêt public. Une fois déclarée en faillite, Barcelona Traction ne fait pas opposition. Elle n'a que le souci de voir comment cet incident peut être exploité pour son plus grand profit. Peu importe que, même aujourd'hui, Barcelona Traction prétende que les conditions exigées pour sa mise en faillite n'étaient pas remplies. A condition que la faillite ne parvienne pas à sa conclusion, c'est-à-dire à la liquidation du patrimoine de Barcelona Traction, le jugement de Reus, dûment « stérilisé », pouvait représenter une issue possible aux longues difficultés de la société.

Vraiment, Messieurs, j'ai l'impression que pareil procédé pourrait aisément être qualifié de « détournement d'une procédure de faillite de son but légal ». Par une bizarre inversion des rôles, cette qualification est exactement celle employée par la Partie adverse pour désigner ce qu'elle appelle le « dessein » des créanciers de Barcelona Traction.

Et je voudrais poser une question fort simple. Qui est donc, en l'espèce, réellement responsable d'un détournement de la procédure de faillite?

Les créanciers, qui demandaient à recevoir ce qui leur était dû?

Ou plutôt Barcelona Traction, qui a froidement essayé de paralyser la procédure de faillite sans même intervenir directement?

Le sens de la présente affaire est tout entier dans la réponse à ces questions.

Il y a, en dernier lieu, un troisième élément qui montre également le mépris de Barcelona Traction pour la justice espagnole.

En effet, plus regrettable que les manœuvres des dirigeants de Barcelona Traction pour obtenir dès l'abord des interventions diplomatiques et pour porter ainsi l'affaire sur le plan international, plus inadmissible encore que la tentative de tourner les lois et de transformer la déclaration de faillite en un bénéfice pour le failli au détriment des créanciers, il y a la prétention qu'avalise aujourd'hui le Gouvernement belge pour expliquer l'inaction initiale de Barcelona Traction. Selon celui-ci :

« La publication de la faillite, n'ayant pas été faite légalement, cette société [Barcelona Traction] n'avait légalement aucune obligation d'être présente à la procédure à un moment plutôt qu'à un autre » (R., V, n° 828, p. 602).

C'est, encore une fois, la thèse du « bon droit » de Barcelona Traction (P.O., III, p. 627) à différer son intervention.

Mais, peut-on se demander, quel bon droit?

Puisque la réplique rattache la « légalité » de la passivité de Barcelona Traction à la prétendue « illégalité » de la publication du jugement de faillite, il faut en déduire que, d'après la Partie adverse, il appartenait à Barcelona Traction d'apprécier la validité de la publicité dont le jugement de faillite avait fait l'objet.

Qu'il me soit permis de suggérer qu'une telle conception est, pour le moins, difficilement admissible. Car ce que les dirigeants de Barcelona Traction ont fait endosser par le Gouvernement belge, ce n'est rien de moins que le droit pour un particulier de se substituer aux juges dans l'appréciation de la validité de la publicité donnée à une décision des autorités judiciaires.

C'est Barcelona Traction qui, en s'attribuant, toujours selon ses méthodes, un pouvoir souverain, a décidé que la publication du jugement de faillite n'était pas régulière et, par conséquent, elle était légalement en état de passer outre les lois et de ne pas respecter les délais fixés par elles!

Il est évident qu'une telle attitude n'est aucunement justifiable. Pour ma part, je suis plutôt d'avis que si un failli, tout en n'admettant pas le bien-fondé de sa mise en faillite, omet d'attaquer le jugement de faillite sous le prétexte de la prétendue irrégularité de sa publication, ou bien il se trompe, ou bien il préfère courir un risque. S'il se trompe, son comportement n'est pas justifiable, car *error iuris non excusat*. S'il veut courir un risque, il doit évidemment en subir les conséquences car si, ultérieurement, la justification qu'il pourrait invoquer pour former son recours hors délai n'était pas retenue par les autorités judiciaires, son recours serait entaché d'irrecevabilité.

Après tout, ce que la Partie adverse invoque ici, ce n'est pas l'inexistence du jugement déclaratif de la faillite. L'acte de Reus est censuré du chef de la non-validité de sa publication. Dans ces conditions, et puisque dans aucun droit interne il n'y a de nullité sans instance, Barcelona Traction, qui connaissait à la fois l'existence de l'acte (et les modalités de sa publication), dès le lendemain de son prononcé, n'avait qu'un moyen pour se mettre à l'abri de tout risque: attaquer cet acte dans le délai utile, quitte à soulever dès le premier moment la question des vices affectant sa publicité. Il appartient au juge, et au juge seulement, d'apprécier le bien-fondé de pareilles allégations, car le plaideur n'a aucunement le droit de s'ériger lui-même en censeur de la validité des actes du pouvoir judiciaire.

Ce qu'on peut certes reconnaître, c'est que pareille prétention à se substituer aux juges dans l'appréciation de la légalité des actes du pouvoir judiciaire correspond admirablement à la « personnalité » de Barcelona Traction. Tout au long de son existence orageuse, Barcelona Traction s'est considérée comme étant au-dessus de la loi. Ce véritable mépris de la justice n'est donc que le digne couronnement de l'histoire d'une société qui a toujours affecté la plus grande indifférence à l'égard des lois et des institutions du pays dont elle a largement exploité les ressources au cours de trop longues années.

Force sera au Gouvernement belge de reconnaître un jour que l'attitude passive des dirigeants de Barcelona Traction a été plutôt dictée par une stratégie bien précise et par une tactique qui comportait un risque. La stratégie était à la fois de maintenir bien cachés les liens existant entre la société mère et ses filiales et de « stériliser » la déclaration de faillite pour l'exploiter au détriment des créanciers. La tactique était à la fois de susciter les recours des sociétés filiales sans faire intervenir le failli dans la procédure et de provoquer tout de suite les interventions diplomatiques de plusieurs gouvernements, afin d'exercer une pression sur les autorités espagnoles et d'obtenir, sinon la remise en état de la société, du moins l'élaboration d'un nouveau plan d'arrangement au détriment des créanciers.

Mais le risque était celui de laisser intervenir, par la passivité de Barcelona Traction, la *firmeza* de la déclaration de faillite et, par conséquent, de se trouver en présence d'un jugement désormais devenu inattaquable en raison, précisément, des omissions de la part de la société déclarée en faillite. Tenter de substituer sa propre interprétation de la loi espagnole à celle qui relève du pouvoir judiciaire du pays comportait nécessairement ce risque.

Or, du point de vue de l'exception soulevée par le Gouvernement espagnol, ni la stratégie, ni la tactique, ni le risque ne sont des éléments de nature à justifier le non-épuisement de moyens de recours pertinents et

efficaces qui auraient pu réduire à néant la base même de la procédure de faillite.

Il n'y a donc pas de meilleure réponse aux allégations de la Partie adverse que de rappeler la décision de la Commission européenne des droits de l'homme, le 11 janvier 1961, sur la recevabilité d'une requête introduite par l'Autriche contre l'Italie (requête n° 788/60, p. 40-41). La Commission européenne a écarté les arguments que le Gouvernement demandeur avait avancés à l'encontre de l'exception de non-épuisement des recours internes en faisant valoir que celui-ci

« n'a développé à cet égard que des arguments se situant sur le terrain de l'opportunité, et plus précisément, de la tactique que les accusés avaient ou n'avaient pas intérêt à adopter ».

C'est exactement le même argument que je me dois d'opposer aux prétentions du Gouvernement demandeur.

Que reste-t-il donc, Monsieur le Président, Messieurs les juges, du plan concerté par les dirigeants de Barcelona Traction à l'égard de la procédure de faillite de leur société en Espagne? La réponse me semble bien décevante pour la Partie adverse. Deux remarques finales s'imposent à cet égard. En premier lieu, il convient de souligner que les recours que l'on prétend avoir été introduits « par centaines » ne sont que la traduction de desseins stratégiques et de plans tactiques qui, en tant que tels, sont dépourvus de tout intérêt lorsqu'il s'agit d'apprécier si les voies de recours ont été épuisées ainsi que l'exige le droit international. Ensuite, il faut ajouter que la stratégie et la tactique des dirigeants de Barcelona Traction ont été mal conçues dès le début, parce que fondées sur le mépris qu'ils affectaient à l'égard du jugement de faillite. Dès lors, on voit mal comment le professeur Rolin a pu évoquer un branle-bas de combat à propos de l'attitude adoptée au lendemain de la faillite. Vraiment, Messieurs, j'ai l'impression que le lendemain même de la faillite, les dirigeants de Barcelona Traction, par leur comportement, ont plutôt fait sonner la chamade...

Je remercie la Cour de sa bienveillante attention.

PLAIDOIRIE DE M. AGO

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, c'est la seconde fois que j'ai l'honneur d'être appelé à défendre devant vous le point de vue du Gouvernement espagnol au sujet d'un aspect important de ce procès: le défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.

Le Gouvernement espagnol a soulevé cette question pour la première fois au cours de la correspondance diplomatique. Il l'a fait au moment où il lui est apparu que, contrairement à ce qu'il lui avait semblé jusque-là, son interlocuteur belge ne se limitait pas à appuyer les démarches du Gouvernement canadien, mais prétendait posséder en propre un *ius standi* dans l'affaire et avoir titre, partant, à engager des procédures internationales.

Le Gouvernement belge, en dépit des invitations réitérées que lui adressait le Gouvernement espagnol, s'est toujours dérobé, dans ses réponses, à la tâche qui lui incombait de fournir la preuve de ses prétentions à ce sujet. Preuve qui aurait été d'autant plus nécessaire que le Gouvernement belge reconnaissait lui-même la nationalité canadienne de Barcelona Traction, et qu'il savait parfaitement que des démarches parallèles étaient en cours de la part du Gouvernement du Canada, démarches qui furent même suivies d'une procédure internationale.

Toutefois le Gouvernement belge avait dû reconnaître lui-même, dans sa note verbale du 8 juillet 1957, dans la proposition de compromis qui y était attachée et dans la note ultérieure du 6 février 1958, que la contestation du caractère national de sa réclamation opposée par le Gouvernement espagnol avait un caractère strictement préliminaire. Par conséquent, il avait reconnu au Gouvernement espagnol le droit de développer ce point en vue de faire échec à la recevabilité de la demande belge.

Lors de la première phase de la procédure, tant à propos de la première que de la deuxième des requêtes présentées dans cette affaire par le Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol avait donc estimé qu'il était tenu de soulever cette question à titre d'exception préliminaire. Ceci en vue d'obtenir précisément que la demande soit déclarée irrecevable avant même que le défendeur soit obligé de répondre sur le fond.

La majorité des membres de votre haute juridiction a toutefois jugé que cette exception comportait un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir, que la Cour n'aurait pas été certaine d'être en possession de tous les éléments susceptibles d'influencer la décision. Ayant estimé que les questions de fait et de droit relatives à cette exception pourraient être mieux éclairées par un examen du fond, la Cour a décidé à la majorité de joindre l'exception au fond afin de pouvoir statuer à son égard en meilleure connaissance de cause.

Soucieux de se conformer en tout à la décision ainsi prise par la Cour, le Gouvernement espagnol, dans la phase suivante de la procédure, a lui-même pris l'initiative de traiter de la question du défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge à la fin de ses exposés écrits. Tout en demeurant convaincu que, dans le processus normal de l'examen de l'affaire,

cette question précède en quelque sorte les autres, il a voulu manifester ainsi son adhésion la plus stricte à votre désir de ne pas statuer définitivement à cet égard avant de connaître tous les éléments du fond. En même temps, il a voulu montrer aussi que, s'il a fait valoir, sans jamais se démentir, le défaut de *ius standi* du Gouvernement belge, c'est parce qu'il y voit une question de principe absolument essentielle et certes pas parce qu'il aurait un intérêt quelconque à éviter que l'affaire soit connue dans toute son étendue et dans tous ses détails.

C'est donc après la double analyse détaillée du fond de l'affaire présentée dans les documents de la procédure écrite, et après le nouvel examen auquel ont procédé les conseils du Gouvernement espagnol au cours de cette phase de la procédure orale, que je viens reprendre devant vous, sous son nouvel aspect, l'examen de la question du défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge dans la présente affaire. Le Gouvernement espagnol, je tiens à le souligner à nouveau, attribue à cette question une place logiquement préalable et une importance primordiale.

Comme point de départ de mon argumentation je me référerai à l'argument fondamental que le Gouvernement belge a invoqué pour tenter de justifier tout d'abord ses interventions diplomatiques, puis son action sur le plan judiciaire. Cet argument, on le sait, est constitué par la présence, dans la société canadienne Barcelona Traction, de ce que la Partie adverse appelle des « intérêts belges prépondérants ». C'est dans cette présence qu'elle prétend trouver le fondement et la preuve de la qualité pour agir qu'elle voudrait s'arroger dans la présente affaire. L'on comprend donc que le Gouvernement belge se soit soucié d'étayer la réalité de cette prétendue « présence » en avançant à son appui toute une série de données.

Or, au sujet de ces données et de la « justification » qu'elles devraient fournir, deux questions — ou si l'on veut deux groupes de questions — se posent par ordre de succession logique.

Le premier groupe de questions peut se formuler ainsi: les données dont le Gouvernement belge prétend faire état — abstraction faite, pour le moment, de leur utilisation éventuelle aux fins de la justification recherchée — sont-elles des données sûres, correspondent-elles à la réalité et, surtout, le Gouvernement belge en a-t-il fourni une preuve valable?

Ces questions comportent des aspects de fait portant sur la réalité matérielle des données alléguées, aussi bien que des aspects de droit qui concernent la qualification juridique de certaines situations et ses conséquences. Il est évident que les points d'interrogation qui subsistent ainsi ont un caractère logiquement préalable, car si la réponse devait être négative il deviendrait manifestement inutile de poser les questions suivantes qui n'auraient plus de raison d'être.

Le second groupe de questions ne se pose donc que dans l'hypothèse où le Gouvernement belge aurait été capable de fournir une preuve objective incontestable des données avancées par lui. A les supposer démontrées, ces données seraient-elles de nature à conférer au Gouvernement belge une qualité pour agir en l'espèce? Plus précisément, auraient-elles pour conséquence de lui conférer cette qualité pour agir au titre de la protection diplomatique de Barcelona Traction en tant que telle, comme le Gouvernement belge l'a prétendu dans la phase de la correspondance diplomatique et dans la première requête introduite dans la présente affaire? Ou bien, ces données seraient-elles du moins de nature à donner

audit Gouvernement qualité pour agir au titre qu'il prétend actuellement s'octroyer, à savoir la protection diplomatique des prétendus « actionnaires » belges de Barcelona Traction?

C'est autour de ces deux groupes de questions que s'articulera ma plaidoirie; et, avec votre permission, je vais dès à présent en aborder la première partie, celle consacrée précisément à l'examen des données destinées, dans les intentions de la Partie adverse, à confirmer la « présence » d'« intérêts belges » prépondérants dans Barcelona Traction.

A ce propos, une tâche préliminaire m'incombe avant toute autre chose: celle de retracer l'évolution qu'a subie, à travers les différentes phases de notre affaire, la présentation de cette prétendue « présence ». Car il nous faut déterminer avant tout sur quel plan se place la discussion entre les Parties.

Dans ses notes diplomatiques, le Gouvernement belge avait adopté une certaine attitude pour présenter les prétendus « intérêts belges » dans Barcelona Traction qui devraient servir de fondement à sa qualité pour agir en l'espèce; il avait adopté une attitude qui se voulait en tout nettement « réaliste ». L'accent était mis sur les intérêts de l'« Épargne » (avec un grand E) et des « épargnants » belges. Trois fois ces termes figuraient dans la lettre de l'ambassadeur de Belgique du 13 juillet 1951 (A.M., n° 254). A trois reprises ces mêmes termes, « Épargne » (toujours avec un grand E) et « épargnants », réapparaissaient dans trois autres lettres du même ambassadeur, que le Gouvernement belge a omis de reproduire, et qui datent respectivement du 10 septembre, du 30 octobre et du 7 novembre 1951. Finalement, dans la note belge du 31 décembre 1956 (A.M., n° 262) qui, pour la première fois, fait mention d'un recours à la Cour internationale de Justice, il est question dès le commencement du « grave préjudice subi par les épargnants belges ». A part cela, il est fait mention à chaque instant, dans ces lettres et ces notes, des « intérêts belges » ou des « intérêts de ressortissants belges », le mot « actionnaire » n'étant alors employé qu'avec une grande parcimonie.

Après l'ouverture du procès devant la Cour, c'est encore dans la même optique que le Gouvernement belge raisonne et, chose remarquable, on peut noter également la même attitude dans son mémoire de 1959, et dans celui de 1962, présenté après l'introduction de la deuxième instance. La preuve en est, entre autres, que le mémoire se préoccupe non seulement de chiffrer les proportions de la participation alléguée de Sidro au capital-actions de Barcelona Traction, mais aussi d'indiquer les pourcentages destinés — ce sont les termes mêmes du mémoire — à « dissiper tout doute à l'égard du caractère belge des intérêts investis » dans Sidro elle-même et, au-delà de Sidro, dans Sofina. L'idée de base est donc toujours celle d'un *jus standi* basé sur la réalité belge des intérêts en jeu, sur le caractère effectivement belge des investissements effectués dans Barcelona Traction, sur la contribution de l'épargne « belge » au développement de l'entreprise de cette société.

Le langage se fait quelque peu plus ambigu dans les observations et conclusions. On y trouve en effet inopinément avancée, mais à vrai dire sans trop d'insistance, la prétention de limiter l'*onus probandi* du Gouvernement belge. Il lui appartiendrait seulement de prouver que Sidro, prétendu « actionnaire » de Barcelona Traction, est une société de statut belge, quitte au Gouvernement espagnol de se charger, si tel est son désir, de prouver le caractère « non effectif » de cette nationalité. Mais cet accès soudain de formalisme est, pour le moment, sans lendemain. Dans les

autres pages du même document, l'on continue d'ailleurs à reprocher au Gouvernement espagnol d'avoir le fétichisme de la personnalité juridique, de méconnaître « la réalité économique », de ne pas tenir compte, en matière d'investissements, des « êtres humains, seuls véritables intéressés ».

Cette attitude se maintiendra lors de la procédure orale sur les exceptions préliminaires, où la Partie adverse rappellera des dizaines de fois la nécessité de « révéler l'intérêt économique véritable qui se trouve sous-jacent sous la nationalité purement juridique » et mettra en évidence la prééminence de la position des « individus » par rapport à la personne morale. Elle indiquera sans équivoque qu'à son avis « les intéressés véritables, les intéressés effectifs, sont ceux qui ont placé des fonds dans la société », en d'autres mots, les épargnants, qui ont mis dans la société les capitaux qu'ils ont formés.

Tout à coup, après l'ouverture de la procédure sur le fond, le Gouvernement belge nous fait assister à une brusque volte-face: une volte-face, en vérité, de 180 degrés. En effet, après tout ce que l'on a pu lire et écouter auparavant, l'on a peine à en croire ses yeux quand on voit ce qui figure à la page 736 de la réplique (V). De quoi accuse-t-on maintenant le Gouvernement espagnol? Il est accusé de vouloir introduire un élément absolument nouveau, modifiant complètement les bases juridiques de la présente affaire et de vouloir placer « la question du *ius standi* sur un terrain où elle ne s'était encore jamais posée ». Mais nous ne sommes pas au bout de nos surprises: comment le Gouvernement espagnol se serait-il rendu coupable de ces méfaits? En voulant — ce sont les termes mêmes de la réplique belge — « faire de la « participation réelle de l'épargne » la base même du *ius standi* de la Belgique ».

Ainsi donc, Monsieur le Président, Messieurs, ce serait nous qui aurions inventé la « participation réelle de l'épargne belge » et l'atteinte prétendument infligée par l'Espagne à cette « épargne » et qui serait la raison d'être des interventions belges! Qu'en déduire, évidemment, sinon que certaines personnalités ont eu des visions; entre autres, en premier lieu, l'ambassadeur de Belgique à Madrid — qui est, entre parenthèses, l'auteur de la lettre à son gouvernement dont ce dernier a fait état et qu'il voudrait présenter comme preuve du prétendu abandon des intérêts belges par le Canada. Cet ambassadeur, disions-nous, n'a-t-il pas mentionné dans quatre lettres officielles adressées au Gouvernement espagnol, et rien de moins que trois fois par lettre, le préjudice infligé à l'« Épargne belge », avec un grand E? Et que dire du rédacteur de la note du 31 décembre 1956 émanant du ministère des affaires étrangères belge, qui justifiait l'introduction de la requête belge auprès de la Cour internationale de Justice en invoquant le préjudice infligé aux « épargnants belges »?

Qu'à cela ne tienne: lancée désormais dans cette nouvelle direction, la Partie adverse confirmera, par la plaidoirie du professeur Virally du lundi 12 mai (VIII, p. 542 et suiv.), qu'à son avis la recherche des « véritables intéressés » derrière Sidro et Sofina serait sans importance dans la présente affaire. Ainsi donc, ce terme même de « véritables intéressés », nous ne l'aurions pas lu dans les pièces écrites du Gouvernement belge, il n'y aurait pas été employé pour qualifier les particuliers épargnants: c'est le Gouvernement espagnol qui l'aurait inventé. A en croire M^e Grégoire, dans sa plaidoirie du 13 mai (*ibid.*, p. 547) ce serait une bien singulière position qu'aurait prise le Gouvernement espagnol en prêtant au Gou-

vernement belge l'intention de protéger les épargnants belges qui ont investi leurs économies dans Sidro et Sofina. Et pourtant la Partie adverse n'a-t-elle pas chargé l'un des plus prestigieux avocats à la Cour de Bruxelles de consacrer une journée entière de plaidoirie à essayer de prouver, envers et contre tout, le caractère prépondérant des intérêts belges dans Sidro-Sofina? En vérité, on nous dit que cette mesure n'aurait pas du tout été prise « pour s'acquitter d'un devoir juridique ». Son seul but serait « la moralité du procès ».

L'audience est levée à 12 h 55

QUARANTE-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (18 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69; M. Bustamante y Rivero, *Président*, absent.]

Le VICE-PRÉSIDENT, faisant fonction de Président: L'audience est ouverte. Le Président de la Cour sera absent pendant trois jours. Il m'a prié de présider les audiences de la Cour en son absence.

M. AGO: Au cours de l'audience d'hier, je m'étais attaché à décrire le revirement opéré par la Partie adverse dans sa présentation des prétendus intérêts belges prépondérants dans Barcelona Traction et de leur justification. Je m'étais arrêté en citant M^e Grégoire et le passage où il nous a dit que la Partie adverse ne parlerait désormais des intérêts belges dans Sofina-Sidro que pour « la moralité du procès ».

Mieux vaut, en vérité, ne pas épiloguer sur cette déclaration. La Partie adverse nous a habitués, d'ailleurs, à des volte-face dans lesquelles il est parfois aussi malaisé de la suivre. Demandons-nous donc plutôt quelles peuvent être cette fois-ci les raisons de ce revirement. Elles ne sont, à notre avis, pas difficiles à déceler.

A l'origine — on le sait, car on l'a abondamment prouvé — l'idée du Gouvernement demandeur était de se baser sur le caractère prétendument prépondérant des intérêts belges réels dans Barcelona Traction pour revendiquer un droit à la protection diplomatique de cette société, en dépit de sa nationalité juridiquement canadienne. Plus tard, toutefois, le demandeur a été forcé d'abandonner cette position à cause de l'impossibilité d'invoquer la théorie dite du contrôle, ce qu'il a expressément reconnu lui-même, on s'en souviendra. Il choisissait donc de se replier sur l'idée de la protection non pas de la société en tant que telle, mais des seuls prétendus actionnaires belges de Barcelona Traction.

A ce moment, une exigence contradictoire s'est imposée à lui. D'un côté, pour rendre acceptable l'idée même de son intervention dans le cas d'espèce au titre de la protection d'« actionnaires », il lui aurait fallu accentuer sa campagne en faveur de la prééminence des réalités économiques sur les « constructions juridiques » que sont la personne morale et sa nationalité. Mais, d'un autre côté, il risquait, ce faisant, qu'on lui demande d'être cohérent et de montrer quelle était la réalité économique derrière l'édifice de Sofina et Sidro. Il ne pouvait manquer de sentir le danger.

Toutefois, pendant tout le procès sur les exceptions préliminaires, le Gouvernement belge a pu tirer parti du fait que le Gouvernement espagnol avait estimé de son devoir, dans une telle procédure, de maintenir l'argumentation relative à son exception sur un plan strictement juridique. Se croyant donc à l'abri d'une attaque sur un autre plan, la Partie adverse était libre de continuer impunément et de réitérer ses appels, au demeurant pleins d'attrait, en faveur de la priorité à attribuer aux faits réels de la vie économique par rapport aux apparences du droit.

La situation n'a changé radicalement que lorsque, après l'ouverture du procès sur le fond, le Gouvernement espagnol a pu montrer, dans ses écritures, l'inconsistance totale des assertions du demandeur à propos

de la participation de l'épargne belge dans Sofina et Sidro et a pu mettre en évidence le caractère plus que téméraire des chiffres et des pourcentages avancés à cet égard par la Partie adverse. Le Gouvernement belge s'est trouvé alors dans l'impossibilité de contrer efficacement l'argumentation espagnole; et il n'a pu que se replier sur une position rigoureusement formaliste. Il a prétendu, en ce qui concerne la société Sidro, présentée comme principal bénéficiaire de sa protection dans la présente affaire, que la seule charge qui lui incomberait en droit serait de montrer que cette société est actionnaire de Barcelona Traction et qu'elle a juridiquement la nationalité belge. Il n'appartiendrait pas au Gouvernement belge d'aller au-delà et de prouver en fait que Sofina et Sidro auraient réellement drainé l'épargne belge vers Barcelona Traction et son entreprise en Espagne.

À ce propos, je tiens à dire qu'en relevant, comme il l'a fait, le revirement opéré par la Partie adverse, en s'efforçant d'en trouver une explication vraisemblable, le Gouvernement espagnol n'entend pas critiquer le fait même de ce changement de position. Il ne prétend nullement qu'une partie à un différend ne puisse pas changer d'avis et de position, surtout au cours d'un procès aussi long que celui-ci.

Mais, par contre, ce que le Gouvernement espagnol ne peut admettre, c'est la tentative belge, qu'il a maintes fois dénoncée déjà, de jouer sur deux tableaux. En d'autres termes, l'on est libre de choisir le plan sur lequel on veut se placer. L'on peut même admettre, à la rigueur, que l'on abandonne à un moment donné le plan choisi à l'origine et que l'on se place, désormais et définitivement, sur un autre. Mais l'on ne saurait en choisir simultanément deux pour passer continuellement de l'un à l'autre, selon sa convenance.

Le Gouvernement belge juge-t-il utile de soutenir qu'il ne faut tenir compte que de ces réalités économiques et humaines, que sans cesse il oppose aux fictions du droit? Entend-il affirmer l'importance prioritaire de ces réalités aux fins de la protection diplomatique? Libre à lui de le faire. En fait, c'est cette priorité qui constitue son argument principal lorsqu'il essaie de battre en brèche la règle selon laquelle la qualité pour agir, en cas de préjudice illicitement subi par une société du fait d'un Etat étranger, est réservée à l'Etat national de la société. C'est ainsi qu'il a prétendu légitimer l'exercice de la protection diplomatique en faveur de ceux qui ont investi leur argent dans le capital-actions de la société, et ce à la place ou à côté de la protection de la société comme telle.

Ne nous demandons pas maintenant si cette prétention tient; c'est une autre question qu'on posera au moment opportun. Ce qu'il importe de noter, c'est que si le Gouvernement belge veut s'en tenir à de tels critères, il lui faut reconnaître la nécessité d'aller jusqu'au bout dans leur application. On ne peut pas s'arrêter à mi-chemin dans la recherche de la réalité économique seulement parce que l'on rencontre un écran juridique. Le Gouvernement belge ne peut pas se prévaloir du fait que les capitaux de Barcelona Traction ne seraient pas des capitaux canadiens parce que la plupart des actions de Barcelona Traction se trouveraient en mains non canadiennes et prétendre en même temps que les capitaux de Sidro-Sofina seraient des capitaux belges même si la plupart des actions de ces sociétés ne se trouvaient pas en mains belges. L'on ne saurait prêcher la nécessité d'écarter le rideau de la personnalité morale lorsque la personne morale est étrangère et s'accrocher à ce rideau dès qu'il s'agit d'une personne morale belge.

Le Gouvernement belge serait-il persuadé, au contraire, de la nécessité de se placer sur le terrain du droit et de s'en tenir aux réalités non moins solides qu'on y rencontre? Nous ne pourrions que nous en réjouir. Mais alors il devrait admettre que la protection des investissements réunis dans le cadre d'une société contre les préjudices éventuellement causés par un Etat étranger doit se faire, quelle que soit leur origine, au moyen de la protection de la société par son Etat national. Il devrait alors cesser de prétendre que la détermination de l'Etat autorisé à exercer la protection diplomatique, dans l'hypothèse envisagée, devrait dépendre de la levée du voile de la personnalité juridique de la société et de la recherche des véritables intérêts économiques, de leur origine et de leur nationalité. Cette prétention, pour infondée qu'elle soit en général, perd toute apparence de justification lorsque la levée du voile de la personnalité juridique ne doit pas servir à la recherche de la vraie origine des capitaux de la société, lorsqu'elle n'est qu'un prétexte pour remplacer une personne morale par une autre, et ce pour la simple raison que la protection de la deuxième est plus commode et plus facilement réalisable.

Cette nécessaire mise au point étant faite, qu'il me soit permis maintenant de concentrer mon attention sur la question qui, en ce moment, nous occupe au premier chef. Il s'agit, comme nous l'avons dit, de savoir avant tout si les données sur lesquelles le Gouvernement belge voudrait appuyer ses prétentions sont des données réelles et établies par des preuves valables. Et puisque le Gouvernement belge semble hésiter dans le choix du plan sur lequel il doit bâtir son argumentation, le Gouvernement espagnol est disposé à poser successivement cette question sur les deux plans. Nous l'examinerons donc d'abord sous l'angle du droit et de ses qualifications; ensuite, du point de vue des réalités économiques.

Vu en termes de droit, le problème qui se pose à propos des données alléguées par le Gouvernement belge est le suivant: le Gouvernement belge a-t-il valablement prouvé l'existence, dans les proportions qu'il allègue, de personnes physiques ou morales ayant à la fois la nationalité belge et la qualification juridique d'actionnaire de Barcelona Traction? En fait, ce problème se subdivise en deux: il concerne d'une part l'existence de ce que l'on a appelé les « actionnaires belges individuels » de Barcelona Traction; d'autre part il consiste à se demander si Sidro, aux époques critiques, avait ou non titre à se qualifier, en droit, d'« actionnaire » de Barcelona Traction.

Voyons donc, tout d'abord, ce qu'il en est des prétendus « *actionnaires belges individuels* ». En ce qui les concerne, dans la phase préliminaire de la correspondance diplomatique, le Gouvernement belge s'est bel et bien dérobé au fardeau de la preuve. Il n'en a fourni aucune, il n'a même pas indiqué l'existence d'une preuve quelconque. Dans plusieurs notes, il est fait mention de la présence de ces prétendus actionnaires « nombreux », auxquels on attribuait 10 pour cent des actions Barcelona Traction. Mais les auteurs de ces notes en remettaient la démonstration à plus tard, « si cela s'avérait nécessaire ».

Au cours du procès les proportions revendiquées ont même progressé. Les prétendus « actionnaires belges individuels » se sont vu attribuer 15 pour cent des actions de Barcelona Traction à la date de la faillite et 11,1 pour cent à la date de l'introduction de l'instance. Et qu'en est-il de la preuve? Elle a certes fait moins de progrès, car le Gouvernement belge n'a jamais pu produire, à ce sujet, autre chose que la fameuse lettre du 19 février 1959 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change,

publiée dès 1959 en annexe 29 au mémoire belge de cette date et reproduite à l'annexe 7 au mémoire de 1962.

Je suis presque gêné de parler encore de cette lettre, à laquelle a été consacrée, au cours du procès, une attention dépassant de loin sa prétendue valeur probatoire. En fait, cette valeur, aux fins poursuivies par la Partie adverse, est inexistante. Nulle elle est et nulle elle demeure, en dépit de tous les efforts accomplis pour la consolider, en obtenant, après des années, des explications complémentaires du même office et en fournissant d'abondantes « considérations » et « gloses » destinées à faciliter au lecteur la compréhension de la lettre.

Cette pièce se borne à rapporter un fait très simple: 244 886 actions Barcelona Traction ont été soumises par des Belges à la procédure de certification requise par les dispositions alors en vigueur, et cependant une période comprise entre une date certainement bien antérieure à la faillite et le 1^{er} juin 1954. L'on ne peut déduire de cette lettre aucun indice valable à l'appui de la présomption que le Gouvernement belge voudrait établir et qui lui permettrait d'attribuer en bloc les 244 886 actions à des actionnaires belges à la date du 12 février 1948.

Comme le Gouvernement belge l'a observé lui-même, à la page 37 de son mémoire de 1959¹, « sans doute, les renseignements que fournit la procédure de certification ne révèlent-ils pas la situation à une date déterminée, puisque les déclarations se sont échelonnées à partir de 1945 ». A la page 11 du mémoire de 1962 (I) une autre date, celle du 21 octobre 1946, est indiquée comme date initiale de la procédure de certification, mais il est confirmé « qu'elle ne fournit aucune indication directe quant à la situation existant à la date précise de la faillite ».

Ce n'est donc pas la lettre de l'Institut, mais bien plutôt les « considérations » développées à propos de cette lettre par la Partie adverse qui devraient nous persuader du bien-fondé de la conclusion à laquelle elle voudrait parvenir. Cependant, n'en déplaise à la Partie adverse, si ces considérations ont un effet quelconque, c'est plutôt celui de prouver le contraire.

Il suffit, en effet, d'y réfléchir: on nous a dit que la procédure de certification des titres n'était obligatoire que pour les porteurs qui désiraient s'en servir pour aliéner leurs titres. On nous a dit aussi que la grande majorité des certifications a été faite tout de suite: « avant la fin de 1946 » — est-il dit dans le mémoire de 1959. D'autre part, on nous a aussi rappelé que la certification comportait des frais: qui ne voulait pas vendre ne se hâtait donc pas d'y avoir recours.

Fort bien. L'on sera donc bien d'accord pour reconnaître que toutes les certifications faites en 1946 et en 1947 — de loin les plus nombreuses — sont plutôt l'indice d'une vente antérieure à la faillite que d'un maintien de la propriété jusqu'à cette date et après. Il est en même temps normal que les actionnaires belges se soient hâtés de saisir la première occasion pour se débarrasser enfin des actions d'une société perpétuellement en difficulté et qui ne donnait plus de dividendes depuis 1936. Il est également vraisemblable que nombre d'entre eux aient vendu à l'étranger quand ils ont pu le faire, car par ce moyen ils pouvaient s'assurer des disponibilités de devises à l'étranger, et ce à un moment où de telles disponibilités étaient plus que précieuses.

Aux termes des dispositions législatives belges en vigueur à l'époque

¹ C.I.J. Mémoires, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*.

— citées, d'ailleurs, par la Partie adverse — le produit des ventes de titres étrangers effectuées à l'étranger était porté au crédit d'un compte libellé dans la monnaie de l'opération. Ce compte pouvait être utilisé pour acheter des titres étrangers plus solides, plus rentables et surtout présentant des perspectives d'avenir plus sûres que Barcelona Traction. Il pouvait aussi être employé pour effectuer des paiements et, en particulier, pour l'achat de marchandises et de biens à importer. N'oublions pas que nous parlons de l'époque héroïque de la reconstruction européenne, l'époque où l'Europe a besoin de tout, l'époque du plan Marshall et du *dollar-gap*. Dans ces conditions nous essayons encore de comprendre sur quelles bases la Partie adverse a pu affirmer, à la page 729 de la réplique (V), qu'il aurait été « peu avantageux » pour un Belge de faire vendre ses titres Barcelona Traction à l'étranger; et sur quelles bases le distingué conseil de la Partie adverse a pu répéter, dans sa plaidoirie du 7 mai (VIII, p. 453) qu'une telle vente aurait été « peu attrayante » du point de vue financier.

La Partie adverse nous a dit, d'ailleurs, toujours à la page 19 du mémoire de 1959, que les actions Barcelona Traction n'ont recommencé à être négociées à la bourse de Bruxelles qu'à partir du 1^{er} juin 1947; et que les opérations sur titres Barcelona Traction à cette bourse entre le 1^{er} juin 1947 et le 12 février 1948 n'ont pas atteint 14 000 titres. Quelle meilleure preuve peut-on trouver du véritable but de cette ruée vers la certification qui paraît avoir eu lieu dès l'instauration de cette procédure? Ce but ne pouvait être que de vendre aussitôt que possible les titres à l'étranger. L'on peut donc sérieusement présumer que la plupart des actions Barcelona Traction certifiées par l'Institut belgo-luxembourgeois du change ne se trouvaient plus aux mains de porteurs belges le 12 février 1948.

Quant aux certifications faites après 1948 et jusqu'en 1954, tout ce que l'on doit dire une fois de plus c'est que la certification constitue la preuve de la propriété « belge » de ces actions à la date de la « certification » et également la preuve de leur « bonne propriété » (à savoir propriété non ennemie) à la date de la faillite. Mais cette certification ne prouve nullement que les actions en question aient aussi été, à cette dernière date, la propriété de Belges. Pour s'en convaincre, il suffit de lire le texte très clair du fac-similé du « certificat de bonne provenance de titres canadiens », qui figure à l'appendice A à l'annexe 5 au mémoire belge de 1962 (p. 62).

Il est certes normal que, pour établir la propriété non ennemie des titres certifiés, l'Institut belgo-luxembourgeois du change se soit fait produire la preuve ininterrompue de l'identité des différents propriétaires successifs depuis une date antérieure au 4 septembre 1939. Mais en même temps il est hors de doute que, dans la lettre du 19 février 1959 (que l'on peut lire aux pages 64 et suivantes de l'annexe 7 au mémoire de 1962), l'Institut a indiqué le chiffre global des titres dont il avait établi la propriété « belge » à la date de la certification et la « bonne propriété » antérieurement à cette date. Il n'a pas du tout indiqué ni entendu indiquer le nombre de titres — d'ailleurs vraisemblablement impossible à reconstituer *a posteriori* — dont il serait résulté qu'à partir de 1939 tous les propriétaires successifs auraient été non seulement « non ennemis », mais en plus tous « belges ».

A la page 939 de la duplique (VII), le Gouvernement espagnol, dans un souci de courtoisie, s'était borné à dire que l'on ne saurait accepter

« sans quelque réserve » l'assertion, toute nouvelle, qui figure à l'avant-dernier paragraphe de la lettre que la Partie adverse a obtenue de l'Institut belgo-luxembourgeois du change le 8 mars 1967 (et qui figure à la page 753 de l'annexe 129 à la réplique). Il s'agit du passage où, en « interprétant » la lettre du 19 février 1959, l'on voudrait déduire des modes d'exécution de la procédure de certification la conclusion que toutes les actions certifiées après le 12 février 1948 comme étant de propriété belge auraient été belges aussi à cette date même.

Le 7 mai dernier (VIII, p. 453) mon honorable contradicteur, le professeur Lauterpacht, a essayé à son tour d'« interpréter » l'*understatement*, pourtant évident, de la duplique espagnole; l'interpréter comme une « acceptation », quoique « hésitante » (à cette occasion, le mot français « réserve » a été rendu en anglais par le mot *hesitation*). Je regrette d'être obligé de décevoir mon savant ami et de devoir mettre les points sur les « i » en précisant qu'à notre avis le fonctionnaire de l'Institut qui a rédigé le paragraphe en question s'est visiblement trompé dans sa déduction. Peut-être avait-il oublié, après tant d'années, en quoi consistait exactement la procédure de certification. Ou encore sa plume à-t-elle trahi sa pensée. N'en disons pas plus; disons simplement, à titre de conclusion, qu'il est bien évident que les certifications faites de 1948 à 1954 ne sont pas la preuve d'une propriété belge au 12 février 1948, tout comme ne le sont certainement pas les certifications faites en 1946 et en 1947.

La preuve qui incombait au Gouvernement belge au sujet des prétendus « actionnaires belges autres que Sidro » était double. Il aurait dû prouver, d'une part, que les actions Barcelona Traction qu'il revendique comme belges appartenaient à des Belges au 12 février 1948; il aurait dû prouver, d'autre part, la continuité de cette propriété jusqu'en 1962.

A ce propos, il faut le noter, le Gouvernement belge ne procède que par présomption. Avancer une présomption, c'est affirmer l'existence d'un fait dont on n'est pas à même de fournir une preuve directe, mais que l'on peut toutefois déduire logiquement d'indices certains. Pour que ce procédé soit légitime, deux conditions sont donc requises: le lien logique entre les indices et la présomption à établir doit être indiscutable, et les indices eux-mêmes doivent être des faits prouvés et sûrs. Or, le Gouvernement belge ne remplit ni l'une ni l'autre de ces conditions.

Son raisonnement, en résumé, est le suivant: il existe — dit-il — des éléments permettant de penser qu'en l'année 1962 les transactions à la bourse de Bruxelles sur les actions Barcelona Traction au porteur auraient été plus actives qu'aux bourses de Londres et de Paris. En même temps, il ne faudrait pas faire entrer en ligne de compte celles de New York et de Toronto et ce pour la raison que, paraît-il, l'on n'y aimerait guère les actions au porteur.

Ces seuls arguments devraient suffire pour conclure, sans plus, qu'en ce qui concerne le nombre d'actions Barcelona Traction appartenant à des Belges, la situation de 1962 n'aurait pas été sensiblement différente de celle de 1948. Et ce n'est pas tout, car, en échafaudant présomption sur présomption, on en avance encore une autre: une fois admis le fait que la situation des actions en 1962 n'aurait pas été trop différente de celle de 1948, l'on pourrait présumer aussi qu'entre 1948 et 1962 le même nombre d'actions Barcelona Traction se serait toujours maintenu en mains belges.

Toute autre considération mise à part et, surtout, toute réserve faite quant aux arguments invoqués, notons d'abord que, dans ce raisonne-

ment, l'on ne tient aucun compte du fait qu'au cours des années comprises entre 1948 et 1962 la situation des transactions sur des actions Barcelona Traction aux différentes bourses peut avoir été tout autre qu'en 1962. De même, on y passe allégrement sur le fait que les actions vendues à la bourse de Bruxelles peuvent fort bien avoir été vendues à des étrangers et pas seulement à des Belges.

Mais là n'est pas le défaut essentiel du raisonnement de la Partie adverse. Pour pouvoir aboutir concrètement à la conclusion voulue, à savoir qu'en 1962 le nombre d'actions Barcelona Traction aux mains d'actionnaires belges individuels devait être d'environ 200 000, il faudrait partir, comme d'un fait absolument sûr et prouvé, de la prémisse qu'en 1948 ce nombre était de 244 000. Or, on a vu qu'à ce propos la Partie adverse a bien avancé des assertions, mais que la documentation qu'elle a produite à leur appui n'en donne nullement cette preuve certaine et incontestable qui aurait été requise. C'est donc le point d'appui principal qui fait défaut ; et ce n'est pas sur de telles bases que l'on peut établir une présomption valable. Les spéculations belges quant à la situation de 1962 restent donc complètement gratuites.

Mon éminent contradicteur, à la fin de sa plaidoirie du 7 mai (VIII, p. 456), n'a pas lui non plus l'air entièrement convaincu du raisonnement qu'il continue de présenter. Mais il semble vouloir reprocher au Gouvernement espagnol d'avoir été trop loin dans ses critiques et de ne pas avoir avancé de son côté aussi un chiffre à propos de ce qu'il estimerait avoir été le nombre des actionnaires belges individuels de Barcelona Traction. Entre 1 et 200 000, paraît-il vouloir dire, on aurait peut-être pu trouver un moyen terme raisonnable.

On oublie vraiment, de l'autre côté de la barre, que la question qui nous occupe ici est une question de preuve. Ce n'est pas le Gouvernement espagnol, c'est le Gouvernement belge qui s'est cru autorisé à présenter une réclamation internationale ; c'est lui qui prétend que cette réclamation serait en faveur de ressortissants belges, qu'il affirme avoir été actionnaires de Barcelona Traction aux dates critiques. Dans ces conditions, il était de son devoir strict de fournir avant tout une preuve précise, sûre et irréfutable du bien-fondé de ses assertions. Le Gouvernement espagnol a montré que ce devoir n'a pas été rempli ; et c'est tout ce que, de son côté, il avait à faire. Mais puisque le Gouvernement belge n'a pas été capable d'apporter la preuve qu'il lui incombait de fournir, sa prétention tombe et tombe en entier ; il ne peut certes pas penser la sauver en partie, et peut-être même avec l'aide bienveillante du Gouvernement espagnol.

Avant de conclure à ce sujet il sera peut-être utile, d'ailleurs, d'exposer une considération complémentaire.

Le Gouvernement belge croit pouvoir limiter sa tâche, en ce domaine, à la présentation de présomptions qui ne concernent que des chiffres globaux et des pourcentages. Ce faisant il montre une fois de plus qu'il n'a pas dépassé réellement la première phase de son action contre l'Espagne : cette phase dans laquelle il prétendait avoir un titre à la protection diplomatique de la société Barcelona Traction en vertu du caractère prépondérant que les « intérêts » belges auraient eu dans son capital-actions. A ce stade-là il était encore concevable de raisonner en termes de pourcentages plus ou moins présumés. Mais dans la phase actuelle, où le Gouvernement belge prétend exercer la protection non pas de Barcelona Traction, mais des « ressortissants belges » actionnaires de cette société, il

est manifestement inadmissible d'alléguer des présomptions de ce genre, même si elles étaient beaucoup plus fondées qu'elles ne le sont. Contrairement à ce que semble penser mon honorable contradicteur, la charge qui incombe au demandeur est précisément d'indiquer l'identité des personnes qui, d'après lui, auraient subi un préjudice du fait de l'État espagnol; elle est de donner à propos de chacune la preuve de sa double qualité de « national » belge et d'« actionnaire » de Barcelona Traction pendant la date critique. Le Gouvernement belge ne peut pas sérieusement penser que pour s'acquitter de ce devoir élémentaire, il serait suffisant de présenter des estimations approximatives (*in proximate terms*) du nombre de ces personnes.

En réalité, il est à peine croyable que le Gouvernement belge, depuis le temps qu'il parle de prendre fait et cause pour ses ressortissants lésés, ne se soit pas assuré de l'identité des ressortissants dont il dit défendre les intérêts; qu'il n'ait pas trouvé le moyen d'indiquer les noms de ces prétendus Belges qui auraient été actionnaires de Barcelona Traction de 1948 à 1962. Et ce n'est pas une excuse que d'alléguer une prétendue difficulté à les retrouver. On n'assume pas la protection diplomatique de personnes dont on ne sait ni qui elles sont ni même si elles existent. Il est évident que si le Gouvernement belge pouvait un jour espérer obtenir une réparation destinée, dans une certaine proportion, à être versée à de telles personnes, il faudrait bien qu'il abandonne les présomptions basées sur des raisonnements gratuits; il faudrait bien qu'il recherche et découvre enfin concrètement les noms des ressortissants belges qui auraient été actionnaires de Barcelona Traction pendant la période critique; il faudrait bien qu'il exige d'eux une preuve valable du fait qu'ils remplissent les conditions nécessaires. Il lui était donc possible de procéder à une enquête au préalable, et c'était son devoir de le faire avant de se placer sur le plan international pour demander une réparation et avant d'en établir le montant sur la base de suppositions fantaisistes.

Nous pouvons donc conclure que la preuve par le Gouvernement belge de l'existence d'« actionnaires belges individuels de Barcelona Traction » a complètement échoué; et puisqu'il en est ainsi, leur prétendue existence ne peut en aucune manière être prise en considération aux fins du présent procès. Ces prétendus « actionnaires » doivent retourner dans les limbes d'où seule l'imagination de la Partie adverse a tenté de les faire sortir.

Ayant ainsi écarté les prétentions de la Partie adverse à propos des soi-disant « actionnaires belges individuels », il me reste à examiner maintenant les questions relatives à la situation de Sidro elle-même: à sa prétention d'avoir eu droit, aux dates critiques, à la qualification juridique d'« actionnaire », et bien entendu d'actionnaire majoritaire, de Barcelona Traction.

Ces questions comportent aussi bien des aspects de fait que, surtout, des aspects de droit.

Les aspects de fait ont un caractère préliminaire, quoique manifestement moins important. Ils se résument dans l'appréciation des « preuves » fournies par Sidro et par son « patron » Sofina, et ce sur trois points surtout:

- 1) situation au 12 février 1948 des 349 905 actions au porteur et des 1 012 688 actions nominatives sur lesquelles on fonde la prétention de Sidro au titre d'actionnaire de Barcelona Traction à cette date;

- 2) situation au 14 juin 1962 des 1 354 776 actions nominatives sur lesquelles Sidro fonde la même prétention à cette nouvelle date;
- 3) continuité de cette situation au cours de la période comprise entre les deux dates.

A ce propos, il y a à présent vingt ans que le Gouvernement espagnol demande au Gouvernement belge de fournir sur chacun de ces points des preuves objectives et incontestables.

Or ces preuves, refusées avec hauteur à l'époque de l'échange des notes diplomatiques, n'ont été fournies, même après l'ouverture du présent procès, qu'au compte-gouttes.

Il faudra attendre les observations et conclusions de 1963 pour trouver, à l'annexe 6 (vol. II, p. 224 et suiv.), la photocopie des formulaires de déclarations remplis par Sidro le 12 mars 1946 et reçus par la Banque nationale de Belgique, le 29 mai de la même année. Et il faudra attendre la réplique de 1967 pour pouvoir lire à l'annexe 128 l'attestation du contrôle des contributions du 24 janvier 1967 relative aux déclarations des revenus de Sidro de 1946 à 1962!

Précisément à propos de ce dernier document, que mon honorable contradicteur, dans son enthousiasme, trouve *exceedingly cogent*, le Gouvernement espagnol a été le premier à enregistrer le fait que la Partie adverse se soit enfin décidée à présenter, au sujet du problème de la continuité entre les deux dates critiques, un certificat qui peut être considéré comme un commencement de preuve. Cela en dépit du fait qu'il est en contradiction avec d'autres assertions de la Partie adverse et que, pour l'accepter, il faut présumer que les déclarations de Sidro concernant ses revenus aient reflété exactement et entièrement la situation à propos de mouvements de titres qui justement ne produisaient pas de revenus. Mais ce que le Gouvernement espagnol trouve inconcevable, c'est qu'il ait fallu tant d'efforts de sa part pour que la Partie adverse se décide enfin à la présentation de ce document. Et ce qu'il y a de plus inconcevable, c'est que sur d'autres points, même plus importants, des pièces essentielles pour l'appréciation de la situation n'ont toujours pas été produites.

L'on peut se référer par exemple à la situation des titres au 12 février 1948.

Une connaissance complète des rapports fort complexes entre Sidro et Securitas à l'époque est indispensable pour se rendre compte de cette situation, on voudra bien en convenir. Néanmoins, l'on ne connaît, de la partie la plus importante de ces rapports, que ce que la Partie adverse en a dit dans une description donnée à l'annexe 11 aux observations et conclusions. A l'en croire, le rapport de *trust*, instauré entre Securitas et Sidro en 1940, aurait pris fin automatiquement le 14 août 1946 et, à ce moment, se serait trouvé remis en vigueur, tout aussi automatiquement, le contrat de *custody* (dépôt plus mandat) opérant précédemment entre les deux sociétés. Par conséquent, au 12 février 1948, Sidro aurait eu de nouveau sur les actions Barcelona Traction les droits qu'elle avait avant le *trust*, et ce, en dépit du fait que ces actions continuaient de se trouver aux mains de Securitas.

Ce n'est, toutefois, qu'un récit. Les deux documents essentiels pour comprendre ces rapports et leurs conséquences, à savoir les contrats de *trust* du 6 septembre 1939 et du 27 février 1940, n'ont en effet jamais été produits. Inutile d'en dire plus.

En passant maintenant aux aspects de droit de la question qui consiste

à savoir si Sidro aurait vraiment été, aux dates critiques, l'actionnaire majoritaire de Barcelona Traction, on remarquera à cet égard, tout d'abord, que ces aspects sont centrés sur un point bien précis.

Admettons, à titre d'hypothèse, que la situation des titres au moment de la faillite de Barcelona Traction ait réellement été telle que les services de Sofina-Sidro le décrivent, et que l'on en ait donné cette preuve objective et certaine qu'en fait on attend encore. La question se poserait alors, comme on l'a indiqué à plusieurs reprises, de savoir quelles conséquences *pourrait avoir le fait que les actions se trouvaient être inscrites au registre des actionnaires, au 12 février 1948, au nom de Charles Gordon & Co. et, au 14 juin 1962, au nom de Newman & Co.* Qui, dans ces conditions, avait titre, respectivement à l'une et à l'autre de ces deux dates, à se qualifier juridiquement d'« actionnaire » de Barcelona Traction ?

La discussion de cette question — fort simple en elle-même et qui serait facile à résoudre si la Partie adverse acceptait de la voir dans ses véritables termes — a été compliquée et prolongée tout à fait artificiellement en raison des efforts réitérés de diversion faits par nos honorables contradicteurs.

La dernière, dans l'ordre chronologique, de ces tentatives de diversion, est celle à laquelle mon honorable contradicteur, au début de sa plaidoirie du 7 mai, a consacré des développements qui couvrent onze pages entières du compte rendu de cette date (VIII, p. 428-434).

Le but de cette argumentation si prolongée ? Il serait de faire taire le Gouvernement espagnol, de l'empêcher de soulever la question juridique que je viens d'indiquer ainsi que les autres questions qui se posent à propos de la réalité économique des « intérêts belges » dans Barcelona Traction. L'obstacle qu'on voudrait opposer au Gouvernement défendeur serait représenté par un ensemble de prétendues reconnaissances et admissions du double fait que Sidro était l'« actionnaire » principal de Barcelona Traction et que Sidro et son « patron » Sofina représentaient des intérêts belges. On voudrait voir là un empêchement dirimant à toute contestation de la réalité de ces faits.

Qu'il me soit permis avant tout d'observer, à ce sujet, que les faits dont il est question peuvent trouver leur confirmation ou leur démenti exclusivement dans la réalité objective et non pas dans une admission ou dans une dénégation subjective de la part de quiconque. S'ils sont réels, ils ne cessent pas de l'être parce qu'on ne veut pas le reconnaître. *S'ils ne le sont pas, ils n'acquièrent pas une réalité qui leur fait autrement défaut* parce que quelqu'un les aurait erronément crus tels ou reconnus comme tels. Les autorités espagnoles auraient pu des dizaines de fois considérer comme vrai et même comme certain que Sidro était juridiquement « actionnaire » de Barcelona Traction aux dates critiques, ou encore que le capital-actions de Sofina était belge à 100 pour cent, que cela ne signifierait toujours rien. Cela n'empêcherait certainement pas les mêmes autorités de corriger leur information et d'exprimer une conviction différente dès qu'elles seraient amenées, à un moment quelconque, à constater que la réalité est autre.

Par conséquent, nous ne pouvons que repousser fermement les spéculations tendancieuses de la Partie adverse au sujet de certaines références à des situations de fait ou de certaines descriptions de ces situations, ou encore de certaines absences de réaction, face à des assertions dont on attendait, pour se prononcer, qu'elles fussent prouvées par leurs auteurs. Vouloir faire de cela des reconnaissances constitutives ou des aveux qui

engageraient à jamais leurs auteurs et les pays de ces derniers, c'est tellement dépourvu de sens que je pourrais bien me dispenser de tout autre commentaire à ce sujet.

Toutefois, je ne voudrais pas que mon honorable contradicteur tire parti de ma volonté de concision pour venir plus tard m'imputer, à mon tour, des reconnaissances et des aveux qui auraient pour moi force obligatoire. Je ne voudrais pas qu'il interprète à sa façon mon silence et dise que, par là, j'aurais admis que les propos et les attitudes des milieux espagnols publics et privés qu'il a cités auraient eu le contenu et la portée qu'il se plaît à leur attribuer. C'est pourquoi je me permets de prendre encore quelques minutes du temps de la Cour pour faire certaines mises au point nécessaires.

Primo. Personne ne doutait par le passé et ne doute aujourd'hui que Sidro et Sofina soient des sociétés de statut belge et, comme telles, des ressortissants belges. Mais qu'elles le soient ne signifie certainement pas que les autorités et les particuliers espagnols qui ont ouvertement reconnu ce fait aient indiqué par là qu'ils considéraient comme belges également ce que mon honorable contradicteur appelle les *underlying interests*, les intérêts sous-jacents. Personne ne met en doute non plus le fait que Barcelona Traction soit une société canadienne; et pour pouvoir faire entrer en scène Sidro et Sofina dans notre affaire, le Gouvernement belge a soutenu qu'il fallait lever le voile de Barcelona Traction pour voir quels étaient les « intérêts sous-jacents ». Par conséquent, si l'on s'engage dans cette voie, il faut aussi lever le voile de Sidro et de Sofina pour voir quels sont les vrais intérêts sous-jacents à ces sociétés. L'on aura l'occasion de revenir sur ce point par la suite. Qu'il suffise de marquer ici clairement que reconnaître que Sidro et Sofina sont des sociétés belges et par ailleurs reconnaître que les intérêts existant dans Sidro et Sofina seraient belges, sont deux choses entièrement différentes et sans rapport entre elles.

Secundo. Quant aux relations de Sofina-Sidro avec Barcelona Traction, personne ne songe à nier que grâce à une série de liens personnels, contractuels et autres moins connus, les dirigeants de Sofina aient exercé une influence sur la conduite et l'action de Barcelona Traction. Ce qu'ont montré les conseils du Gouvernement espagnol qui m'ont précédé permet même de dire que, malheureusement pour Barcelona Traction, cette influence s'est exercée. Mais cela n'a rien à voir avec le fait de savoir si, aux époques critiques, Sidro était ou n'était pas, en droit, « actionnaire » de Barcelona Traction. On peut très bien dominer une société et en déterminer l'action sans en être « actionnaire ». Les deux formes de rapport se situent sur deux plans entièrement différents.

Ce ne sont donc certainement pas les descriptions de cette « influence » contenues dans les conclusions des experts espagnols membres de la Commission internationale d'experts qui peuvent changer en quoi que ce soit la situation juridique dont il est question. A propos de cette dernière, il est à noter que la situation qui pouvait être connue en Espagne et ailleurs était toujours celle qui avait existé jusqu'en 1939, quand Sidro était vraiment « actionnaire » majoritaire de Barcelona Traction et avait son nom régulièrement inscrit dans le registre de cette société. Rien d'étonnant, donc, que dans plusieurs milieux espagnols, publics et privés, on ait supposé que cette situation persistait. Personne n'était vraisemblablement au courant des changements opérés dans les registres des actionnaires de Barcelona Traction, pendant la guerre et après, ni des rapports créés entre Sidro, Securitas, Gordon, Newman, etc. D'ailleurs la Partie

adverse ne nous a pas mis à même de connaître avec exactitude ces relations, même à l'heure actuelle.

Dans ces conditions, l'on se demande comment un ministre espagnol, requis de décrire dans un discours la situation telle qu'il en avait connaissance, aurait pu le faire autrement qu'en se servant, à propos de Sidro, des mots « on suppose qu'elle possède la majorité des actions de Barcelona Traction » (A.M. 1959, n° 40, p. 175). Abstraction faite des commentaires que l'on pourrait faire à propos de la signification de ces mots, faudrait-il, de toute façon, voir dans cette référence une reconnaissance qui devrait engager définitivement le même ministre et, au-delà du ministre, l'Espagne elle-même à ne jamais plus dire, ou mieux à ne jamais plus « supposer » rien de différent? C'est, disons-le, proprement ridicule.

Tertio. Que les particuliers espagnols désireux de mettre fin une fois pour toutes aux pressions réitérées, au battage organisé, à l'action multiforme engagée sur le plan international d'abord, puis sur le plan interne, par les tuteurs de Barcelona Traction, aient accepté à certains moments d'entrer en pourparlers avec les personnages qui menaient le jeu, c'est fort compréhensible. Mais qui pourrait sérieusement soutenir que, ce faisant, ils auraient fourni à leurs interlocuteurs une sorte de certificat d'où il ressortirait que Sidro avait « juridiquement » la qualité d'« actionnaire » de Barcelona Traction et fait à ce sujet une reconnaissance sans possibilité de retour en arrière? Et qui pourrait sérieusement soutenir qu'en parlant de Sidro et de Sofina comme de sociétés belges ou du groupe « belge » ils auraient entendu reconnaître que les intérêts sous-jacents à ces sociétés étaient belges?

A plus forte raison — et c'est bien plus important encore — l'on ne voit pas comment les autorités espagnoles, qui, à contre-cœur, pressées par tant de gouvernements différents, acceptaient parfois de recevoir les défenseurs de ceux qui prétendaient avancer des griefs, auraient fait par là même des aveux compromettants. L'on ne voit pas, en particulier, quelles conséquences l'on devrait tirer du fait que ces autorités aient reçu un avocat en renom présenté par le Gouvernement canadien, protecteur attitré de Barcelona Traction, et en même temps par le Gouvernement américain, et qui se qualifiait lui-même tantôt d'avocat de Sidro, tantôt d'avocat de Sofina. Et rien qu'à cause de cela le Gouvernement espagnol se serait définitivement privé de la possibilité de vérifier, le jour où un procès dans l'affaire s'ouvrirait devant la Cour internationale de Justice, si en 1948 Sidro avait vraiment, en droit, la qualité d'« actionnaire » de Barcelona Traction? Il suffit de poser cette question pour se rendre compte de la nécessité d'une réponse négative. Et avec cela on mettra un point final à ces remarques à propos d'une argumentation qui n'en mérite certes pas davantage.

Mais les tentatives de diversion faites par la Partie adverse au sujet de la question de droit qui nous occupe ne se sont pas limitées à celle que l'on vient d'évoquer. On a dû perdre dans le passé un temps considérable pour examiner toute une liste, toujours renouvelée, d'affaires dans lesquelles la Partie adverse a voulu trouver, à chaque fois, une réponse « décisive » aux observations du Gouvernement espagnol. Souvent l'on a été obligé de replacer patiemment ces cas dans leur contexte, en les débarrassant des déformations dont ils avaient été l'objet. Et l'on a pu finalement constater soit qu'il s'agissait d'hypothèses dépourvues de tout rapport avec la situation d'espèce et la question qui s'y pose, soit que, pour

d'autres raisons, la décision prise n'était pas de nature à apporter la moindre goutte d'eau au moulin des thèses belges.

Toutefois, évidemment convaincue de l'utilité qu'il y aurait pour elle à poursuivre sur une voie susceptible de détourner l'attention du véritable problème et d'éviter ainsi de le placer dans son contexte propre, la Partie adverse a repris, dans ses dernières plaidoiries, ses exercices précédents. Dix pages du compte rendu du 7 mai (VIII, p. 444 et suiv.) sont en effet consacrées à de nouvelles gloses sur de nouveaux prétendus précédents judiciaires ou au rappel de situations pratiques ou d'opinions doctrinales. Et sur ces dix pages, huit ne traitent que d'une affaire qui nous a déjà occupés bien plus qu'elle ne le mérite, mais à laquelle il paraît que, de l'autre côté de la barre, l'on continue à attribuer de l'importance. Il s'agit du cas du ressortissant américain McPherson, dont la Commission américano-mexicaine accueillit en 1923 la réclamation contre le Gouvernement mexicain, ce dernier ayant refusé de lui payer des mandats postaux que McPherson avait fait acheter par un agent auprès d'autorités illégales et que ces dernières avaient émis au nom de cet agent.

La Partie adverse nous pardonnera si, soucieux de passer rapidement à des arguments pouvant plus utilement nous aider à résoudre la question qui nous occupe, nous sacrifions maintenant à cette affaire non pas huit pages mais seulement quelques lignes. Cela d'autant plus que, dans les longs développements consacrés à l'affaire McPherson par mon honorable contradicteur, je ne trouve absolument rien qui puisse m'empêcher de confirmer en entier les remarques faites par le Gouvernement espagnol aux pages 969 et 970 de la duplique (VII). La décision, dans cette affaire, quel qu'en soit le bien-fondé que nous ne prenons pas ici en considération, a été rendue sur la base d'une convention qui, par plusieurs aspects essentiels et dans son esprit même, et non pas d'un seul point de vue comme le voudrait la Partie adverse, est manifestement dérogoire par rapport aux principes du droit international général.

Ce que, par contre, nous tenons à préciser, c'est que si nous avons dit et si nous répétons que l'affaire McPherson est sans rapport avec la nôtre, ce n'est pas parce qu'il nous plairait d'exclure en théorie toute possibilité de comparaison entre la situation d'un *nominee* au nom duquel on inscrit des titres et celle d'un mandataire auquel on confie l'achat d'un mandat postal. Ce que nous tenons à relever, c'est que dans l'affaire McPherson la question était de savoir à qui revenait le contenu économique de la propriété de l'argent représenté par le mandat. Dans notre cas, par contre, il ne s'agit nullement de savoir qui peut revendiquer en dernier ressort le contenu économique de la propriété d'une action. La question est de savoir qui des deux peut se qualifier d'«actionnaire», c'est-à-dire qui est, juridiquement, membre de la société: l'actionnaire inscrit au registre de la société, ou bien le *beneficial owner*, auquel justement ne revient que le contenu économique de la propriété de l'action. On aura, d'ailleurs, l'occasion de revenir d'une manière plus générale sur cet aspect, qui est l'aspect clé de la question.

Qu'il suffise de dire ici, à propos des prétendus précédents, qu'il est entièrement incorrect de dire, comme on le lit dans le compte rendu du 7 mai (VIII, p. 444), que chaque fois qu'il y a une division de la propriété entre un *legal owner* et un *beneficial owner* on aurait considéré la position de ce dernier comme prééminente. Chacun des deux titulaires des deux aspects de la propriété est logiquement prééminent quand il s'agit de la partie qui lui revient. Le *beneficial owner* entrera seul en ligne de compte

là où la question ne concerne que le contenu économique de la propriété; ce sera le *legal owner*, par contre, là où la question a essentiellement trait au contenu juridique de cette propriété et à ses conséquences.

Quant aux autres citations faites par mon honorable contradicteur au cours de sa plaidoirie du 7 mai (VIII, p. 447 et suiv.), je ne m'attarderai pas sur celles qui ne sont qu'une simple expression d'opinion, ou une description de la pratique d'un organe de droit interne auquel nous nous sommes déjà largement arrêtés dans la duplique (VII, p. 970 à 973).

J'aimerais par contre dire encore un mot à propos de l'article 20 du projet rédigé par les professeurs Sohn et Baxter pour le compte de la Harvard Law School, à la suite d'une suggestion de la division de codification du département juridique des Nations Unies.

L'audience, suspendue à 11 h 15, est reprise à 11 h 40

Ce projet est bien connu des membres de la Commission du droit international, qui ont eu l'occasion d'assister à la présentation de ce projet à la Commission et qui, se souvenant des réactions qu'il y a provoquées, auraient quelque hésitation à lui attribuer une autorité autre que celle d'une opinion personnelle. Mais soit: puisque mon honorable contradicteur y a fait allusion, voyons ce qu'il contient.

Prévoyant la possibilité d'une réclamation individuelle de la part d'un étranger qui a subi un préjudice, le projet de convention envisage, entre autres, le cas d'un étranger qui détient une action ou un autre « titre analogue de propriété ou d'intérêt dans une personne morale » (*an alien who holds a share in, or other analogous evidence of ownership or interest in a juristic person*).

Mon honorable contradicteur, tout en étant très prudent dans la forme de ses commentaires, aimerait manifestement pouvoir déduire de ce texte que les auteurs du projet n'auraient pas pris en considération seulement la position de l'« actionnaire » proprement dit (*shareholding*); ils y auraient ajouté aussi celle des personnes ayant autrement des droits ou des intérêts dans une société. Et il plairait toujours à mon honorable contradicteur de pouvoir en conclure que la situation du *beneficial owner* serait, par là, couverte par cet article.

Seulement, attention! Le texte en question ne concerne pas seulement des sociétés par actions, des *companies* ou *corporations*, mais toute forme de *juristic person*, de personne morale. Or, ce ne sont que les *companies* qui émettent des actions en tant que document faisant la preuve de la participation à la société. Si le texte n'avait mentionné que le détenteur d'une action, il n'aurait pas couvert la situation des membres d'une personne morale autre qu'une société anonyme, c'est-à-dire de l'une quelconque de ces nombreuses autres formes de personne morale prévues dans les différents systèmes juridiques du monde. Il suffit de penser, à titre d'exemple, aux associés d'une *partnership* qui ont la propriété (*ownership*) de leur part dans l'association, ou aux membres d'une société à responsabilité limitée, dont le nombre des parts indique la proportion de leur intérêt dans la société. C'est pour cela qu'à côté du détenteur de l'action le projet mentionne aussi le détenteur de tout autre titre analogue de participation dans une personne morale d'un autre type.

Quelle conclusion en tirer? Il semble évident que le projet des professeurs Sohn et Baxter n'admet de réclamation de la part d'un membre d'une personne morale que s'il détient le document destiné à prouver

précisément sa qualité de membre: l'action dans le cas d'une société anonyme, un titre analogue dans le cas d'une personne morale différente. Ce qu'il faut, dans tous les cas, c'est l'existence d'un titre constituant la preuve de la *membership*.

Mon honorable contradicteur a dit, à un moment donné, que la formule de l'article examiné couvrirait nécessairement la situation du *nominee*. Je serais tenté de lui dire que je suis parfaitement d'accord, mais en attribuant peut-être à cette phrase un sens diamétralement opposé à celui qu'il voudrait lui donner. Car l'actionnaire inscrit au registre est effectivement celui qui *holds the share*, qui « détient l'action », ce document qui seul est la preuve de sa qualité de membre de la société et qui lui donne tous les droits afférents à cette qualité. C'est lui, donc, et non le système envisagé dans le projet de Harvard, se voit conférer la possibilité de présenter une réclamation; c'est lui et non pas le *beneficial owner*, qui ne détient pas l'action et qui n'est pas juridiquement membre de la société. Si une conclusion donc peut être tirée de l'examen du projet Sohn et Baxter, elle ne pourrait que confirmer celle que j'ai énoncée, sur le plan général, il y a quelques minutes.

La Partie adverse a aussi fourni, au cours de ce procès, certaines consultations qu'elle a demandées à des cabinets d'avocats renommés. Ces consultations contiennent parfois des observations savantes et fort utiles pour qui voudrait enrichir ses connaissances au sujet de certaines institutions juridiques des pays de *common law*. Nous nous sommes parfois rapportés nous aussi, dans la phase écrite de ce procès, à des passages de ces consultations, pour montrer que ce qui s'y trouvait écrit n'apportait nullement aux conclusions de la Partie adverse l'aide que celle-ci espérait y trouver. Cela étant, toutefois, la Partie adverse nous excusera de ne pas considérer ces consultations données à une partie à un procès comme vérité d'évangile en la matière et de refuser de transformer notre débat en une polémique sur l'interprétation de ces textes. Nous préférons continuer à prendre comme référence des autorités doctrinales dont l'objectivité est plus évidente et auxquelles nous avons souvent fait allusion. En même temps, nous ne pensons pas qu'il faille perdre du temps pour rechercher si le système particulier de droit interne à la lumière duquel doit être appréciée la situation respective de Gordon & Co. et de Sidro par rapport à Barcelona Traction doit être le droit de l'Etat de New York ou plutôt, comme nous le pensons et comme nous l'avons déjà noté dans la duplique, le droit canadien. Les questions fondamentales, et en définitive très simples, qui nous intéressent, ne se posent pas d'une manière différente dans le premier ou dans le second ni non plus dans les autres systèmes se réclamant du *common law*. Et mon honorable contradicteur qui, plein d'indulgence pour nous qui lui semblions nous perdre dans les méandres d'un monde juridique mal connu, a fort aimablement fait, lors des plaidoiries sur les exceptions préliminaires (II, p. 513 et suiv.) une leçon sur les principes généraux de ces systèmes, me paraît être le dernier qui puisse parler aujourd'hui avec mépris d'un système de *common law* général et non déterminé, *a general and unspecified common law system* auquel, à son avis, nous ferions référence.

Cela étant dit, et pour en venir à l'essentiel, nous voudrions commencer par mettre en évidence que, en dépit des réticences plus ou moins avouées que l'on peut rencontrer dans les écritures ou dans les exposés oraux de nos contradicteurs, les Parties sont bien d'accord sur certains points fondamentaux.

Le premier de ces points d'accord est que l'inscription de biens et, en particulier, de titres au nom d'un *nominee* a pour effet de scinder la propriété des titres en deux : la *legal ownership* ou *legal title* qui revient au *nominee* et la *beneficial ownership* ou *beneficial interest* qui reste à l'ancien propriétaire.

La *legal ownership* — à propos de laquelle on a pris acte très volontiers du fait, signalé par la Partie adverse dans la réplique (V, p. 703 et suiv.), qu'elle a son origine dans le *common law* — et la *beneficial ownership* — dont on est également satisfait de savoir qu'elle émane de l'*equity* —, représentent, chacune de son côté, un ensemble, un faisceau de droits distincts. Il y a une deuxième constatation sur laquelle les deux Parties se trouvent avoir des opinions concordantes. En général, comme nous l'avons fait remarquer, l'on peut dire que l'élément plus proprement juridique du droit de propriété se trouve réuni entre les mains du *legal owner*, tandis que l'élément ou, mieux, le bénéfice économique de la propriété revient au *beneficial owner*.

En troisième lieu, dans le cas particulier où le rapport ici examiné a pour objet des actions, on reconnaît de part et d'autre de la barre que c'est le *legal owner*, c'est-à-dire l'actionnaire inscrit aux registres, qui a certains droits. Ce sont les droits suivants : participer aux assemblées et y prendre la parole ; voter sur des questions d'administration ordinaire (approbation des comptes, élection des administrateurs) ; voter sur des questions d'administration extraordinaire (modification des statuts, changement du siège, augmentation de capital, transformations, fusions, dissolution de la société, etc.) ; être informé dans certaines circonstances de la situation de la société ; vérifier les livres ; attaquer, le cas échéant, les délibérations de l'assemblée ; agir en responsabilité contre les administrateurs ; encaisser les dividendes ; exercer les options ; vendre les actions ; recevoir sa part du reliquat d'actif en cas de dissolution.

Le *beneficial owner*, par contre, a le droit d'exiger du *legal owner* la remise du montant des dividendes ou, le cas échéant, du résidu d'actif ; et la Partie adverse nous signale que c'est lui qui, par conséquent, paie les impôts sur ces montants, ce qui nous semble parfaitement normal. C'est aussi le *beneficial owner* qui a le droit de donner au *legal owner* des directives en ce qui concerne aussi bien les votes que les actions à engager contre les décisions de l'assemblée ou contre les administrateurs ; de donner, toujours au *legal owner*, des instructions relatives à l'exercice d'options ou à la vente des actions ; et, finalement, d'agir en réparation contre le *legal owner* en cas d'abus dans l'exercice de ses pouvoirs. Il est enfin également reconnu par les deux Parties que le *legal owner* et le *beneficial owner* peuvent tous deux disposer des droits qui entrent dans leur compétence respective et les transférer à d'autres.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol tient à réaffirmer une fois de plus qu'il n'a jamais eu l'idée de prétendre que le *legal owner* était le propriétaire de plein droit, le véritable propriétaire, ou le propriétaire tout court des actions.

Il a toujours fait valoir que ni le *legal owner* ni le *beneficial owner* ne sont propriétaires au sens propre du terme et n'ont droit à se qualifier tels, cela pour la bonne raison que le droit de propriété est scindé en deux et qu'un véritable propriétaire ne réapparaîtra que le jour où les deux parties séparées de la propriété se trouveront de nouveau réunies chez la même personne.

La position du Gouvernement espagnol à ce sujet n'a absolument pas

varié. Par contre, c'est la Partie adverse, ce sont le Gouvernement belge et les intéressés pour lesquels il agit, qui, en changeant d'avis non sans désinvolture, selon leur convenance, ont pris tour à tour sur ce point des attitudes extrêmes et contrastantes, aussi erronées les unes que les autres.

Nous avons déjà eu l'occasion de noter qu'à une époque non suspecte — c'est-à-dire avant que le Gouvernement espagnol ait soulevé des questions découlant de l'inscription des actions Barcelona Traction au nom des firmes Charles Gordon et Newman — le Gouvernement belge n'avait pas hésité à traduire expressément l'expression *legal ownership* par le terme « propriété ». Et il faut remarquer aussi qu'à la même époque la description de la situation respective du *legal owner* et du *beneficial owner* faite par la Partie adverse était singulièrement plus objective que celle qu'on a eu l'occasion d'entendre par la suite.

Mais ce n'est pas tout, car il y a eu par le passé des manifestations de sympathie beaucoup plus poussées pour la position du *legal owner*. A la page 812 des annexes au mémoire belge on peut lire qu'à l'appui d'une demande de *tercería de dominio* présentée au tribunal de Reus le 3 janvier 1952 au nom du National Trust, le requérant avait produit une attestation d'un notaire public du Canada domicilié en Ontario. On y attestait que le National Trust apparaissait, du 11 avril 1913 au 19 avril 1949, dans le livre-registre des actions de Ebro Irrigation tenu par le même National Trust, comme détenteur enregistré de 24 840 actions. Le notaire canadien en déduisait que National Trust était « le propriétaire absolu desdites actions sans limitation aucune ». Il convient de noter tout de suite, pour prévenir des remarques faciles de la Partie adverse, que si le tribunal a refusé de tenir compte de l'attestation, cela a été, comme on peut le constater dans les mêmes annexes au mémoire (p. 817), pour les raisons suivantes: que ce n'était pas le livre-registre comme tel qui était produit mais une attestation d'un notaire relative à son contenu; que ce livre émanait du demandeur lui-même et ne pouvait donc pas être considéré comme probant en sa faveur; que la déduction du notaire quant à la propriété des actions n'avait que la valeur d'une opinion personnelle. En d'autres termes, le tribunal n'a pris aucune position contre la thèse elle-même.

Avec cela — disons-le une fois de plus, quitte à donner à notre honorable contradicteur le plaisir de nous accuser de nous répéter — le Gouvernement espagnol ne partage nullement l'idée que le fait d'être inscrit au registre fasse de la personne enregistrée le « *propriétaire absolu* » des actions. Mais il ne peut partager non plus l'opinion opposée que la Partie adverse avance aujourd'hui avec une égale aisance et avec une non moindre impropiété, selon laquelle le « *véritable propriétaire* » — *the true owner* — serait le *beneficial owner*.

Dans notre cas, en effet — et c'est bien là le nœud de l'affaire — il ne s'agit pas de savoir qui est le propriétaire, ni même s'il y a un propriétaire. Moins encore s'agit-il de retrouver cet être inexistant auquel on essaie arbitrairement de donner une existence en parlant de « *véritable propriétaire* ».

On sait parfaitement, de ce côté de la barre comme de l'autre, que la propriété comme telle ne pouvant résulter que de la jonction du *legal title* avec le *beneficial interest*, ni Charles Gordon & Co. ou Newman & Co. en tant que simple *legal owner*, ni à plus forte raison Sidro en tant que *beneficial owner*, ne pouvaient se qualifier en droit de « *propriétaires* » des actions inscrites au nom de Charles Gordon d'abord et de Newman ensuite.

D'ailleurs, ce que la Partie adverse a pu tirer comme conclusion de sa fouille minutieuse de la pratique, c'est que celle-ci a toujours refusé de considérer comme plein « propriétaire » un *legal owner* auquel ferait défaut la *beneficial ownership* : nous l'avions reconnu avant même que la Partie adverse ne s'adonne à cet exercice. Mais de l'examen de la même pratique il ressort avec une non moindre clarté que, dans aucun cas non plus, un *beneficial owner* ne possédant pas aussi le *legal title* n'a été traité comme un « propriétaire », et ce en particulier aux fins d'une réclamation internationale. Libre à la Partie adverse de se consoler facilement en faisant observer que l'absence de tout précédent en faveur de sa thèse n'est pas encore un précédent contre sa thèse. La constatation qui s'impose n'en est pas moins là : si la pratique n'offre pas de précédent pour appuyer les conclusions qu'il aurait plu au Gouvernement belge d'étayer, c'est que la pratique ne peut pas consacrer quelque chose qui serait logiquement une aberration, à savoir que partie serait égal à tout.

Cela étant, ce qu'il faut établir aux fins qui entrent ici en ligne de compte, ce n'est pas non plus si, des deux sujets qui, au moment de la faillite, se partageaient la propriété dissociée des actions Barcelona Traction, Charles Gordon & Co. devait être considéré comme ayant été *plus* propriétaire que Sidro ou vice versa. Comme on l'a dit dès le début, la question est de savoir lequel des deux, à l'époque, devait être qualifié d'« actionnaire ».

« Actionnaire » et « propriétaire d'actions » ne sont pas des termes synonymes, encore que, dans le cas le plus normal, les deux qualités se trouvent réunies en la même personne.

En disant cela, j'entends déjà le commentaire de mon éminent contradicteur : argument terminologique, formalisme, verbalisme. Il distribue volontiers ces qualificatifs quand une argumentation ne convient pas à ses thèses ou lorsqu'il ne trouve pas d'objection plus spécifique à lui opposer.

Mais nous n'avons aucun penchant pour le verbalisme ni pour les questions de pure terminologie. Nous posons tout simplement des questions de droit. Et en droit les termes ont, normalement du moins, une signification précise. S'ils sont distincts, c'est que par eux l'on veut désigner des réalités distinctes. Rien n'est donc plus inadmissible que de les traiter comme s'ils étaient interchangeables ou bien de mettre l'un à la place de l'autre, quitte à décharger sa conscience en accompagnant les mots « actionnaire » ou « propriétaire » d'adjectifs tels que « vrai » ou « réel », ou de locutions comme « pour toutes fins importantes » et d'autres encore.

Quant au terme spécifique d'« actionnaire », nous l'avons entendu mentionner tant de fois par la Partie adverse au cours de ce procès, que ce n'est pas sans surprise que nous assistons maintenant à sa dépréciation inattendue, et que nous voyons le Gouvernement espagnol accusé de s'intéresser à quelqu'un qui possède le nom mystique d'« actionnaire » (*somebody who possesses the mystic name of shareholder*) — je me réfère à la page 442, VIII.

Mais laissons la mystique à des occasions plus propices et revenons-en au but. Nous raisonnons ici, en particulier, dans le cadre de cette institution si chère à la Partie adverse qu'est la « protection diplomatique des actionnaires d'une société commerciale ». Nous ne discutons pas ici du point de savoir si et dans quelles conditions une telle protection peut être légitime. Demandons-nous seulement ce qu'elle peut signifier.

Protéger l'« actionnaire » d'une société ne peut vouloir dire autre chose,

en termes de droit, que protéger le *socius*, le partenaire de l'organisation sociale, le membre de la *corporation*. Le lien qui unit la société et les actionnaires — je cite ici la réplique du Gouvernement belge, V, page 644 — « est un lien statutaire et organique en quelque sorte, puisque les actionnaires forment précisément le *groupement* dont la société personne juridique est l'expression ou l'actualisation ».

Si donc il y a lieu de protéger l'« actionnaire », ce n'est pas, comme le voudrait maintenant — et pour cause — mon honorable contradicteur (voir VIII, p. 443), à cause de son lien avec les « actions », mais à cause de son lien avec la « société ».

Les « actionnaires », comme le dit toujours le Gouvernement belge, sont les « membres » de la société. Par conséquent, « actionnaire » ne peut être que celui qui détient et exerce, envers la société comme envers les autres partenaires, les droits de « membre » de la société.

Or, l'on a vu et l'on a noté en détail quels sont les droits qui se trouvent respectivement attribués au *legal owner* et au *beneficial owner*. C'est le premier et lui seul qui détient des droits sociaux, qui est « membre » de la société et qui agit en cette qualité. Il est, lui et lui seul, le « sociétaire ». La situation juridique du *beneficial owner* se résume en une série de droits envers l'actionnaire, non pas envers la société ou envers les autres membres.

Il est partant manifestement impossible, voire logiquement absurde, de considérer comme « actionnaire » la personne dont les intérêts par rapport aux actions sont justement protégés par l'attribution de droits envers l'« actionnaire ». Que l'on ne vienne surtout pas objecter que dans certains systèmes juridiques l'on connaîtrait des institutions, telles que les *derivative suits* du droit américain, qui feraient apparaître exceptionnellement la possibilité de l'exercice d'une action sociale même de la part du *beneficial owner*.

La *derivative suit* est une action que l'actionnaire minoritaire peut exercer aux lieu et place de la société dans les cas exceptionnels où la société, dominée par une majorité coupable, refuse d'agir ou manque à son devoir dans ce sens. Et si dans un cas — dans un seul cas en fait — il paraît qu'on ait admis aussi un *beneficial owner* à agir, cela a été aux lieu et place de l'actionnaire, ce dernier à son tour n'ayant pas agi. Ce n'est pas sans raison que de telles actions sont qualifiées de *derivative*. Leur caractère d'actions exercées par quelqu'un aux lieu et place de quelqu'un d'autre souligne manifestement, plutôt que de l'atténuer, la distinction entre l'actionnaire et le *beneficial owner*, comme elle souligne celle entre l'actionnaire et la société.

Les conclusions auxquelles nous avons abouti sont en général valables pour toute hypothèse où des actions d'une société commerciale se trouvent être inscrites dans les registres de cette dernière au nom d'un « actionnaire » qui n'est pas en même temps le *beneficial owner* des actions en question.

Maintenant, soucieux de garder à son exposé des limites raisonnables et de ne pas abuser de la patience de la Cour, le Gouvernement espagnol ne rapportera pas ici une fois de plus toutes les raisons pour lesquelles ces conclusions ne peuvent que s'imposer à plus forte raison dans un cas comme le nôtre, où le fait même que les actions sont inscrites au nom d'un actionnaire distinct du *beneficial owner* n'est pas ouvertement déclaré et n'apparaît pas au grand jour, mais reste *undisclosed*, son but étant précisément de créer une apparence différente.

A ce sujet, nous nous permettons donc de renvoyer avant tout aux considérations détaillées déjà exposées dans le contre-mémoire et dans la duplique. Ce que nous ne pouvons toutefois pas manquer de souligner avec plus de force encore, c'est précisément le fait que, dans notre affaire, nous ne sommes pas du tout en présence de l'un de ces cas de simple recours à la pratique dite des *nominees*, qui n'a d'autre but réel que celui de rendre plus facile la négociation des actions nominatives, et dans laquelle la qualification de *nominee* apparaît dans la raison sociale de ce dernier, ou lui est ajoutée dans les registres, ou encore est de notoriété publique. Si, dans le cas d'espèce, les titres ont été ostensiblement inscrits au registre de la société au nom d'un autre actionnaire, dont rien n'indique aux tiers la qualité de *nominee*, c'est que, par ce moyen, Sidro — et naturellement Sofina — tendaient en réalité à couvrir leur personne, à dissimuler autant que possible leur existence et, surtout, leur nationalité, pour parer à des dangers ou pour se procurer des avantages.

Que l'on ne se méprenne pas: nous ne voulons pas du tout exprimer, par là, des critiques à propos de ce que l'on a fait. Nous voulons simplement dire que l'on ne peut pas jouer sur le fait que le même terme puisse être appliqué à la description d'hypothèses qui n'ont aucune ressemblance entre elles pour essayer d'assimiler une situation donnée à une autre toute différente. Pour juger du sens et de la portée d'une opération, ce qui compte c'est sa réalité concrète, ce sont les conditions de son exécution et les finalités poursuivies. Il n'est pas permis d'entretenir des équivoques verbales pour minimiser l'importance de cette opération et pour se libérer de ses conséquences quand elles ne font plus l'affaire.

Pour en revenir au cas d'espèce, l'on ne voudra certes pas nous faire croire que le *partnership* de droit américain Charles Gordon & Co. avait quelque chose de commun avec l'une quelconque de ces firmes professionnelles de *nominees*, créées par des banques et des agents de change et dont on utilise les services pour les transactions et autres opérations courantes sur les titres. Ce *partnership* était composé de MM. James Alley, Gordon Auchincloss, Donald Duncan, Jean Ehrlich, Henri Speciael, Charles Wilmers, tous, qui plus qui moins, membres des conseils d'administration, vice-présidents, présidents de sociétés comme Sofina, Sidro, Securitas, Chade, Sovalles, Barcelona Traction, Mexican Light, etc. De telles personnes ne prêtaient certes pas leurs noms et ne s'associaient certes pas entre elles pour l'exercice des fonctions habituelles d'une firme professionnelle de *nominees*.

L'inscription au nom de Charles Gordon & Co. des actions précédemment inscrites au nom de Sidro a été décrite par les intéressés eux-mêmes, dans l'annexe II aux observations et conclusions. Il s'agissait d'une opération conçue et réalisée dans le cadre de l'ensemble des précautions prises contre les risques de guerre. A l'origine son but était donc de créer, pour certains biens, une situation à tout le moins apparente — mais d'autant plus solide que l'apparence s'approchait de la réalité — destinée à les protéger contre les mesures éventuelles qu'aurait pu prendre le Canada, ou aussi des pseudo-gouvernements créés par l'Allemagne dans les pays occupés. Toutefois, par la suite, l'opération a été maintenue, malgré la fin de la guerre et de ses dangers. Elle a même été renouvelée, ou plutôt confirmée, au printemps 1948. Après la faillite de Barcelona Traction, Sidro n'a pas donné suite à l'intention qu'elle avait manifestée en 1946 de demander que les actions lui soient retransférées. Ces actions sont

restées inscrites au nom de Charles Gordon & Co. Jusqu'au 21 mai 1948, date à laquelle elles ont été transférées au nom d'un autre *partnership* américain, Newman & Co. En fait, elles sont restées dans les mêmes mains, car Newman & Co. n'est qu'une nouvelle association, créée *ipso facto* et sans un nouvel acte constitutif en vertu d'un article de l'acte de création de Charles Gordon & Co., et composée exactement des mêmes *partners*, à l'exception naturellement de M. Gordon Auchincloss, décédé et remplacé par M. Samuel Newman, trésorier de Securitas.

Toute l'opération, donc, aussi bien lors de sa première réalisation que lors de son renouvellement, a été effectuée afin de créer, à propos de l'appartenance des titres déjà inscrits au nom de Sidro, une apparence américaine. En l'espèce, la nature juridique des rapports instaurés finit même par avoir une importance toute relative, car c'est toujours le même groupe qui apparaît sous différents bonnets, comme *beneficial owner*, *custodian*, *trustee*, *agent*, *nominee*, etc. Souvent c'est la même personne qui signe une convention des deux côtés. C'est en fait le groupe en tant que tel — largement composé d'Américains d'ailleurs — qui tend à se donner des traits américains en se reconstituant, et ce jusqu'à deux échelons, sous forme de sociétés américaines.

L'apparence ainsi créée et surtout préservée pour assurer une continuité parfaite a-t-elle porté ses fruits? Le Gouvernement espagnol n'a pu manquer de noter le rapport entre cette apparence et les notes diplomatiques envoyées au Gouvernement espagnol le 22 juillet 1949, le 12 juin et le 2 juillet 1951 (A.E.P. 1960, n° 171, doc. n°s 1, 3 et 4) par le Gouvernement des Etats-Unis. Ce dernier, on le sait, y manifestait son très profond intérêt pour cette affaire, à cause des intérêts de ressortissants américains dans Barcelona Traction.

Préoccupé par ce rapprochement, le Gouvernement belge a pris récemment — le 25 mai 1967 — l'initiative d'envoyer une lettre au Gouvernement américain pour lui demander si la formule « les intérêts de ressortissants américains » mentionnée dans la première des trois notes se référerait seulement à des personnes intéressées à la société en tant que « propriétaires ou *beneficial owners* » (*possessing a proprietary or beneficial interest in the corporation*), ou bien si elle se référerait aussi à des ressortissants américains qui, agissant en tant que *trustees* ou *agents* ou *nominees* d'autres personnes non américaines, n'étaient eux-mêmes ni propriétaires ni *beneficial owners* (*lacked a proprietary or beneficial interest*).

Admirons l'habileté avec laquelle la lettre est rédigée. Elle paraît faite pour appeler la réponse désirée; et, en effet, la réponse n'a pas tardé. Le Gouvernement américain a répondu le 5 juin que les « intérêts de ressortissants américains » mentionnés dans la note en question étaient bien entendus ceux de personnes possédant dans la société « *a proprietary or beneficial interest* ». La plaidoirie de mon honorable contradicteur n'a pas manqué, comme il fallait s'y attendre, d'exploiter cette réponse et de nous dire (VIII, p. 450) qu'il était bien évident que le Gouvernement américain n'avait en aucune manière considéré Gordon & Co. et Newman & Co. comme étant actionnaires de Barcelona Traction. Et d'épiloguer sur une série d'autres corollaires d'où il ressortirait naturellement que le Gouvernement américain épouserait toutes les thèses belges sur le sujet dont nous traitons.

Nous serions-nous donc trompés? Faudrait-il penser, comme le veut le Gouvernement belge, que le Gouvernement des Etats-Unis serait intervenu à trois reprises pour des personnes de nationalité américaine autres

que Gordon & Co. ou Newman & Co.? Pris de scrupules, nous avons procédé à notre tour à une petite enquête, non pas sur la base de lettres officielles et savamment rédigées, mais sur de simples faits, bien établis.

Nous avons donc compté dans le registre des actionnaires de Barcelona Traction pour 1948 — qui constitue sous plusieurs aspects une lecture intéressante — le nombre des actions inscrites au nom d'actionnaires américains autres que Gordon & Co. Ce nombre était de 1354 actions sur un total de 1 078 232, soit 0,12 pour cent. Or, il est absolument impensable, voire exclu, que pour un tel nombre d'actions le Gouvernement américain soit intervenu avec non moins de trois notes diplomatiques où il représentait l'existence dans Barcelona Traction d'intérêts de ressortissants américains, et cela sans compter d'autres formes d'intervention utilisées par le même gouvernement. On ne nous a rappelé que trop de fois que le Gouvernement américain n'intervient sur le plan international que lorsque les intérêts américains dans une société sont substantiels, voire prépondérants. Partant, dans le cas concret, il a dû nécessairement inclure dans ses références Gordon & Co. ou Newman & Co. parmi les « actionnaires » américains: il n'y a pas moyen d'échapper à cette conclusion.

Cela étant, le Gouvernement américain a-t-il agi ainsi parce qu'il ignorait que les titres étaient alors inscrits au nom d'un actionnaire qui n'était pas en même temps le *beneficial owner* des actions? L'absence, si soigneusement agencée, de toute indication extérieure à ce sujet, l'a-t-elle amené à assumer, comme il était normal, que les firmes Gordon & Co. ou Newman & Co. avaient en entier le *proprietary interest* sur les actions inscrites à leur nom?

C'est de loin l'hypothèse la plus vraisemblable. Si, comme tout le fait penser, c'est aussi la bonne, nous ne pouvons qu'être reconnaissants au Gouvernement belge d'avoir suscité la réponse du Gouvernement américain. Car cette lettre vient confirmer de la manière la plus patente l'exactitude de nos remarques quant à la profonde différence qu'il y a, en général, entre le cas où l'inscription de titres au nom d'un *nominee* est la simple application ouvertement déclarée d'une pratique ayant des finalités bien connues, et le cas où, au contraire, l'existence d'un rapport *nominee-beneficial owner* est un fait purement interne, ne ressortant pas au grand jour et destiné à créer et à maintenir une apparence à des fins tout autres. Si, comme nous le répétons, c'est cette hypothèse qui est juste, nous ne pourrions souhaiter confirmation plus autorisée du bien-fondé de ce que nous avons relevé: à savoir que le groupe intéressé avait magnifiquement réussi à se donner une apparence américaine solide.

Ou plutôt, autre hypothèse possible quoique moins vraisemblable, le Gouvernement américain était-il au courant de tout, et avait-il pu élucider tous les mystères des rapports Sidro - Securitas - Gordon - Newman? Et justement parce que informé de toute la réalité, et connaissant la composition de l'association Gordon & Co. ou Newman & Co., s'est-il refusé à voir dans ces dernières d'innocents *nominees* ou de simple *agents*? Les aurait-il considérés par conséquent comme une vraie incarnation, bien américaine, du groupe intéressé, et comme possédant donc aussi la *beneficial ownership* sur les titres inscrits à leur nom? Nous pouvons laisser au Gouvernement belge le choix entre ces deux hypothèses, car, à notre avis, il n'y en a pas d'autres possibles.

Ou bien, à la réflexion, il pourrait y en avoir encore une plus extrême,

et ce serait que le Gouvernement américain, connaissant la composition du capital de Sofina-Sidro, ait considéré ces sociétés comme représentant des intérêts américains. Là aussi, nous pouvons laisser le choix au Gouvernement belge.

Les trois notes diplomatiques jusqu'ici mentionnées ne sont pas la seule manifestation de l'intérêt du Gouvernement américain pour Barcelona Traction. Ce gouvernement était certainement l'un des trois qui, selon le télégramme de M. Heineman du 24 février 1950 (nouveau document présenté par le Gouvernement belge en réponse aux exceptions préliminaires, février 1964, app. 8, p. 17) auraient appuyé une imminente démarche canadienne. C'est par l'intervention de l'ambassadeur des Etats-Unis à Madrid, M. Lodge, que l'avocat Arthur Dean — Américain lui-même — obtiendra des entrevues avec des ministres espagnols; et c'est du même ambassadeur Lodge que M. Dean s'efforcera, avec succès d'ailleurs, soit directement, soit par l'intermédiaire du département d'Etat, d'obtenir qu'il fasse des démarches auprès du Gouvernement espagnol pour la défense des intérêts américains dans Barcelona Traction. Il ressort en effet d'une note interne du ministère espagnol des affaires étrangères du 30 mars 1955 (nouv. doc. 1969, vol. III, p. 176) que, ce même jour, l'ambassadeur des Etats-Unis avait téléphoné au ministère pour souligner « l'intérêt extraordinaire » que le département d'Etat attribuait à une solution rapide et satisfaisante de cette affaire, qui continuait à préoccuper ledit département. L'ambassadeur avait même insisté pour que l'on prenne note exactement de la formule « intérêt extraordinaire ».

Et tout cela pour 1354 actions? Allons donc! En réalité, compte tenu de l'orientation prise par les dirigeants de Barcelona Traction autour de 1955, l'on peut bien présumer que si, peu après, n'était pas apparue une possibilité d'action qui rendait opportun d'arborer désormais exclusivement les couleurs belges, on aurait encore entendu parler longtemps des « intérêts américains » dans Barcelona Traction.

Tout cela est, et ne peut certes pas être effacé d'un trait de plume en assimilant après coup l'opération réalisée dans le cas qui nous occupe à un simple et innocent recours aux services d'un *Lombard Street* nommée. Ce que l'on a voulu à un moment donné, en vue de finalités probablement valables, c'est que l'actionnaire titulaire du plus important paquet d'actions Barcelona Traction soit officiellement un actionnaire américain. En vue d'autres finalités que nous ne discutons pas non plus, l'on a aussi voulu que cette situation se perpétue pendant toute la période critique concernant la présente affaire. Il est donc de fait que, pour toutes les raisons que nous venons d'indiquer, soit d'ordre général, soit particulières au cas d'espèce, Sidro en tant que telle n'avait le droit de se qualifier d'« actionnaire » de Barcelona Traction ni en 1948 ni en 1962: la personne ayant titre à cette qualification était une firme de nationalité américaine et non pas de nationalité belge.

On peut donc conclure l'analyse que l'on vient d'effectuer sur un plan juridique en formulant finalement, et de la manière la plus ferme, une constatation. Le Gouvernement belge a déjà été incapable, en ce qui concerne Barcelona Traction, de produire les noms des prétendus « actionnaires » belges individuels de cette société canadienne. Nous avons pu relever la gravité de ce fait. Mais il n'est pas moins grave que, lorsqu'il a avancé le nom de Sidro, le Gouvernement belge ait erronément et sciemment attribué la qualité d'« actionnaire » à une société n'ayant aucun titre à s'arroger cette qualité aux dates critiques. Partant, le

Gouvernement belge a tout à fait manqué la preuve de l'existence d'« actionnaires » belges de Barcelona Traction. Déjà sous cet aspect, donc, et abstraction faite des considérations qui suivront plus tard, il est impossible de reconnaître au Gouvernement belge une qualité pour agir en la présente espèce au titre de la protection des soi-disant « actionnaires belges de Barcelona Traction ».

Monsieur le Président, Messieurs, nous avons pu constater abondamment que, dans l'optique du droit, la Partie adverse ne réussit pas à faire admettre que les données qu'elle allègue aient la consistance et la valeur nécessaires pour pouvoir étayer ses prétentions. Les prétendus « actionnaires belges individuels » de Barcelona Traction n'existent que dans ses présomptions, d'ailleurs gratuites; d'autre part, Sidro n'a pas titre à se prévaloir, aux dates critiques, de la qualité juridique d'actionnaire de Barcelona Traction.

La situation apparaîtrait-elle sous une lumière plus favorable à la Partie adverse si l'on se plaçait sur le plan, qui semble lui être si cher, des réalités « économiques et humaines »?

Evidemment, nous devons le dire et le dire fermement, même des réalités économiques qui seraient claires, certaines, prouvées, mais qui refuseraient de se laisser traduire par les données juridiques requises, ne sauraient suffire à elles seules à établir une qualité pour agir devant une instance internationale. Néanmoins, il est si facile de faire appel au réalisme et d'affubler de l'étiquette de formalistes ceux qui se permettent de se référer aux constructions du droit. Il est si tentant d'évoquer derrière les prétendues fictions juridiques, l'existence des êtres humains qui, par leur travail et leur capacité d'épargne, ont constitué des capitaux, et qui, ayant acheminé ou laissé acheminer ces capitaux vers une certaine entreprise, ont subi le contrecoup des vicissitudes de cette dernière, des mauvais traitements qu'on dit lui avoir été infligés. Nous allons donc céder nous aussi à cette tentation et nous placer sur ce plan. Nous verrons ainsi qu'il ne s'avérera guère plus favorable aux prétentions de la Partie adverse que celui sur lequel on s'était placé jusqu'ici.

La première chose qu'il faut souligner, dès que l'on se trouve sur ce nouveau terrain, c'est qu'ici il ne peut plus être question d'essayer d'écarter une construction juridique au profit d'une autre. Il ne s'agit pas de mettre de côté la personne morale, son existence, ses droits, sa nationalité, pour mettre en avant l'existence, les droits, la nationalité des « actionnaires ». Il ne s'agit pas non plus d'aller rechercher comment, dans certaines circonstances, se dissocie et se partage, entre des sujets différents, le contenu du droit de propriété sur des titres, ni d'aller voir à qui reviennent certains droits et à qui reviennent certains autres. Sur le plan des réalités économiques, on ne parle pas « société » et « actionnaires » on parle « investissements », on parle « capitaux », on parle « épargne »: cette épargne qui, précisément, tient une place si importante dans les préoccupations exprimées par certains porte-parole du Gouvernement belge.

Ce que le Gouvernement belge devrait prouver, donc, une fois qu'il a choisi de se tenir sur ce plan, ce n'est plus que Sidro était « actionnaire » majoritaire de Barcelona Traction, et Sofina « actionnaire » majoritaire de Sidro, ni non plus que Sidro et Sofina sont des sociétés belges. Ce qu'il devrait prouver, c'est que les capitaux réunis dans les sociétés qu'il a mises en avant comme ayant fait des investissements dans l'affaire Barcelona Traction sont des capitaux « belges », c'est-à-dire qu'ils

représentent de l'« épargne belge ». Il s'agira pour nous, donc, de nous demander si le Gouvernement belge a ou n'a pas fourni cette preuve.

Avant de nous poser cette importante question, toutefois, nous aimerions faire, avec la permission de la Cour, une petite digression à propos justement des investissements effectués par ces sociétés; à propos de leur portée et de leurs effets pour l'entreprise de Barcelona Traction, et plus généralement, pour le développement économique de la région qui constituait son domaine d'exploitation.

L'occasion de cette digression m'est fournie par la brillante plaidoirie du 15 avril dernier du professeur Rolin. A cette occasion, il nous a fait une de ces descriptions colorées qui caractérisent ses exposés à propos de la situation de la Catalogne du point de vue des équipements électriques avant et après l'arrivée de Barcelona Traction. Et il a affirmé que les actionnaires belges sont fiers de pouvoir dire que « la très grande partie de ces progrès est due à leur propre effort, à celui notamment de la société Sofina, principale actionnaire de Sidro, elle-même principale actionnaire de Barcelona Traction... » (VIII, p. 12).

Or l'on peut se demander si Sidro et Sofina ne se font pas d'étranges illusions et si elles ne sont pas dans l'erreur la plus totale quand elles pensent que le développement électrique de la Catalogne serait dû à leur effort et, pour employer encore les termes du professeur Rolin, que ce serait grâce à leur aide extérieure qu'auraient jailli du sol les usines destinées à utiliser l'eau et à la transformer en énergie.

Cette aide extérieure est, dans la pensée du professeur Rolin, d'une part une aide technique due aux capacités d'organisation et aux connaissances scientifiques de certaines personnes et, d'autre part, une aide financière constituée par les capitaux apportés par certaines sociétés et par l'épargne que ces dernières ont été capables de drainer vers l'entreprise.

En ce qui concerne la première forme d'aide, mon savant ami a rappelé, une fois de plus, le nom de l'ingénieur Pearson. Il n'est nullement dans nos intentions de discuter ici les mérites de ce spécialiste, dont les services étaient évalués à un si haut prix dans les contrats passés par Barcelona Traction. Bornons-nous seulement à souligner que ce *Yankee*, comme on l'a qualifié de l'autre côté de la barre, n'était certes pas né dans les plaines des Flandres ni non plus au milieu des collines des Ardennes. Ce qu'il peut avoir fait n'est certes pas susceptible de passer pour une contribution du génie belge au développement industriel de la Catalogne.

Quant à l'aide financière, la surprise provoquée par les manifestations d'orgueil de Sidro et Sofina est encore plus grande. La création de Barcelona Traction date de 1911, celle de Sidro de 1923. Douze ans après le commencement de l'activité de l'entreprise en Espagne, les usines et les installations avaient bien dû jaillir du sol, et ce, sans attendre la prétendue aide économique de Sidro.

Il n'est d'ailleurs que trop connu, à la suite de la démonstration qui en a été abondamment donnée par les autres conseils du Gouvernement espagnol, que le financement de l'entreprise de Barcelona Traction a été assuré essentiellement par le recours à l'émission d'obligations. Même si, de l'autre côté de la barre, on a cru récemment pouvoir donner une explication de ce fait en indiquant que cela serait normal dans une entreprise d'électricité, le fait n'en est pas moins là: au contraire, il est encore confirmé par ces prétendues justifications.

Ce recours aux emprunts obligataires se fait, à l'origine, en émettant

des obligations en livres. L'apport d'argent provenant de ces émissions, quel qu'il ait réellement été, cesse d'ailleurs en 1918, car les obligations émises après cette date n'ont essentiellement pour but que de remplacer ou de racheter des obligations déjà en circulation. A partir de 1918, donc — c'est-à-dire cinq ans avant l'entrée en scène de Sidro — le financement de l'entreprise de Barcelona Traction se fait par le recours au marché obligataire espagnol; et cela sous forme massive, aussi bien de la part de la société mère que, plus encore, des sociétés filiales.

A cela s'ajoutera cette autre forme singulière de financement qui avait l'avantage extraordinaire d'être entièrement gratuit: l'autofinancement réalisé par l'évasion fiscale. L'on ne peut certes pas douter que cette sorte de financement, dont on connaît les proportions, fasse appel exclusivement à des ressources espagnoles. En fait, ce sont les autres contribuables espagnols qui en font, bien involontairement, les frais.

A partir de 1918, donc, l'argent nécessaire pour assurer la vie et promouvoir le développement ultérieur de l'entreprise est de provenance espagnole. Dans ce contexte, Sidro entre en scène à propos de Barcelona Traction comme quelqu'un qui se propose de participer aux profits d'une affaire jugée rentable, mais non pas comme quelqu'un qui entend consacrer des capitaux au financement de l'entreprise, au développement de ses installations, au progrès de sa production.

Sidro se constitue en 1923 en tant que simple trust financier formé par un groupe de gros actionnaires de Barcelona Traction et de Mexico Tramways, anglo-saxons à plus de 60 pour cent. Cette constitution et le remplacement, chez ceux qui donnent naissance au trust, des actions Barcelona Traction par des actions Sidro n'entraînent évidemment pas la sortie de moyens financiers des caisses de la nouvelle société, et moins encore de moyens destinés à alimenter l'entreprise.

Plus tard, Sidro achètera un petit paquet d'actions ordinaires qui, comme on l'a prouvé surabondamment, n'ont pas représenté le moindre apport réel pour l'entreprise Barcelona Traction. Il y a là, peut-être, une *petite affaire pour les détenteurs précédents de ces actions ordinaires*, mais sans aucune répercussion pour l'entreprise en Espagne.

Quant au gros paquet d'actions privilégiées de Barcelona Traction dont Sidro s'assure la possession en 1923-1924 et qui, plus tard, grâce à une véritable multiplication des pains et des poissons, se transformera en un nombre six fois plus grand d'actions ordinaires, et donnera automatiquement à Sidro la majorité du capital-actions de la société, que peut avoir représenté son acquisition? Sidro elle-même, dans la brochure publiée à l'époque et qui figure au volume I des annexes au contre-mémoire (chap. I, ann. 1, p. 7) dit avoir acheté à un prix à peine supérieur à 40 pour cent du nominal un lot d'obligations Barcelona Traction qui était sur le marché. Admettons que ce soit exact. Un autre lot plus ou moins équivalent se trouve également en sa possession à un moment donné. Nous avons bien des raisons de penser qu'elle doit les avoir obtenues à des conditions fort peu onéreuses. Mais faisons à Sidro la *partie belle et supposons qu'elles lui aient coûté le même prix que les autres*. Elle se sert donc de ces obligations pour payer par ce moyen la souscription des actions privilégiées, tout en se faisant remettre en même temps une somme en espèce. Cette somme, rappelons-le, représente à elle seule le remboursement de 20 pour cent de la valeur nominale des obligations remises à Barcelona Traction et correspond à environ la moitié du prix réellement payé pour les acheter. L'opération, beaucoup plus

limitée, exécutée en 1926 pour compléter le paquet d'actions privilégiées et, par conséquent, d'actions ordinaires six fois plus nombreuses, n'est en fait, pas bien différente.

Dans l'ensemble, selon les renseignements qui nous proviennent de Sidro elle-même, la somme globale que ce trust a fait sortir de ses caisses pour l'investir en actions Barcelona Traction avant la faillite de cette société a été d'environ 1 450 000 livres, somme qui n'est déjà guère imposante en elle-même, surtout si l'on garde présent à l'esprit, par exemple, le fait que la dette qui subsistait, au moment de la faillite, envers les obligataires de Barcelona Traction elle-même était, comme l'a rappelé le professeur Sureda (*supra*, p. 407), équivalente, en principal et en intérêts arriérés, à environ 6 300 000 livres sterling, plus 88 millions de pesetas; si l'on garde présent à l'esprit qu'à cette même date il existait aussi une dette provenant des obligations émises par les sociétés filiales et atteignant environ 245 millions de pesetas (A.D., vol. I, n° 2, p. 403); que la perte infligée aux obligataires lors des différentes opérations d'échange réalisées au cours des réajustements financiers périodiquement réalisés par la société se chiffre, pour les seules pertes en capital et sans tenir compte des intérêts, à quelque 4 millions de livres sterling; et que l'auto-financement réalisé grâce à l'évasion fiscale de la principale filiale de l'entreprise en Espagne, à savoir Ebro, s'élève, comme l'a mis en évidence le professeur Gil-Robles (*supra*, p. 35) à environ 211 millions de pesetas (A.D. vol. I, n° 1, p. 128-129), ce qui équivaut à quelque 5,4 millions de livres sterling moyennant l'application, par année, des taux de change correspondants, que MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. ont utilisés (A.D., vol. I, n° 2, p. 420).

Mais, même abstraction faite de ces remarques et de ces confrontations, ce qu'il importé surtout de mettre en relief, c'est justement ce que je me suis permis d'indiquer dès le début: à savoir que le montant global investi par Sidro en actions Barcelona Traction a représenté, somme toute, une bonne affaire pour Sidro et pour ses patrons si l'on tient compte des profits qu'ils en ont tirés. Mais cette même somme ne peut certes pas être brandie, même dans ses proportions modestes, comme une contribution du capital de Sidro et de Sofina au développement de l'entreprise en Espagne, à la multiplication de ses installations, à l'essor industriel et électrique de la Catalogne. On peut donc bien dire que, en dépit des illusions que se font Sidro et Sofina, s'il n'avait tenu qu'à eux et à leur prétendue aide financière, les eaux de l'Ebre et de ses affluents se perdraient encore inexorablement dans la Méditerranée.

La petite digression que je me suis permis de faire avait essentiellement pour but de ne pas perdre de vue, à propos du sujet dont nous traitons, ce qu'a vraiment été l'investissement fait par Sidro dans Barcelona Traction. On peut parler à cet égard d'un investissement de spéculation sur des titres, mais non pas d'un investissement pour contribuer à la constitution ou à la promotion d'une entreprise et au développement de la région où elle opère. Et puisque l'on s'est placé sur le terrain des réalités économiques et que, sur ce même plan, l'on a si abondamment parlé, au cours de ce procès, des besoins de protection des investissements destinés au progrès des pays sous-développés, les remarques que l'on vient de faire ne sont peut-être pas dépourvues d'importance.

L'audience est levée à 12 h 55

QUARANTE-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (19 VI 69, 10 h)

Présents: [Voir audience du 20 V 69; M. Bustamante y Rivero, *Président*, absent.]

M. AGO: Ayant donc fait cette mise au point qui fait justice, à notre avis, de certaines assertions par trop répétées de la Partie adverse, revenons donc au point où nous nous étions arrêtés et à la question que nous nous étions posée à ce moment: les capitaux réunis dans Sidro et Sofina étaient-ils, au moment de la faillite de Barcelona Traction, des capitaux « belges », représentatifs de l'« épargne belge »?

En ce qui concerne ce point, le Gouvernement espagnol pense avoir abondamment démontré le caractère parfaitement arbitraire et, pour mieux dire, l'inconsistance totale des prétendus critères que la Partie adverse a cru pouvoir proposer pour évaluer l'importance respective de la participation belge et étrangère dans les deux sociétés. L'insistance avec laquelle, de l'autre côté de la barre, on s'accroche envers et contre tout à ces critères et aux présomptions qu'on voudrait établir sur leur base, n'est que l'aveu évident de l'impossibilité d'étayer plus solidement les prétentions avancées. Car, en fait, ces dernières sont manifestement en opposition avec une réalité incontestable et, au surplus, connue de tous.

On sait quels sont les « critères » proposés par la Partie adverse. Les services de Sofina et de Sidro ont repéré dans leurs archives les anciens titres au porteur des deux sociétés, titres qui avaient été présentés pour être échangés contre des titres nouveaux à partir de 1950 pour Sofina, de 1956 pour Sidro. Ils ont relevé que les anciens titres se divisaient en trois groupes: ceux qui se présentaient nantis d'un certificat de déclaration apposé à l'étranger; ceux qui étaient munis d'un certificat de déclaration apposé en Belgique; et ceux qui n'étaient munis d'aucun certificat de déclaration. Le nombre des actions entrant dans chacun des trois groupes a été calculé par le représentant des commissaires aux comptes des sociétés en question; et nous n'avons pas mis en doute l'exactitude de ces calculs.

C'est alors, toutefois, qu'entrent en scène les « critères » que les services de Sofina-Sidro ont imaginés. Le Gouvernement espagnol a déjà eu l'occasion (C.M., IV, p. 688 et 692-693) de noter qu'à propos de ces critères, aussi bien les commissaires aux comptes que, d'ailleurs, les juristes consultés à l'occasion ont décliné leur responsabilité et ont laissé l'entière paternité de ces « critères » aux services mentionnés.

Efforçons-nous de suivre le cheminement du raisonnement de Sofina-Sidro. Ces services ont pensé faire preuve de beaucoup de générosité en acceptant de présumer que les titres nantis d'un certificat de déclaration apposé à l'étranger étaient de propriété étrangère. Après quoi, ils se sont crus autorisés, sans plus, à classer comme étant de propriété belge tous les titres certifiés en Belgique et tous les titres présentés à l'échange sans être nantis d'aucun certificat de déclaration. Le tout sur la base de spéculations fort hardies à propos du lieu où on devrait présumer que les titres se seraient trouvés lors de leur déclaration et de leur certification, à propos de la date à laquelle on devrait présumer que ces opérations

auraient eu lieu, et — *dulcis in fundo* — de la nationalité que l'on pourrait présumer être celle du propriétaire des actions, compte tenu de la localisation présumée de ces dernières.

Nous pensions, je dois le dire, que la Partie adverse se serait finalement rendu compte de l'opportunité de renoncer à ce genre d'exercice. Car, nous tenons à le réaffirmer une fois de plus, si une conclusion quelconque peut être tirée de l'examen des données relatives à l'échange des titres, ce ne peut être que la prépondérance des intérêts étrangers dans *Sofina* et *Sidro*. Toutefois, de l'autre côté de la barre, on a repris cet examen au cours des récentes plaidoiries et c'est pourquoi nous sommes forcés de nous arrêter à nouveau à ces questions.

Le point auquel il faut surtout s'arrêter est la question des titres présentés à l'échange démunis de tout certificat de déclaration. Il s'agit d'un point que mon honorable contradicteur doit considérer comme très brûlant. Dans sa plaidoirie du 13 mai (VIII, p. 554) il passe là-dessus comme chat sur braise.

Le Gouvernement espagnol a exposé déjà au contre-mémoire (IV, p. 691-692 et 695) les raisons qui nous forcent à conclure que la plupart de ces titres devaient appartenir à des étrangers. Nous avons alors souligné le caractère plus ou moins extravagant de la prétention de la Partie adverse d'attribuer la masse considérable de ces titres à des propriétaires belges aux mains desquels, selon ses dires, les mêmes titres seraient restés sans interruption à partir du moment de la déclaration et jusqu'au moment de l'échange. Nous ne commenterons pas davantage à nouveau la thèse qui voudrait que les déclarations aient été faites, dans leur quasi-totalité, déjà fin 1944-début 1945, c'est-à-dire juste au moment où l'offensive de von Rundstedt se dirigeait vers le cœur du pays, où les forces américaines organisaient fiévreusement la résistance de Bastogne, où les V1 et V2 déferlaient sur Bruxelles et sur Anvers. Nous nous bornerons à dire qu'on a du mal à comprendre que les services de *Sidro-Sofina* et mon honorable contradicteur (VIII, p. 552) veuillent insister encore sur une assertion nettement contredite par la raison d'être même des arrêtés de 1946 et de 1949 et par leur texte, dans lequel on trouve expressément allégué, pour justifier la prolongation des délais, le fait que « la non-déclaration peut être imputée aux circonstances anormales du moment, même en dehors du cas de force majeure dûment établi ».

D'autre part, il ressort des témoignages produits par la Partie adverse elle-même que des déclarations ont pu être présentées même au-delà des dates limites ultérieurement fixées par les dispositions ministérielles. En général, nous pensons qu'il est dépourvu de sens de vouloir attribuer rétrospectivement un caractère ultra-rigide à un système de règles dont tout montre que l'application pratique en a été rendue, surtout avec le temps, plutôt souple. Tout comme l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au recensement des titres belges et étrangers, l'autre arrêté-loi de la même date prévoyant la déclaration des titres étrangers et avoirs à l'étranger prescrivait également un délai très court — deux mois — pour cette déclaration. Et pourtant l'Institut belgo-luxembourgeois du change nous a informés lui-même dans sa lettre publiée à l'annexe 7 du mémoire belge (A.M., vol. I, p. 65) qu'il a recueilli ces déclarations jusqu'au 20 décembre 1951!

Mais n'insistons pas davantage sur cette question de la date des déclarations, qui a été suffisamment analysée dans les pièces écrites du Gouvernement espagnol — dernièrement, aux pages 981 et suivantes de la

duplique (VII). Mentionnons plutôt un autre argument que nous estimons d'un poids décisif pour la question que nous examinons.

Le Gouvernement espagnol avait observé, au contre-mémoire (IV, p. 691 et 695), qu'il était peu vraisemblable que des personnes résidant en Belgique et qui, au dire de la Partie adverse, se seraient hâtées de faire, dès la fin de 1944, la déclaration des titres en leur possession, aient ensuite eu pendant tant d'années l'étrange idée de renoncer aux avantages que cette formalité elle-même comportait. L'avantage essentiel était précisément la remise d'un certificat attestant la déclaration et sans lequel on ne pouvait en aucune manière disposer des titres. On a rétorqué en accusant le Gouvernement espagnol de perdre de vue le fait que l'avantage essentiel de faire la déclaration des titres en temps utile était d'éviter que ces titres fussent annulés et que leur contre-valeur fût attribuée à l'Etat en application de l'article 22 de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944. La certification n'intéressait, par contre, que ceux qui envisageaient de vendre leurs titres ou d'en disposer d'une autre manière; il serait donc normal — nous dit-on — qu'au moment de l'échange les titres Sofina déclarés en Belgique et non certifiés se soient avérés être plus nombreux que les titres certifiés.

Or, il nous semble qu'en disant cela l'on perd de vue quelque chose d'important.

Il est vrai, comme mon honorable contradicteur l'a deux fois rappelé (VIII, p. 549 et 551), que l'article 22 de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 prévoyait *in abstracto* l'annulation des titres soustraits à la déclaration et l'attribution de la contre-valeur à l'Etat. Mais, en fait, il renvoyait le règlement des conditions de cette sanction, ainsi que l'adoption des mesures pour le rétablissement de la libre circulation des titres, à un arrêté royal futur.

Or, l'échange des titres belges anciens contre de nouveaux et l'attribution à l'Etat des titres non admis à l'échange ont été décidés en 1949. Ils ont formé alors l'objet de deux réglementations successives: l'une prévue par l'arrêté du 17 janvier et l'autre du 7 avril 1949. Ces arrêtés figurent respectivement au *Moniteur belge* du 21 janvier et du 14 avril de ladite année. Les dispositions du premier arrêté étaient plus sévères, puisque, à l'article 8, on n'admettait pas à l'échange les titres anciens non déclarés et non munis d'un certificat de déclaration, ou munis d'un certificat de déclaration faux, et qu'on attribuait leur contre-valeur à l'Etat. D'autre part, l'article 6 disposait que, dès l'ouverture du délai pour les opérations d'échange, délai qui serait fixé individuellement pour les différents établissements émetteurs, les anciens titres n'auraient plus pu être munis du certificat de déclaration.

Ayant pris connaissance de ces dispositions et face aux risques que pouvait comporter le fait d'en arriver à la date de l'échange avec des titres non certifiés, il est logique que toutes les personnes physiques et morales résidant en Belgique aient dû se hâter de régulariser la situation des titres belges qui leur appartenaient. On ne saurait imaginer que, sauf en cas de vraie force majeure, des personnes normalement avisées aient négligé de prendre une mesure qui, déjà nécessaire pour exécuter des opérations sur les titres, devenait maintenant indispensable pour ne pas les perdre définitivement. La Partie adverse, qui tient à décrire les actionnaires belges comme très respectueux des lois et très préoccupés des sanctions possibles, et ce au point de se précipiter pour faire leur déclaration même sous les bombes ennemies, sera certes la dernière à vouloir

contester le bien-fondé de la constatation que nous venons de faire. Pour paraphraser ce que dit mon honorable contradicteur (VIII, p. 551), qui aurait en effet risqué de tout perdre en ne « certifiant » pas à temps ?

Si donc les titres dont il s'agissait avaient déjà été déclarés, leurs propriétaires qui se trouvaient en Belgique n'auraient pu manquer de se procurer d'urgence le certificat de déclaration auquel ils avaient droit. Et si les titres n'avaient pas encore été déclarés, les mêmes personnes se seraient certainement hâtées de profiter de la nouvelle possibilité de déclaration tardive offerte par l'arrêté ministériel publié tout juste le lendemain, soit le 18 janvier 1949, pour déclarer les actions et les munir du certificat de déclaration requis pour l'échange. On ne pouvait pas prévoir alors que, quatre mois plus tard, l'arrêté du 7 avril 1949 aurait admis à l'échange certaines catégories de titres démunis du certificat de déclaration.

Par conséquent, le fait qu'un nombre aussi élevé de titres non certifiés ait pu être finalement présenté à l'échange ne peut avoir qu'une explication : la plupart de ces titres ne pouvaient appartenir qu'à des personnes résidant en pays étranger et donc à des personnes qui n'avaient pas eu connaissance des dispositions de l'arrêté du 17 janvier 1949 au moment même de la publication de ce dernier. Et lorsque ces personnes, plus tard, ont été averties de l'échange imminent de leurs titres, elles ont dès lors profité des dispositions plus libérales adoptées entre-temps.

Les titres non certifiés appartenant à des étrangers pouvaient être des titres qui se trouvaient en dépôt ou en garde en Belgique. Dans ce cas ils pouvaient avoir été déclarés en Belgique par les soins du dépositaire ou d'un autre détenteur, mais ne pas avoir été munis du certificat de déclaration : l'article 3 de l'arrêté du 7 avril 1949 les a admis désormais à l'échange ; et en vertu de l'article 5, paragraphe 1, ils ont pu être présentés à l'échange par le déclarant si le propriétaire résidait à l'étranger.

Les titres en question pouvaient aussi ne pas avoir été déclarés jusqu'alors, et dans ce cas ils ont pu faire, en vue de l'échange, l'objet d'une déclaration tardive.

Enfin, il pouvait s'agir de titres qui, au moment où l'échange a été annoncé, se trouvaient à l'étranger et, notons-le, pas nécessairement dans le pays de résidence habituelle du propriétaire. Si cela était, la procédure de déclaration et de certification à l'étranger pouvait se révéler en fait trop longue et compliquée pour être utilement suivie aux fins de l'échange, compte tenu aussi du retard avec lequel cette procédure avait été organisée. Ces titres ont dû alors être envoyés en Belgique pour y être déclarés et présentés à l'échange sans avoir à remplir la formalité de la certification. Le fait, qu'on nous a opposé, que, formellement, la possibilité d'une déclaration tardive n'était offerte qu'à ceux qui détenaient les titres en Belgique au 6 octobre 1944, n'aurait pas pu représenter un obstacle réel pour cette opération. Le but du régime mis sur pied par le législateur belge était, comme l'a rappelé mon honorable contradicteur dans sa plaidoirie du 13 mai (VIII, p. 549) de « déceler et saisir les valeurs mobilières qui sont en possession de l'ennemi ou qui sont détenues pour son compte ». Partant, les dispositions du régime en question se pré-occupaient d'exiger qu'on prouve la « bonne propriété » des titres et, à cet effet, la continuité de cette propriété ; non pas la continuité de leur détention, qui n'avait aucun intérêt. La déclaration tardive prévue par les arrêtés-lois de 1946 et de 1949 pouvait donc être présentée par toute personne détenant les titres en n'importe quelle qualité, et la documenta-

tion à produire ne concernait en rien le détenteur et les dates de la détention : l'on devait seulement établir que les titres appartenaient en bonne propriété à leur titulaire actuel, qu'il fût belge ou étranger. L'opération ne présentait donc aucune vraie difficulté si le propriétaire étranger remplissait cette condition.

En résumé, il est pratiquement impossible, et ce pour des raisons évidentes, que des propriétaires belges aient pu se trouver, sauf dans des cas absolument exceptionnels, avoir en main au moment de l'échange des titres démunis de certificat de déclaration, alors qu'il est tout à fait compréhensible, par contre, qu'un grand nombre de propriétaires étrangers se soient trouvés dans cette situation. La très grande majorité des titres présentés à l'échange sans avoir été certifiés ne pouvait donc être que de propriété étrangère. Or, pour Sofina, le nombre de ces titres, joint à celui des titres présentés à l'échange avec un certificat de déclaration apposé à l'étranger, donne un ensemble de 109 679 actions, soit 63,7 pour cent des 172 176 titres unitaires Sofina pris en considération. Si l'on ajoute à ce calcul celui des certificats de cinquantième d'action ordinaire, le pourcentage est d'un peu plus de 61 pour cent. Notons que le pourcentage n'est pas également élevé en ce qui concerne Sidro; mais cela évidemment à cause du fait que, pour cette société, l'échange des titres a été beaucoup plus tardif, s'étant échelonné de 1956 à 1961. Comme nous l'avons déjà relevé, les actions qui, à l'origine, se trouvaient à l'étranger, ont donc eu tout loisir d'être transférées en Belgique et d'y être certifiées avant qu'on ne les échange. Le raisonnement à l'égard de Sidro ne peut donc pas être aussi probant qu'à l'égard de Sofina.

En limitant, partant, nos remarques à cette dernière société, notons donc que, sur la base de la seule constatation faite ci-dessus, l'existence d'une prépondérance étrangère dans Sofina à l'époque de la faillite paraît établie d'une manière pratiquement certaine; et les données utilisées pour arriver à ce résultat ne sont autres que celles produites par les services de Sofina-Sidro dans l'illusion d'arriver à prouver le contraire.

Malheureusement, ces mêmes données ne peuvent pas être utilisées pour établir la proportion véritable de cette prépondérance étrangère. Pour arriver à des résultats suffisamment concluants à ce sujet, il faudra se baser sur d'autres éléments. Car ceux qu'on a pris en considération jusqu'ici à la suggestion de la Partie adverse négligent entièrement un autre aspect qui peut avoir une grande importance : celui de savoir si et dans quelles proportions les titres du troisième groupe — ceux qui avaient été déclarés et certifiés en Belgique — pouvaient à leur tour appartenir à des étrangers. Les conditions dans lesquelles les anciens titres se présentaient au moment de l'échange ne peuvent être d'aucun secours pour répondre à cette question. Mais il est quand même essentiel de souligner tout de suite que rien, absolument rien, ne s'oppose à l'idée qu'une partie très importante, et même largement majoritaire, des titres de cette dernière catégorie ait pu représenter, elle aussi, une participation étrangère.

Inutile de nous attarder maintenant à discuter à nouveau le point de savoir où l'on pourrait présumer que les titres se seraient trouvés lors de leur déclaration et de leur certification, au cas où l'on accepterait la supposition non démontrée que ces opérations auraient eu lieu en 1944. Notons simplement que, même les titres qui se seraient trouvés en Belgique au 6 octobre 1944, qui y seraient restés jusqu'au moment de l'échange contre de nouveaux titres, et qui auraient fait l'objet, dans les

délais prévus par les dispositions en vigueur, d'une déclaration confirmée ensuite par l'apposition d'un certificat, pouvaient être, même dans une très large mesure, des titres de propriété étrangère.

Le Gouvernement espagnol a indiqué en détail, à la page 693 du contre-mémoire (IV), les raisons multiples qui font qu'il est absolument normal et habituel que les titres d'une société ayant le statut d'un pays déterminé soient laissés en dépôt dans ce même pays par leurs acheteurs étrangers. Mon honorable contradicteur dit (VIII, p. 555) n'avoir trouvé nulle part la moindre indication probante au sujet de l'existence de cette prétendue pratique. Je suis quelque peu surpris qu'il ne l'ait pas trouvée dans ce « comportement personnel » auquel il se réfère quelques lignes plus loin, ou dans celui des banques ou des agents de change dont la pratique courante lui est certainement familière.

Faute d'arguments plus solides, les services de Sofina-Sidro ont voulu arguer que, encore qu'exacte en général, la thèse du Gouvernement espagnol serait dénuée de pertinence en l'espèce. Et mon honorable contradicteur nous a accusés, dans sa plaidoirie du 13 mai (*ibid.*, p. 551), de méconnaître ce qui s'est passé en Belgique entre septembre 1939 et mai 1940. A leur avis, donc, étant donné la situation où se trouvait la Belgique avant d'être entraînée dans la deuxième guerre mondiale, seuls des Belges auraient pu envisager de garder leurs titres dans le pays. Les étrangers ne résidant pas en Belgique les auraient certainement retirés et déposés dans leur pays de résidence.

On se demande si les auteurs de ces remarques ont pu les formuler sans sourire. Nous pouvons concevoir, à la rigueur, que ceux des actionnaires de Sofina qui résidaient dans des pays lointains aient pu avoir l'idée d'une telle opération; mais cette idée ne doit pas être venue facilement à l'esprit des ressortissants des pays européens. Pourrait-on nous indiquer beaucoup de pays d'Europe qui, à l'époque, auraient semblé représenter un refuge mieux protégé contre l'éventualité d'être entraînés dans le conflit? Aurait-il été utile de retirer des titres d'un pays dont la neutralité semblait représenter un minimum de garantie, pour les placer dans un autre pays déjà belligérant ou, en tout cas, tout aussi menacé?

La Partie adverse dit que la Belgique ne pouvait pas être, en 1939-1940, un refuge pour les capitaux, ou, selon l'expression de mon honorable contradicteur, un « havre de paix » pour les « capitalistes étrangers ». Mais nous ne parlons pas ici de ceux qui auraient eu l'idée d'aller investir de l'argent en Belgique à ce moment; nous parlons de ceux qui, ayant eu cette idée auparavant, devaient décider s'ils y laisseraient ou non leurs titres. Les capitaux restaient investis dans la société même si ces titres étaient placés ailleurs: une telle opération risquait donc de comporter plus de désavantages que d'avantages.

D'ailleurs, sans trop insister sur des considérations d'ordre abstrait, tenons-nous en à un fait certain. Le règlement n° 12 du 22 mars 1946 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change, auquel mon honorable contradicteur s'est lui-même référé (*ibid.*, p. 556), a consacré, tout son chapitre III, comprenant douze articles, à définir le statut des dossiers de titres situés en Belgique et appartenant à des étrangers. Une réglementation tellement détaillée aurait été difficilement explicable si le phénomène avait été aussi négligeable que la Partie adverse le prétend.

Pour conclure, donc, sur ce point, nous pouvons être assurés, car tout le confirme, que même parmi les titres déclarés et certifiés en Belgique avant d'être échangés — qu'ils se soient trouvés déjà dans le pays en 1944

ou qu'ils y soient parvenus plus tard — il pouvait y avoir un pourcentage élevé de titres de propriété étrangère.

En conséquence, la prépondérance des intérêts étrangers dans Sofina a pu être beaucoup plus forte encore que ce qu'elle paraît déjà, du seul fait de la présence d'une majorité de titres présentés à l'échange munis d'une certification faite à l'étranger ou bien démunis de certification.

Peu de mots paraissent suffire, à ce stade, pour faire justice de l'admirable prétention subsidiaire de la Partie adverse, selon laquelle la nationalité des propriétaires des actions pourrait se déduire du lieu où ces propriétaires ont encaissé ou fait encaisser leurs dividendes. Le dividende Sofina en 1946 ayant été payé en Belgique à concurrence de 86,72 pour cent il faudrait, dit-elle, en déduire que ce même pourcentage pourrait s'appliquer aussi à la détermination des actionnaires de Sofina de nationalité belge.

A cet égard je dois noter que les longs développements pleins d'assurance et de bonne humeur consacrés à cette question par mon honorable contradicteur ne répondent pas du tout à l'essentiel de la critique déjà faite à ce propos par le Gouvernement espagnol dans ses pièces écrites, et restent à côté de la question.

Il sera donc suffisant de noter que tous les arguments que nous venons d'indiquer à propos de la possibilité que les titres détenus en Belgique aient été, et même largement, la propriété d'étrangers, valent logiquement aussi pour ce qui concerne le paiement des dividendes. Et, à cet égard, que mon honorable contradicteur me permette de lui rappeler que ce règlement n° 12 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change, auquel nous nous sommes tous les deux référés, consacrait deux articles entiers (les nos 30 et 31) à prévoir l'encaissement en Belgique de coupons de titres belges détenus par des étrangers. Voilà une prévision qui aurait été bien inutile si, comme le voudrait la Partie adverse, l'hypothèse n'avait pas été réaliste.

Quant aux titres se trouvant à l'étranger, rappelons encore qu'un autre article du même règlement, le n° 46, autorisait les banques à importer librement — c'est-à-dire sans besoin d'une autorisation spéciale de l'Institut belgo-luxembourgeois du change — à partir d'une série de pays comprenant la Grande-Bretagne, la France, les États-Unis, le Danemark, la Suisse et le Portugal, les coupons remboursables de titres belges!

Nous osons donc espérer que la Partie adverse sera finalement convaincue de l'opportunité de reléguer dans l'oubli le prétendu argument tiré du lieu de paiement du dividende de Sofina pour 1946.

Les raisons successivement avancées par la Partie adverse et qui devraient constituer des empêchements dirimants contre la possibilité de reconnaître, dans Sofina, à l'époque de la faillite de Barcelona Traction, une prépondérance étrangère marquée, se sont avérées, à l'analyse, dépourvues de toute consistance. Il est donc temps de laisser maintenant de côté les données fournies par les services des sociétés en question et de prendre en considération d'autres facteurs susceptibles de nous apporter des indices plus précis.

A ce propos, nous nous devons de donner une précision préalable. Jusqu'ici nous avons raisonné sur des données et des indices susceptibles de s'appliquer aussi bien à Sidro qu'à Sofina. Dans l'analyse qui suivra, par contre, c'est surtout à la situation de cette dernière société que nous comptons nous référer. L'histoire de Sofina et les événements qui l'ont marquée ont eu en effet une notoriété beaucoup plus grande que n'en a eu

l'histoire de Sidro et nous offrent, partant, des éléments révélateurs beaucoup plus documentés.

Toutefois, nous voudrions éviter que, par là, une équivoque ne se produise. Nous n'oublions pas que, en partant de Barcelona Traction, c'est Sidro que l'on rencontre en premier; que le voile de Sidro est le premier qu'il faut soulever pour essayer de nous rendre compte de la réalité économique qu'il dissimule.

Mais à propos de Sidro le Gouvernement espagnol a déjà eu l'occasion d'exposer, dans le contre-mémoire (IV, p. 696 à 698), des remarques qui sont pratiquement restées sans contestation de la part du Gouvernement belge. Nous avons indiqué clairement, à cette occasion, les différentes raisons qui font présumer, d'une manière difficile à réfuter, qu'en ce qui concerne une moitié des actions Sidro la participation étrangère ne pouvait vraisemblablement être que largement majoritaire à l'époque de la faillite de Barcelona Traction.

D'autre part, il est notoire que l'autre moitié des actions Sidro se trouve partagée entre Sofina d'une part et le groupe Chade-Sovalles-Sodec de l'autre, selon des proportions qui sont, approximativement, de deux tiers pour la première et d'un tiers pour le second. Il n'y a là, on le sait, que deux incarnations du même groupe international, arborant, et probablement de façon tout aussi fondée, l'une la cocarde belge et l'autre une cocarde différente.

Dans ces conditions, donc, il est évident, et nous tenons à bien le souligner, que la seule possibilité de sauver le principe même d'une majorité d'intérêts belges dans Sidro serait de prouver qu'il y aurait une majorité absolument prépondérante d'intérêts belges dans Sofina. C'est ce que la Partie adverse a très bien compris et c'est ce qui explique qu'elle ait cru nécessaire d'évaluer la participation belge dans Sofina à un pourcentage aussi élevé que 81 pour cent, quitte à courir le risque d'accentuer encore par là l'in vraisemblance flagrante de ses prétentions. C'est ce qui explique aussi le fait que mon honorable contradicteur, dans sa plaidoirie, ait concentré tous les feux sur Sofina.

Si nous nous apprêtons à en faire autant ici, c'est donc en indiquant bien clairement que, ce faisant, nous entendons attaquer le dernier rempart de la position adverse. Nous réaffirmons très nettement, en d'autres termes, que c'est seulement si le Gouvernement belge pouvait prouver que la participation belge dans Sofina atteint une majorité excessivement élevée qu'il pourrait éviter, à propos de Sidro, la conclusion inexorable que les intérêts étrangers y seraient excessivement prépondérants.

En ce qui concerne Sofina donc, la recherche patiente à laquelle le Gouvernement espagnol a dû s'astreindre — en s'assignant une tâche qui, répétons-le bien clairement, incombait entièrement à la Partie adverse — a permis de déceler toute une série de données et de témoignages qui s'échelonnent tout au long de l'histoire de cette société. Ces éléments permettent de se faire une idée suffisamment précise du rapport entre la participation belge et la participation étrangère au capital de la société aux différentes époques, ainsi que de l'évolution de ce rapport. Certains d'entre eux ont déjà été sommairement indiqués par le Gouvernement espagnol dans ses écritures. On les rappellera ici d'une manière systématique et documentée, à côté d'autres plus récemment apparus, de manière à dresser un tableau historique avec le moins possible de lacunes. Aux moments opportuns, on ajoutera à ce tableau quelques commentaires appropriés afin de contrer les efforts accomplis par la Partie adverse,

avec si peu de succès d'ailleurs, pour éluder les conséquences de faits précis et de constatations irréfutables.

Ainsi qu'il ressort du procès-verbal de l'assemblée constitutive, publié au *Moniteur belge* du 9 mars 1898, Sofina a été, à l'origine, une création de la haute finance allemande. Sur les 20 000 actions représentant le total du capital social, presque les deux tiers étaient souscrits, à égalité, par la Disconto Gesellschaft et la Dresdner Bank, et un tiers par les banques belges Cassel et Allard, lesquelles étaient à leur tour contrôlées par deux grandes banques allemandes. La Gesellschaft für Elektrische Unternehmungen faisait son entrée en qualité de chef de file, avec 8000 actions, lors de l'augmentation de capital décidée l'année suivante. En 1905 cette dernière faisait entrer dans l'histoire de Sofina l'ingénieur Heineman, Américain d'origine allemande. A l'assemblée extraordinaire de 1908, on note pour la première fois la présence de la Banque internationale de Bruxelles, dans laquelle le capital allemand était prépondérant, et qui devait assumer plus tard un rôle très important, quoique éphémère, dans la société.

Dans la période postérieure à la première guerre mondiale, la participation allemande apparaissant aux assemblées a naturellement beaucoup diminué, encore qu'elle soit toujours restée présente, surtout sous le couvert de la participation de certaines banques belges et que, en partie, elle dût réapparaître ouvertement plus tard. A côté d'une participation belge qui, à ce moment, semble accrue, interviendront progressivement des participations hollandaises, anglaises, suisses, espagnoles et françaises.

Les renseignements fournis par les études économiques, que le Gouvernement espagnol a déjà citées, nous montrent que Sofina entrait, toutefois, dans une période difficile, à cause surtout d'une lutte avec le groupe Loewenstein. Son président, Heineman, sut l'en sortir victorieusement mais en faisant appel à des capitaux internationaux qui soulignèrent désormais, et pour longtemps, son caractère de holding financier cosmopolite. L'opération effectuée à ces fins comporta trois étapes: tout d'abord la constitution d'un trust financier dénommé Trufina; puis la mise en liquidation de Sofina; et finalement, la réabsorption de l'ancienne Sofina par Trufina qui, peu après, en reprenait le nom.

A l'assemblée constitutive de Trufina, tenue le 19 octobre 1928 (le procès-verbal figure au *Moniteur belge* du 25 octobre (A.E.P. 1960, n° 175, doc. 1)), le capital constitutif du nouveau trust était souscrit à concurrence de 18 pour cent par des actionnaires américains, auxquels on doit encore ajouter 0,9 pour cent souscrit personnellement par M. Heineman: disons donc, en tout, à concurrence de 18,9 pour cent. En même temps, il était souscrit à concurrence de 15 pour cent par des actionnaires allemands; de 14,75 pour cent par des actionnaires britanniques; de 12 pour cent par des actionnaires français; de 8 pour cent par des actionnaires hollandais; de 6,5 pour cent par des actionnaires espagnols; de 3 pour cent par des actionnaires suisses. La participation du capital belge représentait 17,45 pour cent, la grande majorité de ce pourcentage étant toujours détenue par la Banque de Bruxelles, suivie par les banques Cassel et Allard.

A l'assemblée extraordinaire du 22 janvier 1929, Trufina décidait d'absorber l'ancienne Sofina, mise entre-temps en liquidation. Pour ce faire, elle transforma les 200 000 actions ordinaires déjà émises en actions privilégiées et décida l'émission de 200 000 actions ordinaires nouvelles dont 68 162 remises aux liquidateurs de l'ancienne Sofina pour en ré-

munérer l'apport actif, mais à charge de payer le passif. Les 131 838 actions restantes étaient toutes souscrites par les fondateurs de Trufina, à charge seulement d'en offrir 102 243 en souscription, au même prix, aux actionnaires de l'ancienne Sofina.

Les services actuels de Sofina ont prétendu (A.R., vol. II, p. 781) qu'il serait impossible de se faire une idée, même approximative, de la répartition entre Belges et étrangers du capital de l'ancienne Sofina à la veille de la fusion de 1929. Ils ont eu tort d'être aussi pessimistes. A l'assemblée de l'ancienne Sofina du 10 décembre 1928 (*Moniteur belge* du 22 décembre), où la mise en liquidation fut décidée, presque la moitié du capital-actions était représentée: une proportion donc largement suffisante pour se faire une idée plus qu'approximative de la répartition recherchée. Et encore, il ne faut pas oublier que les actionnaires résidant sur place devaient naturellement être plus largement représentés que les actionnaires résidant à l'étranger. Sur 31 801 actions unitaires représentées, 17 794 étaient de propriété étrangère et 14 007 de propriété belge. De ce dernier chiffre, plus du tiers appartenait à la Banque de Bruxelles et près d'un deuxième tiers aux autres banques connues, qui étaient toutes des fondateurs et souscripteurs de Trufina. L'on peut donc en conclure en toute sécurité que, même si les anciens actionnaires de Sofina avaient dû profiter largement de l'offre qui leur était faite de souscrire une part importante des actions ordinaires de Trufina, cela ne peut pas avoir affecté sérieusement l'énorme prépondérance étrangère qui existait dans Trufina dès sa constitution. Un syndicat de blocage était en plus constitué par les soins de M. Heineman entre les fondateurs. Il y avait en tout 62 participants dont 59 sociétés. Dix étaient allemands, neuf américains, neuf français, neuf anglais, neuf belges, six espagnols, quatre hollandais, trois suisses, un luxembourgeois, un hongrois, un tchécoslovaque. L'esprit qui inspirait ce syndicat, les prescriptions qu'il prévoyait à l'égard du nombre d'actions que les participants pouvaient vendre chacun de leur côté avaient évidemment pour but de maintenir la proportion entre les participations de capitaux provenant des différentes origines.

La nouvelle Sofina a tenu une assemblée extraordinaire le 14 mai 1930 (*Moniteur belge* des 2-3 juin de la même année). Y étaient représentées 54 064 actions unitaires, soit considérablement plus du quart du capital. Sur ce chiffre, 51 029 actions sont de propriété étrangère, 3 035 de propriété belge, à savoir 5,6 pour cent. Pourtant, le nombre des actionnaires belges représentés était plus de deux fois celui des actionnaires étrangers représentés.

Pourquoi cette baisse progressive et considérable de la participation belge? Les études d'histoire économique déjà consultées nous en donnent l'explication. La Banque de Bruxelles, à la suite de lourdes pertes essuyées pendant la crise, a dû liquider sa participation au profit des autres membres du syndicat Heineman. D'autres banques belges ont dû en faire autant. En effet, plusieurs de ces banques ne sont désormais représentées à l'assemblée de 1930 que pour un nombre très réduit d'actions. Seule la banque Josse Allard reste présente avec un paquet de 1381 actions, à côté d'une série de petits actionnaires. Parmi les membres étrangers du groupe Heineman, ce sont surtout la Chade et le Crédit Suisse qui paraissent avoir recueilli une partie importante de l'héritage des banques belges qui se sont retirées.

Fixée de cette manière au début des années trente, la proportion réciproque des participations belge et étrangère ne subira pas de modifi-

cations très sensibles au cours des années suivantes, avant et après la deuxième guerre mondiale. Les services de Sofina-Sidro n'aiment pas qu'on le relève et on le comprend ; mais tout ce qu'ils savent opposer, c'est que les épargnants belges, depuis 1930, n'auraient cessé d'investir dans les sociétés belges. Libre à eux de considérer cette remarque comme pertinente et comme probante.

Une constatation fort simple permet de voir que nous sommes dans le vrai. On sait que dans la presse économique belge, et souvent aussi dans celle des autres pays, la vie des sociétés d'une certaine importance qui existent dans le pays se trouve suivie et régulièrement décrite. On y enregistre presque dans le détail les modifications qui se produisent dans la composition, le capital, les participations de ces sociétés et de leurs groupements. En ce qui concerne Sofina, les mouvements des années 1928 à 1930 et également ceux qui se produiront plus tard en 1955-1957, pour ne pas parler de ceux plus marqués de 1964-1965, se trouvent tous évoqués dans les journaux belges de l'époque, et aussi dans la presse française, anglaise, américaine, allemande, suisse ; ils y font l'objet de longs commentaires. En plus, l'évolution des principaux groupements financiers est relatée avec une richesse d'information considérable dans une série d'ouvrages économiques connus. Le Gouvernement espagnol a déjà eu l'occasion de s'y référer dans les pièces écrites de ce procès. Citons quand même, avant tout, des ouvrages rédigés par les soins de centres d'études, comme la *Morphologie des groupes financiers*, publiée en 1962 à Bruxelles par le Centre de recherche et d'information socio-politique, ample répertoire périodiquement mis à jour et utilisé même par l'OCDE comme source de référence autorisée ; ou l'étude *Holding et démocratie économique*, publiée à Liège en 1956 par la Fédération générale du travail de Belgique. Citons aussi des monographies individuelles comme celle de Delmotte, *De Belgische Koloniale Holdings*, publiée à Louvain en 1948 ; celle de Roubinstein, *La diplomatie secrète des monopoles internationaux*, dont la traduction en français a paru à Paris en 1946 ; celle, plus importante, de Pierre Joye, *Les trusts en Belgique*, publiée à Bruxelles en trois éditions entre 1956 et 1961 ; et finalement le tome II de l'*Histoire économique de la Belgique* de Baudoin, dont nous avons pu consulter la deuxième édition, parue à Bruxelles en 1946. On ne peut certainement pas dire que l'histoire de Sofina soit négligée dans ces ouvrages d'origine et de tendance différentes.

Or, quand on les examine, et quand on parcourt la presse économique des années 1930-1939, l'on ne retrouve aucune indication d'un changement important qui se serait produit au cours de cette période. Et pourtant il aurait dû s'agir d'un changement radical, puisqu'il aurait dû comporter, pour le capital de la société, rien de moins que le passage rapide d'une majorité étrangère écrasante à une majorité belge également écrasante : quelque chose de beaucoup plus impressionnant que la « belgification » envisagée en 1964 et qui a si largement occupé les colonnes de la presse de l'époque. Au contraire, tous les renseignements permettent de conclure qu'au cours de la décennie qui a suivi la réforme de 1929-1930 — et au cours de la suivante d'ailleurs — Sofina a entièrement gardé, dans la composition de son capital, le caractère largement cosmopolite que lui avait imprimé son président, M. Heineman, et au maintien duquel il veillait avec soin. Cette stabilité est aussi confirmée par le fait que la composition des organes de direction ne présente, au cours de toute cette période, aucune trace d'une modification de son équilibre.

Examinons ensuite, aux fins d'une confirmation ultérieure, les deux seules assemblées extraordinaires tenues par Sofina après 1930 et avant la deuxième guerre mondiale: celle du 5 avril 1935 (*Moniteur Belge* du 28 avril) et celle du 27 février 1936 (*Moniteur belge* du 16-17 mars). On y constate, quoique sur une présence limitée d'actionnaires, une majorité étrangère énorme, majorité qui, en 1936, atteint la quasi-totalité. Ce qui aurait été très étonnant s'il avait été vrai que la société voguait à pleines voiles vers une prépondérance belge massive dans son capital-actions!

La période de la guerre n'était certes pas la plus appropriée pour des changements massifs, ou simplement importants; et personne, d'ailleurs, n'oserait le prétendre.

En revanche on possède, pour cette époque, un témoignage intéressant qui confirme que la situation de nette prépondérance étrangère et en même temps d'équilibre entre les différentes sources de financement, qui était le résultat des opérations de 1929-1930, demeurait inchangée vers la fin de la guerre. Comme plusieurs auteurs l'indiquent, Sofina avait transféré alors certaines de ses activités à Lisbonne. Sous l'égide personnelle de M. Heineman, des contacts étaient maintenus dans cette ville entre les groupes intéressés dans Sofina, en dépit du fait qu'ils se trouvaient des deux côtés de la barricade ou encore dans des pays neutres. En particulier, dans un passage d'une intervention prononcée en mai 1945 au Congrès américain (reproduite à la page 4848 du *Congressional Record-House* du 21 mai 1945) le *Congressman for California*, Voorhuis, rapportait qu'en mai-juin 1944 avait eu lieu, à Lisbonne, une réunion sous les auspices de M. Heineman, dont il était précisé qu'il était citoyen américain et principal représentant de Sofina aux États-Unis. Sofina était définie par le député américain comme une grande holding de services d'utilité publique, créée à Bruxelles, enregistrée au Panama, ayant sa comptabilité à Cuba, sa direction à New York et son personnel technique à Lisbonne. Le même *Congressman* dénonçait le fait que, dans le groupe, il y avait des intérêts allemands substantiels; et il précisait qu'à la réunion de Lisbonne étaient représentés des industriels anglais, français, allemands, américains, italiens, espagnols et suisses. En fin de compte, les Belges seuls n'étaient pas représentés! (Le texte complet du passage de l'intervention de M. Voorhuis figure aux pages 163 et suivantes du volume III des nouveaux documents présentés par le Gouvernement espagnol au cours de cette procédure.)

On en arrive ainsi à l'après-guerre. Le premier fait révélateur que l'on rencontre au début de cette période est représenté par certaines données résultant de l'application de la loi belge du 17 octobre 1945 qui prescrit un impôt de 5 pour cent sur le capital, et en particulier de la ristourne prévue par la même loi en faveur des sociétés belges qui, au 9 octobre 1944, possédaient des titres d'une autre société ayant émis de nouvelles actions en paiement de l'impôt.

Le Gouvernement espagnol a déjà relevé, aux pages 703 et suivantes du contre-mémoire (IV), que les actions Sofina ristournées à des sociétés anonymes belges ont été en tout au nombre de 214, ce qui prouve que le nombre total des actions Sofina possédées à l'époque par des sociétés anonymes de nationalité belge était de 4 280. Comme il ressort d'une lettre adressée le 22 novembre 1946 par le ministère des finances à Sofina (A.O.C., vol. II, p. 388 et suiv.), les services de cette dernière ont dû avouer qu'il n'y avait rien à redire à cela, et mon honorable contra-

dicteur, dans sa plaidoirie a gardé à ce sujet le silence le plus complet. En plus, la Partie adverse n'a rien pu objecter à la constatation que, sur les 4 280 actions, 2 080 ne représentaient que des participations de Sofina elle-même, par l'intermédiaire de Sidro et Cobti. Cela ramène la participation effective de sociétés anonymes belges au capital-actions de Sofina, en 1944, à un total de 2 200 actions, soit 1,1 pour cent du capital.

Le Gouvernement espagnol avait mis en parallèle ce résultat, à lui seul tellement éloquent, avec le fait que l'action unitaire Sofina, excessivement lourde, était plus apte à se trouver en paquets importants dans le portefeuille de sociétés que dans celui de particuliers. Une preuve en est le fait que les membres du groupe cosmopolite contrôlant Sofina, afin de favoriser une certaine diffusion des titres Sofina parmi le public de leurs pays respectifs, avaient décidé d'émettre des certificats d'un cinquantième d'action. Mon honorable contradicteur n'a trouvé de meilleur commentaire à formuler à ce sujet que celui qu'il n'est pas toujours facile de répondre avec sérieux à un argument qui en serait totalement dépourvu (VIII, p. 562). Nous nous permettrons d'observer qu'il y a là une manière un peu trop facile de se sortir d'une difficulté.

Aucune objection sérieuse n'ayant donc été formulée, nous n'avons qu'à confirmer, à ce propos, que les données relatives à la ristourne des actions Sofina à des sociétés belges confirment d'une manière nette et bien difficilement contestable le caractère extrêmement réduit de la participation belge au capital-actions de Sofina à une époque très rapprochée de la date critique.

En ce qui concerne l'autre fait important de cette même période, à savoir l'assemblée extraordinaire de Sofina le 6 décembre 1946, le Gouvernement espagnol a également eu l'occasion de mettre en évidence dans le contre-mémoire (IV, p. 705-706) son caractère révélateur. A cette assemblée, sur 23 104 actions ordinaires représentées, 3 198 étaient de propriété belge, réparties entre 66 actionnaires, tandis que les 37 actionnaires étrangers étaient détenteurs de 19 906 actions: 13,84 pour cent de participation belge contre 86,16 pour cent de participation étrangère.

En commentant ces constatations, nous avons observé qu'en supposant — comme nous avons accepté de le faire — que les actions non représentées à l'assemblée aient été réparties de la même manière entre Belges et étrangers que les actions représentées, qui atteignaient 12 pour cent du total, on risquait de fausser le calcul au détriment de la participation étrangère plutôt qu'au détriment de la participation belge.

Mon honorable contradicteur, dans sa plaidoirie du 13 mai (VIII, p. 558 et suiv.), nous a informés que Sofina avait des participations importantes dans certaines des sociétés étrangères qui, à leur tour, avaient des participations importantes dans Sofina, et qui étaient représentées à l'assemblée. Nous sommes bien aises de le savoir, mais nous ne pensons pas que cela puisse changer en quoi que ce soit les proportions constatées quant à la participation respective belge et étrangère à l'assemblée dont on parle.

A part cela, les services de Sofina ont prétendu qu'il ne serait pas « sérieux » de faire de telles déductions. On se demande ce qui nous vaut de tels qualificatifs. Et, à notre tour, nous aimerions que ces mêmes services nous disent s'ils estiment « sérieux » d'avancer des prétentions en vertu desquelles il faudrait conclure qu'en décembre 1945, vingt mois à peine après la fin de la guerre, la grande majorité (en fait les trois cinquièmes) des actionnaires étrangers de Sofina, dont beaucoup se trou-

vaient dans des pays encore bien plus détruits et bouleversés par la guerre que ne l'était la Belgique, auraient trouvé le moyen de se faire représenter à Bruxelles à cette assemblée, alors que seul un pourcentage vraiment dérisoire des actionnaires belges qui se trouvaient sur place aurait eu soin d'en faire autant.

Cette réflexion faite, quels sont les arguments par lesquels la Partie adverse a essayé de contrer les constatations que l'on fait en examinant les procès-verbaux non seulement de l'assemblée de 1946 mais de toutes les assemblées extraordinaires de Sofina et les conclusions que l'on peut tirer de ces constatations?

Le plus grand atout de la Partie adverse consiste à faire valoir que les actionnaires belges sont gravement atteints d'absentéisme. Nos contradicteurs font tort à leurs compatriotes: cette maladie, pour autant qu'elle en soit une, n'est pas plus répandue en Belgique qu'ailleurs. En tout cas, on ne nous fera pas croire une chose: que lors des assemblées qui se tiennent en Belgique l'absentéisme des actionnaires belges puisse être plus grand que celui des actionnaires étrangers.

N'oublions pas non plus, avons-nous remarqué à une occasion antérieure, que c'est une pratique courante dans les différents pays que, en prévision des assemblées, des banques ou des sociétés financières, ou d'autres agents, fassent des démarches auprès des actionnaires individuels, pour se faire donner le mandat de les représenter à ces assemblées; et cette démarche est sans doute plus aisée auprès des actionnaires qui se trouvent sur place qu'auprès de ceux qui résident à l'étranger.

Cette remarque particulière a fourni à mon honorable contradicteur l'occasion d'une réponse triomphante: en Belgique les banques ne sauraient être mandataires d'autres actionnaires aux assemblées de Sofina étant donné, d'une part, que les statuts de Sofina ne permettent pas la représentation d'un actionnaire par quelqu'un qui ne serait pas, lui aussi, un actionnaire, et d'autre part les banques, en vertu d'une disposition de 1935, ne peuvent plus être actionnaires d'une société commerciale telle que Sofina. Nous nous serions donc lancés dans une argumentation dépourvue de tout fondement, nous aurions « construit sur du vent » (VIII, p. 560).

Mon honorable contradicteur a-t-il vraiment raison d'exulter de la sorte? Prenons la peine de regarder la liste de présence des actionnaires aux assemblées de Sofina. Certes, on n'y trouve pas de banques, encore qu'on y trouve différentes sociétés financières qui, après 1935, ont remplacé aux assemblées certaines banques qui y figuraient auparavant, ainsi que des banquiers qui sont présents à titre individuel. Mais surtout on y trouve nombre de mandataires qui sont présents en tant que représentants de la plupart des titulaires des actions déposées. A quoi bon dire, donc, que la pratique à laquelle nous avons fait allusion ne peut pas être appliquée en Belgique par des banques, alors que la représentation par d'autres mandataires est possible?

L'audience, suspendue à 11 h 20, est reprise à 11 h 40

Ces quelques remarques faites, revenons au point qui nous occupe. Pour trouver une preuve concrète du fait que l'absentéisme des actionnaires belges individuels n'est pas aussi accentué qu'on le prétend de l'autre côté de la barre, jetons un coup d'oeil sur ce qui se passe à une autre assemblée, également de Sofina: l'assemblée spéciale des porteurs

de coupures d'un cinquantième d'action ordinaire, tenue le 12 mars 1954. Elle figure au *Moniteur belge* du 18 mars (p. 2537 et suiv.). Remarquons que, parmi le nombre limité des porteurs de ces coupures, il devait y avoir une majorité de Belges; toutefois, nous savons que ces coupures ont aussi été mises en vente sur de nombreux marchés étrangers, précisément afin de susciter un peu partout, quoique de façon limitée et contrôlée, un certain intérêt auprès des petits épargnants. L'on déduit d'ailleurs de l'annexe 18 au mémoire belge (A.M., vol. I, p. 133) qu'au comptage de ces coupures on en avait repéré 59,95 pour cent nanties de certificats délivrés en Belgique contre 25,64 pour cent démunies de certificats et 14,41 pour cent nanties de certificats délivrés en Angleterre, France, Suisse, États-Unis, Luxembourg, Hollande et autres pays. La majorité belge, tout en existant dans ce cadre très restreint, n'y était donc vraisemblablement pas excessive.

Or, à l'assemblée de 1954, la participation des porteurs belges s'élève à 16 004 voix, réparties entre une série de petits actionnaires dont la liste s'étend sur plusieurs pages et qui étaient largement représentés — notons-le — par des mandataires. La participation des porteurs étrangers totalise 650 voix. L'absentéisme des actionnaires étrangers est donc bien plus marqué — et c'est normal — que celui des actionnaires belges. Et il est clair que là où une majorité belge existe vraiment, elle se trouve non annulée ou diminuée dans le calcul des présences à une assemblée mais, au contraire, nettement marquée; tandis que, dans ce même calcul, l'évaluation de la participation étrangère se trouve être nécessairement faussée et diminuée.

Pour évaluer la valeur de l'argument de l'absentéisme, donc, ces données relatives à une assemblée de Sofina elle-même nous semblent être particulièrement significatives; plus significatives en tout cas que celles que mon honorable contradicteur a voulu tirer (VIII, p. 561) des procès-verbaux des assemblées extraordinaires d'autres sociétés et qui, au surplus, ne disent rien quant à la répartition qui nous intéresse entre participation étrangère et participation nationale.

Nous ne pouvons donc que confirmer que le Gouvernement belge et ses conseils vont vraiment loin quand ils veulent tirer du prétendu absentéisme des actionnaires belges la conclusion que la totalité ou presque des actions non représentées à l'assemblée extraordinaire de 1946 aurait été aux mains de petits épargnants belges.

La Partie adverse a eu aussi recours à d'autres moyens de défense et, en particulier, à ce qu'elle a cru être une critique de suppositions avancées par nous quant à l'appartenance probable d'une grande partie des actions qui n'apparaissent pas à l'assemblée dont on parle.

Le Gouvernement espagnol s'était basé sur la considération que les sociétés étrangères qui faisaient partie du groupe cosmopolite de contrôle — ce groupe de contrôle dont nous avons vu clairement la composition à l'origine et au sein duquel M. Heineman veillait à maintenir l'équilibre — n'avaient pas besoin d'être représentées aux assemblées de Sofina pour 100 pour cent de leur poids. Il suffisait que l'équilibre entre les différentes participations soit assuré: pour ce faire, une présence des principaux membres avec un nombre d'actions très inférieur au nombre réellement détenu était suffisante. La duplique en avait conclu que «le reste des actions se trouvaient donc très probablement, en 1948 et après, dans les portefeuilles de sociétés dominées par le groupe de contrôle...».

Mon honorable contradicteur (VIII, p. 564) a tout simplement rem-

placé l'expression « sociétés dominées par le groupe de contrôle » par celle, qu'il nous a attribuée, de « sociétés étrangères qui étaient des filiales de Sofina ». Je ne sais pas quelle erreur a pu amener mon honorable contradicteur à présenter une déformation aussi manifeste de la pensée du Gouvernement espagnol. Quoi qu'il en soit, il est évident qu'elle enlève tout intérêt aux longues argumentations que mon honorable contradicteur a développées sur cette base.

Les efforts de la Partie adverse pour essayer de renverser les conséquences des constatations faites à propos de l'assemblée extraordinaire de Sofina de 1946 n'ont donc manifestement pas de succès. Ajoutons, à titre de conclusion sur ce point, qu'en plus, si cette assemblée a une signification, ce n'est pas tant en tant que fait isolé, mais parce qu'elle s'insère dans un contexte. Elle n'est qu'une manifestation de plus d'un état de choses jusqu'alors constant, qui ne s'est jamais démenti depuis l'époque de la réorganisation de Sofina en holding financière cosmopolite, établie en Belgique pour des raisons de commodité juridique et d'opportunité géopolitique.

Le fait que, à la veille de la faillite de Barcelona Tracção encore, et même dans les années qui ont suivi, la participation étrangère dans Sofina ait été nettement prépondérante et la participation belge fort limitée, ne constituait, à vrai dire, un secret pour personne. Il y avait là, comme le Gouvernement espagnol l'a souligné aux pages 706 et suivantes du contre-mémoire (IV), un fait de notoriété publique.

Jusqu'ici, la Partie adverse n'a rien su objecter de valable à cette constatation. Pourtant, au lieu de continuer à réitérer ses assertions non démontrées, elle aurait mieux fait de produire des éléments qui soient réellement de nature à montrer que l'opinion publique se trompait, de façon à infirmer la preuve négative que l'on peut tirer contre ses thèses de cette conviction généralisée.

Dans ces conditions, nous ne pouvons que confirmer les observations déjà faites et les références déjà abondamment données. Nous pensons qu'il peut être utile d'ajouter encore quelques témoignages et quelques indices.

La matière qui forme l'objet de ce procès intéresse largement le monde des juristes. C'est sans doute ce qui nous a valu la floraison d'une abondante littérature d'actualité sur les thèmes débattus devant vous.

Dans le cadre de cette littérature nous avons relevé un ouvrage de M. de Hoche pied sur *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, paru à Paris en 1965. Il s'agit d'une thèse de doctorat présentée à la faculté de droit de Paris. En France, seules les meilleures thèses sont actuellement imprimées avec l'aide de subventions de l'Etat. Or, cette thèse n'a pas obtenu une mention suffisante pour avoir droit à une subvention en vue de l'impression. Toutefois, heureusement pour l'auteur, l'intérêt du sujet et des opinions formulées lui a quand même permis de trouver les moyens nécessaires à la publication de son ouvrage. Ce dernier a donc eu l'honneur d'être cité dans la réplique du Gouvernement belge.

Comme il s'agissait d'une thèse, nous avons cru utile de consulter, outre le texte imprimé, celui originairement présenté à la faculté, en pensant que peut-être les idées de l'auteur auraient pu s'y trouver reflétées d'une manière plus complète et, par là, plus authentique. Notre zèle a trouvé sa récompense car nous avons pu retrouver des passages en vérité fort intéressants, qui malheureusement ont été sacrifiés dans le texte imprimé. A la page III du livre, par exemple, figure un court alinéa, qui concerne notre affaire et qui dit :

« Enfin, l'Espagne estime que l'insuffisance des intérêts belges prétendument lésés ne peut justifier une intervention déjà injustifiée en droit. »

Mais cet alinéa, dans le texte d'origine, ne s'arrêtait pas là. Il était complété par un passage assez long, particulièrement intéressant dans sa totalité. (On le trouve reproduit à la page 189 des nouveaux documents du Gouvernement espagnol, volume III.) La première phrase de ce passage qui ne figure pas dans le texte imprimé et que je lis textuellement disait :

« En effet, la participation belge dans le capital de la Sofina a été sans cesse minoritaire depuis la réorganisation de 1928, oscillant entre 14 et 18%. En ce qui concerne Sidro, la participation belge entre 1923 et 1958 est tombée de 76 à 34%. »

Nous nous demanderons pourquoi la phrase que j'ai lue a été supprimée lors de la publication!

Passons maintenant à un autre document, plus autorisé certes, et qui, en fait, représente plus qu'un simple indice de notoriété publique.

Le 7 avril 1955, M. Arthur Dean, alors avocat de Barcelona Traction, de Sidro et de Sofina, écrivait une lettre à M. Artajo, ministre des affaires étrangères d'Espagne. Nous avons retrouvé récemment cette lettre, qui est reproduite à la page 179 du volume III des nouveaux documents du Gouvernement espagnol. M. Dean remerciait d'abord le ministre espagnol de l'entrevue qu'il lui avait accordée à la demande de l'ambassadeur des Etats-Unis. Il disait ensuite à M. Artajo que l'impossibilité relevée jusqu'alors de parvenir à un règlement de la question de Barcelona Traction était une source de préoccupation grave pour la direction et « pour les actionnaires de Sofina, parmi lesquels il y avait alors un intérêt américain substantiel » (*a matter of very great concern for the management and shareholders of Sofina, in which there is now a substantial American interest*).

Les termes que nous venons de lire ne sont pas des termes quelconques, employés au hasard. Ils ont, au contraire, une signification très précise. En effet, par l'expression *substantial American interest* — comme Borchart l'a montré aux pages 621 et suivantes de sa *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, et comme la Partie adverse l'a d'ailleurs rappelé plus d'une fois — le département d'Etat désigne la condition à laquelle il soumet son consentement à intervenir en faveur d'une société *incorporated* aux Etats-Unis. Et, ainsi que Paul de Visscher à la page 454 de son cours de 1961 sur *La protection diplomatique des personnes morales* l'a mis en évidence, cette expression est plus ou moins, dans la pratique américaine, l'équivalent de ce que « l'intérêt suisse prépondérant » est dans la pratique helvétique.

Or, M. Dean, avocat américain de grand renom, lui-même ambassadeur de son pays — que j'ai eu d'ailleurs l'honneur de connaître —, n'était certes pas homme à employer ces termes dans une acception impropre ou équivoque dans une lettre adressée au ministre espagnol des affaires étrangères et écrite à la suite d'une entrevue organisée par les soins de l'ambassadeur des Etats-Unis. Moins encore, pensons-nous, était-il homme à prendre la responsabilité de présenter à son interlocuteur une situation ne correspondant pas à la réalité.

Nous devons donc prendre acte du fait qu'il y avait dans Sofina une

participation américaine que l'on pouvait qualifier de *substantial*, au sens indiqué.

Cela ne peut étonner personne, étant donné que dans la réorganisation de Sofina de 1929-1930 déjà la participation américaine avait la majorité relative dans le capital-actions de la société et que M. Heineman avait vraisemblablement eu soin, par la suite, d'augmenter encore cette participation.

En même temps, il y avait vraisemblablement un rapport entre l'importance du capital américain dans la société et l'importance accrue aussi des investissements de Sofina aux Etats-Unis qui, comme le montre Pierre Joye à la page 171 de son ouvrage, représentaient 34,6 pour cent du total, contre 44,5 pour cent dans des pays tiers, et seulement 20,9 pour cent en Belgique. L'on conçoit aisément les raisons pour lesquelles les capitaux provenant d'un pays donné peuvent avoir intérêt à être investis dans le même pays par le truchement d'une société étrangère.

D'autre part, à côté d'une participation américaine prépondérante, il y avait notoirement, dans Sofina, d'autres participations importantes: anglaise, française, suisse, allemande, espagnole, hollandaise, italienne et autres. Il ne restait pas beaucoup de place pour une participation belge qui, en tout cas, vu ce que nous venons de rapporter, ne pouvait manifestement pas être, ne disons pas majoritaire, mais simplement prépondérante.

Pourtant, à l'époque où M. Dean adressait au ministre Artajo la lettre que l'on vient d'examiner, la situation de Sofina n'était déjà plus la même qu'à l'époque de la faillite. Elle avait aussi commencé à évoluer vers une participation belge plus importante, encore que toujours minoritaire. C'était le signe avant-coureur d'une transformation qui n'aboutira que beaucoup plus tard. Après le groupe Boël, le groupe Lambert avait commencé à s'intéresser à Sofina et, précisément autour des années 1955, comme le rapporte Pierre Joye, il avait acquis une première participation importante, à laquelle d'autres s'ajoutèrent par la suite. Le baron Lambert obtint ainsi d'être associé à la direction de la société. En relation avec ces faits, M. Heineman se retirait du poste de membre du comité permanent. L'Anglais Wilmers et, peu après aussi, le Français René Mayer, le remplacèrent à la direction de Sofina.

Le départ de M. Heineman en 1955 ne pouvait que marquer le début de la dislocation progressive du système qu'il avait créé et qu'il s'était efforcé de sauvegarder au cours de sa présence prolongée à la tête de la société. L'équilibre entre les différentes participations n'était plus maintenu et entre certaines parties commençait à se dessiner une lutte pour s'assurer le contrôle de Sofina. Tout cela avait aussi ses répercussions sur la composition du conseil d'administration. En même temps, l'abandon de certaines positions pouvait favoriser progressivement une beaucoup plus large diffusion des actions Sofina dans le grand public; et il n'est pas exclu que d'autres facteurs aient aussi exercé leur influence dans ce même sens: entre autres, à partir d'une certaine période, le désengagement de certaines positions au Congo et la disponibilité accrue de capitaux qui en résulta en Belgique.

Nous ne prendrons pas maintenant le temps de la Cour pour exposer à nouveau, à propos de Sofina, les événements des années 1955-1956. Le Gouvernement espagnol les a déjà brièvement décrits dans ses écritures. Nous nous bornerons à indiquer simplement combien vaine est la prétention des services de Sofina qui, contre toute évidence et contre le

témoignage unanime ressortant des ouvrages qui ont traité la question, voudraient accréditer la version d'une société qui aurait compté, à l'époque, une large majorité d'actionnaires belges.

Nous soulignerons en particulier l'inconsistance d'un récit qui, en définitive, voudrait nous représenter une situation où un petit groupe de sociétés étrangères, ne possédant dans leur ensemble — nous dit-on — que 9 pour cent du capital-actions, aurait néanmoins réussi à contrôler et à dominer une société où 7,9 pour cent des actions auraient appartenu à des sociétés belges et où 83 pour cent auraient été, pour l'«immense majorité», entre les mains de particuliers, naturellement promus au rang de Belges!

Plus extraordinaire encore devient le fait de ce contrôle si l'on se réfère aux pourcentages réajustés indiqués par mon honorable contradicteur dans sa plaidoirie du 13 mai (VIII, p. 559). Un coup de baguette magique lui suffit pour transformer en 6,6 pour cent les 9 pour cent attribués aux sociétés étrangères par les auteurs de l'annexe 133 à la réplique.

Il n'est pas non plus dans notre intention de revenir en détail sur les événements bien connus de 1964-1965, si ce n'est seulement pour relever la contradiction évidente entre ces événements et la prétendue «interprétation» que la Partie adverse voudrait en donner.

En effet, le porte-parole de la banque Lambert déclarait en toutes lettres à la presse que l'opération qu'il proposait — et qui, rappelons-le, consistait, pour un groupe qui possédait déjà un paquet important d'actions Sofina, à lancer une offre d'achat de 250 000 autres actions, avec une majoration de prix de 3000 francs environ — que cette opération, disais-je, avait pour but «de faire de la Sofina une société vraiment belge». Comment cela aurait-il pu signifier, comme les services de Sofina aimeraient le faire croire, que la banque Lambert avait seulement l'intention de s'assurer une majorité au sein d'un groupe fort restreint de gros actionnaires contrôlant la société, le seul groupe au sein duquel seulement il y aurait eu encore une prépondérance étrangère? Comment notre honorable contradicteur a-t-il pu penser qu'on le suivrait quand il a avancé (VIII, p. 559) que la déclaration du porte-parole de la banque aurait visé les actions qui apparaissaient aux assemblées générales et ces actions-là seulement? Pour un but aussi limité, une opération de moindre envergure et surtout de moindre coût aurait été tout à fait suffisante. Bien au contraire, pour éliminer le contrôle étranger de la société — contrôle qui, toujours selon le porte-parole de la banque, ressortait d'une étude de la répartition du capital-actions de la société — l'auteur de l'offre jugeait nécessaire de porter le paquet d'actions qui était aux mains d'un actionnaire belge à un chiffre qui voisinait la moitié du total du capital-actions de la société. Et il est à remarquer que l'offre du groupe Lambert n'était pas présentée à Bruxelles seulement, mais aussi à Londres, New York, Paris, Francfort, Amsterdam, Zurich, Milan, etc., ce qui confirme le caractère et les finalités de l'opération.

La presse belge de l'époque (voir par exemple l'*Echo de la Bourse* du 23 novembre 1964) n'a d'ailleurs pas manqué de souligner que les résistances qui ont fait finalement échouer l'opération venaient surtout de l'étranger.

D'autre part, référons-nous un moment à l'opération lancée par la Société générale de Belgique (*take over bid*), et présentée dans les journaux les plus importants de toutes les places financières du monde occidental. Nous ne pouvons que noter une fois de plus que le commentaire

formulé par une agence de presse financière indiquait que cette opération, qui dans son ensemble s'approchait des proportions de celle qu'elle voulait empêcher et remplacer, aurait été de nature à « donner une majorité belge » à la société. Les milieux spécialisés étaient donc convaincus que, même à cette époque, il n'existait pas encore de majorité belge dans la société et que, pour l'atteindre, il fallait une opération de proportions tout à fait exceptionnelles. Et nous n'avons connaissance d'aucun démenti rendu public à l'époque.

Si l'histoire récente de Sofina peut revêtir un intérêt aux fins qui nous intéressent ici, ce n'est donc que parce qu'elle confirme aussi, à posteriori, l'exactitude des conclusions auxquelles nous sommes parvenus à propos de la situation du capital-actions de Sofina à l'époque de la faillite de Barcelona Traction: c'est-à-dire à une époque où l'idée même d'une « belgification » future de la société ne s'était pas encore profilée à l'horizon.

Nous ne pouvons toutefois pas laisser sans un dernier commentaire les données que la Partie adverse a récemment publiées dans les nouveaux documents présentés par le Gouvernement belge (n° 3) à propos des résultats de l'offre de la Société générale de Belgique. Mon honorable contradicteur leur a attribué beaucoup d'importance dans son argumentation (VIII, p. 562-563 et 566).

Il ressort de ces données que les conditions d'achat vraiment inespérées qui étaient faites avaient attiré 31 017 offres de titres, correspondant à un total de 362 585 actions, soit plus de la moitié des 627 000 actions en circulation.

Les offres — ce qui, soit dit en passant, ne veut pas dire les porteurs — relatives à un nombre d'actions compris entre 1 et 50 actions, représentaient 56 pour cent des 362 585 actions offertes; les offres relatives à un nombre compris entre 50 et 200 représentaient 19 pour cent. Et finalement 25 pour cent étaient représentés par des offres relatives à un nombre d'actions très élevé, dont une visait 14 495 actions.

Réfléchissons maintenant à ces pourcentages. Il en ressort avant tout que les épargnants individuels, étant donné qu'il s'agissait d'une action très lourde — on payait 11 500 francs belges par action — devraient se trouver essentiellement parmi les premiers 56 pour cent. Ils représentaient, à ce qu'on a dit à l'époque, la quasi-totalité des actionnaires individuels existants, et on le comprend. Sur ce groupe, un pourcentage élevé devait quand même être étranger, puisqu'on note encore à l'assemblée extraordinaire de 1956 que, parmi les « petits » actionnaires représentés, les étrangers, surtout français, étaient plus nombreux que les Belges.

Quant aux 44 pour cent qui restaient, il était à presumer que, du moins en ce qui concerne ces 25 pour cent qui représentaient des paquets d'actions allant de 200 à plus de 14 000 — et d'un prix aussi élevé —, la majorité devait se trouver aux mains de sociétés. Et ces sociétés ne pouvaient être qu'étrangères, puisqu'on sait que les sociétés belges actionnaires de Sofina étaient en nombre minime, à l'exception, bien entendu, de celles qui étaient derrière l'opération et qui, certes, ne mettaient pas leurs titres en vente. Il n'est pas dépourvu de signification, à ce propos, que le journal bruxellois *De Standaard* du 21-22 novembre 1964 ait noté que certains milieux étaient sceptiques à propos du résultat d'une opération de ce genre, « à cause de la dispersion géographique des titres dans l'Europe entière »; et qu'il ait ajouté à cette note les mots suivants:

« Beaucoup regardent avec curiosité vers la Suisse où la portion la plus importante pourrait bien se trouver. »

Quant aux actions non présentées à l'achat, une fois déduites celles que le groupe Lambert s'était procurées entre-temps, largement au détriment de participations étrangères précédentes, aussi bien que celles de l'Union Boël, le restant devait être encore, plus ou moins, aux mains de certains groupes étrangers que l'on a souvent rencontrés et qui participaient ouvertement à l'opération de la Société générale de Belgique.

Où était donc, en 1964 encore, et en dépit de toute l'évolution de la situation, qui avait changé si nettement depuis une décennie, en dépit aussi du progrès déjà réalisé sur la voie de la « belgification » de la société, cette majorité belge quasi exclusive qui aurait été nécessaire — et nécessaire en 1948, non pas en 1964 — pour étayer les prétentions de la Partie adverse à propos de la participation belge dans Barcelona Traction? Où étaient ces 81 pour cent d'actionnaires belges de Sofina dont le Gouvernement belge a allégué l'existence avec tant de témérité? Vraiment la Partie adverse n'aurait pu mieux détruire de ses propres mains les prétentions formulées et maintenues depuis le début de cette affaire.

Monsieur le Président, Messieurs, nous avons déclaré à plusieurs reprises — et nous le réaffirmons fermement aujourd'hui — qu'il était du devoir du Gouvernement belge de fournir la preuve de cette participation belge écrasante dans Sofina qu'il affirmait avec assurance et dont il entendait se prévaloir pour étayer ses prétentions. Non seulement il ne l'a pas fait, mais au contraire, c'est finalement le Gouvernement espagnol qui, allant au-delà de ce qu'étaient ses obligations, peut se flatter, pensons-nous, d'avoir donné la preuve irréfutable du caractère minoritaire de la participation en question, du moins à l'époque critique.

Maintenant, au vu de ce qui ressort de l'analyse — longue et détaillée, nous nous en excusons — que nous avons dû effectuer pour rétablir la réalité des choses, nous ne croyons pas qu'il soit encore nécessaire de vous infliger l'exposé des calculs précis de ce qu'a pu être, en dernier ressort, l'apport de l'« épargne belge » à Barcelona Traction: l'apport résultant du jeu successif de la participation de cette épargne au capital de Sofina, de celle de Sofina et d'autres « épargnants » dans Sidro, et de celle de Sidro dans le capital-actions de la société canadienne. Les proportions finales de cet apport peuvent être facilement imaginées.

Tout se réduit manifestement à un filet d'eau, pratiquement invisible et perdu dans le fleuve des financements dont Barcelona Traction a eu besoin pour alimenter son entreprise. Et pourtant c'est pour ce filet d'eau que les intéressés ont mobilisé le Gouvernement belge, lui ont fait exécuter des démarches répétées auprès du Gouvernement espagnol; c'est pour cela qu'on a prétendu mettre en question le contenu et le bien-fondé des règles les mieux établies du droit international et qu'on a fait clamer aux quatre vents l'urgence de voir le droit international s'éveiller aux besoins de protection des investissements internationaux; c'est pour cela qu'on a monté un procès devant la plus haute juridiction internationale!

Au cours de la longue analyse conduite jusqu'ici nous avons donc pu acquérir la certitude de l'inexistence de cette participation prépondérante d'« intérêts belges » dont précisément l'importance exceptionnelle est invoquée comme étant déterminante pour nous amener à lever le voile de la personnalité morale de Barcelona Traction et à justifier l'inter-

vention du Gouvernement belge au titre de la protection des sociétés de statut belge couvertes par ce voile.

Ce sont ces remarques qui m'amènent à passer, maintenant, à la deuxième partie de ma plaidoirie.

Monsieur le Président, Messieurs, au début de ma plaidoirie, je me suis permis d'indiquer que l'exception soulevée par le Gouvernement espagnol touchant le défaut de qualité du Gouvernement belge entraînait l'examen de deux groupes de questions.

Il s'agissait, en premier lieu, de déterminer si les données avancées par le Gouvernement belge, et sur lesquelles il voudrait s'appuyer pour justifier son *jus standi*, correspondaient à la réalité et avaient été prouvées.

Il s'agissait, en second lieu, dans l'hypothèse où la réponse aux premières questions aurait été affirmative, d'établir si ces mêmes données auraient été de nature à fonder valablement, à un titre ou à un autre, la qualité pour agir que le Gouvernement belge revendique en l'espèce.

Or, la réponse au premier groupe de questions n'a pu être que négative. Nous avons pu le constater, tant du point de vue juridique, au sujet des prétendus « actionnaires » belges, que du point de vue des réalités économiques, au sujet des non moins prétendus « intérêts » belges dans Barcelona Traction. L'on pourrait dès lors se demander s'il est utile de poursuivre, à propos du second groupe de questions, une analyse dont le point de départ même fait défaut.

Nous ne renoncerons toutefois pas à assumer également cette deuxième tâche, car il importe, surtout à ce stade final, que l'examen des différents aspects de cette exception soit complet. Avec votre permission, je poursuivrai donc jusqu'au bout le chemin que je m'étais tracé, tout en soulignant que la discussion a désormais pour base une hypothèse dont on a vu qu'elle ne correspond pas à la réalité.

A propos du deuxième groupe de questions qui se posent dans le cadre de cette exception, je crois que l'on peut dire qu'au cours de ce procès l'on n'aurait guère pu débattre plus longuement et plus en détail de certaines d'entre elles. Je me réfère surtout aux problèmes généraux qui touchent la protection diplomatique d'une personne morale ou de ses membres (et en particulier des actionnaires d'une société anonyme), ou encore celle des intérêts qui s'y regroupent. On pourrait soutenir, non sans fondement, que pratiquement tout a été dit, soit sur le plan général des principes, soit sur celui, plus concret, de leur application aux aspects spécifiques de la présente espèce.

Dans ces conditions, c'est évidemment un effort de synthèse qui s'impose et que je m'efforcerai d'accomplir. Toutefois, la volonté de synthèse ne doit pas nous faire perdre de vue une nécessité primordiale : celle d'empêcher que des questions qui nous occupent soient déplacées du cadre où elles se posent, pour que l'on essaie de les formuler en des termes imprégnés et de les soustraire par là à l'application correcte des principes qui les concernent et aux conséquences de cette application.

Si je tiens à préciser ceci, c'est que la dernière plaidoirie de mon honorable contradicteur, le professeur Virally, m'est apparue surtout comme un suprême effort, extrêmement habile d'ailleurs, pour écarter les conclusions qui s'imposent dans notre affaire. Cet effort — qui n'était pas le premier — a largement consisté en un jeu de nuances, dans lequel s'inséraient opportunément certains aménagements des principes invoqués et des aspects concrets de l'affaire, aménagements résultant

souvent de l'oubli apparemment innocent des précisions nécessaires. Récemment cet effort a beaucoup porté sur un aspect, jugé susceptible d'offrir aux thèses belges un moyen de les sortir des difficultés auxquelles elles se heurtent. Mais mon honorable contradicteur a soigneusement laissé ouvertes aussi les portes donnant sur d'autres voies, pour mieux ménager l'avenir.

C'est pourquoi il nous faut maintenant reprendre une fois de plus la tâche à laquelle nous nous sommes patiemment astreints depuis le début de ce procès et qui nous a obligés à maintes reprises à ramener le débat à ses termes propres et à préciser ces termes de manière à contraindre la Partie adverse à s'y tenir.

La Cour nous pardonnera si, pour ce faire, je serai obligé une fois de plus de rappeler les principes applicables afin de les rétablir dans leur signification et dans leur portée exactes. C'est par rapport à ces principes que nous réaffirmerons brièvement les thèses du Gouvernement espagnol, qui présentent, pour qui doit les exposer, l'appréciable avantage de suivre une ligne constante. Nous ferons ensuite de notre mieux pour ne pas nous perdre au milieu des eaux, combien plus tourmentées, des thèses belges. Nous essayerons de montrer d'abord l'évolution de la position du Gouvernement belge: depuis la phase à laquelle il affirmait ouvertement prendre fait et cause pour la société canadienne Barcelona Traction jusqu'à la phase ultérieure où il a essayé de dissimuler une réalité qui restait entièrement la même sous le couvert d'une prétendue protection des actionnaires belges de Barcelona Traction. Nous nous efforcerons ensuite de suivre le Gouvernement belge dans son exploration, conduite, tantôt successivement, tantôt parallèlement, dans trois directions principales où il a espéré trouver un appui solide pour ses prétentions à la protection des actionnaires en question. Ce sera, nous osons l'espérer, le meilleur moyen de constater que les efforts de la Partie adverse restent et ne peuvent que rester plus infructueux les uns que les autres et que le Gouvernement belge ne peut pas se soustraire à la constatation inexorable de son défaut de *jus standi* dans la présente affaire.

D'abord, les principes. Quels sont les principes de droit international applicables et quelles sont les conséquences de leur application au cas d'espèce? C'est une question que le Gouvernement espagnol s'est posée à chaque étape de ce procès, à laquelle il s'est efforcé de répondre d'une manière que nous osons espérer simple, linéaire et rigoureuse. La Partie adverse elle-même n'a pas pu sérieusement le contester. L'on s'est plu, de l'autre côté de la barre, à constater l'existence de points d'accord même si, après, la définition de ces points d'accord cachait mal l'intention de nous faire dire quelque chose de différent de ce que nous avons dit. Quoi qu'il en soit, nous nous bornerons ici à résumer le plus important.

Le droit international met à la charge de tout Etat sur le territoire duquel des personnes physiques ou morales étrangères résident, séjournent ou opèrent, ou même simplement possèdent des biens, une obligation envers l'Etat national de ces personnes: l'obligation de leur réserver un certain traitement. Ce traitement, défini plus fréquemment et plus en détail par des règles de droit conventionnel, est néanmoins prévu par le droit international coutumier dans ses exigences minimales. Sans vouloir rappeler à ce propos des polémiques qui ne nous intéressent pas ici, disons simplement que ces exigences minimales consistent essentiellement dans le respect, dans des limites et des conditions données, de certains droits

de nature personnelle ou patrimoniale, et dans l'octroi, en même temps, de la possibilité d'utiliser, si besoin est, les recours judiciaires ou administratifs appropriés.

En corrélation avec cette obligation, l'Etat national dont ces personnes sont les ressortissants a, sur le plan international, le droit d'exiger de l'Etat destinataire de l'obligation qu'il s'y conforme; et, le cas échéant, de présenter une réclamation, dans les formes et par les voies admises, au cas où cette obligation se trouverait violée. C'est précisément ce qu'on appelle l'exercice de la protection diplomatique. Disons, pour éviter des équivoques, que dans son acception la plus large, qui est celle que nous avons toujours employée dans ce procès, elle comprend aussi la protection au moyen du recours à la juridiction internationale.

En corrélation avec les constatations que nous venons de faire — et dont je m'excuse — nous ne pouvons que noter avec satisfaction que mon honorable contradicteur, le professeur Virally, dans sa plaidoirie du 9 mai (VIII, p. 500), a fait une très opportune référence. Il a rappelé que la Cour, dans son arrêt de 1964, a souligné que les droits invoqués par l'Etat qui présente une demande devant un tribunal international sont nécessairement des « droits qu'il estime lui être conférés, en faveur de ses ressortissants, par les règles du droit international relatives au traitement des étrangers ». Par contre, nous ne pouvons que marquer notre surprise et, disons-le tout de suite, notre opposition très ferme à l'égard de l'étrange assertion faite par mon honorable contradicteur à la même occasion (*ibid.*), lorsqu'il déclare que « la nature juridique spécifique des droits et intérêts des particuliers lésés est sans importance au point de vue du droit de la protection de l'Etat dont ils sont les nationaux ». Nous avons été les premiers à reconnaître, et à rappeler à la Partie adverse, que les droits attribués à l'Etat par les règles juridiques internationales concernant le traitement des étrangers, d'une part, et, d'autre part, les droits conférés aux particuliers par les règles du droit interne se situent sur des plans juridiques différents. Mais nous ne saurions admettre qu'on oublie qu'il y a un lien nécessaire entre les uns et les autres. L'existence du droit du particulier sur le plan interne est la condition pour que l'Etat soit autorisé, sur le plan international, à exiger que ce droit ne soit pas lésé. Laissons de côté les cas, absolument exceptionnels, où l'ordre juridique interne méconnaîtrait en général certains droits absolument essentiels ou contiendrait d'intolérables discriminations à l'égard des étrangers: ce ne sont pas, certainement, des cas qui peuvent nous intéresser ici. En dehors de ces cas extrêmes, tout ce qu'un Etat peut demander à un autre Etat c'est le respect, à l'égard du particulier qui est son ressortissant, des droits qui sont reconnus à ce dernier par l'ordre juridique national, tels qu'ils sont définis par cet ordre juridique.

Ayant donné ces précisions, que nous serons, hélas! forcés de reprendre et de compléter par la suite — car l'assertion qui nous en a fourni l'occasion est loin de représenter un fait isolé dans la plaidoirie de mon honorable contradicteur — revenons donc à l'énoncé des principes fondamentaux que nous avons commencé de rappeler.

Dans le cas où l'étranger en question est une personne morale, les choses ne se présentent pas, en principe, différemment du cas où il s'agit d'une personne physique. Un problème, bien entendu, se pose au préalable: celui de savoir si une entité donnée a ou n'a pas, en droit, une existence distincte de celle des personnes physiques qui en sont membres; en d'autres termes, si elle est ou non une vraie personne morale. Les règles

en vigueur dans plusieurs systèmes juridiques font douter de cela à propos des sociétés de personnes, dont l'existence, d'après les conceptions adoptées par ces systèmes, se résout dans celle de leurs membres ou associés. Par contre, tous les systèmes de droit sont d'accord pour considérer comme des entités juridiques indépendantes les sociétés de capitaux. Ces dernières représentent des centres autonomes d'imputation de droits et d'obligations; elles sont, en un mot, par elles-mêmes, des sujets de droit.

Les théories sur la nature de la personnalité morale sont nombreuses et on n'en a que trop parlé au cours de ce procès. Mais, en vérité, il est hors de doute que le Gouvernement espagnol n'est pas seul à refuser de souscrire à une conception qui annulerait la personnalité morale; le Gouvernement belge ne semble non plus y être disposé, à l'heure actuelle du moins. Il n'ose certes pas aller jusqu'à décrire une société — et surtout une société anonyme — comme une simple juxtaposition d'individus et à résoudre en des droits et des obligations de ces individus les droits et les obligations que le système juridique confère à la société en tant que telle. Le professeur Van Ryn, dans sa plaidoirie du 22 avril (VIII, p. 163), n'a pas hésité à nous rappeler

« que la personnalité morale des sociétés anonymes, et notamment des grandes sociétés de capitaux que nous connaissons, constitue le fondement même du fonctionnement de ces sociétés dont le rôle fondamental dans l'économie contemporaine n'a pas besoin d'être souligné... ».

Le droit international, d'ailleurs, aussi bien coutumier que conventionnel, reconnaît sans l'ombre d'un doute, précisément à propos du traitement des étrangers, l'existence des sociétés en tant qu'entités distinctes de leurs membres. Cela rend donc académique toute discussion à ce sujet et tout à fait vaines les tentatives faites pour minimiser la personnalité morale auxquelles on s'est adonné si volontiers par le passé de l'autre côté de la barre. Nous espérons que la Partie adverse, lorsque récemment, par la voix de mon honorable contradicteur, elle déplorait « certains préjugés relatifs notamment à la nature, à la portée et aux conséquences de la personnalité morale des sociétés » (VIII, p. 502), entendait réciter un *mea culpa* et renoncer définitivement aux tentatives que nous dénonçons.

A leur tour, les particularités que présente la notion de « nationalité » d'une personne morale n'impliquent aucune déviation par rapport aux principes qui régissent notre matière. On peut, en théorie, vouloir souligner plutôt les différences ou les ressemblances entre la nationalité d'une personne morale et celle d'une personne physique; on peut soutenir aussi, si l'on veut, qu'aux fins du droit privé la nationalité d'une société serait autre chose que sa nationalité aux fins du droit public. Il n'en reste pas moins que, pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, la « nationalité » exprime un lien d'appartenance juridique à un Etat déterminé. Ici aussi l'Etat est libre, dans certaines limites du moins, de se baser sur un critère plutôt que sur l'autre pour établir cette appartenance. Il faut seulement, selon votre enseignement, Messieurs, qu'une fois choisi un critère, il s'y tienne. La seule exigence supplémentaire, pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, est que l'existence du lien d'appartenance juridique à un pays déterminé doit, pour

être opposable sur le plan international, se doubler de la présence d'un lien « réel » avec le même pays.

Ces principes étant généralement reconnus, le Gouvernement espagnol ne fait qu'en tirer des conséquences rigoureusement logiques lorsqu'il met en évidence deux points, à son avis indiscutables :

primo, en droit international général, un Etat n'est pas en droit d'exiger un traitement déterminé à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité et il ne peut donc se plaindre que ce traitement n'ait pas été accordé à cette personne ;

secundo, un Etat peut présenter une réclamation en faveur de son ressortissant s'il s'avère que l'on a violé un droit qui appartient à ce dernier ; mais aucun Etat ne peut présenter une réclamation en faveur d'une personne de sa nationalité au motif que l'on n'aurait pas respecté un droit qui appartient à une autre personne, possédant une autre nationalité.

Le cas où, dans ces hypothèses, il s'agirait, d'une part, d'une personne morale et, de l'autre, d'un de ses membres — ou, plus spécifiquement, d'une part, d'une société anonyme et, de l'autre, de l'un de ses actionnaires — ne saurait évidemment entraîner une exception à la règle. L'Etat national de la société peut présenter une réclamation pour la violation d'un droit de la société en tant que telle ; l'Etat national de l'actionnaire peut présenter une réclamation pour la violation d'un droit de l'actionnaire en tant que tel ; mais l'on ne saurait admettre une confusion entre les compétences respectives des deux Etats sous prétexte du rapport qui existe entre l'actionnaire et la société, et quelle que soit la définition que l'on veuille donner de ce rapport. Le fait qu'il y ait des rapports et des liens entre des personnes différentes n'implique pas leur fusion en une personne unique. On reviendra, d'ailleurs, sur ce point lorsqu'on parlera de certaines tentatives de la Partie adverse de se baser précisément sur les rapports en question pour essayer d'oublier les conséquences de la distinction que l'on vient de rappeler.

Toujours à ce propos, disons, par contre, que le Gouvernement espagnol s'est vu contraint de préciser à maintes reprises qu'il ne lui est jamais venu à l'esprit de soutenir qu'une personne puisse perdre son titre à la protection diplomatique pour le seul fait de devenir actionnaire d'une société anonyme. Bien au contraire, le Gouvernement espagnol affirme depuis toujours que l'Etat national d'une personne qui se trouve dans cette situation a pleinement qualité pour exiger, en faveur de cette personne, qu'on ne porte pas atteinte aux droits qui lui appartiennent, s'il s'agit de droits dont le respect peut être internationalement demandé. Et au nombre de ces droits peuvent naturellement être compris ceux que la personne en question tire précisément de sa qualité de membre d'une société commerciale.

En conclusion donc, la thèse du Gouvernement espagnol peut se résumer comme suit. La réclamation d'un Etat au titre de la protection diplomatique d'un ressortissant actionnaire d'une société commerciale n'est admise qu'à une double condition : il faut que l'Etat réclamant puisse alléguer la violation d'un droit de l'actionnaire en tant que tel ; et il faut qu'il soit établi que l'Etat auteur de la violation alléguée était internationalement obligé, envers l'Etat réclamant, d'assurer le respect du droit en question. A l'inverse, la recevabilité d'une réclamation à ce titre est exclue s'il apparaît : primo, que le droit qu'on dit avoir été lésé

est un droit de la société et non pas de l'actionnaire et, secundo, que l'obligation internationale d'assurer le respect dudit droit incombait à l'Etat défendeur envers l'Etat national de la société et non pas envers l'Etat national de l'actionnaire.

En ce qui concerne le point spécifique de la distinction entre, d'une part, les droits de l'actionnaire et, d'autre part, ceux de la société, le *Gouvernement espagnol* a eu plus d'une fois l'occasion de rappeler aussi quels sont, dans le droit commercial des différents pays, les droits spécifiques qui appartiennent aux actionnaires d'une société anonyme. Il a pu souligner à quel point ils se distinguent nettement des droits de la société. On dirait que rien ne déplaît davantage à la *Partie adverse* que le rappel de cette distinction. Cette fois-ci, elle semble avoir renoncé, à ce propos, à jouer, comme tant de fois elle l'a fait par le passé, sur de prétendues équivoques de terminologie. Mon honorable contradicteur se borne maintenant à dire (VIII, p. 519) que la liste des droits propres des actionnaires ne serait établie « ni clairement ni exhaustivement ». Qu'il nous permette de lui répondre que cette liste, tout en étant assurément variable d'un système juridique à un autre, est néanmoins assez clairement établie pour en conclure qu'aucun de ces droits n'a été atteint en l'espèce. Je rappellerai aussi que mon distingué ami le professeur Weil est revenu de nouveau sur ce point dans sa plaidoirie du 13 juin. Il s'est opportunément référé, à ce sujet, à l'excellente définition des droits de l'actionnaire donnée dans la décision de l'affaire *Brincard* par la commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne.

D'autre part, déjà dans la duplique (VII, p. 1010 et suiv.), le *Gouvernement espagnol* a eu l'occasion d'illustrer longuement les différentes hypothèses possibles d'atteinte illicite aux droits des actionnaires ainsi que les hypothèses de violation des droits de la société. Il a indiqué les situations dans lesquelles il est plus facilement concevable que ces hypothèses trouvent une application concrète. Il a montré quelle est l'erreur de ceux qui voudraient méconnaître une distinction qui, loin de conduire à des conclusions « déraisonnables », est la logique même et ne fait que ramener l'ordre et la clarté dans une matière que la *Partie adverse* a par trop cherché à rendre confuse et obscure.

D'ailleurs, quelle est la seule observation que mon honorable contradicteur a pu faire à ce sujet dans sa plaidoirie du 12 mai (VIII, p. 520 et suiv.)? Il a noté qu'en faisant application de ces principes l'on pourrait se trouver devant des cas où, dit-il, la société ne pourrait faire appel à une protection diplomatique et, de leur côté, les actionnaires se trouveraient désarmés. Il en serait ainsi notamment dans l'hypothèse où un Etat confisquerait les biens d'une société nationale de cet Etat mais ayant des actionnaires étrangers.

Qu'il nous soit permis de lui répondre que, dans cette hypothèse, la société bénéficie de la protection dont jouit normalement tout ressortissant envers son propre Etat national, c'est-à-dire la protection que lui apportent les dispositions de l'ordre juridique interne et les moyens de recours qu'il prévoit. Quant aux actionnaires étrangers, il n'est que normal que non seulement ils puissent tirer les avantages, mais aussi qu'ils ressentent les désavantages susceptibles de résulter d'une opération telle que la constitution d'une société ayant la nationalité de l'Etat où l'on veut exercer son activité. Et en disant cela, nous n'entendons pas préjuger — par rapport à cette même hypothèse — une question à laquelle nous avons nous-mêmes fait allusion, à savoir la possibilité

d'apporter des correctifs à cette situation pour le cas où ce serait l'Etat lui-même qui aurait imposé à des étrangers la constitution d'une société nationale purement apparente, et ce dans le seul but de faire échec à ses propres obligations internationales.

L'audience est levée à 13 heures

QUARANTE-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (20 VI 69, 9 h 30)

Présents: [Voir audience du 20 V 69; M. Bustamante y Rivero, *Président*, absent].

QUESTIONS
BY JUDGES SIR GERALD FITZMAURICE¹ AND JESSUP²

Sir Gerald FITZMAURICE: I want to put two questions first to the Belgian side and they are as follows:

Can the Belgian side, in the course of their second round of statements, indicate what was the value of Barcelona Traction shares in the open market on such dates as may appear most relevant—in particular, just before the adjudication in bankruptcy, just after the sale to Fecsa, and at the respective dates of the two applications made to the Court?

The second question: Can they also indicate more fully whether the Belgian claim is based exclusively on damage alleged to have been done to the Belgian shareholders in consequence of the treatment given to the Barcelona Traction company in Spain, or whether it also includes damage resulting from an alleged infringement of any of the recognized direct rights of a shareholder as such, and if so which of those rights?

Now, Mr. President, I have a question to address to the Spanish side, which is as follows:

Throughout the Spanish statements great stress has been laid on the charges of fiscal and other irregularities made against the Barcelona Traction company. Counsel for the Spanish Government have, however, not always adopted quite the same approach on this matter. Professor Gil Robles for instance (*supra*, p. 36) said:

“If I have summarized the irregular history of Barcelona Traction, this is not because I mean to justify its bankruptcy by reference to the fraudulent conduct which was a constant feature of its existence throughout, even if in fact the latter [i.e., the fraudulent conduct] was at the origin of the former [namely the bankruptcy].”

Professor Gil Robles then went on to indicate three contexts in which he considered the company's conduct had affected later events or accounted for its own subsequent action or inaction.

Professor Jiménez de Aréchaga on the other hand, contended that the company's conduct constituted *per se* a ground for rejecting the Belgian claim, and I refer to pages 464 and 465 *supra*, and again to page 505 *supra*. Here Professor Jiménez said:

“... the Spanish Government is right formally to submit that the past conduct of the undertaking is a bar to its whole claim on the merits...”

¹ See X, pp. 259, 286 and 371.

² See X, pp. 234, 290, 291, 311, 312, 313, 372 and 624.

and a little later he said:

“ . . . Lack of clean hands prevented the Sofina group from participating in the auction in 1952. The same lack should now defeat their claim for an indemnity in this Court”.

It seems clear that Professor Jiménez here went a good deal further than Professor Gil Robles or other counsel for Spain had done, for in these passages he seems to raise what would really amount to a sort of additional preliminary exception, though one arising on the merits, as a plea in bar. This being so, I would like to have a clearer definition of the Spanish attitude.

It would appear that three approaches to this matter are possible.

First there is the fact that the Spanish Government contends that the actions of its authorities and courts involved no violations either of Spanish law or international law. Presumably the Spanish Government would make exactly the same claim irrespective of the irregularities with which it charges the company, and even if it had no occasion to make any such charges. Looked at from this standpoint therefore, the past conduct of the company has no relevance at all, or has only an incidental relevance, to the acts which the Belgian Government complains of in connection with the bankruptcy, since in Spanish eyes these acts would, given the character and alleged financial situation of the company's undertaking in Spain, be justified in any event.

Secondly, there is the contrary view put forward on behalf of the Belgian Government, that the acts of the Spanish authorities and courts were irregular. This the Spanish Government denies. But does it, while maintaining its denial, invoke the past conduct of the company as an element which would, in law, justify irregularities on the Spanish side, should any have occurred? If this is *not* the Spanish attitude, then again what is the exact relevance of this conduct, juridically, the conduct of the company, except indirectly, as affording an explanation of matters that might otherwise be obscure?

Finally, there is the line taken by Professor Jiménez and to some extent, though in a slightly different way, by Professor Weil, namely that the company's conduct precludes or estops the Belgian Government from complaining at what happened and that its claim should be rejected on that ground alone. Taken to its logical conclusion, this approach would involve the rejection of the Belgian claim irrespective of the truth of the allegations of irregularity made against the Spanish courts and authorities—and even if these allegations should be true. In short, on this view, it would, strictly, become irrelevant to enquire into the correctness of these allegations since, whether they were correct or not, the Belgian claim could not succeed.

In order to save time I will not ask for a direct answer to these questions as such. But I hope that in the course of their second round of statements, counsel for the Spanish Government will be able to indicate clearly which of the attitudes or approaches I have described, or which combination of them, represents the Spanish position on this matter.

The VICE-PRESIDENT: Je pense que les Parties désireront réfléchir avant de répondre à ces questions. Comme l'a dit sir Gerald, elles pourront le faire pendant le deuxième tour de plaidoiries.

Judge JESSUP: I should first like to put to the Spanish Agent a question which, in some respects, involves aspects of the case similar to those involved in the question just put by Sir Gerald Fitzmaurice.

In Chapter I of the contre-mémoire in Section 135 and in Volume I of Annexes to the Rejoinder it is indicated that the Spanish authorities obtained evidence of frauds, alleged to have been perpetrated by Barcelona Traction, immediately after the bankruptcy, that is presumably in February or March 1948. Were any criminal proceedings brought against Barcelona Traction thereafter? I am not referring to the proceedings against Ebro and its officers in which Ebro was condemned to pay a fine of 66 million pesetas. Did the Spanish authorities consider that any fine imposed on Barcelona Traction for tax frauds or the like could not be collected out of the assets of Barcelona Traction in Spain?

Next, Mr. President, I should like to address two questions to the Belgian Agent.

Mr. Grégoire in VIII, on page 560, stated that Belgian banks are forbidden to be a shareholder of a company like Sofina. Does this mean that under Belgian law, a Belgian bank cannot accept from a customer the deposit of bearer shares in a company such as Sofina, according to a practice called *dépot irrégulier*, whereby (as is stated by some writers), the bank becomes the legal owner of the securities and the customer merely has a contractual right against the bank?

My second question is this:

In the same pleading, on page 557, Mr. Grégoire said that Sofina had addressed a circular letter "à tous les banquiers, belges et étrangers, et à tous les agents de change" asking them to indicate the number of coupons of Belgian provenance. Does "all" mean "all" located in Belgium or was the enquiry addressed to banks and agents in other countries as well? What percentage of the banks actually replied?

Next, Mr. President, I should like to have some further clarification of the position of both Parties relative to the requirement of continuity for the presentation of international claims.

First, is it the Belgian contention that if Sidro had sold all of the shares at its disposal in Barcelona Traction in March 1948 and repurchased such shares only in June 1962, the continuity requirement would be satisfied?

Secondly, without reference to particular facts in this case, is it the Spanish contention that a transfer of shares to nominees of another nationality breaks the thread of continuity? Or is the continuity requirement met if the equitable or beneficial interest remains in the hands of the original nationality?

Thirdly, since there is some difference of view in the arbitral jurisprudence and in the literature on the question of the final date for testing continuity, will both Parties indicate their conclusions on this question.

Finally, Mr. President, I have this question to put, and I will explain it with its background.

On 27 April 1964 I put the following question to both Parties, and I quote from the Oral Proceedings, III, page 672:

"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*?"

As Judge Bustamante stated in his Separate Opinion of 1964—" . . . this enquiry produced no appreciable result . . ." (*I.C.J. Reports 1964*, p. 83).

On 12 May, Professor Virally discussed the Canadian interpositions in the interests of *Barcelona Traction*. Professor Virally said:

"Unlike the opposing Party, we do not intend to reveal to the Court the profound thoughts of the Canadian Government, which it alone knows." (VIII, p. 540.)

His conclusion seemed to be that any consideration of the position of the Canadian Government could be dismissed.

On 11 June, Professor Aréchaga suggested a possible interpretation of the discontinuance of Canadian interposition. This will be found at page 457, *supra*.

Another interpretation is given in the contre-mémoire, IV, p. 750, Note 1.

On 7 May, Mr. Lauterpacht had called attention—to be found in VIII, p. 449—to the fact that on 25 May 1967 the Belgian Government had sent a note to the Government of the United States asking for clarification of the considerations which induced it to communicate its Note of 22 July 1949 to the Spanish Government with reference to the *Barcelona Traction* company. The Belgian Note and the reply from the United States Government are reproduced in the Belgian New Document No. 5.

Now my questions are these, Mr. President.

Is it correct for the Court to reach the conclusion that the Belgian Government made no comparable effort to ascertain the position of the Canadian Government although this was a subject on which the Court had sought enlightenment?

Is the Court to understand that the Belgian Government did not inform the Canadian Government either in 1958 or in 1962 that it was submitting the *Barcelona Traction* case to the International Court of Justice?

If the Belgian Government did inform the Canadian Government, is the Court to understand that the Canadian Government did not then, and had not previously, indicated its attitude towards this procedure?

PLAIDOIRIE DE M. AGO (suite)

CONSEIL DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL

M. AGO: Au moment où je me suis arrêté à la fin de l'audience d'hier, j'étais en train de rappeler les aspects essentiels de la thèse du Gouvernement espagnol au sujet des différentes hypothèses possibles de violation des droits de la société d'un côté, du droit des actionnaires de l'autre.

Mon honorable contradicteur, dans sa plaidoirie du 12 mai (VIII, p. 517 et suiv.), nous fait dire exactement le contraire de ce que nous avons dit dans la duplique lorsqu'il nous accuse d'avoir prétendu que les hypothèses d'une atteinte illicite aux droits de la société et aux droits des actionnaires s'exclueraient mutuellement. Qu'il me permette de lui montrer son erreur. Ce que nous avons voulu mettre en évidence c'est que, pour justifier, dans un cas donné, deux réclamations parallèles en faveur de deux sujets différents, il faut qu'en l'espèce il y ait eu la violation distincte des droits des deux sujets en question, même si cette double violation résulte matériellement d'une seule et même action.

C'est cela que l'on entend indiquer lorsqu'on parle, à propos d'une espèce unique, d'une pluralité d'actes préjudiciables, expression que mon honorable contradicteur, en faisant tort, je crois, à ses hautes qualités de juriste, affecte de trouver compliquée et peu compréhensible. Je voudrais lui faire observer que le cas de l'accident d'avion, auquel il revient constamment, constitue l'exemple typique où l'on ne trouve pas la lésion du droit d'un seul sujet, suivie éventuellement de dommages économiques ressentis par d'autres, mais précisément la lésion parallèle des droits de sujets différents: d'un côté, si l'on veut, les droits de la compagnie à laquelle l'avion appartient et, de l'autre côté, ce droit propre de chacun des passagers, qui n'est rien de moins que le droit à l'existence.

En même temps, je voudrais faire à mon honorable contradicteur une remarque à propos du passage qu'il cite de l'avis consultatif rendu par la Cour le 11 avril 1949, relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, déjà si largement analysé dans la duplique (VII, p. 1014 et suiv.). Là où la Cour indique que « les bases des deux réclamations » — ce sont ses termes — sont différentes, elle souligne très exactement par cette affirmation ce que, de notre côté, nous voulons mettre en évidence en indiquant que chacun des Etats réclamants fait valoir des griefs différents.

Mais il est temps de conclure ce rappel des principes. Le Gouvernement espagnol estime avoir amplement montré qu'il était prêt à aller jusqu'à l'extrême limite du raisonnable pour retrouver et admettre les différentes hypothèses où une intervention au titre de la protection diplomatique d'actionnaires peut légitimement avoir lieu. Mais cette limite extrême est représentée précisément par le fait que les droits dont on allègue la violation doivent être des droits de l'actionnaire lui-même. Ce qui constituerait, pour le Gouvernement espagnol, une violation certaine et flagrante des principes du droit international, ce serait d'admettre l'Etat national de l'actionnaire à intervenir en faveur de ce dernier en raison d'une atteinte à un droit qui n'appartiendrait pas à l'actionnaire, mais bien à la société en tant que telle. Pareille situation ne pourrait d'ailleurs

résulter que d'une confusion des droits de la société avec ceux des actionnaires, c'est-à-dire, en définitive, de cette méconnaissance de la société en tant qu'entité juridique indépendante, de cette négation pure et simple de la personnalité morale que le Gouvernement belge lui-même tient à exclure.

Nous pouvons considérer à présent comme accomplie la tâche préliminaire que nous nous étions assignée et qui consistait à rappeler les principes essentiels applicables à une espèce comme la nôtre et à réaffirmer ainsi les fondements mêmes de la position qu'a adoptée le Gouvernement espagnol, en l'étayant précisément sur les principes en question.

Il s'agit maintenant de passer à l'examen, plus délicat, des thèses belges, très difficiles à saisir dans leurs aspects : continuellement changeants et parfois même fuyants.

Qu'il nous soit permis, toutefois, à titre d'introduction à cet examen qui risque parfois de nous amener aux détails, de faire une remarque d'ordre général. La Partie adverse, malgré les réserves et les objections qu'elle a successivement cherché à formuler, malgré les déformations répétées de nos affirmations et de notre argumentation et les tentatives de sollicitation des principes auxquelles nous avons pu assister, même tout dernièrement, est au fond parfaitement consciente de l'exactitude de l'énoncé que, dès l'origine, le Gouvernement espagnol a fait de ces mêmes principes. En même temps, la Partie adverse sait aussi parfaitement que ces principes, rapportés au cas d'espèce, ne peuvent qu'amener à reconnaître, et ce à plusieurs titres, l'inexistence absolue d'une qualité pour agir du Gouvernement belge en la présente affaire. Bien des indices nous le montrent.

A ce propos, l'appel au « bon sens », auquel le professeur Rolin a eu recours dans sa plaidoirie du 15 avril (VIII, p. 23) comme à un ultime argument contre la troisième exception, m'est apparu comme l'aveu le plus évident de l'impossibilité dans laquelle se trouve la Partie adverse de faire appel, plus simplement et plus efficacement, aux principes de droit.

Cette remarque étant faite, voyons donc comment la Partie adverse a espéré, aux différentes phases de ce procès, et comme elle espère encore échapper aux conclusions qui s'imposent.

Son argumentation a passé par des étapes successives et différentes, qu'il n'est pas inutile de rappeler ici, ne fût-ce que pour mieux apprécier la portée de la position qu'elle a adoptée en fin de compte.

A l'origine, on l'a déjà rappelé, l'idée du Gouvernement belge a été d'invoquer les données avancées à propos d'une prétendue prépondérance d'intérêts belges dans Barcelona Traction pour fonder sur ces données une qualité pour agir au titre de la protection diplomatique de Barcelona Traction elle-même. Telle est la position adoptée dans la correspondance diplomatique (voir la note belge du 6 février 1958, A.M., vol. IV, n° 267, p. 1043) et maintenue au cours de la phase de ce procès qui va de l'introduction de la première requête, en 1958, jusqu'au désistement de cette instance en 1961.

Le Gouvernement belge se basait, à l'époque, sur la conviction que l'intérêt prépondérant devrait en quelque sorte primer la nationalité de la société qui résulte de l'incorporation ou du siège, et devrait conférer à l'Etat dont relève ce prétendu « intérêt » le droit d'exercer la protection diplomatique de la société.

Disons, à ce propos, que la position prise alors par le Gouvernement belge, en dépit des difficultés évidentes qu'elle allait rencontrer, avait du

moins, en comparaison avec les positions que le même gouvernement devait assumer par la suite, le mérite d'être plus cohérente.

Quelles étaient, en effet, les conclusions de la requête de 1958? On y accusait le Gouvernement espagnol d'une série de prétendus actes, décisions, mesures et omissions, perpétrés au préjudice de la société Barcelona Traction; on y demandait à la Cour de juger que le traitement réservé à Barcelona Traction était contraire au droit des gens et que l'Etat espagnol, responsable, était tenu de rétablir intégralement Barcelona Traction dans ses biens, droits et intérêts et d'assurer l'indemnisation de cette société pour tous les autres préjudices subis par elle; on y demandait également à la Cour de juger qu'au cas où la *restitutio in integrum* s'avérerait impossible, l'Etat espagnol serait tenu de verser à l'Etat belge une indemnité équivalente à la valeur des biens, droits et intérêts dont Barcelona Traction avait été dépouillée.

Dans de telles conditions, il était honnête de reconnaître ouvertement que le bénéfice de la protection qu'on entendait exercer par la voie du procès ainsi entamé allait à la société Barcelona Traction; et c'est justement ce que le Gouvernement belge faisait à l'époque.

Néanmoins, il était évident que la prétention du Gouvernement belge à avoir qualité pour agir au titre de la protection de la société Barcelona Traction se heurtait à un obstacle insurmontable. Cette société était de nationalité canadienne et la Belgique ne le contestait pas. Rien, d'autre part, ne permettait de supposer que la société eût pu posséder aussi, même à la seule fin de la protection diplomatique, la nationalité belge. Il est exclu que le critère de l'intérêt prépondérant ou du contrôle — même sans chercher à savoir si ce critère aurait pu vraiment jouer en faveur du demandeur en l'espèce — puisse être utilisé pour déterminer, en quelque sorte du dehors, l'appartenance juridique d'une société à un Etat donné, en opposition flagrante avec les critères adoptés par le système juridique de cet Etat. Or, ce critère est absolument étranger au système juridique belge en ce qui concerne la nationalité des personnes morales. D'autre part, le Gouvernement belge lui-même devra reconnaître plus tard explicitement dans les observations et conclusions (I, p. 176-177) l'inapplicabilité de la théorie du contrôle à la protection diplomatique.

C'est pour ces raisons que, ayant ainsi pris connaissance des objections formulées par le Gouvernement espagnol dans ses premières exceptions préliminaires, le Gouvernement belge décidait de profiter de l'occasion que lui offrait la nouvelle introduction de l'affaire, après désistement, pour changer de route. Il abandonnait formellement le rôle de protecteur de Barcelona Traction et se repliait sur celui de simple protecteur des prétendus « actionnaires belges » de cette société.

Si nous avons rappelé ces faits désormais lointains, ce n'est pas seulement par goût des évocations historiques. C'est parce que les objections que le Gouvernement espagnol faisait valoir à l'égard de la requête belge dans sa première formulation gardent toute leur valeur par rapport à la seconde. La demande n'a changé qu'en apparence; sa substance est restée la même et elle se heurte aux mêmes obstacles.

Le Gouvernement espagnol n'a cessé d'appeler l'attention du Gouvernement demandeur sur ce point; il l'a fait à toutes les phases successives de ce procès. Il a clairement montré qu'une instance n'est pas définie et caractérisée par la manière subjective dont la partie intéressée s'attache à la représenter, mais par ses données objectives, à savoir par les griefs qu'on y avance et par la réparation qu'on y demande. Si les mesures qu'on

met en cause sont des mesures qui auraient prétendument lésé les droits d'un sujet déterminé et de lui seul; si le caractère internationalement illicite de ces mesures ne peut ressortir que de la violation d'une obligation internationale de l'Etat auteur de ces mesures envers l'Etat national du sujet qui en a été le destinataire; si la réparation que l'on demande concerne le préjudice causé par ces mesures au même sujet, c'est manifestement sur la situation de ce dernier que l'on fonde son action et non pas sur celle de quelqu'un d'autre. Le professeur Weil l'a bien marqué, lui aussi, dans sa plaidoirie du 13 juin.

A tout cela, qu'a répondu jusqu'ici le Gouvernement belge? Il a trouvé des accents indignés pour affirmer que la position espagnole était prise « au mépris de l'évidence », qu'elle reposait « sur une pétition de principe », et enfin que la Cour se serait « déjà prononcée sur ce point » (*sic!*) de sorte que l'argumentation espagnole serait désormais « inutile » et qu'il n'y aurait pas à la « discuter davantage ». Un point, c'est tout.

Etant donné cette carence persistante de toute argumentation en sens contraire, le Gouvernement espagnol peut se borner, une fois de plus, à confirmer, dans son ensemble et point par point, l'argumentation déjà exposée par le passé. Toutefois, pour que la Partie adverse n'interprète pas à sa fantaisie ce renvoi à une argumentation déjà ancienne et ne prétende pas y voir une sorte d'abandon discret des objections formulées par le Gouvernement espagnol, nous nous permettons de revenir brièvement sur quelques points essentiels.

Commençons par nous demander, à cet égard, dans quelles conditions il est permis de dire, à la lumière des principes rappelés auparavant, qu'un Etat protège un de ses ressortissants en tant qu'« actionnaire » d'une société commerciale. La réponse ne fait pas de doute: lorsque cet Etat fait valoir, à l'encontre d'un Etat étranger, l'obligation internationale que ce dernier aurait envers lui de respecter certains droits qui découlent, pour la personne en question, de sa qualité spécifique d'« actionnaire ». Présenter une réclamation en faveur de cette personne en montrant qu'il a précisément été porté atteinte aux droits indiqués: c'est cela prendre fait et cause pour un « actionnaire ». Demander le rétablissement des droits propres de l'actionnaire qui ont été lésés, ou bien une réparation du préjudice qu'il a subi dans ces mêmes droits: c'est cela exercer la protection d'un « actionnaire ». Mais en dehors de ces hypothèses, il n'y a pas de « protection diplomatique d'actionnaire ».

Or, il n'y a rien, dans la demande belge, qui permette de la classer parmi les hypothèses d'une protection d'actionnaires. A qui, en effet, le Gouvernement belge prétend-il qu'on aurait infligé en Espagne un traitement internationalement illicite? Toujours et exclusivement à Barcelona Traction. C'est à cette société ou, mieux encore, à une de ses filiales dont elle était l'actionnaire unique, que l'on aurait indûment refusé les devises qui auraient pu permettre à la société de ne pas en arriver à une cessation des paiements. C'est à l'égard de Barcelona Traction qu'un tribunal prétendument incompétent aurait indûment prononcé un jugement de faillite et aurait, en plus, commis de prétendues irrégularités graves en matière de publication du jugement. C'est à l'égard des filiales de Barcelona Traction qu'on aurait pris ensuite des mesures prétendument illégitimes. Ce sont les recours des filiales de Barcelona Traction et, plus tard, de Barcelona Traction elle-même, qui auraient été indûment bloqués; et c'est toujours à propos des recours des filiales de Barcelona Traction et de ceux de Barcelona Traction elle-même

qu'on prétend que des jugements d'une injustice flagrante auraient été rendus en violation de la loi; ce sont les biens de Barcelona Traction qu'on dit avoir été vendus d'une manière illégale; et c'est enfin pour dépouiller Barcelona Traction de son entreprise qu'on aurait prétendument ourdi le complot que recouvre le terme de « grief global ».

Tous ces griefs concernent donc ou Barcelona Traction elle-même, ou, plus fréquemment encore, des sociétés filiales dont Barcelona Traction était l'actionnaire. Pas un seul de ces griefs ne concerne un traitement qu'auraient subi des « actionnaires belges » de Barcelona Traction; pas un seul ne résulte de la lésion induite d'un droit qui aurait été le leur.

On voit donc bien que le changement apparent dans la présentation de l'instance belge n'a été suivi d'aucun changement réel du fond de l'affaire. Il est resté exactement ce qu'il était à l'époque où le Gouvernement belge admettait ouvertement qu'il prenait fait et cause pour la société Barcelona Traction. La couverture du livre a changé, non pas les pages et leur contenu. En même temps, le bien-fondé de cette conclusion est également confirmé, et de manière très nette, par les modalités de la réparation qui est demandée par le Gouvernement belge.

On sait que, même après le ravalement de façade réalisé à propos des « bénéficiaires » officiels de sa protection, le Gouvernement belge a maintenu pendant longtemps comme demande principale la *restitutio in integrum* de la société. Cette *restitutio* aurait dû être réalisée par l'annulation du jugement de faillite et des actes, judiciaires et autres, qui en ont découlé.

Point n'est besoin de beaucoup de mots pour rappeler de nouveau qu'une mesure de ce genre n'aurait eu rien à voir avec la réparation d'un quelconque préjudice que les « actionnaires belges » de Barcelona Traction auraient pu prétendre avoir subi dans leurs propres droits. C'est en vain que la Partie adverse avait essayé de justifier le maintien de cette demande, lors de la procédure sur les exceptions préliminaires (III, p. 555). Elle indiquait, pour ce faire, que la demande tendant à rétablir Barcelona Traction et son entreprise dans la situation où elle était avant la faillite aurait eu pour seul but ... de rétablir les actionnaires de cette société dans leur situation d'actionnaires. Il avait alors été aisé pour le Gouvernement espagnol d'opposer à cela :

primo, que la « situation d'actionnaires » des actionnaires de Barcelona Traction n'avait nullement été atteinte par les mesures prises par les autorités espagnoles;

secundo, que si cette « situation d'actionnaires » avait été réellement affectée, il aurait fallu, pour la rétablir, des mesures autres que l'annulation du jugement de faillite de Barcelona Traction et des actes qui en ont découlé.

Aussi, comprenons-nous très bien que, plus récemment avec la réplique (V, p. 751-752), le Gouvernement belge, après une défense de pure forme de la légitimité de cette demande, l'ait en fait abandonnée, invoquant pour couvrir sa retraite le prétexte des « obstacles infranchissables » que la *restitutio in integrum* de Barcelona Traction rencontrerait à l'heure actuelle.

Mais une fois éliminée la demande de *restitutio in integrum* de Barcelona Traction, il reste quand même l'extraordinaire demande visant l'attribution de 88 pour cent du patrimoine de cette société. Nous avons parlé à plusieurs reprises de cette question (II, p. 201, et III, p. 834; C.M., IV,

p. 649 et suiv.) et, en dernier lieu, le professeur Weil s'y est longtemps et efficacement arrêté dans sa plaidoirie.

Il a été démontré par là, et d'une manière difficilement réfutable, que la prétention qu'avance le Gouvernement belge est sans rapport avec un prétendu préjudice qu'auraient pu subir des « actionnaires » de Barcelona Traction. Sa demande n'a rien à voir avec la réparation de la lésion éventuelle d'un « droit » des actionnaires qui, d'ailleurs, ne s'est pas produite. Elle n'a aucun rapport non plus avec ces répercussions économiques indirectes auxquelles on s'est déjà référé maintes fois et sur lesquelles on aura encore l'occasion de revenir pour montrer que, de toute manière, elles ne sauraient fonder une réclamation internationale.

Même si l'on voulait imaginer, par impossible, le dédommagement correspondant à de telles répercussions, ce dédommagement devrait alors être lié à la perte que l'on constaterait éventuellement dans le patrimoine de l'actionnaire à la suite d'une baisse de la valeur commerciale des actions, qui sont, en sa qualité d'actionnaire, ses seuls « biens ». Il y a là d'ailleurs une vérité si évidente que même mon honorable contradicteur dans sa plaidoirie du 12 mai (VIII, p. 520) n'a pu s'empêcher d'indiquer que « c'est la valeur économique de son action qui compte pour un actionnaire... »

A part cela, nous pensons avoir suffisamment montré le caractère anormal et aberrant de la demande belge. Au cas où l'on aurait établi — ce qui serait la prémisse nécessaire de l'acceptation de n'importe quelle demande — que la société Barcelona Traction, contre toute évidence, aurait été la victime d'un préjudice internationalement illicite et aurait, par conséquent, droit à réparation, la *restitutio in integrum* entraînerait la restitution à la société de son patrimoine. Or, avec sa fausse apparence de n'en être que l'équivalent, la demande tendant à recevoir, pour le compte des prétendus « actionnaires belges », 88 pour cent du patrimoine social, aurait en réalité la double conséquence de soustraire à la société son propre bien et de l'attribuer à des sujets qui n'ont pas et n'ont jamais eu sur ce bien un droit quelconque. Car s'il est une chose sur laquelle la pratique et la doctrine, de droit commercial comme de droit international, sont unanimes, c'est pour affirmer que les actionnaires n'ont que le droit de recevoir une quote-part du reliquat d'actif éventuellement reconnu existant quand la société a été régulièrement dissoute et liquidée en conformité avec les dispositions de la loi applicable, et après que la dette sociale a été entièrement honorée. Tant que tout cela n'a pas été réalisé, les actionnaires n'ont aucun droit sur les biens de la société. Et à ce propos, je voudrais épargner à la Cour l'ennui d'une énième citation des références arbitrales et doctrinales à l'appui de cette affirmation. Je me bornerai à citer le passage, à vrai dire très efficace, de la plaidoirie du professeur Van Ryn du 22 avril, où il dit que :

« Quiconque méconnaît le principe du patrimoine distinct de la personne morale en permettant aux associés ou aux créanciers d'exercer leurs droits sur le patrimoine social méconnaît par là même, et nécessairement, la personnalité morale de la société » (VIII, p. 162.)

Le professeur Weil, dans sa plaidoirie, a déjà fait justice des pâles arguments par lesquels la Partie adverse voudrait défendre la demande de réparation qu'elle présente actuellement.

Il a aussi démasqué les vraies raisons de la préférence que, en fin de compte, les intéressés ont donnée à la forme de réparation qui y est prévue. Qu'il suffise de réaffirmer ici à nouveau que la demande avancée par le Gouvernement belge ne concerne en rien la réparation de droits éventuels de ressortissants belges. Elle n'est qu'une tentative évidente d'invoquer abusivement, au profit de prétendus « actionnaires belges », un droit qui, s'il existait, reviendrait exclusivement à une société non belge et dont seul l'État national de cette société pourrait exiger le respect.

L'analyse de la réparation demandée confirme donc pleinement l'exactitude de notre constatation. La petite opération réalisée en 1962 pour remplacer sur la scène Barcelona Traction par les prétendus « actionnaires belges » de cette société n'a pas pu changer le fond des choses ni faire disparaître le défaut complet de caractère national de la réclamation belge.

Or, je n'ai certainement pas besoin de rappeler que la présence de ce caractère national représente, en droit international général, une condition *sine qua non* pour qu'une réclamation internationale puisse être admise. Le principe est trop généralement reconnu et j'abuserais de la patience de la Cour si j'ajoutais des commentaires à son simple énoncé. Il n'y a d'ailleurs, à ce sujet, aucune divergence de vues entre les Parties au présent différend. Qu'il suffise donc d'indiquer simplement, à titre de conclusion de cette partie de mon exposé, que le Gouvernement espagnol demande que la réclamation belge soit, de ce chef, rejetée.

Monsieur le Président, Messieurs, étant donné la conclusion que je viens d'énoncer, il me semble évident que l'analyse des autres aspects de l'affaire ne peut être poursuivie maintenant qu'en raisonnant par hypothèse.

Faisons même abstraction des faits constatés auparavant. Oublions que le seul ressortissant belge dont le Gouvernement belge avance le nom n'avait aucun titre à se dire, en droit, « actionnaire » de Barcelona Traction; faisons comme s'il était vrai que les « intérêts belges » dans l'affaire avaient, sur le plan des réalités économiques, l'importance qui leur est attribuée par le Gouvernement belge. Même tout cela mis à part, il reste qu'on nous demande encore de fermer les yeux: sur le fait, cette fois, que le Gouvernement belge, en l'espèce, ne prend pas réellement fait et cause pour un ressortissant belge, prétendument « actionnaire » de Barcelona Traction, puisqu'il fait valoir, à tout point de vue et à tous effets, une situation qui n'est pas celle de ce ressortissant, mais celle d'un ressortissant d'un autre pays.

Néanmoins, toutes ces réserves étant faites, nous voulons bien accepter d'examiner comment les choses se passeraient si l'on ne devait pas tenir compte des objections que nous avons successivement soulevées. Nous sommes sûrs, en effet, que quel que soit le terrain sur lequel on se place pour l'examiner, la réclamation belge ne peut qu'apparaître tout aussi inacceptable.

Passons donc au chapitre suivant et voyons — en ayant toujours présentes à l'esprit les règles applicables — comment le Gouvernement belge a tenté de justifier la demande qu'il a présentée en l'espèce en se réclamant du titre de protecteur des prétendus « actionnaires belges » de Barcelona Traction.

Au commencement de cette partie de ma présente plaidoirie, j'avais indiqué que la Partie adverse a exploré trois directions différentes dans l'espoir de trouver une justification possible de sa qualité pour agir en l'espèce au titre invoqué.

Pendant la préparation et le déroulement de la procédure sur les exceptions préliminaires, les espoirs du Gouvernement belge avaient été placés essentiellement dans ce qu'il appelait alors avec assurance les « précédents importants ». C'était la première des directions explorées.

A l'époque, la Partie adverse ne songeait pas du tout à exclure aussi radicalement qu'elle l'a fait par la suite la reconnaissance de la règle de base qui, en application des principes généraux régissant la matière, veut que ce soit à l'Etat national de la société de faire valoir les droits de la société sur le plan international, au cas où ces droits auraient été indûment méconnus par un Etat étranger. A son avis, toutefois, cette règle se serait avérée parfois inadéquate pour répondre aux situations concrètes créées par l'essor des grandes sociétés financières et aux besoins de leur protection. Tournant donc les yeux vers la pratique des Etats et la jurisprudence arbitrale, la Partie adverse s'était fait l'illusion de pouvoir y déceler une tendance à l'instauration progressive d'une dérogation par rapport à la règle classique: dérogation consistant à admettre, parfois, l'Etat national des actionnaires à faire valoir, pour le compte de ces derniers, certaines violations illicites des droits de la société. Sur sa lancée, elle avait cru pouvoir parler, à ce propos, d'une véritable coutume internationale qui, sans remplacer complètement l'ancienne, serait venue corriger ce que celle-ci aurait eu d'insuffisant (O.C., I, p. 175). Ce prétendu ajustement se serait surtout appliqué au cas où l'Etat coupable du préjudice serait en même temps l'Etat national de la société. Mais on aurait pu en faire application aussi à l'hypothèse que — non sans hardiesse — elle avait rapprochée de la première: l'hypothèse où l'Etat national de la société aurait été un Etat tiers qui aurait, toutefois, refusé ou négligé d'en assumer la protection, à cause du manque d'intérêt dû au caractère non effectif de la nationalité de la société.

Malheureusement pour la Partie adverse, ses illusions se basaient sur une analyse trop peu attentive de la pratique. Ce vice d'origine a été déterminant et s'est nécessairement traduit par l'insuccès rencontré toutes les fois où, plus tard et même tout dernièrement, elle est revenue sur la question dans l'espoir de sauver quelque chose de ses affirmations initiales.

Le patient examen critique des différentes affaires, auquel s'est consacré à plusieurs reprises la Partie défenderesse, depuis les exceptions préliminaires jusqu'à la duplique et à ses annexes (E.P., I, p. 199 et suiv.; P.O. 1964, II, p. 230 et suiv.; III, p. 857 et suiv.; C.M., IV, p. 723 et suiv.; D., VII, p. 1047 et suiv.; A.D., vol. III, n° 201, p. 477 et suiv.) a permis, en effet, de bien rétablir la vérité à ce sujet.

Les constatations essentielles que ce réexamen nous a amenés à faire peuvent être synthétisées en quatre points. Ces points concernent respectivement: primo, l'attitude de la pratique arbitrale à l'égard de la protection diplomatique d'actionnaires en cas de préjudice internationalement illicite causé à une société étrangère; secundo, l'attitude de la même pratique arbitrale à l'égard de la protection diplomatique d'actionnaires lorsque la société a la nationalité de l'Etat destinataire de la réclamation; tertio, l'attitude des Etats destinataires face à des réclamations présentées au titre de la protection d'actionnaires, mais fondées sur un préjudice prétendument causé à la société; quarto, les tendances de la pratique conventionnelle en la matière. Il sera utile, je m'en excuse, de consacrer quelques moments d'attention à ces quatre points et aux conclusions qui se dégagent de chacun d'entre eux.

La première — et, de loin, la plus essentielle — des constatations qui se sont imposées à la suite d'une analyse critique de la pratique arbitrale, c'est que, en aucun cas — je me permets de le souligner : en aucun cas — la pratique arbitrale n'a admis la protection diplomatique d'actionnaires, ou autres sociétaires, par leur Etat national, en cas de préjudice internationalement illicite causé par un autre Etat à une société étrangère.

Il s'agit, reconnaissons-le, d'une conclusion plutôt décevante pour qui se proposait de démontrer la formation d'une coutume internationale en sens contraire. En d'autres termes, la pratique exclut entièrement la possibilité d'admettre un Etat autre que l'Etat national de la société à faire valoir sur le plan international un préjudice portant atteinte aux droits de la société, dans la seule hypothèse où, en fait, il est question d'une application possible des règles relatives à la protection diplomatique. Car ce n'est que dans cette hypothèse qu'il s'agit d'un traitement infligé par un Etat à une *personne étrangère*; et la protection diplomatique est précisément l'exercice actif du droit d'exiger d'un autre Etat qu'il réserve un certain traitement aux personnes physiques et morales étrangères.

Passons maintenant à l'hypothèse spécifique, et radicalement différente, où l'Etat auteur des mesures préjudiciables incriminées est l'Etat même dont la société porte les couleurs. Il s'agit, comme nous l'avons remarqué plus d'une fois, d'une hypothèse qui est, pour ce qui concerne l'entité collective en tant que telle, tout à fait extérieure au domaine du traitement des étrangers et, partant, de leur protection diplomatique. C'est par rapport à cette hypothèse seulement que l'on a pu repérer, dans la pratique arbitrale, quelques cas rares et anciens, notons-le, où l'Etat national des actionnaires d'une société anonyme, ou des membres d'une association ou d'une société d'un autre genre, ont été admis à présenter une réclamation en leur faveur.

En même temps, un examen approfondi des circonstances de ces espèces et d'autres encore qui se rattachent à la même hypothèse a fait ressortir les trois points suivants :

a) Dans la plupart des affaires où la réclamation a été admise, il s'agissait en réalité de questions relatives à des sociétés de personnes, auxquelles la plupart des systèmes de droit dénie toute personnalité juridique distincte de celle des associés. Même là où cette distinction est admise, il est impossible en fait qu'une lésion des droits de la société n'aille pas de pair avec une lésion directe des droits des associés, à cause du fait qu'il n'y a pas une distinction nette entre la situation patrimoniale respective des premières et de la seconde. Afin d'éviter toute perte de temps, nous nous permettrons de renvoyer aux renseignements plus détaillés déjà donnés à ce sujet dans la duplique (VII, p. 1052-1053).

b) Dans les deux seuls cas, très anciens au surplus, où l'on a admis une réclamation au titre de la protection d'actionnaires d'une société de capitaux, les Etats réclamants faisaient valoir contre l'Etat national de la société des préjudices prétendument infligés aux droits des actionnaires eux-mêmes. En plus, dans la plus significative de ces deux espèces, celle de la *Delagoa Bay*, la circonstance décisive a été l'existence d'un accord particulier entre les Etats intéressés qui permettait, explicitement et exceptionnellement, la « substitution » d'un sujet à l'autre et admettait ainsi la société étrangère à faire valoir les droits de la société nationale comme s'ils avaient été les siens. Je voudrais souligner cet aspect, car ici

comme dans le cas des dispositions particulières de certaines conventions de réclamations — je me réfère aux conventions mexicaines — le moyen dont les Etats se servent pour déroger aux conséquences du principe qui exclut toute réclamation de l'Etat national des actionnaires pour un préjudice infligé aux droits de la société est précisément celui de la substitution d'un sujet à un autre. Il y a là, manifestement, une confirmation explicite du principe au moment même où l'on veut en écarter les effets par rapport à certains cas concrets. En l'espèce, la dérogation avait été justifiée par le fait que la prétendue société « nationale » n'était que pure fiction, créée exclusivement pour satisfaire à des exigences formelles de la législation locale.

c) Par contre, dans tous les cas où les arbitres ont pu constater que le préjudice invoqué avait été causé à la société en tant que telle, ils ont rejeté, précisément sur cette base, la réclamation présentée au nom d'actionnaires, en dépit du fait que la société était nationale de l'Etat accusé d'avoir causé le préjudice.

Ces constatations ont été dûment prouvées et la Partie adverse n'a pas pu en contester le bien-fondé. Nous pouvons dire ceci en dépit de certaines réaffirmations, toutes platoniques, de la valeur des précédents pour la thèse belge, que mon honorable contradicteur a faites au cours de ses plaidoiries (VIII, p. 503 et suiv. ; p. 558 et suiv.) et qui paraissent dictées surtout par le désir d'honorer la signature de ses prédécesseurs.

En effet, il n'a essayé de mettre en doute l'analyse du Gouvernement espagnol qu'à propos d'une seule affaire: l'affaire *El Triunfo*, à laquelle il a consacré d'assez longs commentaires (VIII, p. 505-508). Il ne s'agit certes pas de prendre le temps de la Cour pour entrer en polémique au sujet de la description qu'il a donnée à son tour de certains aspects de cette affaire, description qui contient des erreurs évidentes: par exemple, le fait de dire qu'en l'espèce l'action sociale aurait été exercée par la société et non pas par les actionnaires majoritaires. Même abstraction faite de ceci quelle conclusion mon honorable contradicteur a-t-il pu tirer de sa nouvelle analyse? Il a dit que les atteintes directes aux droits des actionnaires, qu'il ne nie pas, auraient touché en même temps la société. Admettons, par hypothèse, que cela ait été. Le fait essentiel de la lésion directe des droits des actionnaires ne disparaît pas pour autant, ni par conséquent le droit de présenter une réclamation de l'Etat national des actionnaires que cette lésion justifiait. Où est donc l'« abus d'évidence » que mon honorable contradicteur voudrait dénoncer? Ceci mis à part, je dois ajouter que ce n'est pas sans un certain amusement que je vois la Partie adverse en être réduite à fonder ses ultimes espoirs sur une affaire qui remonte à 1902 et qui ne brille vraiment ni par la précision dans la définition des positions des parties ni par la clarté de la décision ou la richesse des motifs. Les remarques formulées dans ce cadre excluent donc nettement la possibilité d'alléguer, sur la base de la pratique, l'existence d'une prétendue « exception » destinée à faire échec à la conclusion générale qui se déduit logiquement des principes applicables et qui veut que la protection diplomatique du sociétaire ou de l'actionnaire ait comme fondement la lésion d'un droit du sociétaire ou de l'actionnaire.

Tout à fait à l'encontre des espoirs de la Partie adverse, la pratique arbitrale internationale relative aux cas de sociétés nationales de l'Etat auteur des mesures préjudiciables confirme pleinement l'exactitude des conséquences que nous avons tirées de l'application des principes. La prétendue « exception » que la Partie adverse — se fondant sur les con-

clusions quelque peu hâtives de certains auteurs — avait espéré pouvoir établir, n'en est donc en réalité pas une. Et avec cela tombe définitivement l'espoir de pouvoir « gonfler » opportunément cette « exception » pour les besoins de la cause et de l'étendre à des hypothèses différentes.

L'audience, suspendue à 10 h 50, est reprise à 11 h 5

Avant d'en terminer avec ce deuxième point des constatations qui se déduisent de l'analyse de la pratique arbitrale internationale, je ne saurais manquer de mentionner brièvement un prétendu « précédent » que mon honorable contradicteur, en désespoir de cause semble-t-il, a voulu mentionner dans sa plaidoirie du 12 mai (VIII, p. 528). Ce « précédent » lui a paru être l'exemple d'une pratique qui, dit-il, en ce qui concerne les problèmes que nous débattons, « se généralise de plus en plus et à la formation de laquelle participent tous les Etats ». Il s'agit de la décision du 4 octobre 1966 de la Commission des droits de l'homme, cette instance à l'égard de laquelle la Partie adverse a montré, à tort, si peu de considération à propos de la question de l'épuisement des recours internes. De quoi s'agissait-il? Il s'agissait d'un recours d'un ressortissant autrichien, actionnaire d'une société autrichienne, se plaignant d'une violation des droits de l'homme de la part d'autorités ... autrichiennes. Je me demande si, en mentionnant cette affaire, mon honorable contradicteur a voulu faire de l'humour à ses propres dépens. Je cite textuellement son commentaire: « Son intérêt tient à ce que cette décision nous fait sortir du cadre de la protection diplomatique et même de celui du traitement des étrangers. » (*Ibid.*, p. 528.) C'est, en effet, le meilleur commentaire que l'on puisse faire.

La troisième des constatations qu'une analyse approfondie de la pratique arbitrale et diplomatique permet de faire est que les Etats destinataires des quelques rares réclamations qui ont été présentées au titre de la protection d'actionnaires, mais qui étaient fondées sur un préjudice prétendument causé à la société, s'y sont opposés toujours et de la manière la plus nette. Mon honorable contradicteur ne prétendra pas voir une exception à cette pratique dans l'affaire *Petsamo Nickel* qu'il a mentionnée (*ibid.*, p. 529 et suiv.), où il s'agissait en réalité d'un règlement entre alliés des conséquences d'un transfert de propriété découlant de l'accord d'armistice avec un ancien ennemi.

Au surplus, il est à remarquer que l'opposition des Etats destinataires des réclamations est devenue radicale et catégorique lorsque, à propos d'une même situation concrète, deux Etats étrangers ont essayé d'intervenir parallèlement ou successivement, l'un en tant qu'Etat national de la société, et l'autre en tant qu'Etat national des actionnaires, pour faire valoir, l'un et l'autre, des préjudices prétendument causés à la société. Un exemple frappant de cette prise de position, exprimée dans les termes à la fois les plus précis et les plus efficaces, a été donné par le Gouvernement britannique dans l'affaire de la société belge *Armes automatiques Lewis*. Les circonstances de cette affaire ont été évoquées en détail dans la duplique (VII, p. 1050-1051). Qu'il suffise de dire ici que le droit exclusif pour l'Etat national de la société de présenter des réclamations dans de telles circonstances y a été réaffirmé expressément et dans des termes qui ne laissent place à aucune équivoque. Et la tentative de mon honorable contradicteur qui voudrait diminuer l'importance, justement par rapport à notre espèce, de l'attitude adoptée par le Gouvernement bri-

tannique en s'opposant à la réclamation américaine, est vraiment mal venue. Le Gouvernement britannique ne pouvait, en effet, exprimer dans des termes plus clairs que la réclamation que le Gouvernement américain présentait au nom des actionnaires américains d'une société belge ne pouvait pas être considérée comme une réclamation présentée réellement en faveur de ces derniers et devait être considérée comme une réclamation en faveur de la société, le prétendu préjudice invoqué ayant été infligé à la société en tant que telle. C'est exactement le même principe que fait valoir ici et depuis toujours le Gouvernement espagnol.

« Partant, toute réclamation concernant des préjudices prétendument infligés à la société doit être considérée comme étant une réclamation faite pour le compte de la société, qui est de nationalité belge. »

Tels sont les termes, textuellement cités, par lesquels s'exprime la note britannique du 2 août 1933, et qui sont reproduits à l'annexe 201 à la duplique (p. 501 et suiv.). Mon honorable contradicteur ne leur a évidemment pas consacré son attention.

En ce qui concerne, enfin, la pratique conventionnelle à laquelle se réfère la quatrième et dernière des constatations auxquelles nous amène l'analyse de la pratique, ce que l'on doit noter c'est que cette pratique ne révèle nullement l'existence d'une prétendue tendance progressive à admettre une protection diplomatique d'actionnaires pour des préjudices internationalement illicites causés par un Etat à des sociétés étrangères; et il est inutile que, pour prouver le contraire, le Gouvernement belge continue à solliciter le texte de certaines conventions et notamment d'une formule sur la signification de laquelle nous reviendrons par la suite.

Le Gouvernement espagnol considère avoir prouvé (D., VII, p. 1058 et suiv.) le caractère consciemment exceptionnel et nettement dérogoire, par rapport aux principes du droit international général, de certaines conventions bilatérales de réclamations peu récentes de surcroît. Il s'agit notamment, comme nous l'avons indiqué, de celles passées de 1923 à 1927 entre divers pays et le Mexique. Par la même occasion le Gouvernement espagnol a aussi mis en évidence que ces conventions confirment, par leurs termes mêmes, le principe selon lequel les actionnaires n'ont, en tant que tels, aucun droit à être indemnisés pour les dommages subis du fait d'un préjudice causé à la société. Les actionnaires n'ont été admis à agir, en effet, que dans des cas où il y avait eu cession à leur profit d'un droit propre de la société.

Et à ce propos, n'en déplaise à mon honorable contradicteur (VIII, p. 530 et suiv.), ce qui représente dans ces conventions l'élément dérogoire par rapport au droit international général, c'est la possibilité exceptionnellement reconnue à l'actionnaire de présenter une réclamation; ce n'est pas la condition, à laquelle il doit satisfaire, qui limite la portée de la dérogation et qui consiste à devoir prouver qu'il y a eu en sa faveur la cession d'un droit de la part de la société. Il suffit de relire le passage très clair de la décision de la Commission arbitrale dans l'affaire *Dickson Car Wheel Co.* (publiée à la page 1023 de la duplique, VII) pour n'avoir pas de doutes sur ce point.

Dans le texte de ces conventions, si imprudemment mentionnées par la Partie adverse, l'on ne trouve donc, en réalité, que la nette confirmation de la reconnaissance par les Etats du principe général accordant au seul Etat national de la société le droit de se plaindre d'un préjudice causé à

la société en tant que telle. Pour ce qui est de l'application pratique de ces conventions, d'autre part, l'on ne connaît pas un seul cas où des actionnaires nationaux de l'un des États cocontractants aient demandé au Mexique la réparation des dommages causés à leurs intérêts dans ces sociétés. C'est assez réussi, comme preuve d'une tendance évidente du droit international moderne!

Quant aux conventions multilatérales, enfin, et aux projets de conventions multilatérales relatives aux investissements étrangers, le Gouvernement belge n'a plus été tenté d'y faire appel. Après l'abandon de fait du projet de convention de l'OCDE et l'adoption du nouveau texte de convention de la BIRD (A.D., vol. III, n° 201, p. 504-505), il n'a pu que reconnaître lui-même que la tendance la plus récente va nettement à l'encontre de toute possibilité d'admettre, même dans les limites les plus restreintes, l'idée d'une réclamation au nom d'actionnaires pour des préjudices causés à des sociétés. Si, d'ailleurs, on voulait trouver une confirmation de cette tendance négative dans les traités d'établissement, qui sont les plus importants pour la matière qui nous intéresse, il suffirait de se référer au texte de la convention sur l'établissement des sociétés adoptée par les pays membres du Conseil de l'Europe et ouverte à la signature à Strasbourg le 20 janvier 1966 (voir le texte dans le *Mémorial* du Grand-Duché du Luxembourg, 1968, A n° 51, p. 511.)

La convention n'accorde pas la moindre importance aux actionnaires et à leur nationalité, que ce soit pour admettre une protection éventuelle des actionnaires pour des préjudices causés à la société ou pour attribuer à l'Etat national des intérêts prépondérants le droit de protéger la société. Il y est fait référence exclusivement aux critères qui sont propres au droit international général en matière de protection de sociétés, à savoir la nationalité de la société en tant que lien juridique doublé, le cas échéant, de l'existence d'un lien effectif et continu avec l'économie du pays.

Il est temps de conclure, maintenant, à propos de cette première direction explorée par le Gouvernement belge pour y trouver un appui pour ses thèses, à savoir celle du recours aux précédents. La Partie adverse n'a elle-même pu que se rendre compte du caractère irréfutable des constatations que le Gouvernement espagnol a pu lui opposer sur la base des faits. En réalité, en dépit des arguments défensifs de pure forme présentés ici ou là, la Partie adverse a amorcé déjà, dès les derniers moments de la procédure orale sur les exceptions préliminaires, un mouvement de repli qui aboutit finalement à abandonner complètement l'idée de trouver dans les précédents qu'elle avait avancés avec tant d'assurance la preuve d'une évolution du droit international vers les thèses qu'elle préconise. Elle ne parle plus de la formation, en droit international, d'une règle coutumière nouvelle: une règle qui devrait répondre aux besoins accrus de protection des investissements effectués par des sociétés financières internationales et qui aurait progressivement admis les États nationaux des actionnaires de sociétés commerciales à faire valoir, dans certaines circonstances, les préjudices causés aux droits de la société. On se contente désormais de prétendre — également à tort d'ailleurs — que cette pratique ne révélerait rien de vraiment décisif à l'encontre des thèses qu'elle présente désormais sur la base exclusive d'une prétendue application des principes généraux. L'argumentation de la Partie adverse, combien modeste, combien candide — nous l'avons déjà noté par le passé — consiste à présent à affirmer que l'Espagne n'aurait pas prouvé, par son analyse, l'existence d'une règle prohibitive faisant obstacle à

l'application d'un prétendu principe général affirmé comme postulat, qui permettrait spécifiquement l'exercice, par un gouvernement, de la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère en raison d'un préjudice causé aux droits de la société. Mon honorable contradicteur a réaffirmé cette idée dans ses plaidoiries du 9 mai (VIII, p. 510) et du 12 mai (*ibid.*, p. 532). C'est une manière comme une autre d'avouer l'échec le plus complet des efforts antérieurement accomplis.

La deuxième des directions empruntées par le Gouvernement belge dans ses efforts pour sauver ses prétentions est celle qui devrait amener à attendre le salut des principes généraux du droit international régissant la matière.

C'est, en effet, dans ces principes ou, pour mieux dire, dans un opportun aménagement de ces principes que la Partie adverse a placé ses nouvelles illusions, surtout depuis qu'elle a dû constater la vanité de celles que lui avaient auparavant inspirées les prétendus précédents en sa faveur et la non moins prétendue évolution que ces précédents auraient fait subir au droit international.

L'affirmation de la volonté de ne rechercher qu'en ces principes la justification des demandes belges en la présente affaire est devenue en quelque sorte le leitmotiv de la défense belge. On la retrouve presque à chaque moment depuis la réponse donnée en son temps aux questions posées lors de la procédure orale sur les exceptions préliminaires par sir Gerald Fitzmaurice, jusqu'aux plaidoiries actuelles de mon honorable contradicteur.

Rien n'est plus facile, toutefois, que de déclarer hautement son intention de fonder ses conclusions uniquement sur l'application des principes de droit international général qui régissent la matière dans laquelle se situe le cas d'espèce. C'est, sans aucun doute, la voie maîtresse à suivre pour la démonstration du bien-fondé d'une conclusion. Seulement, la difficulté vient après. Ce qui est beaucoup moins facile, c'est de prouver que l'application des principes en question aboutit vraiment au triomphe des conclusions souhaitées.

Les principes de droit international, en effet — ces principes dont nous avons fait état au commencement de cette partie de la présente plaidoirie —, admettent l'exercice par un Etat du droit de présenter une réclamation en faveur d'un national, à une condition. Cet Etat doit pouvoir alléguer que son ressortissant aurait subi une atteinte à ses propres droits de la part d'un Etat étranger, et à des droits dont ce dernier Etat était tenu d'assurer le respect en vertu d'une obligation internationale le liant à l'Etat réclamant.

Dans notre cas donc, comme nous l'avons mis en évidence, il ne suffirait pas au Gouvernement belge d'invoquer, sur la base de ces principes, un préjudice causé à des droits de la société: il lui incomberait de prouver qu'il aurait été porté atteinte, en même temps, à des droits de prétendus actionnaires belges de Barcelona Traction et, bien entendu, à des droits dont le respect serait exigé par une obligation internationale de l'Espagne envers la Belgique.

Il est donc intéressant de voir par quels moyens — je serais tenté de dire par quels artifices, mais n'anticipons pas sur nos conclusions — la Partie adverse a cherché à se sortir des difficultés qu'elle a inévitablement rencontrées et à concilier l'inconciliable, à savoir les principes applicables et ses propres thèses.

Pour ce faire elle a, une fois de plus, battu différents chemins.

La voie maîtresse aurait été, évidemment, de pouvoir découvrir un ou plusieurs droits quelconques, qui auraient vraiment été propres aux actionnaires de Barcelona Traction en tant que tels, et de pouvoir montrer que les mesures prises par les autorités espagnoles auraient illicitement porté atteinte à ces droits. Dans le mémoire (I, p. 182) et dans les observations et conclusions (*ibid.*, p. 181) on avait essayé, en effet, d'alléguer une prétendue atteinte « immédiate et directe » que les actions ou omissions des organes de l'Etat espagnol auraient infligée à certains droits fondamentaux des actionnaires, à savoir celui de choisir les administrateurs de la société, celui de recevoir leur part du produit de la gestion sociale et celui de participer à la répartition du reliquat d'actif en cas de dissolution et de liquidation de la société.

Il avait été aisé au Gouvernement espagnol, déjà lors de la procédure orale sur les exceptions préliminaires (II, p. 199-200), de montrer toute l'inconsistance de ces prétentions. Jamais les mesures prises par les autorités espagnoles n'ont porté atteinte à de tels droits à l'égard des actionnaires de Barcelona Traction. Les conseils du Gouvernement belge n'avaient donc pas cru opportun d'insister sur ce point.

La Partie adverse a néanmoins voulu revenir sur la question dans la réplique, où elle a repris la vieille assertion d'un prétendu préjudice causé aux actionnaires « belges » de Barcelona Traction par une atteinte directe aux droits déjà rappelés. Elle l'a fait, chose qui nous a frappés, dans une petite section séparée et non pas dans le chapitre consacré à l'exception dont nous traitons. Elle y a insisté particulièrement sur une prétendue perte, par les « actionnaires belges », des prérogatives touchant la gestion de la société. Enfin, au cours des récentes plaidoiries, c'est le professeur Lauterpacht qui a de nouveau essayé de soutenir que les actionnaires de Barcelona Traction auraient été dépouillés de ce qu'il appelle les trois aspects ou éléments traditionnels de leurs droits. Il a toutefois apporté un petit changement à leur présentation: le droit de choisir les administrateurs de la société s'est transformé, chemin faisant, en un « droit d'administration » (*right to administration*) (VIII, p. 459). Le professeur Virally, pour sa part, a été même plus généreux (*ibid.*, p. 545). A son avis les « droits propres » des actionnaires ayant subi une atteinte directe de la part des autorités espagnoles seraient les suivants:

« droit de gérer les affaires de la société par l'intermédiaire d'administrateurs désignés par eux, droit d'exercer l'action sociale, sans se heurter à un déni de justice, droit de participer à une liquidation régulière des actifs de la société et de ne pas être soumis, par conséquent, à une vente judiciaire abusive ».

Or, précisons d'abord que les actionnaires ont bien le droit de nommer les administrateurs. Par contre, ils n'ont eux-mêmes, et dans aucun système juridique, un « droit » de gérer ou d'administrer la société. Attention donc à ne pas créer d'équivoque en sollicitant les définitions!

Cette précision faite, venons-en à l'essentiel, non sans avoir rappelé toutefois à la Partie adverse les observations que nous avons déjà faites à ce sujet dans la duplique (VII, p. 1018-1019) et que nos honorables contradicteurs paraissent avoir oubliées.

En premier lieu, il est hors de doute, me semble-t-il, que les prérogatives des actionnaires de Barcelona Traction en ce qui concerne la nomination des administrateurs de la société n'ont jamais été affectées. Les administrateurs qu'ils ont choisis n'ont jamais été écartés par une

action quelconque des autorités espagnoles, ni empêchés de tenir leurs réunions, d'exercer leurs fonctions et d'assurer la défense de la société. Le professeur Weil n'aurait pu le montrer mieux qu'il ne l'a fait dans sa plaidoirie du 13 juin (*supra*, p. 510). Pour ne pas prendre inutilement de votre temps, Messieurs, je vous demande donc seulement la permission de citer textuellement le passage pertinent de la requête en fraude procédurale, présentée par Sidro devant le tribunal n° 14 de première instance de Madrid le 7 février 1953 (nouv. doc., vol. II, p. 160).

Il y est dit textuellement ce qui suit :

« Ainsi, donc, chez la « Barcelona Traction », non seulement ses actionnaires ont conservé leurs droits politiques, mais a subsisté aussi son propre et authentique conseil d'administration, sans que les organes de la faillite aient prétendu y faire des remplacements ou des changements quelconques. »

Après cette lecture, j'ose espérer que la Partie adverse cessera enfin de nous parler de la perte par Sidro de son droit de participer au choix des administrateurs de Barcelona Traction, ou, pour se servir d'une autre expression qui lui est familière, de faire administrer Barcelona Traction par des administrateurs de son choix.

Dans l'hypothèse où, par hasard, nos honorables contradicteurs auraient simplement fait une confusion à ce propos et auraient voulu se référer non pas aux administrateurs de Barcelona Traction mais à ceux des sociétés filiales, nous devrions leur rappeler que ces derniers géraient des sociétés dont Barcelona Traction et nul autre était actionnaire: non pas Sidro, assurément, ni d'autres Belges non plus. Si, donc, il était vrai — ce qui n'est certainement pas le cas — que parmi les faits allégués par le Gouvernement belge, l'on pourrait déceler une atteinte « première et illicite aux droits des actionnaires », les droits mis en question ne seraient finalement que ceux de l'« actionnaire »... Barcelona Traction: c'est-à-dire d'un « actionnaire » canadien et non pas d'« actionnaires belges ». Si c'est à cela qu'il veut se référer, le Gouvernement belge confirme, en l'aggravant, sa tentative entièrement inadmissible de faire valoir sur le plan international les griefs d'une société d'une nationalité autre que la sienne.

En ce qui concerne la mention du droit d'exercer l'action sociale, nous ne pouvons que la trouver fort étrange. Ou bien mon honorable contradicteur veut parler d'une action exercée par les administrateurs de Barcelona Traction (quoique, dans ce cas, le terme soit plutôt impropre); et alors, tout en repoussant entièrement l'accusation implicite et toute réserve faite quant à l'exercice de cette action en l'espèce, nous pouvons comprendre à la rigueur le sens d'une référence au « déni de justice ». Mais, dans ce cas, le droit dont il s'agit est un droit de Barcelona Traction et non pas de ses actionnaires. Si, par contre, ce que l'on a voulu désigner plus techniquement, c'est l'action sociale que les actionnaires peuvent exercer contre les administrateurs, alors disons simplement que nous n'avons pas la moindre connaissance du fait qu'une action de ce genre ait été exercée dans le cadre de Sidro, ni du fait qu'elle se soit heurtée à un déni de justice.

Quant au droit de participer à la distribution du reliquat d'actif, ce dernier, comme nous l'avons mis en évidence en d'autres occasions, et comme sa définition elle-même l'indique clairement, est un droit envers les administrateurs et envers les autres membres de la société, qui se

concrétise au moment de la dissolution et de la liquidation de la société. Mais ce n'est pas du tout un droit à ce qu'il y ait un reliquat d'actif ou un droit à prétendre que les tiers ne fassent rien qui puisse empêcher l'existence de ce reliquat ni en diminuer l'importance. La mention de ce droit dans notre cas à propos de la vente des biens de Barcelona Traction n'a donc pas de sens.

Les recherches de la Partie adverse en direction des « droits des actionnaires » proprement dits s'étant avérées si décevantes, elle s'est alors tournée vers ce que nous pourrions appeler des pseudo-droits, pratiquement fabriqués de toutes pièces pour les besoins de la cause. C'est ce qui nous fait comprendre les réserves si constantes du professeur Virally (VIII, p. 545) contre l'idée même des droits « propres » des actionnaires et son souci d'indiquer que la liste habituelle de ces droits — même celle si savamment dressée, à l'époque, par le regretté professeur Sauser-Hall en tant que président de la commission qui a tranché l'affaire *Brincard* — ne serait ni complète ni exhaustive.

Quels seraient donc ces pseudo-droits fumeux dont les autorités espagnoles auraient indûment privé les sociétés belges prétendument actionnaires de Barcelona Traction? Le professeur Lauterpacht, dans sa plaidoirie du 8 mai (VIII, p. 459) parle d'un « contrôle » dont on ne sait pas bien si, dans son esprit, il constituerait un droit ou non, ni s'il serait un droit conféré à tout actionnaire ou seulement — mais comment — à cette entité changeante, difficilement définissable, qu'est l'actionnaire majoritaire: une entité sûrement dépourvue d'une situation juridique spécifique. Pour ma part, j'ai cherché dans les manuels de droit commercial des différents pays une référence à ce prétendu « droit » et, cette recherche faite, je me suis demandé devant quelle autorité judiciaire du monde on pourrait intenter une action pour le faire valoir. Comme le professeur Weil l'a bien montré (*supra*, p. 514), le « contrôle » que peut avoir dans une société un actionnaire et particulièrement un actionnaire majoritaire est une situation de fait; il est — je cite les paroles de mon éminent confrère — « un pouvoir de fait qui est le résultat de l'exercice normal des droits d'actionnaires »; il est, ajouterions-nous, une conséquence « politique », au sens où ce terme peut être employé dans ce domaine, des droits normalement conférés aux actionnaires. Mais il n'est certainement pas une prérogative juridique, et ne saurait être décrit en termes de « droit ».

Le professeur Virally (VIII, p. 520) ne semble pas suivre son confrère sur ce terrain glissant. Mais sa fantaisie n'a pas été moins fertile, puisqu'il a pu nous présenter un prétendu « droit » « de voir l'entreprise à laquelle il est associé poursuivre son activité normale dans le cadre des lois commerciales qui s'appliquent à tous, avec les chances de gain et de perte qui en résultent pour tous, et non pas être confisquée ou transférée sans indemnité par une intervention ouverte ou déguisée de l'Etat ».

Quel étrange contenu pour un droit: on ne peut vraiment pas dire qu'il soit facile à définir. Une fois de plus on se demande où mon honorable contradicteur est allé lire l'indication de l'existence de ce droit; car je pense qu'il est convaincu comme moi qu'un auteur, même très savant, n'a pas le pouvoir de créer des droits: il a seulement celui de les reconnaître comme existant dans la vie juridique. Mon honorable contradicteur sait d'ailleurs tellement bien que ce prétendu droit n'a de place dans aucun des systèmes de droit commercial du monde, qu'il essaie de sauver son affirmation, renforcée même par un « à ne pas en douter », en faisant appel au droit international. Il y aurait là, dit-il, « un élément fondamen-

tal de la situation juridique de l'actionnaire telle que le droit international la reconnaît ». Nous voilà revenus, de l'autre côté de la barre, à l'idée fantastique d'un droit international qui s'aviserait de reconnaître, au profit de personnes qui sont des sujets de droit interne et non pas de droit international, des situations juridiques qu'aucun système ne connaît. Je n'ajoute, pour le moment, pas d'autre commentaire, car nous rencontrerons de nouveau cette idée, exprimée dans des termes encore plus généraux.

Pas de droit propre à l'actionnaire, dont on puisse invoquer la lésion dans le cas d'espèce. Pas non plus de possibilité d'imaginer, pour les besoins de la cause, un autre prétendu « droit » car en plus de l'avoir imaginé il faudrait en prouver l'existence concrète.

Dans ces conditions, il ne restait à la Partie adverse qu'une possibilité : celle d'abandonner carrément le domaine des « droits » pour se tourner vers celui, certainement plus commode, des « intérêts ». C'est là que vont surtout, dernièrement, les préférences marquées de la Partie adverse, qui a cru pouvoir y trouver enfin ce qu'il lui fallait pour faire accepter ses prétentions à une qualité pour agir en la présente affaire.

Une fois placée sur le terrain des intérêts — en s'abstenant, bien entendu, soigneusement de trop préciser ce que l'on entend par ce terme — la Partie adverse semble, en effet, se sentir beaucoup plus à l'aise. On peut enfin contrer ces objections ennuyeuses qui consistent à faire remarquer que ce droit-ci n'a pas été et ne peut pas avoir été touché, que ce droit-là n'existe pas ou bien appartient à quelqu'un d'autre. Peu importe que tout le monde — y compris les conseils du Gouvernement belge — ait confirmé que les actionnaires ne possèdent aucun droit sur les biens de la société : on pourra bien admettre que l'actionnaire a un intérêt par rapport aux biens de la société. Et qu'importe le fait que le préjudice causé à une société touche aux droits de cette dernière mais n'affecte pas les droits propres aux actionnaires. Les intérêts économiques de ces derniers en sont tout de même affectés indirectement : leurs biens propres, c'est-à-dire les actions, peuvent voir diminuer leur valeur boursière. Nous-mêmes nous aurions reconnu — et nous avons en fait reconnu — que si les actionnaires ne subissent aucune atteinte dans leurs droits, ils peuvent tout de même ressentir, par ricochet, de simples répercussions économiques indirectes sur leur patrimoine.

Bien sûr, même dans cette voie, la Partie adverse ne peut pas se dissimuler qu'il y a des obstacles. Il y a, par exemple, dans la pratique internationale, toute cette série de précédents, parmi lesquels figurent les affaires *Kunhardt*, *Navires pétroliers de la DAPG*, *Romano-Americana*, *Mexican Eagle*, où l'on ne s'est pas contenté de souligner que les actionnaires n'ont aucun droit sur le patrimoine de la société. On en a déduit aussi que, sur le plan international, l'on ne peut présenter de réclamation en faveur des actionnaires en raison d'un préjudice infligé aux biens de la société. Et il y a aussi cette décision de la Commission de réclamations Etats-Unis-Mexique dans l'affaire *Dickson Car Wheel Co.*, dont également l'on a déduit si clairement que, de l'avis de la Commission, il ne saurait être question, en droit international général, de la réparation d'une « répercussion », c'est-à-dire d'un dommage économique subi indirectement par un actionnaire, à la suite d'un préjudice internationalement illicite causé à la société.

La Partie adverse ne se soucie toutefois pas trop de ces obstacles. Elle se lance donc hardiment vers l'idée que le droit international protégerait

non seulement les « droits » mais aussi les « intérêts » et que par cette protection même, il se chargerait, lui, de transformer ces intérêts en des droits, en des *rights in terms of International Law*. Pourquoi, d'ailleurs, le droit international devrait-il tenir compte du fait que certains intérêts ne sont pas pris en considération en tant que « droits » dans ce cadre subordonné et, pour la Partie adverse, évidemment négligeable qu'est le droit interne avec ses *technicalities*? « Au regard du droit international », a dit la Cour permanente à plusieurs reprises — et on nous le rappelle pour que nous ne l'oublions pas —, « les lois nationales sont de simples faits ». En nous référant précisément à cette formule, aussi exacte que connue, nous pensons que, lorsqu'une règle de droit international, comme toute règle de droit, prend acte d'un fait quelconque et en tire des conséquences, elle ne peut prendre ce fait que tel qu'il est. Nous pensons que le droit international pouvait prendre acte du fait que le droit interne confère ou ne confère pas à des particuliers des droits déterminés, et en faire le point de départ de ses dispositions. Mais il ne peut assurément pas constater autre chose que ce qui est, et qui ne dépend d'ailleurs pas de lui, car s'il le faisait cela entraînerait une déformation inadmissible des données de fait.

La Partie adverse ne semble pas se laisser arrêter par de telles considérations ni avoir de telles préoccupations. Aussi étonnant que cela puisse paraître, elle ne voit même pas à quel point il est inconcevable, lorsque le droit interne ne reconnaît qu'à un particulier donné des droits sur un certain ensemble de biens, d'imaginer que le droit international puisse se croire autorisé à établir quelque chose de différent et à conférer à d'autres particuliers aussi des droits sur les mêmes biens. Et pourtant c'est à cela que revient la thèse de la Partie adverse quand elle soutient que les particuliers actionnaires d'une société pourraient avoir, en vertu du droit international, un « droit » sur les biens de la société, alors que le droit interne, et en premier lieu le droit interne applicable, ne considérerait pas le prétendu « intérêt » de ces particuliers sur lesdits biens comme étant digne de protection juridique.

Abstraction faite, ici, de considérations de principe démontrant à quel point tout cela serait impossible dans la logique du système, il est clair que, si le droit international s'engageait dans cette voie, il deviendrait alors, contrairement à ce qui est, par essence, sa fonction, un facteur de désordre dans les rapports juridiques.

Attachons-nous maintenant à l'idée de la Partie adverse, selon laquelle le droit international en matière de traitement des étrangers assurerait la protection non seulement de leurs droits, mais aussi de leurs intérêts. Et je n'ai pas besoin de souligner particulièrement que, dans le domaine du traitement des étrangers, ce qui l'intéresse surtout, aux fins ici indiquées, c'est le traitement de cette catégorie particulière d'étrangers ayant la qualité d'actionnaires de sociétés anonymes. Cette idée de la Partie adverse entraînerait donc la conséquence que l'État réclamant n'aurait pas besoin d'alléguer comme grief le fait que son ressortissant aurait subi un préjudice dans ses propres droits, droits d'actionnaire ou autres. Il lui suffirait de montrer que ce ressortissant aurait été lésé dans un « intérêt » pour être automatiquement autorisé à prendre fait et cause pour ce dernier sur le plan international.

C'est précisément sur cette idée que la Partie adverse a insisté, surtout tout dernièrement, et c'est cette même idée qui a été traitée dans des développements d'une ampleur jusqu'ici jamais atteinte dans les plai-

doiries (voir surtout VIII, p. 443 et suiv., p. 516 et suiv.). Ce qui montre à quel point la Partie adverse place maintenant ses espoirs dans un argument de ce genre afin d'essayer d'écarter les objections qui ont jusqu'ici été opposées à sa prétendue qualité pour agir en l'espèce.

Je n'aurai pas besoin de beaucoup de paroles pour montrer que, quand elle parle ici d'intérêts et de protection des intérêts, la Partie adverse entend se référer à des intérêts qui ne sont que cela, à ce qu'on appelle de « simples intérêts », afin de bien marquer qu'il ne s'agit pas d'intérêts auxquels un système de droit national accorde une protection juridique. Il ne s'agit pas d'intérêts qui s'élèvent, dans ce système, au rang de droits, de situations juridiques.

Toutefois, pour réussir cette « opération intérêts », nos honorables contradicteurs ont bien dû chercher des points d'appui. Ils ont cru les trouver dans l'emploi de la formule « biens, droits et intérêts » qui a été utilisée dans le traité de Versailles, ainsi que dans d'autres conventions, et qui se retrouve logiquement dans quelques décisions de la Cour permanente de Justice internationale où l'on a fait application de ces conventions.

Nos honorables contradicteurs ont également cru pouvoir s'appuyer sur le passage de votre décision de 1964 où l'on pose la question de savoir si les actionnaires d'une société auraient ou non « un droit ou un intérêt distincts et indépendants ».

Dans la plaidoirie du 12 mai du professeur Virally (VIII, p. 516) on trouve même souligné que, « lorsque la Cour a eu à considérer la base d'une réclamation internationale, elle ne s'est jamais limitée à l'idée d'une atteinte à un droit, ou même ne l'a pas du tout évoquée... ».

Mon collègue et ami le professeur Weil, dans sa plaidoirie du 13 juin (*supra*, p. 521 et suiv.) a consacré de très intéressants développements : à la distinction entre le droit et l'intérêt, entre ce que sont, d'un côté, de « simples intérêts » et, de l'autre, des intérêts que le droit prend en considération : ceux dont il fait des « intérêts juridiquement protégés », ou encore des « intérêts juridiques » tout court. Il a cité à ce propos une série de références bien choisies qui montrent comment ces deux différentes notions se distinguent et se précisent. Je n'ai donc qu'à renvoyer à ce qu'il a dit, sans abuser du temps de la Cour par des répétitions inutiles. Je résisterai même à la tentation, très forte, je l'avoue, de lire une autre fois le passage du contre-mémoire du Gouvernement belge dans l'affaire *Oscar Chinn* ; le Gouvernement belge y faisait preuve d'une conception toute différente de celle d'aujourd'hui touchant l'importance respective des « droits » et des « intérêts » de la personne prétendument lésée aux fins d'une réclamation internationale.

Je crois, par contre, qu'il peut être utile d'ajouter encore quelques remarques, aussi bien à propos de la fameuse formule « biens, droits et intérêts » dont on a fait si largement état de l'autre côté de la barre que, plus généralement, à propos de l'idée, qui semble être aujourd'hui l'idée maîtresse de la Partie adverse, de l'admissibilité en général d'une réclamation internationale dans laquelle l'Etat demandeur avancerait comme grief un préjudice causé non pas à des droits mais à de simples « intérêts », non juridiquement qualifiés, de son ressortissant.

En ce qui concerne le premier point, j'ose à peine, Monsieur le Président, Messieurs, exposer devant vous quel est, à mon avis, le sens qu'il faut attribuer à l'expression « biens, droits et intérêts ».

Il s'agit, on le sait, d'une formule d'origine anglo-saxonne ; l'une de ces

expressions familières au langage juridique d'outre-Manche — et à d'autres aussi d'ailleurs — grâce auxquelles on désigne une réalité pratiquement unique par une pluralité de termes, et ce dans le souci de couvrir tous les aspects possibles de cette réalité. *Property rights and interests* est une expression destinée à couvrir toutes les situations juridiques possibles, qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou de droits d'une autre nature, ou même des « intérêts juridiquement protégés », qui peuvent parfois être décrits par des termes autres que la stricte qualification de droit ou de *right*. Les expectatives en sont un exemple bien connu.

L'emploi de cette formule ou d'une autre du même genre se recommande tout particulièrement dans un traité de paix et dans d'autres conventions où l'on a besoin de se référer globalement à des situations juridiques de particuliers qui peuvent être qualifiées différemment dans des systèmes juridiques différents. La nécessité, en particulier, d'éliminer toute possibilité d'échappatoires qui consisteraient à objecter qu'il serait impropre de définir certaines situations juridiques comme des « droits », et qu'il faudrait utiliser un terme juridique différent, explique mieux que tout le recours à de telles formules.

Pour bien montrer que je ne présente pas du tout, ici, une interprétation personnelle, je me permets de faire référence à un ouvrage resté classique en la matière, *Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag* (Les droits privés et les intérêts dans les traités de paix), d'Isay, dont la troisième édition a été publiée à Berlin en 1923. A la page 92 de ce livre figure le passage suivant (j'espère que la traduction est exacte) :

« Cela n'a aucune valeur pratique de séparer les trois termes et moins encore de les délimiter l'un par rapport à l'autre... Si, toutefois, l'on veut distinguer la notion d'« intérêts » de celle de « droits », il faudrait songer à des expectatives ou situations analogues. Mais il est plus probable qu'une telle différence subsiste aussi peu que la différence entre *property* et *rights*... »

Il est donc certain que ni dans le traité de Versailles, ni dans les autres conventions qui ont employé la même formule, ni d'ailleurs non plus dans les décisions de la Cour qui en ont fait application, l'expression *interest* (intérêt) n'a été prise dans le sens d'un intérêt simple mais, et sans doute possible, dans le sens d'un *legal interest*, d'un intérêt juridiquement protégé selon la définition célèbre que Thering donnait précisément du terme *Recht*, à savoir « droit », « droit subjectif », *right*.

Le point d'appui que nos honorables contradicteurs avaient espéré trouver pour leurs thèses actuelles dans la formule que l'on vient de commenter est, partant, dépourvu de toute consistance.

L'audience, suspendue à 12 h 5, est reprise à 12 h 15

Ayant fait ces considérations à propos de la formule « biens, droits et intérêts », j'aimerais encore, comme je l'avais indiqué, faire deux brèves remarques d'ordre plus général au sujet de l'idée même d'une protection diplomatique fondée sur la lésion de simples intérêts.

Première remarque. La Cour elle-même, dans son arrêt de 1964, souligne, comme on l'a rappelé des deux côtés de la barre, que l'Etat qui présente une demande devant un tribunal international « invoque nécessairement les droits qu'il estime lui être conférés, en faveur de ses ressor-

tissants, par les règles du droit international relatives au traitement des étrangers ».

Or, les règles du droit international général qui concernent le traitement des étrangers sont, on le sait, limitées et dans leur nombre et dans leurs exigences. Elles s'inspirent d'une grande prudence dans la détermination des obligations mises à la charge des Etats dans ce domaine. On sait aussi, d'autre part, que le principe de base dont s'inspirent les règles relatives au traitement des étrangers est celui de la non-discrimination entre nationaux et étrangers. Faisons abstraction du cas extrême, dont l'existence même est d'ailleurs discutée, où l'ordre juridique de l'Etat mis en cause serait inférieur à un certain standard minimum: c'est un cas qui n'intéresse vraisemblablement pas la détermination des droits des actionnaires d'une société commerciale. Ce cas mis à part, donc, le maximum qu'un Etat puisse exiger d'un autre Etat en faveur de ses propres ressortissants est que leur soient accordés les mêmes droits, les mêmes prérogatives « juridiques » qu'aux nationaux.

Or, comment concilier cette conclusion incontestable avec la possibilité que soit adressée à un Etat une réclamation en faveur d'un étranger pour la lésion d'un simple intérêt, c'est-à-dire d'un intérêt dont le système juridique propre de l'Etat en question n'estime pas qu'il doit être nanti d'une protection juridique, ni qu'il doit être élevé au rang d'un « droit » ou d'une autre situation juridique analogue? Admettre cela signifierait discriminer à rebours, en faveur des étrangers et au détriment des nationaux. L'idée même que nous avons vu avancer, de l'autre côté de la barre, de « droits » des particuliers étrangers qui seraient reconnus à ces derniers par le droit international en contradiction avec les dispositions du droit national, cette idée revient à dire que le droit international opère une discrimination en faveur des étrangers, là où il n'y aurait vraiment pas la moindre justification pour une telle discrimination. Parler d'une protection diplomatique d'intérêts non juridiques, c'est donc se mettre en contradiction avec l'essence même du régime des étrangers et de la protection diplomatique.

Deuxième remarque. S'il est un principe dont l'existence n'est pas contestée en droit international général, c'est bien celui que l'on dénomme règle de l'épuisement des recours internes. Les professeurs Rolin et Malintoppi ont discuté des conséquences de l'application de la règle à notre espèce: ils n'ont certes pas discuté de son existence. Or, le particulier qui s'adresse aux juridictions internes pour faire valoir devant elles des droits, des situations juridiques, ne peut assurément pas faire valoir de simples intérêts. L'existence de la règle confirme donc à elle seule qu'il n'est pas possible de présenter une réclamation devant un tribunal international à moins d'alléguer la violation d'une situation susceptible d'être défendue au préalable devant un tribunal interne, donc la violation d'un droit et non pas d'un simple intérêt. Admettrait-on que l'Etat réclamant fasse échec à la règle en prétendant que la situation du particulier qu'il prétend lésé ne serait pas une situation juridique? Il suffit d'énoncer l'hypothèse pour en saisir l'absurdité. Et pourtant c'est à des conclusions de ce genre qu'amènerait l'application des nouvelles thèses belges.

Nous pouvons maintenant conclure à propos des efforts du Gouvernement belge pour fonder ses prétentions sur les principes généraux du droit international applicables en la matière.

L'échec a été, si possible, plus complet encore que celui auquel avait abouti le recours aux prétendus précédents. Les principes généraux en

question exigent que toute réclamation d'un Etat en faveur d'un national — qu'il soit individu, société, sociétaire, actionnaire — soit fondée sur un préjudice illicitement infligé par un Etat étranger à un droit du national en question. Or, en l'espèce, la Partie adverse n'a pu prouver l'existence d'aucune atteinte à un « droit » quelconque d'un actionnaire belge de Barcelona Traction, si tant est qu'il se soit agi d'un « actionnaire » belge. Quant à l'idée de remplacer la lésion d'un droit ou, plus généralement, d'une situation juridique, par la prétendue lésion d'un simple intérêt, le mieux paraît être, après ce que nous avons pu constater, qu'elle aille rejoindre discrètement dans l'oubli d'autres idées, tout aussi gratuites, qui l'avaient précédée.

Il est temps, maintenant, Monsieur le Président, Messieurs, d'aborder, aussi brièvement que possible, l'examen de la troisième et dernière direction explorée par la Partie adverse dans l'espoir d'y rencontrer une justification du *ius standi* du Gouvernement belge en la présente affaire. Il s'agit de la prétendue absence de protection de Barcelona Traction par son Gouvernement national.

L'argumentation développée du côté belge à propos de cette question a été placée dans des cadres différents suivant les étapes successives de notre procès.

Le point de départ, bien entendu, était en fait toujours le même. Il a consisté à présenter Barcelona Traction comme une société qui, à cause de la proportion restreinte des intérêts canadiens qui s'y seraient trouvés réunis, n'aurait pas bénéficié de la protection, ou tout au moins d'une protection efficace, de la part de son Gouvernement national.

Autour de ce point de départ, des constructions différentes ont été échafaudées. En un premier temps, comme on l'a rappelé, l'on avait pensé justifier l'intervention du Gouvernement belge au titre de la protection diplomatique des prétendus actionnaires belges de Barcelona Traction, en rapprochant simplement l'hypothèse décrite à propos du cas d'espèce d'une autre hypothèse, à propos de laquelle on avait cru pouvoir déceler, dans la pratique, le principe de l'admissibilité de la protection diplomatique d'actionnaires: l'hypothèse d'un préjudice causé par un Etat à une société possédant sa propre nationalité.

Plus tard, notamment dans la réplique, la Partie adverse avait cru pouvoir situer ce rapprochement dans le cadre d'une opération plus complexe, consistant en une sorte de transposition ou projection sur le plan international d'une situation prévue par certaines législations internes. Toutefois, à la suite de la critique serrée que contenait la duplique, la Partie adverse semble avoir renoncé entièrement à cette opération, car l'on n'en retrouve guère qu'une trace dans la plaidoirie de mon honorable contradicteur.

A présent, l'allégation relative au défaut de protection de la part de l'Etat national de la société se trouve surtout liée, dans cette même plaidoirie, à des considérations *de lege ferenda* et de prétendue équité à propos de ce qu'on appelle les besoins de protection des actionnaires de sociétés commerciales. Besoins de protection sur le plan international, bien entendu, car la protection normalement fournie par le droit interne est constamment ignorée par la Partie adverse. Il ne s'agit pas d'arguments nouveaux et, étant donné l'heure avancée, il paraît préférable de nous limiter, à ce propos, à rappeler les commentaires déjà faits par nous en des occasions précédentes.

C'est pourquoi, à ce propos, je me bornerai à me rapporter exclusive-

ment aux faits mêmes de la protection diplomatique exercée par le Canada, et ce afin de démentir la description vraiment par trop déformée qui en a été donnée par le Gouvernement belge.

Il ne sera pas inopportun de remarquer, en général, avant d'en venir à un examen concret des faits, que la décision d'exercer ou de ne pas exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne déterminée, est une prérogative discrétionnaire de l'Etat. Le refus de présenter une réclamation internationale en faveur d'une société peut être motivé par bien d'autres raisons que le défaut d'une participation nationale importante dans le capital de la société. Il peut, par exemple, être dû au fait que les autorités compétentes ont eu connaissance d'un comportement répréhensible de la part des particuliers réclamants. Ce refus peut être causé, plus simplement encore, par le fait que les autorités en question, après avoir examiné l'affaire dans ses aspects concrets, ont acquis la conviction qu'il n'y a pas eu, en fait, dans le traitement réservé à la société réclamante, une violation par l'Etat étranger d'une obligation internationale.

Dans notre cas, il est hors de doute qu'il n'y a eu, de la part du Gouvernement canadien, aucun refus opposé à la demande des dirigeants de Barcelona Traction tendant à ce qu'il intervienne officiellement en leur faveur auprès du Gouvernement espagnol. Au contraire, l'adhésion à cette demande a été on ne peut plus rapide, et la note qui a été envoyée n'aurait pu être rédigée en des termes plus énergiques. Mon honorable contradicteur lui-même a reconnu dans sa plaidoirie du 12 mai (VIII, p. 539) que « le Gouvernement canadien est intervenu très activement au début » de l'affaire.

Y aurait-il eu, même plus tard, une communication quelconque des autorités canadiennes à Barcelona Traction, ou à Sidro-Sofina, ou au Gouvernement belge lui-même dont il ressortirait que le Gouvernement canadien, ayant mieux examiné la situation, aurait dû constater l'absence d'intérêts canadiens véritables dans Barcelona Traction et aurait donc décidé de mettre fin à sa protection? Si quelque chose de semblable avait existé, il y a longtemps que nos adversaires l'auraient produit. Parler donc, par rapport au cas d'espèce, d'un « refus de protection » fondé sur la raison dont il s'agit serait pure absurdité.

D'autre part, les bénéficiaires de sept ans de protection diplomatique active, ferme, pressante, ne devraient-ils pas s'abstenir de parler aujourd'hui de négligence et de mollesse de la protection diplomatique canadienne à l'égard de Barcelona Traction? Comment a-t-on pu parler de cette dernière comme d'une société qui ne bénéficie pas de la protection de son Etat national, alors que l'action de cet Etat a été efficace au point de provoquer la soumission des points essentiels de l'affaire à l'examen d'une commission internationale d'experts? Ce n'est certes pas parce que la protection diplomatique a manqué de vigueur que cet examen a finalement prouvé, d'une manière objective, que la vérité n'était pas telle que les réclamants la décrivaient.

La réalité de la protection canadienne de Barcelona Traction a notamment été mise en évidence à la fin des écritures du Gouvernement espagnol (D., VII, p. 1037 et suiv.). Il sera néanmoins utile d'y revenir pour rappeler certains faits essentiels.

Tout d'abord, le Gouvernement canadien allègue que les autorités espagnoles auraient violé des obligations découlant du droit international général: il avance les griefs de déni de justice et d'injustice manifeste — comme mon collègue et ami le professeur Malintoppi l'a rappelé dans

sa plaidoirie (*supra*, p. 605) — basés sur de fausses informations reçues des intéressés à propos d'un prétendu refus d'accès aux tribunaux et d'un non moins prétendu « fait du prince espagnol » qui aurait été à l'origine de la cessation des paiements de la société et, partant, de la faillite.

Rapidement, l'action exercée de façon continue par les autorités canadiennes et concordant avec le désir du Gouvernement espagnol que pleine lumière soit faite sur l'ensemble de la situation a abouti à un résultat concret d'une importance exceptionnelle pour la solution d'un différend d'origine privée: la décision prise, d'ailleurs à l'initiative de l'Espagne, de procéder à une enquête internationale sur l'affaire. A cette enquête prendront part des experts nommés par le Gouvernement canadien, en tant que gouvernement national de la société, par le Gouvernement britannique en tant que gouvernement du pays d'émission des obligations pour le service desquelles les devises avaient été demandées et, naturellement, par le Gouvernement espagnol.

L'enquête sera donc régulièrement menée; après quoi, les représentants des trois gouvernements se pencheront sur ses résultats et feront, le 11 juillet 1951, une déclaration conjointe dans laquelle ils reconnaîtront que le refus du Gouvernement espagnol d'autoriser des transferts de devises avait été pleinement justifié, et ils imputeront aux sociétés requérantes la responsabilité du refus, vu le caractère inadéquat des renseignements fournis.

A la suite des résultats de l'enquête et de la déclaration signée par ses propres représentants, le gouvernement national de la société sera nécessairement amené à donner un nouveau contenu et une nouvelle tournure à ses interventions au titre de la protection diplomatique de Barcelona Traction.

L'inconsistance, maintenant prouvée de façon définitive, des accusations formulées par les dirigeants de Barcelona Traction contre les autorités administratives et, en même temps, le manque de fondement, devenu manifeste, de l'idée du prétendu refus d'audience initialement reproché aux juges espagnols, rendront évidente l'impossibilité de maintenir le grief d'un déni de justice basé sur des prétendues violations des principes du droit international général en matière de traitement des étrangers.

Les résultats de cette enquête, les constatations faites dans la déclaration des gouvernements, qui lui fait suite, marquent la fin de la première phase de la protection canadienne et ouvrent la seconde. Le gouvernement de l'Etat national de Barcelona Traction se rend compte que les griefs avancés à l'origine n'avaient pas de consistance; il en formule de nouveaux, concernant des faits ultérieurs, dans lesquels il croit reconnaître un manquement, non plus aux obligations découlant du droit international général, mais aux clauses de certains traités en vigueur entre les deux pays (note du 28 septembre 1951, A.E.P. 1960, vol. III, p. 226 et suiv.). Notons, à ce propos, à quel point la position du Gouvernement belge est intenable puisqu'il ne peut, de son côté, baser ses réclamations que sur la prémisse d'après laquelle l'Espagne aurait manqué, dans le traitement réservé à Barcelona Traction et, partant, à l'égard du Canada, à des obligations de droit international général.

Dans la troisième phase, enfin, on ne retrouve pas non plus le grief de violation du traité de commerce et de navigation anglo-espagnol de 1922 ni, en général, l'accusation adressée au Gouvernement espagnol d'avoir manqué, d'une quelconque façon, à une obligation internationale (note

du 21 avril 1952, nouveaux documents produits par le Gouvernement belge en mai 1964). Il devient clair qu'au vu des résultats de l'enquête tripartite, des arguments ultérieurement fournis par le Gouvernement espagnol et des informations obtenues par d'autres sources, le Gouvernement canadien a acquis la conviction que l'affaire n'était pas de nature à justifier une réclamation d'Etat à Etat. L'exercice de la protection diplomatique de ce gouvernement — qui n'en reste pas moins une — se caractérise donc désormais par des démarches visant à favoriser, avec l'appui des deux gouvernements, une solution amiable par voie de négociation directe entre les parties privées intéressées au différend. En prêtant ses bons offices, il joint à l'action des diplomates celle d'un fonctionnaire de l'administration judiciaire, le *receiver* de Barcelona Traction, nommé entre-temps par le tribunal de l'Ontario et auquel le ministère canadien donne des instructions à ce sujet.

Mais ce fonctionnaire se heurte maintenant à une difficulté inattendue, qui ressort clairement des informations qu'il envoie à plusieurs reprises: la mauvaise volonté, non pas de la partie espagnole, mais des dirigeants de Barcelona Traction qui ne veulent pas, à ce moment du moins, suivre son conseil de négocier directement avec les créanciers de la société en vue d'un concordat qui mettrait fin à la procédure de faillite. C'est toujours le *receiver* qui relate que ces dirigeants posent des conditions absurdes, demandant notamment que la déclaration des trois gouvernements soit modifiée, ou encore indiquant qu'ils veulent gagner du temps pour se mettre dans une position plus favorable en vue de négociations futures. En fait, ce que les dirigeants de la société voudraient obtenir, c'est une ingérence arbitraire du Gouvernement espagnol dans le domaine de compétence du pouvoir judiciaire. Et ils voudraient la provoquer par de véritables pressions politiques et économiques sur ce gouvernement, comme le révèlent les lettres de leur avocat à l'époque. C'est cela que le Gouvernement canadien fait comprendre qu'il n'est pas disposé à faire.

Néanmoins l'action diplomatique en vue d'un règlement amiable se poursuit. A la suite d'une démarche antérieure effectuée en mars 1954 par l'ambassadeur du Canada à Madrid, le secrétaire d'Etat aux affaires étrangères en personne fait, en juillet de la même année, une visite à son collègue espagnol. Au cours de cette visite, il lui rappelle le profond intérêt du Gouvernement canadien pour le sort de Barcelona Traction et il lui exprime sa préoccupation du fait que les parties intéressées n'aient pas abouti à un accord entre elles; il formule aussi l'espoir que le Gouvernement espagnol voudra prêter ses bons offices pour faciliter cet accord. Ce même secrétaire d'Etat réitère l'affirmation de l'intérêt et des espoirs de son Gouvernement dans une note du 21 mars 1955 (A.E.P. 1960, vol. III, p. 144). Les deux démarches se réfèrent en outre à l'action déployée par l'avocat de Barcelona Traction dans ses pourparlers à Paris.

Mais dans une lettre à ce même avocat, le secrétaire d'Etat lui signifie à nouveau très clairement que le Gouvernement canadien n'est pas disposé à exercer une quelconque pression sur le Gouvernement espagnol pour lui indiquer les mesures qu'il devrait prendre pour un règlement de l'affaire. Il confirme et souligne par la même occasion sa conviction qu'un règlement satisfaisant doit être recherché dans des négociations privées entre les parties intéressées.

L'on ne saurait donc montrer d'une manière plus manifeste que le Gouvernement canadien, à la suite des résultats de l'enquête tripartite, des données et des arguments ultérieurement fournis par le Gouvernement

espagnol, et des informations qui lui sont parvenues par d'autres sources, a finalement acquis la conviction que l'affaire, comme je le disais, n'est pas de nature à faire l'objet d'une réclamation d'Etat à Etat. Il s'agit, à ses yeux, d'un différend entre des groupes privés, qui doit rester dans ce cadre et être résolu par un accord négocié exclusivement entre ces groupes. On se trouve donc devant l'un de ces cas où les gouvernements ne peuvent agir que pour faciliter les négociations; et la protection diplomatique ne peut s'exercer que pour obtenir du gouvernement auquel elle s'adresse qu'il prête ses bons offices en vue de la finalité poursuivie. Elle ne peut et ne doit pas aller plus loin.

Cette prise de position finale, objective et délibérée, n'est vraisemblablement pas du goût des dirigeants de Barcelona Traction. Elle va nettement à l'encontre du dessein, nourri dès l'origine, de transformer l'affaire en un différend interétatique.

Les regards des dirigeants et des patrons de Barcelona Traction se tourneront dès lors toujours davantage vers le Gouvernement belge, plus disposé, apparemment, à donner aux plans ambitieux de ces personnages l'appui qu'ils demandent. La circonstance décisive sera, à un moment donné, la constatation que cet autre Etat est lié depuis 1927 à l'Espagne par un traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, qui prévoit la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale. Au moment où l'Espagne entrera aux Nations Unies et de ce fait deviendra partie au statut de la nouvelle Cour, on concevra la possibilité non seulement de réaliser le vieux rêve d'internationalisation de l'affaire, mais même de porter cette affaire devant la Cour internationale de Justice.

Dans le cadre de ce nouveau programme, la protection diplomatique exercée par le Canada devient non seulement inutile, mais même terriblement gênante. L'on choisira donc de ne plus réclamer d'interventions de sa part. Il est très caractéristique de noter, à ce sujet, que la dernière note diplomatique que l'on demande au Gouvernement canadien d'envoyer au Gouvernement espagnol au sujet de Barcelona Traction est de mars 1955: elle ne précède que de quelques mois l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies.

Mais cela ne suffit pas. Pour donner une quelconque apparence de légitimité à l'«autre» protection diplomatique, il est important de minimiser, même par rapport au passé, l'importance de celle qui a été exercée par le Canada. On décrira donc celle-ci comme faible, sans mordant, peu efficace, de courte durée. L'on arrivera même à mettre en doute que le Gouvernement canadien, dans ses interventions, se soit jamais soucié de sauvegarder les intérêts de Barcelona Traction. Et pour justifier ce doute l'on mettra en avant l'idée du prétendu manque d'intérêt du Gouvernement canadien dans l'affaire, dû à l'absence d'un nombre important d'actionnaires canadiens dans Barcelona Traction.

Ce qui, surtout, paraît essentiel, c'est de réussir à transformer, aux yeux de l'extérieur, le reniement de la protection diplomatique canadienne par les particuliers en cause en un prétendu abandon de ces particuliers et de leurs intérêts par le Gouvernement canadien. Pour accroître le résultat de cette opération, l'on commence, en dépit des faits, par reculer tout bonnement de quatre ans la date des dernières interventions canadiennes. Puis, au cours des débats sur les exceptions préliminaires, on produit une lettre au contenu stupéfiant: une lettre d'où devrait ressortir que la décision du Gouvernement canadien d'abandonner

définitivement à leur destin les intérêts protégés aurait été communiquée à l'ambassadeur de Belgique. Par qui? Par le ministre des affaires étrangères d'Espagne! On ne se soucie même pas du fait que le contenu de cette lettre, datée du 12 février 1952 (nouv. doc. Gouv. belge, mai 1964), est étrangement contredit par la circonstance que, deux mois plus tard, le secrétaire canadien aux affaires étrangères enverra une nouvelle note au Gouvernement espagnol en s'empressant, d'ailleurs, d'en informer le Gouvernement belge. N'importe: aussi stupéfiante que soit cette histoire, l'on peut toujours espérer qu'il se trouvera quelqu'un pour en être impressionné.

En tout cas, la lettre envoyée à l'agent du Gouvernement espagnol, le 10 mai 1969, par le ministre Artajo lui-même, et publiée aux pages 181 et suivantes du volume III des nouveaux documents espagnols, montre clairement que l'ambassadeur de Belgique n'avait pas rapporté fidèlement à son gouvernement le contenu de son entretien avec le ministre. Ce n'était d'ailleurs pas la première fois qu'il interprétait erronément les déclarations du ministre, ainsi que le prouve la lettre que ce dernier devait lui adresser le 22 février 1952 (A.C.M., vol. VI, ann. I, doc. 32, p. 114) en réponse à sa note du 15 février de la même année (*ibid.*, p. 113).

En réalité, ce n'est certes pas le Gouvernement canadien qui laisse tomber la protection d'une société « incorporée » au Canada et y ayant son siège, qui abandonne à leur sort des « intérêts » qu'il a qualifiés à maintes reprises de « canadiens »; ce sont ces « intérêts » qui laissent tomber la protection de ce gouvernement. Ils ne se soucient plus du fait que ce dernier soit le gouvernement « national » de Barcelona Traction, dont on a sollicité les interventions au cours de toute la vie de la société, dont on a obtenu l'appui, en 1931 et en 1932 déjà, auprès des autorités administratives espagnoles. Ils oublient qu'ils ont laissé les représentants du même gouvernement les défendre en 1936 auprès du Gouvernement de Catalogne. Peu importe que le Gouvernement canadien, immédiatement alerté, soit intervenu avec tant d'empressement à la suite de la déclaration de faillite de la société, et n'ait pas cessé, pendant tant d'années, d'envoyer au Gouvernement espagnol notes sur notes et de les appuyer par des démarches verbales répétées. Peu importe que son action ait été singulièrement efficace puisqu'elle a abouti à ce que l'affaire soit soumise à une enquête internationale.

Aujourd'hui on croit n'avoir plus besoin de lui: on le laisse donc de côté et l'on cherche plutôt à faire oublier ce qu'il a fait jusqu'ici. Il n'est pas surprenant que le Gouvernement canadien n'ait même pas cru devoir accuser réception — c'est la Partie adverse qui nous le dit — le jour où on lui a communiqué officiellement que le présent procès allait être instauré.

Je voudrais m'excuser auprès de vous, Monsieur le Président, Messieurs, de cet exposé un peu long et détaillé des aspects saillants de la protection de Barcelona Traction exercée par le Gouvernement canadien, de son évolution et des raisons de cette évolution, et finalement de la manière dont les particuliers intéressés ont cessé de faire appel à cette protection. Cet exposé était quand même nécessaire pour rétablir la vérité sur ce point essentiel et — pour emprunter une expression qui a été employée à d'autres occasions de l'autre côté de la barre — pour « la moralité de l'affaire ».

Il est clair, désormais, qu'à la suite de cette analyse historique et des conclusions qui en ressortent, le troisième des moyens invoqués par le

Gouvernement belge à l'appui de son prétendu *jus standi* dans l'affaire ne peut que paraître dépourvu de tout fondement, non seulement en droit ou même en équité, mais, avant tout et surtout, en fait.

Sur cette constatation finale se termine aussi, Monsieur le Président, Messieurs, mon exposé de l'exception concernant le défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge en l'espèce. Il a été long et j'ai eu souvent l'impression de mettre à dure épreuve votre patience. Je ne vous suis que plus reconnaissant de votre bienveillance.

Les conclusions auxquelles nous avons abouti sont claires et s'imposent d'elles-mêmes. Nous avons pu constater, tout d'abord, que les données de fait et de droit sur lesquelles le Gouvernement belge voudrait s'appuyer pour justifier ses prétentions ne sont ni prouvées ni réelles, quel que soit le terrain sur lequel on se place pour les examiner.

Nous avons pu montrer ensuite que, tout en ayant modifié dans la forme les conclusions présentées à l'origine, le demandeur n'a nullement changé la substance de sa réclamation. En effet, pour reprendre une fois de plus les termes employés par le Gouvernement britannique dans sa réponse à propos de l'affaire des *Armes automatiques Lewis*, elle reste « une réclamation concernant des préjudices infligés à la société et doit partant être considérée comme une réclamation faite pour le compte de la société » qui, dans notre cas — c'est la seule différence — n'est pas de nationalité belge.

Nous avons pu clairement établir, enfin, que ni les principes généraux du droit international régissant le traitement des étrangers et la protection diplomatique, quel que soit l'aspect sous lequel on les invoque, ni la pratique internationale, ni aucun autre facteur ne sauraient justifier, en l'espèce, la prétention du Gouvernement belge à présenter une réclamation pour les prétendus « actionnaires belges » de *Barcelona Traction*.

Tout cela nous amène à conclure, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au rejet de la demande du Gouvernement belge, en raison de son défaut de qualité pour agir en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*.

Monsieur le Président, Messieurs, au moment de conclure ma plaidoirie et avec elle la première partie des exposés oraux du Gouvernement espagnol, je tiens à vous dire combien je vous suis reconnaissant de la patiente attention que vous avez bien voulu m'accorder.

TABLE DE CONCORDANCE DES EXPOSÉS ORAUX

On trouvera ci-après une table de concordance entre la pagination des exposés oraux dans la présente édition imprimée et leur pagination dans le texte polycopié provisoire distribué aux membres de la Cour pendant la procédure orale sous la cote CR 69/. Plusieurs des opinions individuelles ou dissidentes jointes à l'arrêt du 5 février 1970 (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 54-357) ayant cité les exposés oraux selon la pagination du texte polycopié provisoire, la table ci-après permettra de retrouver aisément dans la présente édition imprimée les passages ainsi cités.

TABLE OF CONCORDANCE OF THE ORAL STATEMENTS

The following table indicates the relationship between the pagination of the present volume and that of the provisional verbatim record (stencil-duplicated) of the speeches made in Court, issued to Members of the Court during the hearings, carrying the reference CR 69/. A number of references to the CR appear in the separate and dissenting opinions of Members of the Court annexed to the Judgment of 5 February 1970 (*I.C.J. Reports 1970*, pp. 54-357); the passages so referred to can be identified by means of this table.

CR pages	Présent volume page	CR pages	Présent volume page	CR pages	Présent volume page	CR pages	Présent volume page
CR 69/22		54-56	28	49-51	50	42-44	72
12-14	5	56-57	29	51-53	51	44-46	73
14-15	6			53-55	52	46-48	74
15-17	7	CR 69/23		55-57	53	48-49	75
17-18	8	12-13	30	57-58	54	49-51	76
18-20	9	13-15	31			51-53	77
20-23	10	15-17	32	CR 69/24		53-55	78
23-24	11	17-19	33	12-13	55	55-57	79
24-27	12	19-21	34	13-15	56	57-59	80
27-29	13	21-22	35	15-17	57	59-61	81
29-31	14	23-24	36	17-19	58	61-63	82
31-33	15	24-26	37	19-21	59	63	83
33-35	16	26-28	38	21-23	60		
35-36	17	28-30	39	23-24	61	CR 69/25	
36-38	18	30-32	40	24-26	62	12-13	84
38	19	32-34	41	26-28	63	13-15	85
39-40	20	34-36	42	28-30	64	15-17	86
40-42	21	36-38	43	30-32	65	17-19	87
42-44	22	38-40	44	32-34	66	19-21	88
44-46	23	40-41	45	34-35	67	21-23	89
46-48	24	41-43	46	35-37	68	23-25	90
48-50	25	43-45	47	37-39	69	25-26	91
50-52	26	45-47	48	39-41	70	26-28	92
52-54	27	47-49	49	41-42	71	28-30	93

CR pages	Présent volume page	CR pages	Présent volume page	CR pages	Présent volume page	CR pages	Présent volume page
30-31	94	59-61	141	32-33	186	CR 69/30	
31-33	95	61-62	142	33-35	187	12-13	233
33-35	96	62-64	143	35-37	188	13-15	234
35-36	97	64	144	37	189	15-17	235
36-39	98	CR 69/27		38-39	190	17-18	236
39-40	99	12-13	145	39-41	191	18-20	237
40-42	100	13-15	146	41-44	192	20-22	238
42-44	101	15-17	147	44-45	193	22-24	239
44	102	17-19	148	45-47	194	24-27	240
44-46	103	19-21	149	47-49	195	27-28	241
46-49	104	21-23	150	49-51	196	28-30	242
49-51	105	23-25	151	51-53	197	30-32	243
51-52	106	25-27	152	53-55	198	33-34	244
52-54	107	27-28	153	55-58	199	34-36	245
54-56	108	28-31	154	58-59	200	36-38	246
56-59	109	31-32	155	59-61	201	38-40	247
59-60	110	32-34	156	61-63	202	40-42	248
60-62	111	34-35	157	63-65	203	42-44	249
62-64	112	35-37	158	65-66	204	44-46	250
64-65	113	37-39	159	66-68	205	46-48	251
65	114	39-41	160	CR 69/29		48-50	252
CR 69/26		41-43	161	12-13	206	50-52	253
12	115	43-45	162	13-15	207	52-53	254
13-14	116	45-46	163	15-17	208	53-55	255
14-16	117	46-48	164	17-18	209	55-57	256
17-18	118	48-50	165	18-21	210	57-59	257
18-21	119	50-52	166	21-23	211	59-61	258
21-23	120	52-53	167	23-24	212	61-62	259
23-24	121	53-56	168	24-27	213	62-64	260
24-27	122	56-57	169	27-29	214	CR 69/31	
27-28	123	57-59	170	29-31	215	12-13	261
28-30	124	59-61	171	31-32	216	13-15	262
30-32	125	61-63	172	32-34	217	15-17	263
32-35	126	63-64	173	34-36	218	17-18	264
35-36	127	64-66	174	36-38	219	18-21	265
36-39	128	CR 69/28		38-40	220	21-23	266
39-40	129	12-13	175	40-42	221	23-25	267
40-42	130	13-15	176	42-44	222	25-27	268
42-44	131	15-17	177	44-46	223	27-29	269
44-46	132	17-19	178	46-48	224	29-30	270
46-48	133	19-20	179	48-50	225	30-33	271
48-50	134	20-22	180	50-52	226	33-34	272
50-52	135	22-24	181	52-54	227	34-36	273
52-54	136	24-25	182	54-57	228	36-38	274
54-55	137	25-28	183	57-59	229	38-40	275
55-56	138	28-30	184	59-60	230	40-42	276
56-58	139	30-32	185	60-63	231	42-44	277
58-59	140			63-64	232	44-45	278

TABLE DE CONCORDANCE

705

<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>	<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>	<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>	<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>
45-47	279	17-19	323	35-37	369	63-65	416
47-50	280	19-21	324	37-39	370	65-67	417
50-51	281	21-23	325	39-41	371	67	418
51-53	282	23-25	326	41-43	372		
53-56	283	25-27	327	43-45	373		
56-57	284	27-29	328	45-47	374	CR 69/36	
57-59	285	29-30	329	47-49	375	12-13	419
59-61	286	30-32	330	49-51	376	13-15	420
61-62	287	32-34	331	51-53	377	15-17	421
		34-36	332	53-55	378	17-19	422
		36-38	333	55-57	379	19-21	423
CR 69/32		38-40	334	57-59	380	21-23	424
12-13	288	40-42	335	59-61	381	23-25	425
13-15	289	42-44	336	61-63	382	25-27	426
15-17	290	44-45	337	63-64	383	27-29	427
17-19	291	45-47	338	64-67	384	29-30	428
19-21	292	47-49	339	67-69	385	30-32	429
21-23	293	49-51	340	69	386	32-34	430
23-25	294	51-52	341			34-36	431
25-27	295	52-54	342	CR 69/35		36-38	432
27-29	296	54-56	343	12-13	387	38-40	433
29-31	297	56-58	344	13	388	40-41	434
31-33	298	58-59	345	14-15	389	41-43	435
33-35	299	59-62	346	15-17	390	43-45	436
35-37	300	62-63	347	17-20	391	45-47	437
37-39	301	63-65	348	20-22	392	47-49	438
39-40	302	65-67	349	22-24	393	49-51	439
40-42	303	67-70	350	24-26	394	51-53	440
42-45	304	70-72	351	26-28	395	53-55	441
45-46	305	72-74	352	28-30	396	55-57	442
46-48	306	74-76	353	30	397	57-59	443
48-50	307	76-78	354	31-32	398	59-61	444
50-52	308	78-80	355	32-34	399	61-63	445
52-54	309	80	356	34-36	400	63-64	446
54-56	310			36-38	401		
56-58	311			38-40	402	CR 69/37	
58-60	312	CR 69/34		40-42	403	12-13	447
60-62	313	12-13	357	42-43	404	13-15	448
62-63	314	13-15	358	43-44	405	15-18	449
63-65	315	15-17	359	45-46	406	18-19	450
65-67	316	17-19	360	46-48	407	20-21	451
67-69	317	19-21	361	48-50	408	21-22	452
69-70	318	21-24	362	50-52	409	23-24	453
		24-26	363	52-53	410	24-26	454
		26-27	364	53-55	411	26-28	455
CR 69/33		27-30	365	55-57	412	28-30	456
12-13	319	30-31	366	57-59	413	30-32	457
13	320	31-33	367	60-61	414	32-34	458
14-15	321	33-35	368	61-63	415	34-36	459
15-17	322					36-37	460

<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>	<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>	<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>	<i>CR</i> <i>pages</i>	<i>Présent</i> <i>volume</i> <i>page</i>
37-40	461	64-66	508	25-26	553	49-51	600
40-41	462	66-67	509	27-28	554	51-53	601
41-43	463			28-31	555	53-54	602
43-46	464	CR 69/39		31	556	54-55	603
46-47	465	12-13	510	32-33	557	56-57	604
47-50	466	13-15	511	33-35	558	57-59	605
50-51	467	15-16	512	35-37	559	59-61	606
51-53	468	16-18	513	37-39	560	61-63	607
53-55	469	18-20	514	39-40	561	63-65	608
55-58	470	20-21	515	41-42	562	65-66	609
58-59	471	21-23	516	42-44	563	66-68	610
59-61	472	23-25	517	44-46	564	68-70	611
61-63	473	25-27	518	46-48	565	70-72	612
63-65	474	27-28	519	48-50	566	72-73	613
65-66	475	28-31	520	50-52	567	73-74	614
66-67	476	31-33	521	52-54	568		
68-70	477	33-35	522	54-55	569	CR 69/42	
70-72	478	35-37	523	55-57	570	12-13	615
72-73	479	37-38	524	57-58	571	13-15	616
		39-40	525	58-60	572	15-17	617
CR 69/38		40-42	526	60-62	573	17-19	618
12-14	480	42-43	527	62-64	574	19-22	619
14-15	481	43-46	528	64-65	575	22-24	620
15-17	482	46-47	529	66-67	576	24-25	621
17-19	483	47-50	530	67-69	577	25-28	622
19-21	484	50-52	531	69-70	578	28-30	623
21-23	485	52-53	532	70-71	579	30-32	624
23-24	486	53-56	533			32-34	625
24-27	487	56-58	534	CR 69/41		34-36	626
27-28	488	58-60	535	12-13	580	36-38	627
28-30	489	60-62	536	13-15	581	38-41	628
30-32	490	62-63	537	15-17	582	41-43	629
32-34	491	63-65	538	17-19	583	44-45	630
34-36	492	65-67	539	19-21	584	45-47	631
36-39	493	67-69	540	21-23	585	48-49	632
39-40	494	69-71	541	23-25	586	49-51	633
41-43	495	71-72	542	25-27	587	51-54	634
43-45	496	72-74	543	27-28	588	54-56	635
45-47	497	74-76	544	28-30	589	56-57	636
47-48	498	76-77	545	30-31	590	57-59	637
48-50	499			31-34	591	59-61	638
50-52	500	CR 69/40		34-35	592	61-63	639
52-54	501	12-13	546	35-36	593	63-65	640
54-55	502	13-15	547	36-39	594	65-67	641
55-58	503	15-18	548	39-41	595		
58-59	504	18-20	549	41-43	596	CR 69/43	
59-61	505	20-21	550	43-45	597	12-13	642
61-62	506	21-24	551	45-47	598	13-15	643
63-64	507	24-25	552	47-49	599	15-18	644

TABLE DE CONCORDANCE

707

<i>CR</i>	<i>Présent</i>	<i>CR</i>	<i>Présent</i>	<i>CR</i>	<i>Présent</i>	<i>CR</i>	<i>Présent</i>
<i>pages</i>	<i>volume</i>	<i>pages</i>	<i>volume</i>	<i>pages</i>	<i>volume</i>	<i>pages</i>	<i>volume</i>
	<i>page</i>		<i>page</i>		<i>page</i>		<i>page</i>
18-20	645	47-49	660	17-18	673	45-48	688
20-22	646	49-51	661	19-20	674	48-49	689
22-24	647	51-53	662	20-22	675	49-51	690
24-26	648	53-55	663	22-24	676	51-53	691
26-28	649	55-57	664	24-26	677	53-55	692
28-30	650	57-59	665	26-28	678	55-57	693
30-32	651	59-61	666	28-30	679	57-59	694
32-34	652	61-63	667	30-32	680	59-61	695
34-36	653	63-65	668	32-34	681	61-64	696
36-38	654	65	669	34-36	682	64-65	697
38-40	655			36-38	683	65-67	698
40-41	656	CR 69/44		38-40	684	67-69	699
41-44	657	12-13	670	40-42	685	69-71	700
44-45	658	13-15	671	42-44	686	71-73	701
46-47	659	15-17	672	44-45	687	73-75	702