

SEPARATE OPINION OF JUDGE SIR GERALD FITZMAURICE

I

INTRODUCTORY

1. Although (if with some reluctance) I agree and have voted with the majority of the Court in finding the Belgian claim in this case to be inadmissible, and broadly for the principal reason on which the Judgment is based—namely that in respect of an injury done to a company, *prima facie* the company's government alone can sustain an international claim—I have a somewhat different attitude on various aspects of the matter, which I wish to indicate. In particular (*a*) I would go considerably further than does the Judgment in accepting limitations on the principle of the "hegemony" of the company and its government;—furthermore (*b*), though I have felt bound to vote as I have, I nevertheless hold it to be an unsatisfactory state of the law that obliges the Court to refrain from pronouncing on the substantive merits of the Belgian claim, on the basis of what is really—at least in the actual circumstances of this case—somewhat of a technicality.

2. In addition, there are a number of particular matters, not dealt with or only touched upon in the Judgment of the Court, which I should like to comment on. Although these comments can only be in the nature of *obiter dicta*, and cannot have the authority of a judgment, yet since specific legislative action with direct binding effect is not at present possible in the international legal field, judicial pronouncements of one kind or another constitute the principal method by which the law can find some concrete measure of clarification and development. I agree with the late Judge Sir Hersch Lauterpacht¹ that it is incumbent on international tribunals to bear in mind this consideration, which places them in a different position from domestic tribunals as regards dealing with—or at least commenting on—points that lie outside the strict *ratio decidendi* of the case.

*

¹ The necessary references and citations are given in the opening paragraphs of the separate Opinion of my colleague Judge Jessup in the present case (q.v.),—and I associate myself with the views he expresses in this connection.

OPINION INDIVIDUELLE DE SIR GERALD FITZMAURICE

[Traduction]

I

INTRODUCTION

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

2. Il y a en outre plusieurs questions particulières, qui ne sont pas traitées dans l'arrêt de la Cour ou qui n'y sont qu'effleurées, sur lesquelles je voudrais présenter certaines observations. Bien que ces observations ne puissent avoir que le caractère d'*obiter dicta* sans posséder l'autorité d'un jugement, les opinions qui émanent d'une manière ou d'une autre d'une instance judiciaire constituent, tant qu'il ne sera pas possible d'édicter, dans le domaine juridique international, des textes législatifs exprès ayant un effet obligatoire direct, le principal moyen de préciser et de développer le droit de façon quelque peu concrète. Je suis d'accord avec l'ancien juge sir Hersch Lauterpacht¹ pour estimer que les tribunaux internationaux doivent avoir cette considération présente à l'esprit, ce qui les met dans une situation différente de celle des tribunaux nationaux pour ce qui est d'examiner, ou du moins de commenter, des aspects dépassant la stricte *ratio decidendi* d'une affaire.

*

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

3. In the next part (II) of this opinion (paragraphs 4-34) I propose to indicate the criteria on the basis of which I have felt obliged to concur in the main conclusion reached by the Court, but I shall do so in the light of my view that certain of the considerations of law which compel that conclusion prove, in the international field, to be unserviceable as soon as they are applied to any situation which is out of the ordinary. In the succeeding part (III—paragraphs 35 and 36), I state the conclusions which I believe ought to be drawn from part II as to the place of equitable considerations in the international legal field, and the growing need there for a *system* of Equity. In the next two parts (IV and V) I propose, as indicated *supra* in paragraph 2, to comment on a certain number of matters (also of a more or less preliminary character) which, though not relevant to the particular point on which the Court's decision turns, formed part of the long series of questions debated by the Parties in the course of their arguments, and which accounted, or could have accounted, for individual rejections of the Belgian claim by certain Members of the Court. Part IV (paragraphs 37-65) will deal with matters affecting the nationality of the Barcelona Traction Company's shareholders, and Part V (paragraphs 66-83) with certain other matters having a preliminary character,—viz. the question of jurisdiction in bankruptcy, and a particular aspect of the local remedies rule. Finally, in the concluding part (VI—paragraphs 84-90)—since the subject has evidently given rise to some misunderstanding—I discuss the philosophy of the joinder of preliminary objections to the merits. There is finally a Postscript on the question of the length of the proceedings in this and other cases, and certain related matters.

II

THE QUESTION OF BELGIUM'S LOCUS STANDI IN JUDICIO ²

4. Although, as I have said, I reach the same final conclusion as in the Judgment of the Court, my approach is different. In particular I do not base myself as does the Judgment to some extent (*vide* its paragraphs 33-36), and as figured fairly prominently in the arguments of the Parties, on any consideration turning on the question of to whom, or to what entity, was the obligation owed in this case, not to act in a manner

² Although I now agree with my colleague Judge Morelli's view that the question of Belgium's right to claim on behalf of the Barcelona Traction Company's shareholders, in so far as Belgian, is really a question of substance not of capacity (because the underlying issue is what rights do the shareholders themselves have), it is convenient for immediate purposes to treat the matter as one of Belgian Government standing.

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

II

LA QUESTION DE LA QUALITÉ POUR AGIR² DE LA BELGIQUE

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

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

contrary to international law. This does not seem to me to be the right question to ask where the issue involved is not one of treaty or other particular obligations, but of general international law obligations in the sphere of the treatment of foreigners. If in the latter area a State, either directly or through its agencies or authorities, acts illicitly, it stands in breach of international law irrespective of whether any other State is qualified to take the matter up. For instance if an individual were concerned, he might be stateless. If in the present case there have been contraventions of international law, they are in no way legitimized, nor do they become any the less illicit, because Canada has not (or even possibly could not³) pursue the matter, and because Belgium is held to possess no *locus standi in judicio* for doing so. Nor is the question of the entity to which the obligation is due helpful even for the purpose of identifying the party entitled to claim, for such entity would itself previously need to be identified, and the discussion would turn in a circle.

5. The material and only pertinent question is who or what entity, if, any is entitled to claim in respect of damage accruing to *shareholders* in consequence of illicit treatment of the *company*;—and in order to answer this since the matter concerns a company and its shareholders—it is above all necessary to have regard to the concept and structure of companies according to the systems of their origin, which are systems of private or domestic law,—and furthermore to insist on the principle that when private law concepts are utilized, or private law institutions are dealt with in the international legal field, they should not there be distorted or handled in a manner not in conformity with their true character, as it exists under the system or systems of their creation. But, although this is so, it is scarcely less important to bear in mind that conditions in the international field are sometimes very different from what they are in the domestic, and that rules which these latter conditions fully justify may be less capable of vindication if strictly applied when transposed onto the international level⁴. Neglect of this precaution may result in an opposite distortion,—namely that qualifications or mitigations of the

³ i.e., if it were held that no “genuine link” existed between Canada and the Barcelona Traction Company on the basis of the principle of the *Nottebohm* case (*vide infra*, paragraphs 26-32).

⁴ In this respect I fully associate myself with the views expressed by Lord McNair in his *South West Africa* case (1950) Opinion when, speaking of the United Nations Trusteeship System, he said (*I.C.J. Reports 1950*, at p. 148) that private law institutions could not be imported into the international field “lock, stock and barrel”, just as they were, and that private law rules could only serve as indications of principle and not as rigid injunctions in the international domain. However, in the present case there is no question of international law setting up a new international institution analogous to the private law institution of the limited liability company. The latter remains a purely private law creation, which international law must take as

l'espèce une obligation de ne pas agir de manière contraire au droit international. Il ne me semble pas que ce soit là vraiment la question qui se pose, dès lors qu'il s'agit non pas d'obligations conventionnelles ni d'autres obligations particulières mais d'obligations découlant du droit international général en matière de traitement des étrangers. Si dans ce dernier domaine un Etat commet, soit directement soit par l'intermédiaire de ses services ou de ses autorités, un acte illicite, il viole le droit international, qu'un autre Etat ait qualité ou non pour soulever la question. Par exemple, s'il s'agit d'un individu, il se peut qu'il soit apatride. Si, en la présente affaire, certains actes ont contrevenu au droit international, ils ne sont en aucune manière légitimés ni ne perdent rien de leur caractère illicite par le fait que le Canada n'a pas poursuivi l'affaire (ou peut-être même ne pouvait pas la poursuivre³) ni parce que l'on estime que la Belgique n'a pas qualité pour agir elle-même. De plus, se demander à l'égard de quelle entité l'obligation existe n'est guère utile, même pour déterminer qui a qualité pour agir, car il faudrait identifier d'abord cette entité elle-même et la discussion risquerait de tourner en rond.

5. La question importante et la seule pertinente est de savoir qui, ou quelle entité, aurait éventuellement le droit de présenter une réclamation à raison d'un préjudice causé aux *actionnaires* du fait du traitement illicite de la *société*. Pour répondre à cette question, il est avant tout nécessaire, puisqu'il s'agit d'une société et de ses actionnaires, de prendre en considération la conception et la structure des sociétés dans leurs systèmes d'origine, qui sont des systèmes de droit privé ou interne; il faut en outre s'en tenir strictement au principe selon lequel quand, dans le domaine juridique international, on est amené à utiliser des concepts de droit privé ou à s'occuper d'institutions de droit privé, on ne doit pas les déformer ou les traiter d'une manière qui ne soit pas conforme à leur véritable nature, telle qu'elle ressort du système ou des systèmes qui les ont créés. Cela dit, il est presque aussi important de ne pas oublier que les conditions qui règnent dans le domaine international peuvent être très différentes de celles de l'ordre interne et que l'application stricte de règles pleinement justifiées pour celui-ci devient parfois moins défendable lorsqu'on les transpose sur le plan international⁴. En négligeant cette

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

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

rule, provided for on the internal plane, may fail to be adequately reflected on the international,—leading to a resulting situation of paradox, anomaly and injustice.

6. This is what seems to have occurred in the field of the corporate entity at the international level. Since the limited liability company with share capital is exclusively a creation of private law, international law is obviously bound in principle to deal with companies as they are,—that is to say by recognizing and giving effect to their basic structure as it exists according to the applicable private law concepts⁵. Fundamental to the structure of the company is the ascription to it, *qua* corporate entity, of a separate personality over and above that of its component parts, viz. the shareholders, with resulting carefully drawn distinctions between the sphere, functions and rights of the company as such, acting through its management or board, and those of the shareholder. These distinctions must obviously be maintained at the international level: indeed to do otherwise would be completely to travesty the notion of a company as a corporate entity. Thus it is that, just as in domestic courts no shareholder could take proceedings in respect of a tort or breach of contract committed in respect of the company, but only the latter could do so, through the action of its management with whom the decision would lie—a decision which, broadly speaking, the shareholder must accept,—so also if an illicit act injurious to the company or infringing its rights takes place on the international plane, it is not the government of the shareholder but, in principle, that of the company alone, which can make an international claim or bring international proceedings;—the decision whether to do so or not lying with the latter government—a decision which again the foreign shareholder must accept, in the sense that neither he nor his government can require (still less compel) the company's government to take action.

7. In neither case does it make any difference that the wrong done to the company recoils or “repercusses” onto the shareholder⁶, e.g., by

it finds it. The complaint I am making in this Opinion is that international law has indeed taken it as it has found it over *part* of the ground, but not over the rest, thereby introducing an unjustified distortion.

⁵ It is inevitable that these concepts should be referred to herein in very broad and general terms. The details vary from country to country, and some things may not be true or may need considerable qualification for certain countries.

⁶ Suppose that by the tortious negligence of a third party the company's warehouses are burned down,—the shareholder may indirectly be seriously affected, but he can have no right of action: the property was not his but the company's. It is the same if his interest is affected by the failure of a third party to carry out a contract with the company, for he himself is not a party to the contract. It is quite another matter if the act complained of is directed against, or directly infringes, his specific

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

6. C'est ce qui semble s'être produit, au niveau international, dans le cas de la société. La société par actions, dans laquelle la responsabilité des actionnaires est limitée, étant exclusivement une création du droit privé, il est évident que le droit international est tenu en principe de prendre la société telle qu'elle est, c'est-à-dire de reconnaître sa structure de base telle qu'elle résulte des concepts de droit privé applicables⁵ et de lui donner effet. Une des caractéristiques fondamentales de la société est qu'elle est dotée, en raison même de son caractère social, d'une personnalité distincte primant celle de ses éléments constitutifs — les actionnaires —, d'où des distinctions soigneusement marquées entre le champ d'action, les fonctions et les droits de la société en tant que telle, agissant par l'intermédiaire de sa direction ou de son conseil d'administration, et ceux de l'actionnaire. De toute évidence, il faut maintenir ces distinctions sur le plan international, si l'on ne veut pas dénaturer complètement la notion de société en tant que personne morale. Ainsi, de même qu'aucun actionnaire n'a de recours devant les tribunaux nationaux lorsqu'un acte dommageable ou une rupture de contrat sont commis au préjudice de la société, et que seule cette dernière peut intenter une action par l'intermédiaire de sa direction, à laquelle la décision appartient — décision que d'une manière générale l'actionnaire doit accepter —, de même, si un acte illicite préjudiciable à la société ou portant atteinte à ses droits se produit sur le plan international, il n'appartient pas au gouvernement de l'actionnaire mais en principe à celui de la seule société de présenter une réclamation internationale ou d'engager une procédure judiciaire internationale; la décision appartient à ce dernier gouvernement, décision que là encore l'actionnaire étranger doit accepter, en ce sens que ni lui ni son gouvernement ne peuvent exiger du gouvernement de la société qu'il agisse (et encore moins l'y contraindre).

7. Dans un cas comme dans l'autre, peu importe que le tort fait à la société rejaillisse ou « se répercute » sur l'actionnaire⁶, par exemple en

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

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

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

causing the market value of his shares to fall or the profits of the company to be diminished—whence lower dividends; or by causing difficulty as to disposing of the shares—(for want of ready buyers),—for while the shareholder has a legal right not to have his shares cancelled or confiscated without compensation, he has no legal right that they shall have, or be maintained at, any particular market value,—and while the shareholder has a right to receive a dividend if a dividend is declared, he has no right that it *shall* be declared, or (if declared) be for any particular amount⁷,—and again, while he has a right freely to dispose of his shares⁸, the law does not guarantee him either a buyer or a price.

8. But at this point it becomes clear that something has gone wrong,—that the analogy has broken down,—because certain qualifications or modifications, it might be said mitigations, which, in the domestic field, affect and as it were alleviate the situation just described, are not, in the present state of the law, reflected, or not adequately so, in the international domain;—for whereas at that level this situation is one which, as the law now seems to stand, may leave the shareholder powerless to protect his interests, this is not the case on the domestic plane, where the principle of the “hegemony” of the company is accompanied by certain balancing elements, acting as a counterweight, which are only up to a point reflected in the present condition of international law—(*vide infra*, paragraph 11 and the footnotes thereto).

*

9. In order to understand this matter, it is necessary to have regard to the underlying *rationale* of the “hegemony principle”. This resides in something more than the purely juridical situation resulting from the separate legal personality of the company, and the fact that, in the type of case now in question, the rights infringed are those of the company, not of the shareholder—though his pocket may be affected, actually or potentially—(*vide supra*, paragraph 7 and footnote 6). Nor does it reside in the practical considerations which, on the domestic plane, at least, must in all normal circumstances rule out the possibility of separate and independent action by shareholders in respect of the treatment of the company, as such, by third parties.

10. The true *rationale* (outside but underlying the law) of denying to

rights as a shareholder,—if for instance his right freely to dispose of his shares were illicitly interfered with, or if resolutions duly passed at the general meeting of shareholders were declared null and void, etc.

⁷ Except of course in the case of fixed interest securities of various kinds.

⁸ As a general rule, that is. Under wartime or other emergency conditions, owners of certain kinds of securities (e.g., those expressed in foreign currency) might be required to dispose of them to, or only to, the government or central bank.

faisant baisser le cours de ses actions ou en réduisant les bénéfices de la société — et par conséquent les dividendes — ou encore en rendant (faute d'acheteurs) la cession des actions plus difficile; en effet, si l'actionnaire peut prétendre en droit à ce que ses actions ne soient pas annulées ou confisquées sans indemnité, il n'a aucun titre à exiger qu'elles atteignent un certain cours ou s'y maintiennent; et si l'actionnaire a le droit de percevoir le dividende déclaré, il n'a nullement celui d'exiger qu'un dividende soit déclaré ni (s'il l'est) qu'il soit de tel ou tel montant⁷; de même, s'il est en droit de disposer librement de ses actions⁸, la loi ne lui garantit ni un acheteur ni un prix.

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

*

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

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

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

⁷ Sauf bien entendu pour les diverses catégories de valeurs à intérêt fixe.

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

the shareholder the possibility of action in respect of infringements of *company* rights is that, normally, he does not need this. The *company* will act and, by so doing, will automatically protect not only its own interests but those of the shareholders also. That is the assumption;—namely that the company is both capable of acting and will do so unless there are cogent reasons why, in the interests of the company and, hence, indirectly of the shareholders, it should refrain⁹,—the decision involved being one of policy, *prima facie* for the determination of the management. (It is precisely here, however, that the beginnings of a profound difference between the domestic and the international situations can be discerned, for if and when a government declines or fails to intervene on behalf of a company of its nationality detrimentally affected by illicit foreign action, the reasons will be the government's not the company's¹⁰, and will normally have nothing to do with the company's interests, which indeed are likely to be adversely affected still further by the government's refusal or failure, so that no contingent or long-term advantage, or avoidance of disadvantage, will result, as might be expected if the decision were the company's. The motivations involved are quite distinct. But all this is to anticipate.)

11. The assumption that the company will act, or will have good reasons for not doing so—(reasons which will be in the eventual interests of the shareholders also)—underlies equally the variously expressed axiom, on the presumed truth of which so much of the applicable law is based—namely that the fate of the shareholder is bound up with that of the company; that his fortunes follow the latter's; that having elected to throw in his lot with the company, he must abide by the consequences, be they good or bad, so long as he maintains his connection with it, etc., etc. The idea has been well expressed in a recent work¹¹ as follows (my translation):—

“If, in principle, the shareholders must suffer the fate of the company, this is because the corporate entity is a legal person capable by its corporate action of protecting the interests which the shareholders have entrusted to it . . . transferring to the corporate

⁹ Because, e.g., too expensive, or likely to have undesirable repercussions, to offend some powerful interest, interfere with some other objective, involve some awkward revelation, etc.

¹⁰ These may, but just as probably may not, have to do with the actual merits of the claim. For instance a government may well not wish to press a private claim against another government with which it is conducting difficult negotiations on a matter of overriding national importance. Many other instances could be given.

¹¹ Paul De Visscher, “La Protection Diplomatique des Personnes Morales”—(Diplomatic Protection of Corporate Entities)—*Recueil* [i.e., *Collected Courses*] of the Hague Academy of International Law, 1961, Vol. I, at p. 465.

qui justifie que l'on dénie à l'actionnaire la possibilité d'agir lorsqu'il y a atteinte aux droits de la *société* est que normalement il n'a pas besoin de le faire. La *société* agira et, ce faisant, protégera automatiquement non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux des actionnaires. On part donc de la double hypothèse que la société est capable d'agir et qu'elle le fera, à moins d'avoir des raisons impérieuses de s'abstenir⁹ dans son propre intérêt et donc indirectement dans celui des actionnaires; la décision à prendre est une décision de politique générale, qui appartient *prima facie* à la direction. (Or c'est précisément à ce point que l'on commence à discerner une profonde différence entre la situation sur le plan interne et la situation sur le plan international; en effet, si un gouvernement refuse d'intervenir au nom d'une société de sa nationalité qui a été lésée par un acte étranger illicite, ou s'il s'en abstient, ce sera pour des raisons propres au gouvernement, non à la société¹⁰; et n'ayant généralement rien à faire avec les intérêts de ladite société: ceux-ci risquent en fait de se trouver encore plus gravement compromis par le refus ou l'abstention du gouvernement, qui ne procurera à la société aucun avantage éventuel ou à long terme et ne lui évitera aucun inconvénient, contrairement à ce qu'on pourrait attendre si la décision émanait d'elle. Les mobiles sont entièrement distincts. Mais n'anticipons pas.)

11. L'idée que la société agira ou qu'elle aura de bonnes raisons de n'en rien faire (raisons qui, finalement, seront aussi dans l'intérêt des actionnaires) est également implicite dans l'axiome — qui peut s'exprimer sous diverses formes et sur la vérité présumée duquel repose une si grande part du droit applicable — que le sort de l'actionnaire est lié à celui de la société; que sa fortune suit celle de la société, qu'ayant choisi de partager le destin de la société il doit en accepter les conséquences, bonnes ou mauvaises, tant qu'il n'aura pas rompu ses rapports avec la société, etc. Cette idée a été fort bien exposée dans un ouvrage récent¹¹, où il est dit que:

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

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

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

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

entity a part of their personality and rights, with the object of thereby obtaining a better return and a more effective safeguard. But on that account, if such is the justification for the indivisibility of the corporate entity, such is also its limit."

The nature and extent of this limit on the international plane will be considered later. In the domestic sphere it takes two main forms, the external and the internal—the latter being action within the company itself by means of its own processes and procedures (*vide infra*, paragraph 12). As to the former, most developed systems of law contain provisions which have been described in very general terms as being

"intended to protect the interests of shareholders if the company's officers are considering their own interests rather than the interests of the company, and also to protect the interests of minorities of shareholders"¹².

Such provisions of course differ from country to country but, without attempting to particularize, their broad effect is either to enable shareholders to bring an action in their own names against a third party, in a variety of circumstances involving fraud, malfeasance, negligence or

¹² Beckett, "Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 17 (1932), at p. 193, footnote (7), citing (and see also at p. 192) Dutch, English, French and German law. Beckett also cites a passage from *Halsbury's Laws of England*. The same passage as it figures in the later (1954) edition, after stating that normally only the company not shareholders can sue third parties, continues as follows:

"Where, however, the persons against whom relief is sought hold and control the majority of the shares, and will not permit an action to be brought in the company's name, shareholders complaining may bring an action in their own names and on behalf of the others and they may do so also where the effect of preventing them so suing would be to enable a company by an ordinary resolution to ratify an improperly passed special resolution."

See also Mervyn Jones, "Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies" in *British Year Book of International Law*, Vol. XXVI (1949), at pp. 232-234, citing American, Austrian, Belgian, English, French, Italian, Norwegian, Swedish and Swiss law.

See further as to German law in "La Personnalité Morale et ses Limites"—(The Corporate Entity and its Limits), published by Pichon & Durand-Auzias for the Institute of Comparative Law of the University of Paris in *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1960, at pp. 43-44 (*per* Dr. Ulrich Drobnig); and, in *ibid.*, at p. 150, the following statement of Swiss law (*per* Prof. J. M. Grossen—my translation): "There are fortunately other [sanctions] which enable [the shareholders] to compel the corporate entity—or more exactly its management—to change its attitude."

For analogous provisions of French law see paragraph 11 of my colleague Judge Gros' separate opinion.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

other improper refusal or failure on the part of the management to act for the protection of the company's interests, or else to enable shareholders to bring proceedings against the management itself to compel it so to act. In short, generally speaking, domestic law makes at least some provision for the case where the basic assumption of action by the company, rendering action by the shareholders unnecessary, ceases to hold good¹³.

12. The other type of possibility which private law affords to shareholders (or at least to a majority of them; and often even to a minority) if dissatisfied with the policies of the company—including therefore such a thing as a failure to proceed against a third party in the protection of the company's interests—is to take action on the internal plane within the confines of the company itself, and through its normal procedures (shareholders' meetings, voting of resolutions, etc.), directed to influencing and if necessary changing, those policies or even, in the last resort, modifying or changing the management itself. In certain circumstances, reconstructions constitute another possibility.

*

13. The question that now has to be asked is how far these domestic law limitations on the exclusive power of the management, allowing of independent action by the shareholders, are reflected at the international level, so as correspondingly to qualify the principle of the exclusive right of the government of the company to intervene, and admitting the possibility of intervention by that of the shareholders, even though the injury is to the company as such, rather than to any independent *stricto sensu* shareholding right. This question has to be asked because, if it is

¹³ In addition to the passage from *Halsbury's Laws of England* cited in the first paragraph of footnote 12 *supra*, the following sections from the same work also indicate the position under English law (*loc. cit.*, pp. 222-223, omitting references to footnotes):

“458. *Statutory right of members collectively.* The members of a company collectively have statutory rights, some of which are exercisable by a bare majority, as, for instance, a resolution at the statutory meeting; others by a particular majority, as in the case of a reconstruction; and others by a minority, as in the case of a requisition for a meeting of shareholders, or of an application to the Board of Trade to appoint an inspector to investigate the company's affairs, or of an application by an oppressed minority to the court for relief.

Statutory rights cannot be taken away or modified by any provisions of the memorandum or articles [i.e., of the company].”

“461. *Rights under the general law.* The rights of a member under the general law include his right . . . to restrain directors from acting *ultra vires* the company or in excess of their own powers or acting unfairly to the members.”

malversation ou négligence de la part de la direction ou lorsque celle-ci refuse ou s'abstient à tort d'agir pour protéger les intérêts de la société), ou bien d'engager une procédure contre la direction de la société pour la contraindre à prendre les mesures voulues. Bref le droit interne contient généralement certaines dispositions pour le cas où le postulat fondamental d'après lequel la société agira — ce qui rendra superflue l'action des actionnaires — cesse de se vérifier¹³.

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

*

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

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

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

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

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

not right that international law should distort the structure of the company (an essentially private law concept) by failing to give all due effect to the logic of its separate personality, distinct from that of the shareholders,—it is no less wrong, and an equal distortion, if international law fails to give due effect to the limitations on this principle recognized by the very system which, *mutatis mutandis*, it is sought to apply on the international plane. In short, such application should be integral, not partial. But is it?—or is it not rather the case that international law, while purporting to base itself on, and to be guided by the relevant features of municipal law, really does so only to a certain extent, departing from it at precisely that point where, under municipal law the management of the company can in certain circumstances be compelled by the shareholders to act?

14. It seems that, actually, in only one category of situation is it more or less definitely admitted that intervention by the government of foreign shareholders is allowable, namely where the company concerned has the nationality¹⁴ of the very State responsible for the acts or damage complained of, and these, or the resulting circumstances, are such as to render the company incapable *de facto* of protecting its interests and hence those of the shareholders¹⁵. Clearly in this type of case no intervention or claim on behalf of the *company* as such can, in the nature of things, be possible at the international level, since the company has local not foreign nationality, and since also the very authority to which the company should be able to look for support or protection is itself the author of the damage. Consequently, the normal rule of intervention only on behalf of the company by the company's government becomes not so much inapplicable as irrelevant or meaningless in the context. The efficacy of the corporate entity and its capability of useful action has broken down, and the shareholders become as it were substituted for the management to protect the company's interests by any method legally open to them. If some of them have foreign nationality, one such way is to invoke the intervention of their government, and in the circumstances this must be regarded as admissible. Thus the same

¹⁴ For present purposes I am taking the nationality of a company to be that of the country of incorporation, the laws of which govern the company's constitution and functioning. However, *vide infra* paras. 33 and 34.

¹⁵ If the wrong done to the company, or breach of contract with it, comes not from another private party but from the authorities of the country, it is again in principle only the company which can take legal action, to the extent that the local law allows the government to be sued. If however, as happened for instance in the *El Triunfo* case (*United Nations Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XV, p. 464), the action taken against the company by the authorities has the effect of completely paralyzing it, then the shareholders can act and, if they are unable to obtain redress locally, but have foreign nationality, can, according to the view here discussed as being now more or less generally recognized, invoke the aid and intervention of their government.

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

14. En réalité il semble qu'il n'y ait qu'un seul type de situation où l'intervention du gouvernement d'actionnaires étrangers soit plus ou moins nettement admise: quand la société intéressée a la nationalité¹⁴ de l'Etat responsable des actes ou du dommage dont il est fait grief et quand ceux-ci, ou les conséquences qui en découlent, sont de nature à mettre la société dans l'incapacité *de facto* de protéger ses intérêts et, partant, ceux des actionnaires¹⁵. Il est évident que, dans les cas de ce genre, aucune intervention ni réclamation pour le compte de la *société* elle-même ne saurait par hypothèse être possible sur le plan international puisque, d'une part, il s'agit d'une société nationale et non étrangère et que, d'autre part, l'autorité à laquelle la société devrait pouvoir s'adresser pour obtenir appui ou protection est précisément l'auteur du préjudice. Par conséquent, ce qui arrive en l'occurrence ce n'est pas tellement que la règle normale d'intervention par le gouvernement de la société, pour le compte de la seule société, devient inapplicable, mais qu'elle perd toute pertinence et toute signification. La personne morale étant devenue impuissante et incapable d'agir utilement, les actionnaires viennent en quelque sorte se substituer à la direction pour assurer la protection des intérêts de la société par tous les moyens légaux qui leur sont ouverts. Si certains actionnaires sont de nationalité étrangère, l'un

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

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

authority as was cited in paragraph 11 above continues (translation)¹⁶:

“ . . . From this it necessarily results that if the rational justification for the mechanism of the corporate entity is brought to a collapse by the act of the very State whose law governs the status and allegiance of the corporate entity, its personality is no longer anything but a fiction void of all meaning, in which there can now be seen nothing but a bundle of individual rights.”

15. Notwithstanding these cogent considerations of principle, the validity of this exception to or limitation on the rule of non-intervention by the government of the shareholders in respect of wrongs done to the company, is contested on a variety of grounds. It is said for instance that this type of intervention on behalf of foreign shareholders ought only to be permissible where the company itself is also essentially foreign as to its management and control, and the nature of the interests it covers, and where its local nationality did not result from voluntary incorporation locally, but was imposed on it by the government of the country or by a provision of its local law as a condition of operating there, or of receiving a concession. In such cases, it is said, the company's nationality is an artificial one that does not correspond with the underlying realities, and for this reason (but for this reason only) the local government should not be able to avail itself of the obstacle of its nationality which it has designedly insisted on interposing between itself and those realities—possibly for the express purpose of preventing foreign intervention. Where however the local nationality was deliberately assumed by the company as a matter of choice, then, so it is said, there is no reason for making any such departure from the basic rule of the company screen.

16. It is doubtless true that it is in the case of such “enforced” local nationality that situations leading to foreign shareholders in the company invoking the intervention of their government are most liable to arise. Nevertheless, there does not seem to be any sufficient reason of principle for drawing the distinction involved. The *fact* of local incorporation, but with foreign shareholding, remains the same in both types of case, whatever the motivations or processes that brought it about. Nor are the motivations which lead foreign interests to seek or not seek local nationality always easy to assess: they may be very mixed. Nor again is it always the case that companies with a large foreign shareholding, and mainly controlled from abroad, do not *voluntarily* obtain local incorporation: they often do, and there may be sound business reasons for it. Yet they are just as liable in practice to be regarded locally as

¹⁶ *Loc. cit.* in footnote 11 *supra*.

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

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

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

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

¹⁶ *Loc. cit.* dans la note 11 ci-dessus.

basically foreign, and to suffer from action which may prevent them, as *companies*, from acting for themselves.

17. Another objection to be urged was that in so far as the doctrine of a right of intervention on behalf of foreign shareholders in a locally incorporated company unable to act for itself, or rendered incapable of so doing, may depend on a number of precedents deriving from cases decided by international tribunals, it will be found on a careful examination of those cases that the "company" that was concerned was usually more in the nature of a firm, partnership, or other similar association of persons, than of a true separate corporate entity distinct from those persons. Hence, it is objected, in so far as the latter were admitted, to claim and their governments to support their claims, they were acting in respect of damage to specific *stricto sensu* rights of their own in the association concerned, and not of the rights of the association as such. Where on the other hand, so it is said, a corporate entity really was involved, the capacity to claim on behalf of shareholders resulted from the express terms of the treaty, convention or "compromis" submitting the case to the tribunal,—consequently these cases cannot be cited as implying recognition of any general principle of law allowing of such claims.

18. It may be true that the exact *rationale* of a number of the decisions concerned is not very easy to determine precisely, and lends itself to much controversy, as the course of the written and oral proceedings in both phases of the present case have amply demonstrated. Any thorough determination would however take up a disproportionate amount of space here: nor is it necessary,—for the considerations of principle invoked in previous paragraphs of this Opinion, based on domestic law analogies, are quite sufficient in themselves to justify the doctrine of a right of intervention on behalf of shareholders "substituted" for a moribund or incapable company of local nationality, in order to protect its interests and their own.

19. It is my view therefore, that the legal position is correctly stated in the following two paragraphs from the same source as was previously cited¹⁷:

"In sum, in order to weigh the admissibility of the protection of shareholders, it is necessary to adhere essentially to the idea of the effectiveness of the corporate entity. It matters little whether, according to internal law criteria, the corporal personality subsists or not. Even where it does, an international tribunal can admit the

¹⁷ *Loc. cit.* in footnote 11 *supra*, at p. 477.

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

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

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

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

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

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

diplomatic protection of shareholders from the moment when it finds as a fact that the damage caused to the corporate entity has had the effect of paralysing or sterilising the usefulness that the mechanism of corporate personality ought normally to bring about for the benefit of the shareholders.

In that case, an international tribunal, not being bound by internal law criteria, 'pierces the corporate veil', as it is said, [but] it would be more accurate to say that it registers the absence of all effective personality, of any effectual intermediary between the shareholders and the rights infringed."

These two paragraphs moreover, even if only in general terms, almost exactly describe the situation of the Barcelona Company which, though still subsisting and formally in existence¹⁸ has, as to its functioning *in Spain*, been entirely paralyzed and rendered incapable of further useful action—a situation not only admitted but, for their own purposes, considerably insisted upon by the Spanish side. The Company was indeed crippled to the point where, deprived of all its Spanish assets and sources of income, it could no longer find the funds for its legal defence, these having to be supplied by the very same shareholders whose right to invoke the diplomatic protection of their Government, Spain denies.

20. In consequence, had the Company been Spanish by incorporation, instead of Canadian, I should have had no hesitation in holding that a claim by Belgium on behalf of the Belgian shareholders in the Company was admissible;—and it is indeed one of the ironies of this case (but not the only one¹⁹) that the Belgian Government would have been in a much stronger position as regards the admissibility of its claim had the Company been Spanish rather than Canadian.

*

¹⁸ I share the view expressed in the passage just cited that the formal keeping alive of the company does not affect the realities of the matter. However, the Belgian position would (ironically) have been stronger if the Spanish events had resulted not merely in the "hispanicization" of the undertaking in *Spain*, but in forcing the liquidation or winding up of Barcelona Traction itself,—for it would then have been much more difficult to maintain, through the fiction of the Company's continued existence, that only the Canadian Government could claim.

¹⁹ See previous footnote. It may also be thought (see the separate Opinion of my colleague Judge Gros, paragraph 12) that the Company would have fared better through an open and avowed nationalisation or expropriation of its Spanish undertaking, accompanied by the payment of adequate compensation, than it did through the process of the bankruptcy. But this would have depended on the nature and amount of the compensation.

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

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

Ces deux paragraphes décrivent pratiquement trait pour trait — même si ce n'est que dans les grandes lignes — la situation de la société Barcelona Traction, qui, tout en continuant officiellement d'exister¹⁸, a été, en ce qui concerne ses opérations en Espagne, entièrement paralysée et mise dans l'impossibilité de poursuivre la moindre activité utile — situation que, du côté espagnol, on n'a pas seulement reconnue, mais sur laquelle, à des fins particulières, on a beaucoup insisté. En effet la société a été réduite à une telle impuissance que, privée de tous ses avoirs et de toutes ses sources de revenus en Espagne, elle ne pouvait plus se procurer les moyens financiers d'assurer sa défense; et ce sont les actionnaires qui ont dû les lui fournir, ces actionnaires à qui l'Espagne conteste aujourd'hui le droit d'invoquer la protection diplomatique de leur gouvernement.

20. C'est pourquoi, si la société avait été constituée non pas selon le droit canadien mais selon le droit espagnol, je n'aurais eu aucune hésitation à soutenir qu'une réclamation présentée par la Belgique au nom des actionnaires belges de la société était recevable; en vérité, une des ironies du sort en la présente affaire, et non la seule¹⁹, tient au fait que le Gouvernement belge eût été en bien meilleure posture, quant à la recevabilité de sa demande, si la société avait été espagnole au lieu d'être canadienne.

*

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

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

21. Must the Canadian nationality of the Company then rule out the Belgian claim? In the present state of the law it would seem that it must. In connection with this conclusion, however, a number of points have to be considered in order to show why, although it is correct on the basis of extant law, this law itself, as it now stands, is in this respect unsatisfactory.

22. The first of these points is that, as required by the logic of the considerations indicated in paragraphs 5 to 13 *supra*, if on the domestic plane there are circumstances in which some action is open to the shareholders notwithstanding that it is *prima facie* the company's position, rather than (directly) their own, that is in question,—then in corresponding circumstances the *government* of the shareholders should, on the international plane, be entitled to intervene and claim. One such case has already been discussed *supra* in paragraphs 14-20: the company is defunct or paralyzed and there can be no question of intervention or claim by *its* government, for the latter is itself the tortfeasor government, if wrong there has been. Similarly, if international law is to remain faithful to the concept of the company and, in dealing with the latter on the international plane, is to give due effect to its essential elements, then it must provide for the case where the company's government—not being the tortfeasor government (but also not being the government of the majority of the shareholders)—for reasons of its own *that have nothing to do with the interests of the company* (see *supra* paragraph 10) refuses or fails to intervene, even though there may be a good, or apparently good case in law for doing so, and the interests of the company require it. Just as on the domestic plane an analogous failure or refusal on the part of the management of the company would normally enable the shareholders to act, either (if the element of *dolus* or *culpa* were present) by legal action against the management, or against the tortfeasor or contract-breaking third party,—or else through the internal processes of the company;—so also, on the international plane, ought the inaction of the company's *government* enable that of the shareholders to act—(and obviously there would be ways of resolving the practical difficulties of the company's government subsequently changing its mind—if the servants of the law cared to work them out;—I think that in this respect paragraphs 94-98 of the Court's Judgment make too much of this matter).

23. In fact, international law does not at present allow of this—except possibly in the one case of the company's government being actually disqualified at law from acting (as to which see *infra*, paragraphs 26-32). The reasons for this insufficiency—for such it is—may be perfectly understandable, but this does not alter the fact that international law is in this respect an under-developed system as compared with private law, and that it fails to provide the recourses necessary for protecting

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

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

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

on the international plane the interests not merely of the shareholders *but of the company itself*. What are these reasons? They are of course that a government is not in the same position as a company and cannot be made subject to the same constraints. The management of a company owes a duty, not only to the company but to the shareholders, and is bound to act in the best interests of the company, and hence of the shareholders, basing itself on an informed and well-weighed estimate of what these are. A government is under no such duty. It is perfectly free on policy grounds to ignore the interests of the company or even to act in a manner it knows to be contrary to these; and if it does this, there are no international means of recourse against it, such as there would be against the management of a company so acting on the internal plane. There is no means, internationally, of proceeding against a government which refuses to intervene on behalf of, or support, the claim of one of its nationals or national companies²⁰,—nor could such a refusal conceivably entail the breach of any general international law obligation. Still less of course is there any means of changing or replacing a government which refuses or fails to act as, internally, the shareholders may be able to do as regards the company's management.

24. All this at present provides an excuse for saying, as the law now does, that if the company's government does not act no other one can. Instead, it should constitute a reason for coming to precisely the opposite conclusion. An enlightened rule, while recognizing that the national government of the company can never be *required* to intervene, and that its reasons for not doing so cannot be questioned even though they may have nothing to do with the merits of the claim, would simply provide that in such event the government of the shareholders may do so²¹—particularly if, as is frequently the case, it is just because the shareholding is mainly foreign that the government of the company feels that no sufficient national interest exists to warrant intervention on its own

²⁰ Theoretically, the *internal* law of the country concerned might provide a means of recourse against the government in such circumstances: and political action might be possible. But in neither case would the essential point be affected.

²¹ I am not greatly impressed by the point which comes up in several connections that the Belgian position, with a big block of majority shareholding, is peculiar, and that in other cases there might be foreign shareholders of several nationalities and a consequent multiplicity of claims. This would only go to the *quantum* of reparation recoverable by the various governments,—and once the principle of claims on behalf of shareholders had been admitted for such circumstances, it would not be difficult to work out ways of avoiding a multiplicity of *proceedings*, which is what would really matter.

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

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

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

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

part²². The law's present attitude is based on predicating for the company's government not merely a prima facie right (which would be understandable) but an exclusive one (which is not). There is no reason of principle why, if the law so wills, failure to utilize a right of action by the party prima facie entitled to do so should not sanction its exercise by another party whose material interest in the matter may actually be greater. Practical difficulties there might be; but this is not a serious objection where no inherent necessity of the law stands in the way. That such a situation of primary and secondary (or latent) entitlement to act can work, if properly regulated, seems to be indicated by the shareholders' possibilities of action on the domestic plane, as earlier described.

*

25. International law must in consequence be regarded as deficient and underdeveloped in this field because, while retaining the rule of the "hegemony" of the company and its government, it fails to provide those safeguards and alternatives which private law has instituted for preventing the hegemony of the company's management leading to abuse. More exactly, what the law enjoins, and the Judgment of the Court therefore inevitably endorses (see its paragraphs 66-68, 77-83 and 93), is the by-passing of the difficulty by a sort of "ostrich-act"—a hiding of the face in the sands of the fiction that so long as it remains theoretically possible for the company's government to act (and however little reality there may be about this possibility), no other government can do so. Thus the law allows the company's government eternally to dangle before the foreign shareholder the carrot of a hypothetical protection that will never be exercised, and tells the hungry fellow that he must be satisfied with this because, although he will never be allowed to eat that carrot, it will always remain there to be looked at²³! International law has of course to accept the fact that governments cannot

²² This is or has been the settled policy of a number of governments. I am not impressed by the argument that those who acquire shares in companies not of their own nationality must be deemed to know that this risk exists. That does not seem to me to affect the principle of the matter.

²³ Or, like the nymph pursued by the ephebus, as depicted in the timeless stasis of the attic vase that inspired the poet Keats' celebrated *Ode on a Grecian Urn* (verse 2, lines 7-10):

"Bold Lover, never, never canst thou kiss,
Though winning near the goal—yet, do not grieve;
She cannot fade, though thou hast not thy bliss,
Forever wilt thou love, and she be fair!"

société estime qu'il n'existe pas un intérêt national suffisant pour justifier une intervention de sa part²². Dans son état actuel, le droit repose sur l'idée que le gouvernement de la société possède non pas simplement un droit *prima facie* (ce qui serait compréhensible), mais un droit exclusif (ce qui ne l'est pas). Il n'y a aucune raison de principe pour que, si le titulaire présumé d'un droit d'action s'abstient de l'exercer, une autre partie qui a peut-être en fait un intérêt matériel plus important dans l'affaire ne puisse se substituer à lui si le droit en dispose ainsi. Il pourrait certes y avoir des difficultés pratiques; mais cela ne constitue pas une objection sérieuse en l'absence d'obstacle tenant à une nécessité intrinsèque du droit. Qu'un système prévoyant de la sorte un double titre à agir, l'un primaire, l'autre secondaire (ou latent), puisse fonctionner à condition d'être convenablement réglementé, les possibilités d'action reconnues à cet égard aux actionnaires sur le plan interne et qui ont été décrites plus haut semblent bien le démontrer.

*

25. Il faut par conséquent considérer que le droit international est imparfait et sous-développé dans ce domaine car, alors qu'il retient la règle de l'« hégémonie » de la société et de son gouvernement, il n'offre pas les garanties et les solutions de rechange que le droit privé a instituées pour empêcher que l'hégémonie de la direction de la société ne conduise à des abus. Plus exactement, ce que prescrit le droit et que la Cour ratifie donc nécessairement dans son arrêt (voir les par. 66-68, 77-83 et 93 de ce dernier), c'est une sorte de « politique de l'autruche » consistant à éluder la difficulté en se cachant la tête dans les sables de la fiction: tant que le gouvernement de la société a théoriquement la possibilité d'agir (aussi peu réelle soit-elle), aucun autre gouvernement n'est habilité à le faire. Ainsi le droit autorise ce gouvernement à agiter éternellement devant l'actionnaire étranger la carotte d'une protection hypothétique qui ne sera jamais exercée et invite le malheureux affamé à s'en contenter car, s'il est vrai qu'il ne lui sera jamais permis de la manger, du moins restera-t-elle toujours offerte à sa contemplation²³! Certes le droit international doit accepter le fait qu'on ne peut ni obliger un gouvernement à agir ni

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

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

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

be compelled to act or be changed. But it does not have to accept (and even positively decree) that nevertheless no other government can ever act—that the carrot must be eternally dangled but never eaten—the maiden ever pursued but never attained!—(see footnote 23 above).

* * *

The Nottebohm case

26. There remains however a quite different order of point, which is in my view by far the most important to arise on the question of Belgian *locus standi*, namely what the situation would be if Canada, instead of having merely failed to pursue the case, were actually to be unable to do so because of a legal disability created by international law itself, disqualifying Canada from acting. It is one thing for the law to predicate, on the basis of an exclusive right of action for one government, that even in the event of its not being exercised, no other government may exercise it. Such a position may be regrettable, for the reasons I have indicated, but is at least tenable. What would be totally inadmissible would be for the law simultaneously to confer a right, yet disqualify the indicated government from exercising it in certain circumstances, and then, when these arise and the disqualification operates, continue to maintain the rule of exclusivity and the consequent incapacity of the governments of other parties whose interest in the matter is undeniable. Implicitly the Judgment takes the same view because an important part of it (see preceding paragraph) rests on the basis that so long as it is possible for the company's government to claim (whether it chooses to do so or not) the shareholders are not, at least in law, deprived of all chance of protection.

27. These aspects are particularly important if consideration is given to what the ground of Canada's possible disqualification would be, namely (on the basis of certain previous decisions and other elements²⁴) that there was an absence of a sufficiently close link between the Canadian Government and the Barcelona Company to give the former an actionable interest at law. Moreover, a major factor would precisely be the absence of any Canadian shareholding or share capital in the Company and the fact that most of it was Belgian. In my view, a disqualification—

²⁴ In particular the decision of the Court in the *Nottebohm* case (merits)—*I.C.J. Reports 1955*, p. 4 *et seq.*; and the Report of the Commission of Arbitration in the "*I'm Alone*" case (*U.N. Reports of International Arbitral Awards*, Vol. III, p. 1614). The same sort of questions also arise over the use of flags of convenience; supposed head-offices that are no more than an address and a letter-box; etc.

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

* * *

L'affaire Nottebohm

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

27. Ces considérations revêtent une importance toute particulière si l'on songe à ce que serait en l'espèce le motif d'une éventuelle incapacité du Canada, à savoir — si l'on se fonde sur certaines décisions antérieures et sur divers autres facteurs²⁴ — qu'il n'existait pas entre le Gouvernement canadien et la Barcelona Traction de lien suffisamment étroit pour donner à ce gouvernement un intérêt pouvant motiver une action judiciaire. En outre un élément essentiel à faire entrer en ligne de compte serait précisément l'absence d'actionnaires canadiens ou de participation cana-

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

at least if it takes place on those grounds—must in logic and in law *ipso facto* imply legal capacity for the government of the shareholders whose non-Canadian status has brought the disqualification about.

28. Having regard to the importance of this issue and, consequently, of the possible applicability to the situation of Canada of the Court's decision in the *Nottebohm* case²⁵, which obviously could affect the whole outcome of this part of the case, I consider that it should not have been side-tracked on the basis that neither of the Parties contested the existence of a Canadian right of intervention and claim. In my view they should have been asked, in the exercise of the Court's power to act *proprio motu*, to present full argument on the matter; and the intervention of the Canadian Government under Article 62 of the Court's Statute should have been sought, in order that its views might be made known. If for various reasons, it would not have been practicable to do this during the normal course of the oral hearing, I consider that the Parties should have been recalled later for the purpose, after such interval as might have been thought appropriate for any necessary written exchanges on the subject. This was not done: yet the Court's Judgment (see paragraph 70 and, generally, paragraphs 70-76) not only touches on the matter, but gives the reasons why the Court did not believe that it need consider the *Nottebohm* case, viz. that there was no true analogy between the situation in that case and this one. At the same time, the Court does in fact find affirmatively that there is a sufficient link between Canada and the Barcelona Company to qualify Canada to sustain a claim if it chooses to do so,—and the Court does so without going into the counter arguments to be derived from the *Nottebohm* case. In these circumstances, and without myself attempting to pronounce on the substance of the matter, I feel obliged to indicate why the *Nottebohm* decision unquestionably *does* have a bearing on this—one of the main issues dealt with in the Judgment of the Court; and why indeed there is a strikingly close analogy between the two cases, so that the principle of the *Nottebohm* decision could well be regarded as very neatly applying to the situation obtaining in the present case.

29. In the *Nottebohm* case, in which Liechtenstein was claiming against Guatemala, the three main grounds on which the Court found against Liechtenstein's capacity to put forward the claim of Mr. Nottebohm were:

- (i) that this Liechtenstein nationality—acquired by naturalization just before the outbreak of war in 1939, he being then a German

²⁵ See reference in footnote 24 above.

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

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

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

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

²⁵ Voir la référence dans la note 24 ci-dessus.

national—was purely artificial, in the sense that he had not acted from any real desire to identify himself with Liechtenstein and its fortunes, but with the ulterior object of endeavouring to divest himself of enemy character by acquiring neutral status;

- (ii) that his true connection by residence, domicile and business interests was Guatemalan; and
- (iii) that it was precisely against Guatemala that the claim was being brought.

In these circumstances the Court held that although Mr. Nottebohm was undoubtedly of Liechtenstein nationality under the law of that State, such nationality could not be regarded as entitling Liechtenstein to make a claim on his behalf against *Guatemala*²⁶;—or in other words his claim was not “opposable” to Guatemala at the instance of Liechtenstein, which meant that Liechtenstein was in those particular circumstances disqualified.

30. If these tests were now to be applied to the case of the Barcelona Company, it could very cogently be contended that a similar, if not almost identical pattern emerged: that the Company obtained Canadian incorporation not in order to do business in Canada (on the contrary), but on account of certain particular advantages, fiscal and other, that this might bring;—that the Company’s entire undertaking was in Spain where, through its subsidiaries, it carried on its sole business, none being transacted anywhere else;—and finally that it would be precisely against Spain that the Canadian Government would be claiming if it decided to intervene. The analogy is clearly striking,—and if to this is added the shareholding situation in the Barcelona Company’s case—namely that it was not Canadian, thus rendering the link with Canada still weaker—it becomes manifest that there was here something that required to be gone into,—all the more so if it is correct to say that a finding of Canadian *disqualification* (if such had been the outcome²⁷) should automatically have entailed a recognition of Belgian capacity to claim

²⁶ The Court was extremely careful to limit its finding to the case of a claim against *Guatemala*. It did not postulate a general incapacity for Liechtenstein to claim on behalf of Nottebohm—i.e., against some other country. To have done so would have been virtually to relegate Nottebohm to the category of a stateless person so far as international claims were concerned.

²⁷ There are of course arguments *contra*,—but this only underlines the need for a full consideration of the matter. It could be asked for instance whether the *Nottebohm* case itself was rightly decided, exchanging as it does the certainties of nationality for the uncertainties of less well-defined criteria?—see Brownlie on the *Flegenheimer* case in *The Principles of Public International Law* (Oxford, 1966) at p. 328 (case heard before the Italo-United States Claims Commission, *International Law Reports*, 25 (1958—I), p. 91;—and see Brownlie’s whole discussion of the *Nottebohm* decision in *loc. cit.*, pp. 334-347. It can also be queried whether that decision is in any event properly

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

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

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

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

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

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

on behalf of any person or entity who, at the material times, was both of Belgian nationality and a shareholder in the Barcelona Company.

*

31. I have already indicated (paragraph 28 above) that the Court was not in my opinion absolved from going into these very fundamental issues merely because the Parties did not raise them, and did not *for the purposes of these particular proceedings* challenge the *ius standi* of the Canadian Government. It is true that in the *Nottebohm* case the Court relied to some extent on the fact that Guatemala had never admitted Liechtenstein's right of intervention,—whereas it can be argued that Spain has admitted that of Canada, and would now be precluded from denying it. This may be correct, but the notion does not appear to be self-evidently well-founded. In the first place it rests on mere Spanish *non-objection to diplomatic representations* made by Canada on behalf of Barcelona Traction some 20 years ago,—whereas it must be at least doubtful how far this could operate as a positive *admission* of a Canadian right now to present a diplomatic *claim* on behalf of the Company (if that occurred), in such a way as formally to preclude any Spanish right of objection under this head. In this context, diplomatic representations—which need not necessarily be based on or imply a claim of right, but are often admitted or received in the absence of any such claim or pretension to it—belong to a different order of international act from the presentation of a formal claim before an international tribunal.

32. More important is the fact that, if any preclusion operated as a result of past Spanish non-objection to Canadian intervention (as it quite possibly might), it could only operate as against *Spain* in proceedings brought by *Canada* against the former. It could not possibly operate against *Belgium* in proceedings brought by the latter against Spain. In contrast to the case of Belgium, Spanish non-objection was at least significant, for Spain at all times had an *interest* in objecting to Canada's intervention, if there were possible legal grounds for so doing. Belgium did not have any such interest; on the contrary, the true interest of the Belgian shareholders at all times lay in Canadian intervention on behalf of the *Company*: it is precisely the lack of such intervention since about 1952 that has placed the Belgian shareholders in the position in which

applicable to corporate entities as well as to individuals. These questions, and others, needed to be gone into.

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

*

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

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

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

they now find themselves. Consequently no inference adverse to Belgium can be drawn from the Belgian non-objection to Canada's *ius standi*, for this could not be expected in the circumstances, and was not called for in proceedings in which the Belgian position essentially was (see paragraph 46 *infra*) that *irrespective* of any Canadian right, Belgium had a right of claim. It was for the Court, acting *proprio motu*, as it has the power to do, to go into this cardinal issue, the silence of the Parties notwithstanding.

* *

33. While on this part of the case, another question which in my opinion needed to be considered was whether, in all the circumstances, the very "nationality" of the Barcelona Company itself should not be held to be Belgian rather than Canadian. There has, doctrinally, been much discussion and controversy as to what is the correct test to apply in order to determine the national status of corporate entities; and although the better view is that (at least for public as opposed to private international law and some other purposes) the correct test is that of the State of incorporation, there is equally no doubt that different tests have been applied for different purposes, and that an element of fluidity is still present in this field²⁸. This being so, it is surely a highly tenable proposition that the very circumstances which might lead to the State of incorporation being held to be disqualified from claiming,—because of the absence of a "genuine link" due to the company's ownership and control and main business interests being elsewhere,—might equally tend to suggest that in such a case a different test of nationality should be applied²⁹. There are also certain other aspects of the matter considered in the opening paragraphs of my colleague Judge Gros' separate Opinion which are highly pertinent to the question of the national status of companies.

34. I am of course aware that there are difficulties about this view

²⁸ See the discussions in Beckett, "Diplomatic Claims in respect of Injuries to Companies", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 17 (1932), at pp. 180-188; Paul De Visscher in *Hague Recueil*, 1961, Vol. I, pp. 446-462; van Hecke, "The Nationality of Companies Analysed" in *Netherlands International Law Review*, 1961, Issue 3, pp. 223-239; and Ginther, "Nationality of Corporations" in the *Austrian Public International Law Review*, 1966, Vol. XVI 1-2, pp. 27-83.

²⁹ Or else that the proper test of the right to claim internationally should be that of where the real weight of interest lies. On this matter I associate myself (*de lege ferenda* however) with much that is contained in paragraphs 57-70 of my colleague Judge Jessup's Opinion.

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

* *

33. Toujours à propos de cette partie de l'affaire, il est une autre question qui à mon avis aurait dû être examinée, à savoir si, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la « nationalité » même de la Barcelona Traction en tant que telle ne devrait pas être considérée comme belge et non canadienne. Sur le plan de la doctrine, la question du critère à appliquer pour déterminer le statut national des personnes morales a été abondamment débattue et prête à beaucoup de controverses; s'il paraît préférable (du moins aux fins du droit international public par opposition au droit international privé, ainsi qu'à diverses autres fins) d'appliquer le critère de l'Etat où la société est constituée, il ne fait pas de doute non plus que différents critères sont utilisés pour des objets différents et qu'une certaine fluidité existe encore dans ce domaine²⁸. Cela étant, il est certes parfaitement possible de soutenir que les circonstances mêmes qui pourraient conduire à considérer que l'Etat où la société a été constituée n'a pas qualité pour agir — un lien effectif faisant défaut parce que le centre de la propriété, du contrôle et des principaux intérêts commerciaux de la société se trouve ailleurs — pourraient en même temps inciter à penser qu'en pareil cas un critère de nationalité différent devrait être appliqué²⁹. La question de la nationalité des sociétés présente encore certains autres aspects sur lesquels mon collègue M. Gros formule des observations extrêmement pertinentes au début de son opinion individuelle.

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

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

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

which would doubtless have been brought out had the matter been properly argued. My purpose here is to indicate that this is what I think should have occurred. The Parties should have been requested to present a full argument on the subject. It was not enough, in my opinion, to proceed on the basis that since neither Party had contested the Canadian nationality of the Barcelona Company, and both had proceeded on the assumption that the Company was Canadian, the Court was not called upon to speculate otherwise. Such an attitude may be quite in order in domestic courts where, normally, appeals or alternative procedures exist. It is not appropriate to international proceedings in which, almost always, there are no possibilities of appeals or other recourses. In this field the principle of *caveat actor* can be carried too far, when the point involved is not at all merely incidental but could be of major importance for the outcome of the case.

III

EQUITABLE CONSIDERATIONS AND EQUITY AS A SYSTEM

35. The general conclusion to be drawn from the considerations set out in part II *supra*, is that in cases of this kind, the results to which a strict view of the law leads—as it stands *de lege lata*—are not satisfactory. By means of a partial application of domestic law principles connected with the inherent structure of the corporate entity, necessary and correct so far as it goes, but one-sided, international law may give rise to situations that cannot, or at any rate do not occur in corresponding circumstances on the domestic plane; or which, if they did, would certainly result in remedial legislative action. By failing to take account of various other domestic law principles directed to enabling the shareholders to act in certain kinds of cases where the action of the company is unavailable or not forthcoming, or to influence or change the management or its policy, or by taking account of this situation only to a somewhat limited extent, the present state of international law leads to the inadmissible consequence that important interests may go wholly unprotected, and that what may possibly be grave wrongs will, as a result not be susceptible even of investigation. As my colleague Judge Jessup reminded me, it was stated in the award in the *Cayuga Indians* case (*U.N. Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VI, at p. 179) that:

“The same considerations of equity that have repeatedly been invoked by the courts where strict regard to the personality of a corporation would lead to inequitable results . . . may be invoked here. In such cases courts have not hesitated to look behind the legal person and consider . . . who were the real beneficiaries.”

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

III

CONSIDÉRATIONS D'ÉQUITÉ ET SYSTÈME D'« EQUITY »

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

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

This is consequently surely a situation that calls for the application of the well-known dictum of President Huber in the much cited *Ziat, Ben Kiran* case³⁰, where what was involved was an entity of the nationality of the defendant State—a type of case in which the idea of admitting foreign intervention is really much more startling, conceptually, than it is in the present type of case. Yet there is a resemblance, and Huber's dictum is equally apt (my translation):

“International law which, in this field, draws its inspiration essentially from the principles of equity, has not laid down any formal criterion for granting or refusing diplomatic protection to national interests linked to interests belonging to persons of different nationality.”

In the present context the equitable considerations to which the Court refers in paragraphs 92-101 of the Judgment, stress the need for a less inelastic treatment of certain of the issues of admissibility involved.

36. The matter can however be put on a broader basis than that merely of the requirements that may exist in this particular field. As an old authority (Ménignhac) said in terms even more applicable today—“international law is to be applied with equity”. There have been a number of recent indications of the need in the domain of international law, of a body of rules or principles which can play the same sort of part internationally as the English system of Equity does, or at least originally did, in the Common Law countries that have adopted it. Deciding a case on the basis of *rules* of equity, that are part of the general system of law applicable, is something quite different from giving a decision *ex aequo et bono*, as was indicated by the Court in paragraph 88 of its Judgment in the *North Sea Continental Shelf* case (*I.C.J. Reports 1969*, at p. 48), when introducing the considerations which led it to found its decision in part on equitable considerations, as it might well have done in the present case also. Be that as it may, I should like to take this opportunity of placing on record in a volume of the Court's *Reports* a classic short statement of the way in which, historically, the need for a system of Equity makes itself felt,—taken from a standard work³¹ current in the country in which Equity as a juridical system originated,—and in language moreover that might almost have been devised for the case of international law:

“Equity is that body of rules or principles which form[s] an appendage or gloss to the general rules of law. It represents the

³⁰ *U.N. Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 729.

³¹ *Snell's Principles of Equity*, 26th edition by R. L. Megarry and F. W. Baker, 1966, pp. 5-6.

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

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

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

36. Cependant la question peut être élargie au-delà des nécessités propres à ce domaine particulier. Comme le disait autrefois Ménignhac en des termes qui sont plus que jamais actuels, « le droit international doit s'appliquer avec équité ». Un certain nombre d'indices montrent depuis peu que, dans la sphère du droit international, on ressent le besoin d'un ensemble de règles ou de principes qui puisse jouer à l'échelon international un rôle analogue à celui que joue, ou du moins jouait à l'origine, le système anglais de l'*equity* dans les pays de *common law* qui l'ont adopté. Statuer sur une affaire selon des *règles d'equity* relevant du système général de droit applicable et rendre une décision *ex aequo et bono* sont deux choses entièrement différentes, ainsi que la Cour l'a indiqué au paragraphe 88 de son arrêt dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord (C.I.J. Recueil 1969, p. 48)* par manière d'introduction aux raisons qui l'ont conduite à fonder en partie sa décision sur des considérations d'équité, comme elle aurait fort bien pu le faire aussi dans la présente affaire. Quoi qu'il en soit, je voudrais profiter de l'occasion qui m'est offerte pour reproduire dans un *Recueil* de la Cour un bref exposé, désormais classique, de la manière dont historiquement la nécessité d'un système fondé sur l'équité s'est fait sentir; il s'agit d'un passage extrait d'un ouvrage³¹ couramment utilisé dans le pays où l'*equity* en tant que système juridique est née et dont les termes pourraient presque avoir été choisis en vue de s'appliquer au droit international :

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

³⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 729.

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

attempt ... of the ... legal system to meet a problem which confronts all legal systems reaching a certain stage of development. To ensure the smooth running of society it is necessary to formulate general, rules which work well enough in the majority of cases. Sooner or later, however, cases arise in which, in some unforeseen set of facts the general rules produce substantial unfairness. When this occurs, justice requires either an amendment of the rule or, if ... the rule is not freely changeable, a further rule or body of rules to mitigate the severity of the rules of law."

It would be difficult to find words more apt to describe the sort of impasse that arises in circumstances such as those of the present case, which a system of Equity should be employed to resolve: and, as the author of the passage cited points out subsequently, equity is not distinguishable from law "because it seeks a different end, for both aim at justice ...". But, it might be added, they can achieve it only if they are allowed to complement one another.

IV

NATIONALITY OF THE SHAREHOLDERS AND CONTINUITY OF SHAREHOLDING

37. Since in this and the next part (V) of this Opinion, I shall be discussing certain matters (described in the second half of paragraph 3 *supra*) which, having regard to the particular basis of the Judgment of the Court, did not arise for *decision* by it, I should like to state what effect I am intending to give to my observations concerning these matters. Evidently it would be impossible to comment on them in total abstraction from the facts and surrounding circumstances of the case itself. But although I shall be expressing a *judicial view* on the points of law involved, and possibly also on some points of fact, I do not wish to be understood (even though I may use the language of it) as making any *judicial pronouncements* or findings on them. These were matters which, although the Court considered them, it did not need for the particular purposes of the Judgment to go into fully. Had a more ample collegiate discussion taken place I might have been led to form a different opinion on some points, and therefore it is by way of analysis that I now give my views.

* * *

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

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

IV

LA NATIONALITÉ DES ACTIONNAIRES ET LA CONTINUITÉ DE LA PARTICIPATION

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

* * *

(A) Nationality of Shareholding Claims

38. The third preliminary objection, really had two aspects. The first, namely whether, in the particular circumstances of this case, a claim is sustainable at all on behalf of shareholders, whatever their nationality may be, has been answered in the negative by the Judgment, and this accordingly disposes of the whole claim. Had the answer been in the affirmative, however, it would still have been necessary, before the third preliminary objection could be dismissed and the claim be held to be admissible (so far as this ground of objection was concerned), that its national character should be established as being that of the claimant State. The two classic *dicta* of the Permanent Court may be recalled:

“... it is the bond of nationality which alone confers upon the State the right of diplomatic protection . . . ³²”

and

“By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its subjects respect for the rules of international law ³³.”

A true question of capacity as such is here involved ³⁴, for without the “bond of nationality” and what it entails, the claimant State would lack the necessary qualification for intervention and claim, since it could not then be “taking up the case of one of its subjects”, in whose person alone it could be “asserting its own right . . . to ensure . . . respect for the rules of international law”.

39. In terms of the present case, this means establishing in respect of the private parties concerned that, at all the material dates, and with the necessary degree of continuity, they were both (a) Belgian and (b) shareholders in the Barcelona Traction Company. Implied in this, there figured in the present case such questions as (i) whether it sufficed for a shareholder to be a *company* having Belgian nationality by incorpora-

³² *Panevezys-Saldutiskis Railway case (P.C.I.J., Series A/B, No. 76 (1939), at p. 16).*

³³ *Mavrommatis Palestine Concessions case (P.C.I.J., Series A, No. 2 (1924), at p. 12).* The passage quoted was repeated in almost identical language in the *Panevezys* decision, q.v., *loc. cit.*

³⁴ As was observed in footnote 2 *supra* (part I), the aspect of the third preliminary objection dealt with in the Judgment of the Court is not really one of the *capacity* of the claimant State, but of substance: have shareholders any substantive rights at all where the injury is to the company as such? But veritable questions of capacity and admissibility are involved where the nationality, and the status *as* shareholders, of the private parties concerned are in issue.

A) *Nationalité des réclamations présentées par des actionnaires*

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

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

et

« En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international ³³. »

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

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

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

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

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

tion, or must it also be shown that the individual *shareholding* in *that* company was equally Belgian, or at least predominantly so?—also (ii) whether a beneficial owner of shares actually vested in nominees or trustees of non-Belgian nationality, with whom *pro tem* lies the legal ownership, still ranks as a “shareholder” while that situation continues; and, if not, whether this does not entail such a break in the “ownership of the claim” as to disqualify the private party concerned, and hence his government;—and finally (iii) what are the material times at which the necessary shareholding status and nationality must exist, and did the latter in fact do so at these times? Clearly, however, the present discussion must be confined only to those points that were of especial prominence in the case.

* *

(1) *Onus of proof, question of quantum, etc.*

40. It was naturally maintained on the Spanish side that presumptions of share-ownership, even if in themselves strong, do not suffice, and that affirmative proof is required. This is doubtless true in principle, but requires some qualification in the light of the particular circumstances. There was never any real doubt about the existence over the years, and probably since at least 1920, of a substantial Belgian shareholding, or at least interest of some kind, in the Barcelona Company. What was controversial was, rather, such matters as (*a*) was the interest concerned strictly one of shareholding as such, or was it more a mere beneficial interest in shares the legal ownership of which was vested in non-Belgian hands?—(*b*) how big an interest was it,—did it amount to the 88 per cent. claimed on the Belgian side?—(*c*) did it exist at the two crucial dates of the original Spanish declaration in bankruptcy of the Barcelona Company, and the date when proceedings were started before the Court,—and not merely before or after each or either of these dates?

41. Much of the argument was rendered irrelevant by a failure to distinguish clearly between whether, on the one hand, a basis of claim existed in principle, and, on the other hand, what would be the *quantum* of damage or reparation recoverable by the claimant State if such a basis did exist and the claim was shown to be good. In theory, if it appeared that there was even *one single* private party or entity which, at the material times, both was a shareholder in the Company and had the nationality of the claimant State, then that State would, in principle, be entitled to claim, since the validity of the claim—its legal merits in itself—could not depend on the size of it in terms of the numbers of shareholders, or of the financial values involved. The latter could, in law, only affect the *quantum*

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

* *

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

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

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

of reparation or damages recoverable if the claim should be made good³⁵. This situation, while it does not exactly shift the burden of proof entirely, does place it in a different light by suggesting that in some circumstances, in claims of this kind, the defendant State could only validly contest the standing of the claimant party if it could show that there was no evidence of the existence of *even one* indubitable shareholder of the latter's nationality, and no reasonable presumption of there being any. This is just the sort of situation which arises where, as in the present case, the claimant Party has, over a long period of years, possessed what might be called a "historic interest" in a case, the existence of which is and always has been a matter of common knowledge, constantly acted upon by both parties, implicitly recognized, and scarcely contested, at least formally, until international legal proceedings are started. In such circumstances there is an almost irresistible inference that a substantial body of private interests exists belonging to the State concerned. But as will be seen in a moment (*infra*, paragraph 43) the matter does not in any way depend on inferences or presumptions.

42. In the present case the attempt to maintain that the Belgian nationality of the shares had not been established, took a particular form, which involved not so much denying the existence—or proved existence—of any Belgian shareholding at all,—as maintaining that the apparent, or ostensible, Belgian shareholding did not have the requisite character. Here it is material to note that the shares in the Barcelona Company fall into three main categories,—the bearer shares; the registered (i.e., non-bearer) shares standing in the names of various private persons and entities other than a Belgian incorporated company known as Sidro³⁶ for short; and finally the shares registered in the name of this same Sidro, a company the principal interest in which is owned by another Belgian registered and incorporated company—Sofina³⁷. Since this last category, which it will be convenient to designate as the Sidro-(Sofina) interest, comprised not far short of two-thirds of the entire issued share capital of the Barcelona Company, and about five-eighths of the shares allegedly in Belgian hands,—then, on the basis of the principle of the sufficiency of "even a single shareholder", the only practical issue becomes that of deciding on the character and status of the Sidro-(Sofina) holding;—whereas, the status of the other shares—the bearer shares and the non-Sidro registered

³⁵ Clearly the fact that in practice a government would not normally put forward a claim in this class of case unless the interests involved were substantial, has no relevance to the merits of the argument here stated.

³⁶ Standing for "Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique, S.A."

³⁷ Standing for "Société Financière de Transports et d'Entreprises Industrielles, S.A."

déterminée par le nombre d'actionnaires ou le montant des intérêts financiers en jeu. Ce montant ne saurait, en droit, influencer que sur le *quantum* de la réparation ou des dommages-intérêts dus au cas où la demande serait reconnue fondée³⁵. Sans véritablement renverser la charge de la preuve, cette situation amène à l'envisager dans une optique différente, car on peut alors penser qu'il est certaines circonstances où, dans des réclamations de ce genre, le seul moyen pour l'Etat défendeur de contester valablement la qualité pour agir du demandeur serait de faire ressortir que l'existence ne fût-ce que d'un seul actionnaire certain ayant la nationalité de ce dernier n'a pas été prouvée, et que rien ne permet raisonnablement de la présumer. C'est précisément le genre de situation qui se présente si, comme en l'espèce, la partie demanderesse possède depuis de longues années ce que l'on pourrait appeler un « intérêt historique » dans l'affaire, dont l'existence est et a toujours été notoire, les deux parties ayant agi constamment en conséquence, intérêt qui est implicitement reconnu et n'a guère donné lieu à contestation, du moins formellement, jusqu'à l'ouverture d'une procédure judiciaire internationale. Il est quasiment impossible de ne pas déduire de pareilles circonstances qu'il existe des intérêts privés substantiels appartenant à l'Etat en question. Mais, comme on va le voir (au par. 43 ci-après), la question ne dépend nullement de simples déductions ou présomptions.

42. En l'espèce, l'effort auquel on s'est livré pour démontrer que la nationalité belge des actions n'avait pas été établie a pris une forme particulière, consistant moins à nier l'existence ou la preuve de l'existence d'une quelconque participation belge qu'à soutenir que la participation apparemment ou prétendument belge n'avait pas le caractère requis. Il importe ici de relever que les actions de la société Barcelona Traction sont divisées en trois grandes catégories: les actions au porteur, les actions nominatives (c'est-à-dire autres qu'au porteur) inscrites au nom de diverses personnes physiques et morales en dehors d'une société de statut belge désignée par le sigle Sidro³⁶, et enfin les actions inscrites au nom de cette même Sidro, société dont le principal actionnaire est une autre société constituée et ayant son siège en Belgique, la Sofina³⁷. Comme cette dernière catégorie — que, par commodité, l'on appellera la participation Sidro-(Sofina) — comprenait près des deux tiers de la totalité des actions émises par la Barcelona Traction et environ les cinq huitièmes des actions qui auraient été détenues par des Belges, le seul problème pratique qui se pose, d'après le principe selon lequel « un seul actionnaire » suffit, consiste à se prononcer sur le caractère et le statut de la participation Sidro-(Sofina). Par contre le statut des autres actions

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

³⁶ Société internationale d'énergie hydro-électrique, S.A.

³⁷ Société financière de transports et d'entreprises industrielles, S.A.

shares—would be a secondary matter which, except as to *quantum* of damage, would become important only if the Sidro-(Sofina) holding could be shown to lack the necessary status and character adequate in itself to sustain a Belgian claim. It is therefore to this question that I shall now address myself. It has two aspects, first what was and is the true national character of Sidro-(Sofina)?—and secondly, was this entity at the material dates the actual shareholder?

* *

(2) *Status of Sidro-(Sofina)*

43. Even if it could not otherwise be established, Sidro-(Sofina's) original ownership of over 1 million of the Barcelona registered shares (this block was registered in the name of Sidro), constituting a more than majority holding of the entire Barcelona share issue, is conclusively proved by the fact that in 1939, in expectation of the outbreak of war, Sidro transferred the entire block first to an American firm of brokers as nominees, then to an American Trustee Company known as "Securitas Ltd." and, after the end of the war, to another American nominee firm, by whom they were eventually re-transferred to Sidro³⁸. Since "*nemo dare potest quod non habet*", and the validity of these transfers has never been questioned—(indeed the assumption of such validity was basic to the Spanish argument on this part of the case)—it follows that Sidro-(Sofina) must, at least originally, have been Barcelona shareholders. The allegation is, however, that by these transfers Sidro-(Sofina), though retaining as a matter of law the beneficial interest in the shares, divested themselves of the *legal* ownership—in fact ceased to be the actual shareholders, so that thenceforth, and until the eventual re-transfer to Sidro (which however is alleged to have come only after the main critical date in the case³⁹) the shareholding in the Barcelona Company was non-Belgian so far as this block of shares was concerned; and so no Belgian claim could now be based on them. This matter I consider *infra* in paragraphs 48-59, and in the meantime turn to the first question indicated at the end of paragraph 42 *supra*—that of the true national character of Sidro-(Sofina).

*

³⁸ Thus it seems that during the "Securitas" period (as to which see paragraphs 55-59 *infra*) the nominees held for that Company, not Sidro-(Sofina).

³⁹ This was 12 February 1948, the date of the original declaration by a Spanish court of the bankruptcy of the Barcelona Traction Company. There is a certain difficulty as to the date at which the damage to the Company occurred as it took several years to complete. However I agree with what Judge Jessup says in paragraph 75 of his separate Opinion.

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

* *

2) Statut de la Sidro-(Sofina)

43. Même s'il n'y avait pas d'autre moyen de l'établir, le fait que la Sidro-(Sofina) était initialement propriétaire de plus d'un million d'actions nominatives de la Barcelona Traction (inscrites au nom de la Sidro), soit plus de la majorité du capital-actions de la Barcelona Traction, est prouvé de façon concluante si l'on constate qu'en 1939, en prévision de la guerre, la Sidro a transféré la totalité de ces actions, en bloc, à une firme américaine de courtiers, en tant que *nominees*, puis à une société américaine de *trustees* connue sous le nom de Securitas Ltd. et, après la fin de la guerre, à une autre firme américaine de *nominees*, qui les a finalement retransférées à la Sidro³⁸. Puisque *nemo dare potest quod non habet* et que la validité de ces transferts n'a jamais été contestée (c'est même sur le postulat de cette validité que repose l'argumentation espagnole concernant cette partie de l'affaire), il s'ensuit que, du moins à l'origine, la Sidro-(Sofina) devait bel et bien avoir été actionnaire de la Barcelona Traction. On allègue toutefois que, par ces transferts, la Sidro-(Sofina), tout en conservant en droit le *beneficial interest* des actions, en a perdu le *legal ownership*, qu'elle a en fait cessé d'être effectivement actionnaire, de sorte qu'à partir de ce moment et jusqu'à ce que les actions soient finalement retransférées à la Sidro (mais ce transfert, prétend-on, ne serait intervenu qu'après la date critique essentielle³⁹, les actionnaires de la Barcelona Traction n'étaient pas belges pour ce qui est de ce groupe d'actions, lequel ne saurait donc servir aujourd'hui de base à une réclamation belge. Ce point fera l'objet des paragraphes 48 à 59 ci-après. Pour l'instant, j'examinerai la première question indiquée à la fin du paragraphe 42 ci-dessus, celle du véritable caractère national de la Sidro-(Sofina).

*

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

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

44. It was never at any time contended that Sidro and Sofina were other than Belgian entities in the sense that they were companies incorporated under Belgian law, having their registered head offices in Belgium, and therefore that, according to the most generally received canons⁴⁰, not disputed by either Party, they were companies invested with Belgian nationality. The objection advanced—a curious one to receive Spanish sponsorship—was that although Sidro-(Sofina) were Belgian by incorporation, yet if the corporate veil was lifted, it would be found that the *shareholding* interest in Sidro-(Sofina) itself was largely non-Belgian. The relevance of this contention was maintained as existing on two levels, one of these being that it revealed as being quite unfounded the Belgian contention that the savings of numerous humble Belgian individuals, channelled into the Barcelona Company via Sidro-(Sofina), had been detrimentally affected by the Spanish treatment of the Company,—for, so it was alleged on the Spanish side, the ultimate interests in Sidro-(Sofina) were not Belgian, or at least it had not been established that they were.

45. I do not find it necessary to consider this particular aspect of the matter since the Belgian contention that the savings of hundreds of small Belgian shareholders were injuriously affected through their interest in Sidro-(Sofina) goes largely to the moralities rather than the legalities of the issue. The essential legal question is different—namely whether (the Belgian status by incorporation of Sidro-(Sofina) itself, being established and not contested)—there are nevertheless grounds upon which it can be maintained that the corporate veil must be lifted in order to see what is the character of the ultimate interests lying behind this veil. It would certainly seem that whoever else can adopt such an attitude it cannot be Spain,—that Spain is indeed precluded from doing so,—because it is precisely Spain which, in relation to the Barcelona Traction Company maintains that the Canadian nationality of the Company, *by incorporation*, is conclusive, and that its corporate veil cannot be lifted in order to take account of the non-Canadian shareholding lying behind it. Yet, paradoxically⁴¹,—that is just what Spain has sought to maintain in relation to Sidro-(Sofina),—but not Barcelona. On what basis does this attempt proceed?

46. The argument was that it was *Belgium* which was precluded from contesting the lifting of the Sidro-(Sofina) veil, since it was precisely Belgium which maintained, in relation to the Barcelona Company, that the veil must be lifted in order to reveal the true Belgian interests underlying the Company. But at this point it becomes clear that the rival positions, like two mathematical negatives that make a positive, cancel each other out and leave the objective question of the legitimacy, and

⁴⁰ See footnote 14 in part I, *supra*.

⁴¹ This, however, is only one of the many instances of “having it both ways” in this most paradoxical of cases.

44. Personne n'a jamais soutenu que la Sidro et la Sofina fussent autre chose que des sociétés belges en ce sens qu'il s'agissait de sociétés constituées conformément à la loi belge, ayant leur siège social en Belgique et donc, selon les critères les plus généralement reçus⁴⁰ et qui ne sont contestés par aucune des Parties, de sociétés possédant la nationalité belge. L'objection avancée — objection curieuse de la part de l'Espagne — est que, bien que la Sidro-(Sofina) fût de statut belge, on aurait pu constater, en levant le voile social, que les *actionnaires* de la Sidro-(Sofina) elle-même étaient en grande partie non belges. On a soutenu que cette affirmation était pertinente à deux égards; en particulier elle révélait l'inconsistance, en dernière analyse, de l'argument belge selon lequel les économies d'une multitude d'humbles épargnants belges, canalisées au profit de la Barcelona Traction par l'intermédiaire de la Sidro-(Sofina), auraient souffert du traitement infligé à la Barcelona Traction par l'Espagne; en effet, a-t-on allégué du côté espagnol, la Sidro-(Sofina) recouvrait des intérêts qui n'étaient pas belges ou du moins dont le caractère belge n'avait pas été établi.

45. Je n'estime pas nécessaire d'examiner l'affaire sous cet angle particulier car l'argument belge selon lequel il aurait été porté préjudice aux économies de centaines de petits actionnaires belges, vu leur participation à la Sidro-(Sofina), concerne dans une large mesure l'aspect moral plutôt que l'aspect juridique du problème. Sur le plan du droit, la question essentielle est autre: il s'agit de savoir si, le statut belge que sa constitution conférait à la Sidro-(Sofina) étant établi et incontesté, il existe cependant des raisons valables de soutenir qu'il faut lever le voile social pour déterminer le caractère des intérêts qui, en fin de compte, se dissimulent derrière ce voile. Il semble bien que, si quelqu'un pouvait adopter une telle attitude, ce ne serait certainement pas l'Espagne et qu'il lui est même interdit de le faire. En effet, c'est précisément l'Espagne qui, à propos de la Barcelona Traction, affirme que la nationalité canadienne que possède cette société *en vertu de sa constitution* est décisive et qu'on ne saurait lever le voile social pour tenir compte de la participation non canadienne qu'il recouvre — ce qui paradoxalement⁴¹ n'a pas empêché l'Espagne de vouloir lever ce voile dans le cas de la Sidro-(Sofina), mais non dans celui de la Barcelona Traction. Pourquoi cette tentative?

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

⁴⁰ Voir note 14 dans la première partie.

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

occasions, of lifting the veil still to be determined. Let it be assumed, notwithstanding, that a purely "*tu quoque*" argument might have some validity on a sort of preclusive basis. Accordingly, it is said, the Belgian case must concede what it claims: just as it claims that the Canadian nationality of the Barcelona Company is not conclusive, so must it also concede that the ostensibly Belgian nationality of Sidro-(Sofina) is not conclusive as to that entity's true character, which must in consequence be established by reference to the underlying shareholding interests in it. This seems to me to involve a misunderstanding of the Belgian position, which does not imply any denial of the Canadian nationality of the Barcelona Company or the right of the Company and its Government to claim, but merely asserts (failing such a claim) a "parallel" right of Belgium also to claim on behalf of any shareholders who are Belgian. If amongst these shareholders there are companies of Belgian nationality by incorporation, then Belgium asserts a right to claim on their behalf as Barcelona shareholders. According to this "parallel right" position, what would have to be conceded by Belgium is something quite different from what the Spanish argument maintains. Belgium does not have to concede that, if it appears that most of the shareholding in Sidro-(Sofina) itself is non-Belgian, then Belgium is disqualified from claiming on behalf of Sidro-(Sofina) as an entity,—for she makes no such assertion as regards Canada's right to claim on behalf of the Barcelona Company, despite its non-Canadian shareholding. What Belgium *would* have to concede, and presumably would have difficulty in conceding, is that if Belgium *refused* to claim on behalf of Sidro-(Sofina)—it might be because of non-Belgian interests in that entity, just as it may be that Canada does not claim on behalf of Barcelona because of the non-Canadian interest—*then* it would become legitimate, on the "parallel right" basis, for *yet other* governments—those of the non-Belgian shareholders in Sidro-(Sofina)—to make a claim on behalf of *those* shareholders, in the absence of any Belgian claim on behalf of Sidro-(Sofina) as such. This is the true analogy, and only in this sense, and in such circumstances, would Belgium's position over Barcelona oblige her to concede a lifting of the veil of Sidro-(Sofina).

47. It is of course an entirely different question whether Belgium's "parallel right" position is good in law. According to the Judgment of the Court (which, *de lege lata* I agree), it is not. But within the four corners of its premisses, the argument is entirely logical, and it operates to absolve Belgium from the charge of inconsistency in asserting a right to claim on

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

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

behalf of Sidro-(Sofina) as an entity of Belgian nationality by incorporation, irrespective of its detailed composition. In consequence, the result is the same whichever way the matter is looked at: namely if a claim on behalf of shareholders is permissible at all, a Belgian claim on behalf of Sidro-(Sofina) is permissible;—for according to the basic Spanish position the veil of a company can never be lifted save in exceptional circumstances not here admitted to exist,—while according to Belgium the veil can be lifted if the company's government refuses to claim on its behalf,—but Belgium, as the Government of Sidro-(Sofina), is not refusing to claim on that entity's behalf, so here also there is no occasion to go behind the corporate façade.

* *

(3) *Question of nominees, trustees, etc.*

48. The second main challenge to the standing of Sidro-(Sofina) as owners of the greater part of the Barcelona Traction shares, was based on objections, not as to the Belgian national character of these entities but as to their character *qua* Barcelona shareholders. Over certain periods, it was pointed out, covering dates material to the validity of the Belgian claim, the Sidro-(Sofina) shares were vested in nominees and/or trustees of American nationality. The fact is admitted. The effect, according to the Spanish argument, was that Sidro-(Sofina) while retaining the beneficial ownership, or the beneficial interest, ceased to be the legal owners of the shares, or rather, ceased to be the actual *shareholders*. Consequently, at the time when the Belgian claim arose—that is to say at the date when the alleged injury to the Barcelona Company was inflicted—the shareholders were not Belgian, but American, and therefore the “bond of nationality” postulated by the Permanent Court (*supra*, paragraph 38) as being necessary to found a right to claim, did not exist so far as Belgium was concerned, at least on the basis of this block of shares ⁴².

49. This Spanish contention is in part related to the “continuity” question: the transfer of the shares to non-Belgian nominees or trustees caused a break, covering a material date, in the Belgian ownership or status. In the next section (B) below certain comments are made on the continuity requirement for international claims, namely the requirement that the claim must be “owned” by a national of the claimant State

⁴² And as regards all the other shares—i.e., the bearer shares and non-Sidro-(Sofina) registered shares, the Spanish position was that their alleged Belgian ownership rested on presumptions and had not been proved.

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

* *

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

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

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

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

both at the time when the act complained of occurred, and continuously up to the date when an international claim is put forward and proceedings are commenced—and indeed, strictly, according to one view, up to the date of judgment or award). At this moment I shall only discuss what, in relation to a claim of the present kind, is the correct effect to be attributed to the transfer of shares to foreign nominees, or to foreign trustees, as the case may be. In either case, does it deprive the transferor of his status as shareholder in relation to the claim, and hence deprive his government of the right (if right otherwise exists) to make the claim on his behalf?

50. It should be noted in the first place that from the Belgian standpoint in the case—which was throughout that the realities must be looked to rather than the form—the whole question of the nature of the interest acquired by the American nominees or trustees was irrelevant, since in any event (and this was common ground between the Parties) the *beneficial* ownership of or interest in the shares remained with Sidro-(Sofina) and, according to the Belgian contention, this was sufficient *per se* to found a Belgian claim. However, it was also maintained on the Belgian side that in any event the effect of the transfers was *not* to divest Sidro-(Sofina) of the status of shareholder, and it is this aspect of the matter that I wish to consider here.

*

51. I need not set out the facts concerning the vesting of the Sidro registered shares in American nominees and in the trustee company “Securitas Ltd.”, except to say that the object was of course (in view of war and probable enemy occupation) to avoid their falling into enemy hands. The details of the various transactions are fully set out in paragraphs 90 *et seq.* of Judge Jessup’s separate Opinion,—and although I do not draw the same conclusion as he does on the question of the effect of the “Securitas” transaction, I can associate myself with his statement of the facts. I will however start with the question of the effect of *the nominee* transactions.

*

(a) *Nominees*

52. The Spanish contention was that the effect of putting the shares into the names of nominees was to vest in the latter the legal ownership, and moreover that this result was not affected by the special juridical position of a nominee, whereby his ownership is, in law, conditioned in various ways—so that he cannot deal with the shares except by direction

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

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

*

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

*

a) *Les nominees*

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

of the "real" owner; but equally, must do so upon such direction, etc. This, it was said, did not alter the fact that it is the nominee who appears on the books of the company as the registered owner of the shares, and therefore, if he is thus the registered shareholder, how can someone else also be the shareholder? Insistence that the real question at issue was not who "owned" or was the "owner" of the shares, but who was, or was registered as, the "shareholder", became increasingly prominent during the course of the oral hearing; but I share Judge Jessup's view (paragraphs 99 *et seq.* of his Opinion) that the distinction is unreal. If a nominee shareholder were in truth "the shareholder", he would be entitled to exercise the normal rights of a shareholder,—but in fact he is not so entitled: he is even, by law, expressly forbidden from doing so. His is in fact merely a sort of "twilight" status, according to which he is no more than a pipe-line through which the supposedly merely beneficial owner continues to exercise all the rights of legal ownership. In this context the following propositions of Anglo-American-Canadian law (which is the system constitutive of the nominee position), and which have not been disputed—have indeed been admitted on the Spanish side—are pertinent:

- (i) a shareholder can freely dispose of his shares: a nominee can do so only with the consent of the beneficial owner (in effect his "principal")⁴³ and at his direction;
- (ii) a shareholder can exercise his voting rights at General Meetings according to his own views: a nominee is obliged to vote as directed by his principal;
- (iii) a shareholder has the right to receive any dividends that are declared: a nominee must pass these on to the principal, who also pays the tax on them;
- (iv) shares held by a nominee, as nominee, do not figure in any statement of his assets;
- (v) the principal can direct the nominee to take any steps necessary for the protection of the shares and, under some systems of law, can himself initiate proceedings for that purpose;
- (vi) the principal can at any time replace or eliminate the nominee, by directing the latter to have the necessary changes made in the company's register of shareholders (add to this that, in the case of the transfers made by Sidro, no transfer fee was payable under the relevant law, because no change of ownership was deemed to occur).

⁴³ There is not of course in the formal sense a relationship of principal and agent, but the use here of the term "principal" is convenient and seems justified by the realities of the situation.

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

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

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

53. The only possible conclusion must be that even if, as was contended, the matter is to be considered not on the basis of who "owns" the shares but of who is the *shareholder*, the true shareholder throughout is the principal, the nominee being shareholder in name only, i.e., as the very term "nominee" implies, his shareholding is nominal only. He has no real control over the shares, this remaining with the principal at whose direction the nominee is bound to act. It follows that apart from disguising the identity of the real owner (which is one of the main purposes of the nominee device), a nominee is the shareholder only for the purpose of carrying out his principal's directions,—so that what alters upon transfer to a nominee is not the control over the shares, but the manner of its exercise. It is little more than a question of mechanics. It equally follows that, if for any purpose the nominee had to establish the existence of a "genuine link" between himself and the shares—i.e., of something going beyond the bare fact that the shares are registered in his name, he would, according to all the canons accepted in other fields as to what constitutes a genuine link, be unable to do so.

54. Furthermore, the comparison sometimes made between the position of a nominee and that of a trustee is quite illusory, but is for that reason illuminating,—for a trustee has real rights over the trust property, which he can assert *even against the beneficiary of the trust*. Subject to any specific term of the trust, and of the general law of trusts, not only is the trustee under no obligation to carry out the instructions or conform to the directions of the *cestui que trust* (beneficiary): it is often his legal duty *not to*, and to act in a manner quite different from what the latter wants. The *cestui que trust* can take legal steps to compel the trustee to conform to the terms of *the trust* but, within the scope of those terms, and of the relevant provisions of trust law, the trustee is completely independent, and free to act at his own discretion.

*

(b) "*Securitas*" Ltd.

55. This brings me to the question of the vesting of the Sidro-(Sofina) shares in "*Securitas*" under the various trust deeds described in Judge Jessup's Opinion. According to the logic of the view just expressed *supra* in paragraph 54, I ought to hold (as he does) that the vesting in "*Securitas*" did indeed transfer the legal ownership, Sidro-(Sofina) retaining merely the beneficial interest; especially as the object of the whole transaction was to put "*Securitas*" in a position of being legally

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

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

*

b) *Securitas Ltd.*

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

entitled to *refuse* to comply with Sidro-(Sofina's) *own instructions* if they judged that these were given under enemy pressure. Furthermore, as Judge Jessup points out, no positive evidence (despite several requests for it) was produced to show that the trust relationship was determined before the crucial date of 12 February 1948 (when the first step that led to the eviction of the Barcelona Company from its Spanish interests was taken),—although it appears that the relationship was duly determined only two or three months later when (acting on a request from Sidro) "Securitas" sent the share certificates that had been deposited with them to the New Jersey firm of nominees henceforth holding for Sidro-(Sofina). On this basis therefore the shares would, in the absence of the necessary evidence to the contrary, have to be presumed still to have been American, not Belgian owned, at the crucial date of 12 February 1948.

56. It seems to me however that, even if one accepts the view (which, for reasons to be stated later, I do not) that the effect of the "Securitas" transaction was to deprive Sidro-(Sofina) *pro tem* of the status of being a Barcelona shareholder, a radical change came over the situation about, or shortly after the middle of 1946, when the war in Europe had been over for somewhat more than a year. Although the trust deeds entered into with "Securitas" were, as Judge Jessup describes, never produced during the case, they were preceded in time, or at least in operative effect, by something that was produced, namely a "custodian" agreement between Sidro and "Securitas" dated 6 September 1939 (the war having then broken out, but Belgium not yet being involved), which figures as Appendix 2 to Annex 3 of the Belgian Memorial in the case. It is absolutely clear from the terms of this agreement that its object was merely to get the securities it covered physically out of harm's way, and that it had no effect whatever on Sidro's status as shareholder. This came later with the two Trust Deeds,—one also dated 6 September 1939, but evidently with suspensive effect pending Belgium's actual involvement in the war; and the other dated February 1940. *Because of its inherent probability*, I see no reason to doubt the Belgian affirmation that these Trust Deeds were not to become operative unless and until the Brussels area should pass into enemy occupation, for only then would the danger of enemy pressure to surrender or procure the surrender of the shares arise. It is also I think unimportant that the modifications effected in the first Trust Deed by the second have never been revealed. I see no reason to doubt the Belgian assurance that they were technical in character, intended to take account of certain contemporary Belgian war legislation, which again seems to me *inherently probable*. But it does not really matter, because for present purposes one is in any case "assuming the worst", viz. that between them these two Deeds did transfer the legal ownership of the shares to "Securitas", for the duration of the war so to speak.

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

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

57. This brings me to the third of the *inherent probabilities* affecting this matter, namely that the Trust Deeds would (as Belgium asserts they did) have contained a clause providing for the termination of the situation they created, so soon as an agreed period after the end of the war had elapsed,—for it is hardly credible that Sidro-(Sofina) would, even to avoid enemy seizure, have signed away all future control over their shares without some such guarantee of eventual retrocession. That there was such a clause, and that it duly operated in the second half of 1946, seems to me indeed, even apart from inherent probabilities, to be an inference that can reasonably be drawn from the facts given in Judge Jessup's paragraph 92. The result was the change in the situation to which I referred at the beginning of paragraph 56 *supra*,—namely that "Securitas"—who in a letter of 14 April 1947 to Sidro described themselves as having from 31 December 1946 held the shares "in custody for your account" (not the language of a Trustee)—now reverted to their original status of being merely custodians, and Sidro-(Sofina) reverted to being the legal owners and actual shareholders—(that the shares were still in the name of nominees is immaterial for the reasons given in paragraphs 52-54 *supra*). Accordingly, if this view is correct, the shares were again Belgian owned on the crucial date of 12 February 1948. There would have been a break in the continuity of their status as such, from 1939-1946, but as this occurred before the earliest possible crucial date, it would not signify.

58. It has to be admitted that in the absence of the relevant instruments, the foregoing conclusion can only be conjectural. But it is I believe a reasonable conjecture, warranted by those facts that are known, and by the probabilities involved. Of course the Trust Deeds would, if produced, constitute what is known in Common Law *parlance* as the "best" evidence, and unless they could be shown to have been lost or destroyed, it is unlikely that a municipal court would admit secondary evidence of their contents. International tribunals are not tied by such firm rules, however, many of which are not appropriate to litigation between governments. It is by no means in the nature of an inescapable inference that the reason why the Deeds were not produced was because they contained material that would have been prejudicial to the Belgian case. Documents drawn up in contemplation of war, and in the situation which confronted countries such as Belgium at that time, may well have contained provisos, or phraseology, which after the lapse of nearly 30 years—or for other reasons—a government would be reluctant to make public. In my opinion, weighing the whole matter up, and having regard to what seems to be a very reasonable presumption as to what

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

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

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

occurred, Belgium should be given the benefit of the doubt.

*

59. And this brings me to a point which I consider more important than any yet mentioned on this particular matter. It is not in my opinion possible to regard instruments drawn up in emergency circumstances, for the protection of property in contemplation of war, and of a singularly predatory enemy (I am of course speaking of the nazified Reich, not of Germany or Germans under any normal circumstances) in the same light as instruments entered into at other times and in the ordinary way of business. Certainly an international tribunal should not do so. In my opinion such transactions in shares as those now in question, whatever the effect that would be given to them in municipal courts for internal or private law purposes, must, on the international plane, be regarded as creating between the parties a relationship of a special character, neither divesting the shares of their pre-existing national character, nor debarring the transferor's government from sustaining a claim in respect of them in subsequent international proceedings. Outside of a mediaeval disputation, if ever there was a case for having regard to the reality rather than the form, this is surely it.

* * *

(B) *The "Continuity" of Claim Requirement*

60. I do not propose to consider here whether it was in fact established that there were Barcelona shares which were continuously in Belgian hands⁴⁴ up to at least the date when the present proceedings were commenced. As Judge Jessup, who goes into the matter in some detail, says, the case rests largely on a series of presumptions, even though it may be difficult to believe that no shares at all were continuously Belgian held; and according to the view propounded earlier (*supra* paragraph 41) even one such share would, as far as the theory of the matter goes, suffice to constitute a basis of claim. I want rather to comment on the continuity doctrine itself.

61. Clearly the "bond of nationality" between the claimant State and the private party for whom the claim is brought (see *supra*, paragraph 38) must be in existence at the time when the acts complained of occurred, or it would not be possible for the claimant State to maintain that it had suf-

⁴⁴ It is generally accepted that this requirement does not involve continuity in the same *individual* person or entity, but only in successive persons or entities of the same *nationality*.

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

*

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

* * *

B) Le critère de la continuité de la demande

60. Je ne me propose pas d'examiner ici s'il a été établi en fait que des actions de la Barcelona ont été continuellement entre des mains belges⁴⁴, au moins jusqu'à la date de l'ouverture de la présente instance. Comme le dit M. Jessup, qui se livre à un examen assez approfondi de la question, l'affaire repose en grande partie sur une série de présomptions, même s'il est difficile de croire qu'aucune action n'a été continuellement aux mains de Belges; une seule action l'aurait-elle été, cela suffirait théoriquement à fonder une réclamation, suivant l'argumentation développée plus haut (voir par. 41 ci-dessus). J'examinerai plutôt la doctrine même de la continuité.

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

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

ferred a violation of international law "in the person of its national",—and although this doctrine has been called the "Vatellian fiction", it nevertheless seems to constitute an indispensable foundation for the right of international claim on behalf of private parties (unless there is some alternative, e.g., functional, foundation—as when an international organization claims in respect of a member of its staff). It is however less clear why, as a matter of principle, if the private claimant is duly a national of the claimant State at the date of the injury, he must remain so, or the property concerned must do so, or the claim must not pass into the hands of a national of another State, even *after* that date,—for the wrong done to the State in the person of its national arises, and the consequent right "to ensure . . . respect for the rules of international law" accrues, *at the moment of injury*, so that, as was pleaded in the *Stevenson* case⁴⁵ (though unsuccessfully⁴⁶), the claim then becomes indelibly impressed *ab initio* with the national character concerned: in short, the injury to the claimant State is not, so to speak, "*de-inflicted*" by the fact that the individual claimant or company ceases to have its nationality, or that the property involved passes into the hands of a national of another State⁴⁷;—and the position becomes even slightly absurd when the continuity rule is interpreted as even excluding such claims though they subsequently return to their nationality of origin after a comparatively short interval, as might well be the case with, precisely, shares.

62. In his dissenting opinion in the *Panevezys* case⁴⁸, Judge van Eysinga clearly thought that the continuity rule, though a reasonable stipulation to be inserted by agreement in *treaties* about claims—(or to be read into them in consequence of provisions limiting their application to persons having the nationality of the claimant State at the treaty date)—was not a rule of *customary* international law, in which sphere it could lead to unreasonable results. Thus a rigid application of it, though justified where necessary to prevent abuses⁴⁹, should be eschewed where it would work injustice, and this view has received support in recent writings contending for a more eclectic application of the rule, so as not to "leave a

⁴⁵ *U.N. Reports of International Arbitral Awards*, Vol. IX, p. 494.

⁴⁶ But in this case the beneficiaries resulting from the change in the nationality of the claim, not only had *ex hypothesi* a *different* nationality from that of the original claimant, but had the nationality of the *defendant* State—which created a special situation. In other ways also the Umpire's finding did not constitute an outright rejection of the "*ab initio*" thesis.

⁴⁷ If value was received in respect of the transfer concerned, the question might arise whether the "damage" had not been made good—but this is another matter.

⁴⁸ *P.C.I.J., Series A/B, No. 76* (1939) at pp. 33-35.

⁴⁹ For instance, if, as suggested by Judge van Eysinga, the object were to found compulsory jurisdiction, where none would otherwise have existed, by seeking out a State able to invoke a treaty clause to that effect.

du droit international « en la personne de son ressortissant ». Quoiqu'on l'ait appelé la fiction de Vatel, il semble bien que ce principe constitue un fondement indispensable du droit de présenter une réclamation internationale pour le compte de particuliers (à moins qu'il n'en existe un autre, de caractère fonctionnel par exemple: ainsi, lorsqu'une organisation internationale présente une réclamation pour le compte d'un de ses fonctionnaires). Mais on voit moins bien pourquoi on devrait poser en principe que si la personne à l'origine de la réclamation était bien un ressortissant de l'Etat demandeur à la date du dommage, il faudrait qu'elle le reste ou que les biens en cause conservent le caractère national ou que le droit de réclamation ne passe pas aux mains d'un ressortissant d'un autre Etat *après* cette date; en effet c'est à la date du dommage que naît le préjudice causé à l'Etat dans la personne de son ressortissant et que naît aussi, par conséquent, le droit « de faire respecter ... le droit international », de sorte que, comme on l'a soutenu dans l'affaire *Stevenson*⁴⁵ (quoique sans succès⁴⁶), la réclamation s'imprègne dès l'origine et d'une manière indélébile du caractère national: en somme le préjudice infligé à l'Etat demandeur n'est pas effacé par le fait que le particulier ou la société cesse de posséder sa nationalité ou que les biens passent aux mains d'un ressortissant d'un autre Etat⁴⁷; la situation devient même tant soit peu absurde quand on interprète la règle de la continuité comme excluant de pareilles réclamations, même si elles reprennent ensuite leur nationalité d'origine après un laps de temps relativement court, comme cela peut fort bien arriver dans le cas de titres précisément.

62. Il est clair que dans son opinion dissidente en l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*⁴⁸ M. van Eysinga a estimé que la règle de la continuité, raisonnable en tant que disposition à insérer d'un commun accord dans des *traités* relatifs aux réclamations — (ou contenue implicitement dans ces traités du fait de dispositions limitant leur application aux personnes qui ont la nationalité de l'Etat demandeur à la date du traité) — n'est pas une règle de droit international *coutumier*, domaine où elle pourrait conduire à des résultats déraisonnables. Si donc une application stricte de cette règle se justifie lorsque cela est nécessaire pour empêcher des abus⁴⁹, il faut l'éviter dans les cas où elle serait

⁴⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 494.

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

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

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

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

substantial body of . . . rights without a practical remedy . . . ⁵⁰". A clear case of this would be where the change in nationality was *involuntary*, e.g., because of a re-alignment of State boundaries, or because the successor in title to the affected property, e.g., under a will, happened to have a different nationality from that of the original claimant or owner. Or again, why should the fact that a former dependent territory attains independence and becomes a separate State deprive whole categories of claimants in that State of all possibility of redress? Such would however be the effect of the continuity rule, for there would technically have been a change in the claimant's nationality, and the former sovereign or protecting State could no longer sustain the claim, while the new one also could not or, according to the doctrines involved, should not be able to do so, because the private claimant was not, at the time of the injury, its national,—or alternatively because, since the latter State did not then exist as a separate State, it could not itself, *qua* what it now is, have suffered any wrong in the person of its national ⁵¹. (This was in fact more or less the situation that arose in the *Panevezys* case. The matter ought of course to be provided for by a rule of the law of State Succession, but it is somewhat doubtful whether this is yet the case—see the detailed discussion in O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law* (Cambridge, 1967), Vol. I, pp. 537-541).

63. In short, too rigid and sweeping an application of the continuity rule can lead to situations in which important interests go unprotected, claimants unsupported and injuries unredressed, not on account of

⁵⁰ O'Connell, *International Law* (Stevens-Oceana, 1965), Vol. II, p. 1120;—and Professor R. Y. Jennings in *Hague Recueil* (General Course of 1967), Vol. II, pp. 476-477, citing Sinclair, *British Year Book* for 1950, at p. 127 says, that Judge van Eysinga's view "is in accord with what Mr. Sinclair has shown to be the history of the development of the rule of nationality of claims: that it was evolved in the 19th century in the context of the interpretation of treaties setting up claims commissions and was a product of the ordinary rule that such treaties must be interpreted strictly"—i.e., it was not really a rule of *customary* international law.

⁵¹ This last point is essentially the same as the one which arose in the *Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*) under the head of the "objection *ratione temporis*" which I felt obliged to uphold *de lege lata* in my separate Opinion, for the reasons given in Part V of it (*I.C.J. Reports 1963*, pp. 127-130). The particular point material in the present context is dealt with in the first paragraph on p. 129 of the Volume. But I failed then to take account of the possibility that the matter might be regarded as covered by the law of State Succession, though this is still uncertain—see end of paragraph 62 *supra*.

source d'injustice; le même point de vue a été récemment soutenu par des auteurs qui préconisaient une application plus souple de la règle afin de ne pas « laisser un nombre important de droits sans moyen pratique de défense...⁵⁰ ». Tel est évidemment le cas lorsque le changement de nationalité a été *involontaire*, s'il est dû par exemple à une rectification des frontières de l'Etat ou au fait que la personne qui succède au propriétaire des biens en cause, en vertu d'un testament par exemple, se trouve posséder une nationalité différente de celle du demandeur ou du propriétaire originaire. Ou, pour prendre un autre exemple, en quoi le fait qu'un territoire précédemment dépendant accède à l'indépendance et devient un Etat distinct devrait-il priver des catégories entières d'ayants droit, dans cet Etat, de toute possibilité de réparation du préjudice causé? Or, ce serait bien là l'effet de la règle de la continuité car, techniquement, leur nationalité aurait changé, et l'ancien Etat souverain ou protecteur ne pourrait plus endosser leur réclamation, tandis que le nouvel Etat ne pourrait pas non plus ou, selon la doctrine en question, ne devrait pas pouvoir le faire, soit que la personne à l'origine de la réclamation n'ait pas eu sa nationalité au moment du dommage, soit que, comme il n'existait pas alors en tant qu'Etat, lui-même ne puisse, par le seul fait qu'il a acquis ce statut, prétendre avoir subi un préjudice quelconque dans la personne de son ressortissant⁵¹. (Telle était en fait plus ou moins la situation dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*. La matière devrait bien entendu être réglée par le droit de la succession d'Etats mais il est assez douteux que cela soit encore le cas — voir les développements détaillés figurant à ce sujet dans O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, 1967, vol. I, p. 537-541.)

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

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

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

anything relating to their merits, but because purely technical considerations bring it about that no State is entitled to act⁵². This situation is the less defensible at the present date in that what was always regarded as the other main justification for the continuity rule (and even sometimes thought to be its real *fons et origo*), namely the need to prevent the abuses that would result if claims could be assigned for value to nationals of powerful States whose governments would compel acceptance of them by the defendant State, has largely lost its validity. Even powerful States are not now in a position to act in this way: indeed, for reasons that need not be gone into here, they are in these days at a positive disadvantage in such matters.

64. Nor can it plausibly be contended that, if the continuity rule were *not* strictly applied, legal objections would arise because, if the claim were successful, the damages or compensation would be payable to the claimant State, although the private party concerned was no longer its national, or the affected property no longer belonged to one of its nationals;—for on the basis that the State is asserting its own right in making the claim, it is always the position, and it is well recognized internationally, that any compensation due is paid to the claimant State, and belongs to it, for use at its discretion. This was implicit in the view expressed by the Permanent Court in the *Chorzów Factory* case, when it said that the damage suffered by the individual could “only afford a convenient scale for the calculation of the reparation *due to the State*”—(my italics)⁵³. If there are any fetters on the State’s discretion as to what it does with the compensation awarded, they are imposed by the domestic law concerned. So far as international law goes, the claimant State can use this compensation as it pleases: it can keep it for itself (though this naturally is not normally done) or it can pay it to the private party who was injured, whether (as it will usually be the case) he is still its national, or has since become the national of another State, or to the national owner of the affected property, or to a foreign owner who may have bought it, or the claim, off the former, etc. There is, internationally, neither legal nor practical difficulty here.

65. If these considerations are applied here, the conclusion would be that, provided Belgian shareholding existed on 12 February 1948, the

⁵² This would be a situation even worse than the present one regarding the Barcelona Company, for that Company has a government which did formerly act, could have continued to act, and still could in theory act: whereas according to the continuity rule, it may result that *no* government can act.

⁵³ *P.C.I.J., Series A, No. 17* (1928), p. 28.

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

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

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

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

⁵³ C.P.J.I. série A n° 17, 1928, p. 28.

claim then became once and for all indelibly impressed with Belgian national character, and that any subsequent dealings in the shares were immaterial, affecting only the *quantum* of the damages eventually payable if Belgium were successful, or affecting only the identity of the actual persons or entities whom the Belgian Government would eventually select to become the recipients of a due share of any damages recovered.

V

ISSUES CONNECTED WITH THE FOURTH PRELIMINARY OBJECTION

66. The Judgment of the Court does not deal with the fourth preliminary objection that had been advanced on the Spanish side and which, together with the third, was joined to the merits by the Judgment which the Court gave in the preliminary (1964) phase of the case—namely the question of the exhaustion of local remedies. On the other hand, this question has had its importance for certain Members of the Court, and it was always possible that individual rejections of the Belgian claim might be based not on Belgium's lack of *ius standi* but on the view that the Barcelona Company did not adequately avail itself of the means of recourse open to it in the Spanish courts. In these circumstances, without attempting to discuss the fourth preliminary objection generally, I consider it legitimate to make certain limited comments on one or two aspects of the matter to which I attach special importance (and which are also of importance for the clarification of the law—see paragraph 2 *supra*,—recalling however, as being equally, if not even more applicable here, what I said in paragraph 37 above.

* * *

(1) *The issue of jurisdiction*

67. While the question of Spanish jurisdiction to conduct bankruptcy proceedings in respect of Barcelona Traction, a Canadian company, is not technically part of the fourth preliminary objection, which concerns the exhaustion of local remedies, it is related to it in an important way, as will be seen; and since it too has a certain preliminary character, it may properly receive some consideration here.

68. It appears to me probable that, *considered at the international level*⁵⁴, the declaration of bankruptcy made in respect of the Barcelona

⁵⁴ The question whether there was jurisdiction under *Spanish* law, in the circumstances appertaining to the Barcelona Company, is irrelevant or inconclusive for

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

V

QUESTIONS LIÉES A LA QUATRIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

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

* * *

1) *La question de la compétence*

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

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

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

Company did involve an excess of legitimate, or at least normal, Spanish jurisdiction—internationally. This view is not of course based on the non-Spanish nationality of the Company,—still less because of doubts (though these certainly subsist) as to whether the Company did, in the proper sense of these notions, carry on business in Spain, or own property or have a domicile or seat there⁵⁵. It is based on the nature of the alleged default on which the petition in bankruptcy was based, and acceded to by the court. The point may be illustrated by reference to Barcelona's subsidiary, Ebro⁵⁶, which, although equally a Canadian company, did undoubtedly carry on business in Spain, owning property, occupying offices, etc., there. Consequently, had it been Ebro that was bankrupted, and for non-payment of commercial debts arising out of its local activities, no question of any excess of jurisdiction could have arisen despite Ebro's Canadian nationality—for such matters would have been legitimately of Spanish concern. (It was indeed noticeable that it was expressly admitted on the Belgian side that the bankrupting of *Ebro* (had that occurred) would have been quite proper, *jurisdictionally*.) But Barcelona was not bankrupted for anything of that kind, as is clear from the bankruptcy judgment itself. It was bankrupted exclusively for the non-payment of the interest on its sterling bonds, issued outside Spain, and also held outside Spain except in so far as certain private Spanish parties had recently acquired a few of them, apparently for the express purpose of bringing the bankruptcy proceedings. Yet in respect of these same bonds, issued under Canadian law, all the necessary machinery for the guaranteeing and enforcement of the obligation, through a well-known Canadian institution, the National Trust, had been set up, and existed for utilization in Canada, where also, in the last resort, the Company could have been made the subject of proceedings for the appointment of a receiver.

69. Clearly, if the real object had been to obtain payment of the arrears of interest on the bonds, action would have been taken in Canada,—and not merely would but *should*, for the step taken by the Spanish bankruptcy petitioners was in clear breach of the important “no action” provisions of both the trust deeds—(clauses 44 of the Prior Lien deed and 35 of the First Mortgage deed—Annex 28 to the Memorial, Vol. I). These provisions were of course conditions of the bond obligation, by

international purposes, since the very question at issue in international proceedings is whether the jurisdiction which a State confers upon its own courts, or otherwise assumes, is internationally valid.

⁵⁵ Barcelona was a *holding* company, and a holding company is *by definition* not an *operating* company. This has been brought out in several decided cases, but is too often lost sight of.

⁵⁶ Standing for “Ebro Irrigation and Power Co. Ltd.”

passait bel et bien la compétence légitime, ou du moins normale, de l'Espagne. Si je suis de cet avis, ce n'est évidemment pas parce que la société n'était pas de nationalité espagnole et encore moins parce que j'aurais des doutes (quoiqu'il en reste toujours) sur le point de savoir si à proprement parler la société exerçait une activité commerciale en Espagne, y possédait des biens et y avait un domicile ou un siège⁵⁵. C'est à cause de la nature du prétendu manquement qui motivait la demande en faillite à laquelle le tribunal a accédé. Pour me faire mieux comprendre, je prendrai l'exemple de la filiale de la Barcelona Traction, l'Ebro⁵⁶, société également canadienne mais qui, elle, exerçait incontestablement une activité commerciale en Espagne, où elle possédait des biens, avait des bureaux, etc. Si donc c'était l'Ebro qui avait été mise en faillite, et ce pour défaut de paiement de dettes commerciales contractées du fait de son activité dans le pays, il n'aurait pu être question dans ce cas d'un excès de compétence, malgré la nationalité canadienne de l'Ebro, car de telles questions auraient légitimement été du ressort de l'Espagne. (On remarquera en effet que, du côté belge, il a été expressément admis que la mise en faillite de l'Ebro, si la chose s'était produite, eût été parfaitement justifiable du point de vue *juridictionnel*.) Mais, ainsi qu'il ressort clairement du jugement de faillite lui-même, ce n'est nullement pour un motif de ce genre que la faillite de la Barcelona Traction a été prononcée. C'est exclusivement à raison du non-paiement des intérêts de ses obligations en livres sterling émises hors d'Espagne et détenues de même hors d'Espagne, sauf les quelques obligations qu'avaient acquises peu avant certains particuliers espagnols, dans le dessein exprès, semble-t-il, de déclencher la procédure de faillite. Pourtant, s'agissant de ces mêmes obligations émises conformément au droit canadien, tout le mécanisme nécessaire à la garantie et à l'exécution de la dette par l'intermédiaire d'une institution canadienne bien connue, la National Trust, avait été créé, existait et pouvait être mis en œuvre au Canada où, en dernier ressort, il aurait été possible aussi d'assigner la société en vue de la nomination d'un *receiver*.

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

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

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

⁵⁶ Forme abrégée de Ebro Irrigation and Power Co. Ltd.

which the petitioners automatically became bound on acquiring the bonds. They provided that no proceedings to obtain payment should be taken by any bondholder until after the (Canadian) Trustee had, upon a request to act, refused or neglected to do so.

70. In these circumstances the *primary* jurisdiction was clearly Canadian, and the Spanish courts should have declined jurisdiction,—at least in the first instance and until the remedies available through the Canadian National Trust had been invoked. It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters (and there are of course others—for instance in the fields of shipping, “anti-trust” legislation, etc.), but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however (*a*) postulate the *existence* of limits—though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and (*b*) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State.

*

71. These considerations apply equally, not only to the initial Spanish assumption of jurisdiction in bankruptcy, but to various later stages of the bankruptcy proceedings themselves, and in particular (as part of the process of finally disposing of the Barcelona Company’s Spanish undertaking) to the purported cancellation of its shares in Ebro (a Canadian company)—these being at the time under the control of the Canadian National Trust or of a receiver appointed by the Canadian courts—and the “replacement” of these by scrip issued in Spain, and subsequently sold to the new and specially formed Spanish company, Fecsa⁵⁷, without any reference to the competent Canadian authorities or any action to procure the enforcement of these measures in Canada, so that there (and everywhere outside Spain) the original scrip remained and remains perfectly valid. The same observations apply to the purported transfer of Ebro’s Canadian share register, its Canadian registered offices, and its very seat itself (also Canadian), to the city of Barcelona,—in disregard of the fact that these things, which could not *physically* be transferred without Ebro’s consent or enforcement action in Canada, remained where they were, and are still there today, not only in actuality but in law,

⁵⁷ Standing for “Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.”

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

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

*

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

⁵⁷ Sigle de Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.

seeing that Ebro is a Canadian company whose status, seat and location of share register and registered offices are all governed by Canadian law. In short what really took place appears to have had the character of a disguised expropriation of the undertaking.

72. If therefore it were necessary to reach a conclusion on this matter, it could in my view only be in the sense that the whole bankruptcy proceedings were, for excess of jurisdiction, internationally null and void *ab initio*, and without effect on the international plane.

* *

(2) *Exhaustion of local remedies: the question of notification*

73. The conclusion just indicated would also be of importance as regards the question of exhausting local remedies, in so far as it might tend to suggest that, strictly, this question did not arise at all,—for there should be no necessity to exhaust such remedies in respect of proceedings which, for excess of jurisdiction were, internationally, a nullity and void *ab initio*. At least, in respect of the *substance* of the proceedings, there could be no such obligation if—internationally—the proceedings were vitiated from the start.

74. Be that as it may, there are other considerations which suggest that the whole issue of the exhaustion of local remedies may be irrelevant in such circumstances as those of the present case;—for if it is the fact (as to which, *vide infra*) that the Barcelona Company was never, according to the applicable international standards, properly *notified* of the original bankruptcy declaration, so that, on the international plane, the bankruptcy procedure never began to run against it, the correct conclusion might well be that no obligation to exhaust local remedies could ever have been generated;—in much the same way that (even if the case is not entirely on the same plane) a person entitled to diplomatic immunity does not lose that immunity through ignoring proceedings brought against him in the local courts,—nor is it a condition of his government's right to complain that he should have exhausted local means of recourse in the assertion or defence of his immunity. Again, the possibility, and even probability, that the management of the Company did *de facto* become aware of the proceedings, in sufficient time to put in an opposition within the prescribed period, is clearly irrelevant;—for if a certain kind of notification is required *by law*, and this is not given, then any time-limits dependent on it simply do not, as a matter of law, begin to run,—and once again the whole procedure is vitiated and rendered void.

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

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

* *

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

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

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

75. In this connection a clear distinction must be drawn between proceedings which, if invalid, are so *ab initio*, and proceedings the complaint as to which concerns their *outcome*, e.g., that they *resulted* in a denial of justice. As regards the latter kind of proceedings, it is evident that, in principle at least, local remedies must be exhausted. The case is different, at any rate as regards the substance of the issues involved, where the alleged vice relates not to the outcome but to the very inception of the proceedings.

76. In considering what kind and, so to speak, degree of notification is legally requisite, it is clearly not sufficient, in cases involving a foreign element, merely to apply domestic law standards, or to rely on, or rest content with, the fact that the requirements of the local law concerned were duly complied with,—if such was indeed the case. Internationally, it is necessary to consider whether—objectively—in the case of a foreign company having its seat and management abroad—a “notice” which takes the form of nothing more than a simple press publication of the adjudication in bankruptcy, suffices,—particularly if this publication is local only, and not effected in the country of the company’s management and seat. There is here a direct connection with the question of excess of jurisdiction already discussed above; and it is important to remember (see paragraph 68) that it was not anything to do with the conduct of the Barcelona Company’s Spanish undertaking that was in question in the bankruptcy proceedings, or which formed the basis of the bankruptcy adjudication, but a primarily extra-Spanish matter, the servicing of the sterling bonds—which was directly the concern of the Company in Canada, and of the bondholders’ trustee, the Canadian National Trust. The very fact that, as was expressly recognized in relation to the Company’s domicile, by the bankruptcy petition itself, namely that “it [the Company] does not have [a domicile] in Spain, any more than it has any specific commercial establishment there”, must logically lead to the conclusion that, on the international plane, a notification effected in Canada, or by Canadian means of some kind, was called for. It is difficult to see how the apparently admitted non-Spanish domicile of the Company could possibly lead to the conclusion suggested in the bankruptcy petition, and accepted by the judge, that in these circumstances it would be “necessary to limit publication to the Official Bulletin of Taragona”—which the judge extended to the Official Bulletin of the province of Barcelona, but no further.

77. I fully appreciate that Spanish law, like certain other historic and highly developed legal systems, approaches the subject of bankruptcy mainly from the standpoint of the creditors, and with the object above all or at any rate in the first instance, of safeguarding their rights, and hence of avoiding so far as possible any premature disposal, dispersal or concealment of the debtor’s assets, in such a way as to prejudice those rights. I

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

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

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

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

therefore discount the natural reactions of a jurist trained in the common-law school when confronted with a situation in which a debtor can be declared bankrupt, or a company liquidated or wound-up, on the basis of proceedings, of which no previous notice has been or will be given, and at which the debtor is not represented or afforded an opportunity to appear—and this although the declaration takes immediate effect, and that effect involves for the bankrupt a complete loss of commercial status and of legal capacity to act. I also accept the fact that according to the philosophy of this point of view, only a very short interval is allowed in which the bankruptcy can be challenged with a view to its cancellation and the reversal of its effects.

78. But for these very reasons, it appears to me to be an essential counterpart of the considerable stringency of such a system that, at the very least, the debtor, having been declared bankrupt, should receive actual notice—judicial notice—of the declaration of bankruptcy, and should do so in a form which must ensure that it is brought directly to the attention of the person or entity concerned⁵⁸. Unless this is done, the process, viewed as a whole, comes very near to constituting, if not a species of concealment, at least a serious obstacle to the possibility of a timely challenge to the bankruptcy;—so that a procedure already highly favourable to the creditor interest, becomes loaded against that of the debtor to an extent difficult to reconcile with the standards of the administration of justice required by international law. More especially is this the case when the only period within which the bankruptcy can be challenged is a period of eight days running not from the date of *notice* but from that of the press publication of the bankruptcy declaration itself, and failure to observe it apparently has, thenceforth, a permanently preclusive effect.

79. The pertinence and force of these considerations is of course greatly increased where, as in the present case, a foreign element is involved,—where the bankrupt is a foreign entity, with its seat and management abroad, and where the occasion of the bankruptcy is not the local commercial activities of that entity, but one affecting its (chiefly non-local) bondholders. In such circumstances, mere publication in the local press, and then not in the ordinary newspapers but in journals of a highly specialized kind, normally little read except by persons having a

⁵⁸ Under English law—to cite the system I am most familiar with—in the case of the winding-up of a company on the basis of a petition, not only must the existence of the petition be advertised (and not merely in the official *London Gazette* but in one of the ordinary daily newspapers also) at least seven clear days before the petition is due to be heard,—but, in addition, notice of it must be served on the company at its registered head office, equally before the hearing of the petition, at which of course the company is entitled to be represented (*Halsbury's Laws of England, loc. cit.*, in notes 12 and 13 *supra*, pp. 544-549). In the case of foreign companies, notice must no less be served, and, if this cannot be effected at an address for service or place of business in England leave will be given to effect service abroad (*ibid.*, pp. 842-843).

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

78. Mais, pour ces raisons mêmes, il me semble indispensable, en contrepartie de la rigueur extrême d'un tel système, que la déclaration de faillite fasse à tout le moins l'objet d'une notification de justice effective au débiteur qui a été déclaré en faillite, et cela sous une forme telle que l'on soit sûr d'avoir porté directement le fait à la connaissance de la personne ou de l'entité intéressée⁵⁸. A défaut de cette garantie, la procédure vue dans son ensemble n'est pas loin de constituer sinon une sorte de dissimulation, en tout cas un obstacle qui compromet sérieusement la possibilité de faire opposition à la faillite en temps utile — de sorte qu'une procédure déjà extrêmement favorable au créancier en arrive à faire bon marché des intérêts du débiteur, et cela à un point difficilement compatible avec les normes d'administration de la justice prescrites par le droit international. Tel est en particulier le cas lorsqu'il ne peut être fait opposition à la faillite que dans un délai de huit jours, à compter de la date non pas de la *notification* mais de la publication par voie de presse du jugement de faillite lui-même, et que, s'il n'observe pas ce délai, l'intéressé se trouve à jamais forclos.

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

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

particular reason to do so, can not be regarded as sufficient. It is in fact doubtful whether press publication suffices at all, if it is the only measure taken. But it should at least be effected not only in the local press but also in that of the country or city where the bankrupt resides or (if a company) has its seat;—and, although the point was never finally resolved, there is some reason to think that this was in fact what Spanish law itself really required.

80. However, in my opinion, in the circumstances of cases such as the present one, even publication of the latter kind is hardly adequate. Something in the nature of judicial notice is necessary and, as mentioned in the statement of facts given in the early part of the Court's Judgment (paragraph 15), no such notice was given at the time: indeed it was not until 15 years later, in June 1963, that the Barcelona Company's long-standing request for an official copy of the bankruptcy judgment was acceded to. The reason given in that judgment for publication in the official bulletins of Tarragona and Barcelona only, namely that the domicile of the Company was "unknown", is difficult to reconcile with the fact that the seat of the company was shown as "Head Office, 25 King Street West, Toronto, Canada" on one of the most important documents which, together with a translation into Spanish, was furnished to the bankruptcy judge by the petitioners, as Nos. 3 and 3*bis* in the dossier of the case, namely the report of the council of administration (Board of Directors) of the Company, covering its balance sheet for 1946, the figures of which were cited in support of the bankruptcy petition (Annexes to the Memorial, Vol. II, p. 258).

81. Even if Spanish law did not *require* action to be taken in Toronto in such a case (see end of paragraph 79 above), it certainly in no way prohibited this. Indeed, such action would have been entirely consistent with the relevant provisions of that law, and it had been taken by the Spanish courts in other cases, particularly the *Moncayo* and *Niel-on-Rupel* cases, and was to be taken again in an analogous context in the *Namel* case a year later by the actual judge who was then in charge of the Barcelona bankruptcy. There existed at least three or four ways of doing this: by publication in the Toronto newspapers; through the registered letter post, with postal certificate of delivery; by personal service through a Spanish consulate in Canada, if Canadian law so allowed; or in the last resort by service effected through the Canadian authorities themselves.

82. It was contended that service or publication in Canada would have constituted an internationally impermissible act of *imperium* carried out in foreign territory. But in fact such acts take place every day, and constitute indeed the usual ways in which persons resident or domiciled in one country are formally apprised of proceedings affecting them, instituted in another country. Local publication, or service by post, at least,

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

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

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

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

can involve no act of *imperium*; and the other forms of service mentioned above have the actual concurrence, general or specific, of the local authorities. The Spanish cases cited in the preceding paragraph show that the Spanish courts themselves, in other cases, made use of the method of publication in foreign papers. The truth is that in the present case no attempt to notify the Barcelona Company in Canada was made.

83. In my opinion this omission—and even if it could have been the result only of inadvertence or oversight—was of such a character as to vitiate the whole proceedings on the international plane, and to render them void or inoperative *ab initio*. Relative to the Company, the proceedings were never properly initiated at all. Consequently (recalling the observations made in paragraph 75 above)—in the presence of a nullity, the question of exhausting legal remedies did not arise.

VI

THE PHILOSOPHY OF JOINDER TO THE MERITS

84. When, in the earlier (1964) phase of the present case, the Court joined the third and fourth preliminary objections to the merits, it made a number of observations both on the general philosophy of joinder as a judicial act, and also as regards the particular reasons for effecting it on that occasion (*I.C.J. Reports 1964*, pp. 41-46). On the present occasion the Court has not thought it necessary to supplement these observations. But I believe there are certain additional points that can usefully be made—except however as regards the fourth preliminary objection, for it was always clear that this objection, relating to the exhaustion of local remedies, was intimately connected with the ultimate issues of substance involved by the claim, and could not even be considered except in relation to these,—and so could not be pronounced upon without in large measure prejudging the merits—a situation that has generally been viewed as eminently calling for a joinder.

*

85. As regards the third preliminary objection, on which the Court's present Judgment is mainly founded, the situation—though fully explained on pages 44-46 of the *Report* of the Court's earlier Judgment—was perhaps not so obviously clear although, as was pointed out in that Judgment, matters relating to the merits had been discussed in the written and oral proceedings in that phase of the case, in connection with this objection. It may therefore be desirable to point out that, apart from the doubt (see *loc. cit.*, pp. 44-45) whether the objection had an exclusively

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

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

VI

LA CONCEPTION GÉNÉRALE DE LA JONCTION AU FOND

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

*

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

preliminary character, and did not at least in part appertain to the merits, the Court could not, without hearing the merits, regard itself as adequately informed on what was evidently one of the key questions in the case,—namely whether, in addition to the alleged infringements of the Barcelona Traction Company's rights, there had not also been infringements of the specific rights, *stricto sensu*, of the shareholders, caused either by the same acts as had affected the Company, or by separate acts affecting only shareholding rights as such. It was indeed this very point which, *inter alia*, the Court had in mind in the two following passages from its earlier Judgment, more than once cited or referred to in the course of the oral pleadings in the present phase of the case, but which appear to have been misunderstood to a certain extent, namely (*I.C.J. Reports 1964*, p. 44):

“It can be asked whether international law recognizes for the shareholders in a company a separate and independent right or interest in respect of damage done to the company by a foreign government; and if so to what extent and in what circumstances and, in particular, whether those circumstances (if they exist) would include those of the present case”

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

“In short, the question of the *jus standi* of a government to protect the interests of shareholders as such, is itself merely a reflection, or consequence, of the antecedent question of what is the juridical situation in respect of shareholding interests, as recognized by international law.”

86. These observations no doubt indicated that there *could* be shareholding interests recognized and protected by law, which therefore amounted to rights, and that there might be circumstances in which an infringement of the company's rights would also infringe the separate rights of the shareholders. But what the Court said in no sense warranted the view that prejudice caused to the shareholders through illicit damage done to the company, necessarily and of itself gave the former a basis of claim which their government could legitimately put forward on the international plane—this being, broadly speaking, the proposition advanced on behalf of Belgium.

87. This matter was not the only one in respect of which a hearing of the merits was necessary in order to enable the Court to deal with the third preliminary objection,—for in addition to the question of the legal status of shareholders and the nature of their rights and interests, this objection also involved that of the nationality of those concerned. It was contended by Spain, not only that in principle no claim at all could be made on behalf of shareholding interests in respect of damage caused, not

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

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

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

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

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

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

to those interests as such, but to the company,—but also that, even if such a claim could be made, these particular shareholding interests were not really Belgian, or were not in Belgian hands at the material times. The Court felt it necessary to hear the merits in order to ensure that it was sufficiently informed as to the character and relative weight of the interests involved in the Barcelona Traction Company and its affiliates: indeed it was not until the merits were reached (even if then) that all the facts were fully brought out regarding this matter; and it was in this context, rather than that of the status of shareholders, that, according to one current of opinion in the Court, the Belgian claim should be regarded as inadmissible.

*

88. There are other ways in which the implications of a joinder are liable to be misunderstood—particularly if, as in the present case, the objection is eventually upheld and the merits, though heard, are not pronounced upon. There may be a tendency to assume that an international tribunal which effects a joinder is already half-way to dismissing the objection and will eventually do so and give a decision on the merits. Even if the present case, and others before it, did not demonstrate the unwarranted nature of such an assumption, this would result as a matter of principle from the fact that if the assumption were correct, the whole process of joining preliminary objections to the merits would be rendered meaningless—a mere futile (and unjustified) postponement, not a genuine suspension, of judgment on the objection.

89. Equally unjustified, as other cases show, is the opposite assumption,—that a joinder indicates a favourable attitude to the objection on the part of the tribunal concerned—a theory that only needs to be stated for its implausibility to be manifest. There may indeed be cases in which, on various grounds that seem good to it, a tribunal will hesitate to take, at the preliminary stage of a case, a decision the effect of which would be permanently to shut out, then and there, all possibility of a hearing and decision on the merits. But, although the task of evaluating the factors involved must be left to the tribunal concerned, adequate grounds for the joinder must always exist,—for the process is one that can never be other than a simple suspension of judgment on the objection, effected because the tribunal, for one reason or another, considers that it cannot pronounce upon it at that stage, consistently with giving their due weight to all the various aspects of the case, and to holding the scales of justice even between the parties. A joinder can never be interpreted as foreshadowing a conclusion already half arrived at.

*

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

*

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

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

*

90. No less unwarranted would be any attempt to draw from the upholding of a preliminary objection inferences as to what the attitude of the tribunal was, or would have been, in regard to the substantive merits of the claim. No such inferences—in whatever sense—could possibly be justified by reason of the fact that, on the basis simply of a preliminary objection as such, the tribunal holds the claim to be inadmissible.

* * * * *

POSTSCRIPTUM

I entirely approve of the initiative taken by the Court in paragraph 27 of the Judgment (and for the first time in a *judgment* *) of drawing attention to the length of the proceedings in the present case,—so as to indicate where the responsibility for this lies. If the parties in a litigation before the Court think it necessary to take several years to prepare and deliver their written and oral arguments, that is their affair,—and, having myself formerly, on a number of occasions, been in the same position, I can understand the reasons for it.

Strong objection exists however when the blame for such delays is publicly ascribed to the supposed dilatoriness or procrastination of the Court itself,—in evident ignorance, or else heedlessness, of the true facts **.

Nor is this by any means the only way in which the Court has been misrepresented in a manner detrimental to the dignity and good order of its functioning as an independent judicial institution.

(Signed) G. G. FITZMAURICE.

* A previous *Order* of the Court as to time-limits in the present proceedings drew attention to the matter.

** Some indication of the real facts will be found, for instance, in footnote 14 on p. 447 of a review article contributed by me to the *Kansas Law Review*, Vol. 13, No. 3, March, 1965. Since this was written, periods requested by the parties have grown to 4-5 years for the written proceedings, and 3-6 months for the oral hearing. See also for a much more complete statement, Professor Leo Gross, "The Time Element in Contentious Proceedings in the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1969, Vol. 63, p. 74.

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

* * * * *

POSTFACE

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

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

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

(Signé) G. G. FITZMAURICE.

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

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