

SEPARATE OPINION OF JUDGE TANAKA

I

Although I subscribe to the Court's conclusion in dismissing the Belgian claim that Spain violated an international obligation and incurred responsibility vis-à-vis Belgium, I regret to have to say that my view differs from that of the Court in its reasoning. The majority opinion reached its conclusion by deciding the question of the *jus standi* of Belgium in the negative, i.e., by upholding the third preliminary objection of the Spanish Government, whereas my position would be to proceed to examine the question of the merits after the third and fourth (non-exhaustion of local remedies) preliminary objections. An examination of the merits, however, leads to the same result as that reached by the majority opinion, namely the dismissal of the Belgian claim.

Such preliminary remarks are made necessary in order to determine the scope and limit of individual, separate or dissenting opinions. By reason of the complexity of the instant case, we are confronted with a need to make judges' rights, as provided by Article 57 of the Statute, clearer.

A question may arise as to whether judges' opinions should be limited to those matters which have been dealt with in the majority opinion or whether they are not subject to some limitation.

Here, I do not go deeper into the study of this question. I simply wish to say that my view favours a liberal attitude which would not allow any limitation to be imposed on judges' statements, other than considerations of decency.

That this issue was taken up in some of the opinions of judges in the Judgment of the *South West Africa* case (*South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*) is still vivid in our memory. So far as the detail is concerned I should like to refer to a declaration of President Sir Percy Spender (*ibid.*, pp. 51 ff.) representing a restrictive theory and my contrary view on this issue as stated in my opinion (*ibid.*, pp. 262-263), appended to that Judgment.

For the above-mentioned reason my following statement is not obliged to remain within the framework of the majority opinion. I feel that I must follow a logical process of my own which, according to my conscience, I believe to be just. If the question of Belgium's *jus standi* is resolved in the affirmative, the question of the exhaustion of local remedies will remain to be examined. If given an affirmative answer, then the question on the

OPINION INDIVIDUELLE DE M. TANAKA

[Traduction]

I

Bien que je souscrive à la conclusion de la Cour, tendant à rejeter la thèse belge selon laquelle l'Espagne est responsable, à l'égard de la Belgique, de la violation d'une obligation internationale, je regrette de devoir dire que mon raisonnement ne coïncide pas avec le sien. La majorité a tranché par la négative la question de la qualité pour agir de la Belgique; en d'autres termes elle a retenu la troisième exception préliminaire du Gouvernement espagnol. Je procéderai différemment: après avoir étudié la troisième et la quatrième exception préliminaire (cette dernière concernant le non-épuisement des recours internes) je me propose d'examiner le fond. J'aboutis néanmoins, par cette voie, au même résultat que la majorité, à savoir le rejet de la demande belge.

La nécessité de déterminer la portée et les limites qui peuvent être assignées aux opinions individuelles ou dissidentes m'amène à présenter ces observations liminaires. La présente affaire, par sa complexité, nous oblige en effet à préciser les droits que l'article 57 du Statut reconnaît aux juges.

On peut se demander si les opinions des juges ne doivent porter que sur les questions qui ont retenu l'attention de la majorité ou si, au contraire, elles ne sont soumises à aucune limitation.

Sans vouloir ici examiner la question à fond, je me bornerai à indiquer que je suis partisan d'une attitude libérale, qui ne tende à imposer aux déclarations des juges d'autres limites que celles de la modération.

Il est encore présent à tous les esprits que ce problème a été évoqué dans certaines opinions lors de l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil, 1966)*. Je voudrais renvoyer en particulier à la déclaration du Président sir Percy Spender (*ibid.*, p. 51 et suiv.), qui représente l'attitude restrictive, et aux vues contraires que j'ai formulées dans mon opinion (*ibid.*, p. 262-263), annexée à cet arrêt.

Pour les raisons auxquelles je viens de faire allusion, je ne me sens pas tenu, en présentant la présente opinion, de rester dans les limites fixées par la position de la majorité. J'estime devoir suivre le cheminement logique qui m'est propre et qu'en conscience je crois juste. Si la question de la qualité pour agir de la Belgique est résolue par l'affirmative, celle de l'épuisement des recours internes reste à examiner. Si là encore on

merits, namely the denial of justice allegedly committed by the Spanish authorities vis-à-vis the Barcelona Traction Company and its subsidiaries should be taken up. This logical process cannot be interrupted in the middle.

* * *

The Judgment of 24 July 1964 rejected the first and second preliminary objections and joined the third and fourth preliminary objections to the merits.

Considering that the joinder of these two preliminary objections would not cause them to lose their preliminary character, we must first deal with these objections before examining questions relating to the merits, though bearing the latter in mind.

We shall begin with the third preliminary objection.

The object of the Belgian Government's Application of 14 June 1962 is reparation for the damage allegedly caused to a certain number of its nationals, including juridical persons, in their capacity as shareholders of the Barcelona Traction Company, by the conduct, allegedly contrary to international law, of various organs of the Spanish State toward that company and various other companies in its group.

The Spanish Government, on the other hand, denies by the third preliminary objection that the Belgian Government possesses *jus standi* either for the protection of the Barcelona Traction Company of Canadian nationality (Application filed on 23 September 1958) or for the protection of alleged Belgian "shareholders" of that company (present case).

The third preliminary objection involves questions of both law and fact. The question of law, which is a most important one in deciding this case, is concerned with whether a State has a right to protect its nationals who are shareholders in a company of a nationality other than that of the protecting State. More concretely, the question may be formulated as follows: has the Belgian Government *jus standi* to protect its nationals, namely Sidro and others, who are shareholders in the Canadian Barcelona Traction Company?

Within the framework of diplomatic protection, the third preliminary objection involves other issues concerning protégés, in particular the question of the nationality of shareholders, their identification and the question concerning the separation of legal and beneficial owner—which of them is to be treated as the true shareholder from the viewpoint of diplomatic protection?—in shareholding, which also involves a legal question.

First, let us deal with the question concerning the diplomatic protection of shareholders in a company of a nationality other than that of the protecting State. Assuredly it constitutes a most fundamental question underlying the third preliminary objection and is logically prior to other ques-

écarte l'exception, il faut alors considérer le fond, à savoir la question du déni de justice qu'auraient commis les autorités espagnoles à l'égard de la société Barcelona Traction et de ses filiales. Ce processus logique ne peut être interrompu à mi-chemin.

* * *

Par son arrêt du 24 juillet 1964, la Cour a rejeté les première et deuxième exceptions préliminaires et joint au fond la troisième et la quatrième.

La jonction au fond de ces deux exceptions ne leur ôtant pas leur caractère préliminaire, nous devons les examiner en premier lieu avant d'aborder les questions de fond, mais sans perdre de vue ces dernières.

Nous commencerons par la troisième exception.

Par sa requête du 14 juin 1962, le Gouvernement belge demande réparation du dommage qu'auraient subi un certain nombre de ses nationaux, y compris des personnes morales, en leur qualité d'actionnaires de la société Barcelona Traction, du fait du comportement prétendument contraire au droit international de divers organes de l'Etat espagnol envers cette société et diverses autres sociétés du groupe auquel elle appartient.

De son côté, le Gouvernement espagnol, dans la troisième exception préliminaire, refuse au Gouvernement belge qualité pour agir, que ce soit pour protéger la société Barcelona Traction, qui est de nationalité canadienne (requête du 23 septembre 1958), ou pour protéger des « actionnaires » belges de ladite société (présente instance).

La troisième exception préliminaire soulève à la fois des questions de droit et des questions de fait. La question juridique qui a le plus d'importance pour la décision de la Cour consiste à déterminer si un Etat a le droit de protéger ses nationaux actionnaires d'une société qui est ressortissante d'un autre Etat. Plus concrètement, la question peut s'énoncer comme suit: le Gouvernement belge a-t-il qualité pour protéger des nationaux actionnaires de la société canadienne Barcelona Traction, en particulier la société Sidro?

Sur le plan de la protection diplomatique, cette troisième exception préliminaire soulève d'autres questions concernant les personnes protégées, notamment celles de la nationalité des actionnaires, de leur identité, et de la distinction entre les *legal owners* et les *beneficial owners* des actions (lesquels faut-il considérer comme les véritables actionnaires du point de vue de la protection diplomatique?), distinction qui pose, elle aussi, un problème juridique.

Prenons tout d'abord la question de la protection diplomatique d'actionnaires d'une société ayant une nationalité autre que celle de l'Etat protecteur. C'est là certainement une question fondamentale parmi celles que soulève la troisième exception préliminaire, et qui,

tions, so that a decision on the former in the negative would make a decision on the latter unnecessary. Therefore the question of diplomatic protection of shareholders may be recognized as constituting the core of the third preliminary objection.

Here, it is not necessary to emphasize the spirit of a universally recognized rule of customary international law concerning every State's right of diplomatic protection over its nationals abroad, that is, a right to require that another State observe a certain standard of decent treatment to aliens in its territory. The spirit of the institution of diplomatic protection is clearly declared by a Judgment of the Permanent Court of International Justice:

“ . . . in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, . . . it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged.”
(*Panevezys-Saldutiskis Railway case*, *P.C.I.J.*, *Series A/B*, No. 76, p. 16.)

Briefly, the idea of diplomatic protection does not seem to be a blind extension of the sovereign power of a State to the territory of other countries; the spirit of this institution signifies the collaboration of the protecting State for the cause of the rule of law and justice.

Now, in the present case, we are confronted with concrete questions of whether a national who is a shareholder in a company other than that of the protecting State, is covered by diplomatic protection and whether the interest involved in the shares is susceptible of being protected by the national State of the shareholders. In other words, can the rule of diplomatic protection be extended to a shareholder in a company of a nationality which is not that of the protecting State, and to an interest which is characterized by many corporative particularities? This is a question of interpretation of customary international law regarding the diplomatic protection of the nationals of a State.

To solve these questions, we shall start from the examination of the nature and characteristics of a shareholder in a corporation (joint-stock company). For that purpose we shall consider the concept of a corporation, legal relations between a corporation and its shareholders, and more particularly the legal significance of the juridical personality of a corporation. We can easily understand the importance of the consideration of

logiquement, a priorité sur les autres, de telle sorte que s'il lui était répondu par la négative, il deviendrait inutile d'envisager ces dernières. On peut donc considérer que la question de la protection diplomatique des actionnaires est au cœur même de la troisième exception préliminaire.

Il n'est pas nécessaire d'insister ici sur l'esprit de la règle de droit international coutumier universellement reconnue, selon laquelle tout Etat a un droit de protection diplomatique en faveur de ses ressortissants à l'étranger; son sens profond est que les Etats sont tenus de traiter correctement, conformément à certaines normes, les étrangers se trouvant sur leur territoire. L'essence de l'institution de la protection diplomatique est clairement exprimée dans un arrêt de la Cour permanente de Justice internationale:

« en prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce droit ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que ... c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique. Or, c'est comme partie de la fonction de protection diplomatique que doit être considéré l'exercice du droit de prendre en mains une réclamation et d'assurer le respect du droit international. » (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16.*)

En résumé, la protection diplomatique ne semble pas procéder de l'idée d'une extension aveugle de l'autorité souveraine d'un Etat au territoire d'autres pays; l'esprit de cette institution implique la collaboration de l'Etat protecteur dans l'intérêt du droit et de la justice.

Or, en l'espèce, nous avons à répondre à des questions concrètes, celles de savoir si un Etat peut exercer sa protection diplomatique en faveur de ressortissants actionnaires d'une société qui n'a pas sa nationalité et si l'intérêt matérialisé par les actions peut être protégé par l'Etat dont les actionnaires sont ressortissants. En d'autres termes, la règle de la protection diplomatique peut-elle s'étendre à l'actionnaire d'une société ayant une nationalité autre que celle de l'Etat protecteur, ainsi qu'à un intérêt caractérisé par de nombreuses particularités liées à la nature des sociétés? Il s'agit là d'une question d'interprétation du droit international coutumier en matière de protection diplomatique des nationaux d'un Etat.

Pour répondre à ces questions, nous allons tout d'abord examiner la nature et les caractéristiques de l'actionnaire d'une société de capitaux (*corporation*) ou, plus exactement, d'une société par actions (*joint-stock company*). A cette fin nous allons étudier la notion même de société de capitaux, les relations juridiques entre la société et ses actionnaires, et plus particulièrement la portée juridique de la personnalité morale de la

this last issue, if we see that many questions discussed in the course of the proceedings on the preliminary objections and on the merits appear to be centred round the question of the juridical personality of a corporation, especially the question of whether in particular matters an interpretation of the "piercing of the veil of the corporate personality" is to be admitted or not.

* * *

We shall first make some observations on the characteristics of corporations.

The corporation, which is a product *par excellence* of the capitalistic economic system, possesses in many points remarkable characteristics compared with other forms of commercial entities such as partnership and limited partnership which are called in continental countries "société de personnes" or "Personengesellschaft", as distinguished from the corporation, designated as "société de capitaux" or "Kapitalgesellschaft". As these nomenclatures indicate, the partnership is an association which presents itself as a combination of individuals who have personal confidence in one another in moral as well as in economic aspects and who, in many cases, as the name "société en nom collectif" indicates, are united usually on the basis of a family tie, whereas the corporation is nothing other than an aggregation of strangers, passers-by, who become united only from an economic motive, namely the desire for possible increased dividends.

In a partnership the members of a partnership retain their own legal and economic individuality. In internal relations, they are bound by a contractual nexus (between the members *qua* individuals and between the members and the partnership) and in external relations they have an unlimited liability toward the creditors of the partnership. On the contrary, in the case of a corporation, its members, the shareholders, stand in no legal relationship either to one another or to outsiders, i.e., the creditors of the corporation. The shareholders, different in that from partners whose entire personality and individuality is absorbed into the business of the partnership, do not and cannot participate in the activities of the corporation save by way of exercising their voting rights in the general meeting. Even this kind of participation of the shareholders in the corporate business is reduced to a minimum by the natural tendency to indifference and "absenteeism" on the part of shareholders. Their only obligation consists in the payment of a sum of money for the shares subscribed by them and their only risk is the impossibility of reimbursement of their invested sum in case of liquidation or bankruptcy of the corporation.

Thus the legal position of shareholders lacks the individuality which is

société. L'intérêt de ce dernier problème se conçoit facilement, si l'on se rappelle que maintes questions évoquées au cours de la procédure sur les exceptions préliminaires et le fond paraissent justement être axées sur le problème de la personnalité morale des sociétés, notamment sur le point de savoir si, dans certains cas, telle ou telle interprétation concernant la « levée du voile de la personnalité morale » doit être admise ou non.

* * *

Nous formulerons d'abord quelques observations concernant les caractéristiques de la *corporation*.

Ce type de société, qui est par excellence un produit de l'économie capitaliste, présente sur de nombreux points des caractères remarquables si on le compare à d'autres formes d'entités commerciales comme la *partnership* et la *limited partnership*, appelées dans les pays d'Europe continentale société de personnes ou *Personengesellschaft*, par opposition à la société de capitaux ou *Kapitalgesellschaft* qui correspondent à la *corporation*. Comme le révèle cette terminologie même, la société de personnes est une association d'individus qui ont personnellement confiance les uns dans les autres sur le plan moral comme sur le plan économique et qui, dans de nombreux cas, ainsi que l'appellation société en nom collectif l'indique, sont unis par des liens de famille; la société de capitaux, au contraire, n'est qu'un agrégat de personnes totalement étrangères les unes aux autres, réunies de façon fortuite par un mobile d'ordre purement économique — le désir de toucher des dividendes plus élevés.

Dans une société de personnes, les associés conservent leur individualité juridique et économique. Sur le plan interne, ils sont unis par des liens contractuels (entre les membres de la société d'une part, et entre la société et ses membres de l'autre) et, à l'égard des tiers, ils sont totalement responsables des dettes de la société. En revanche, les membres d'une société de capitaux — les actionnaires — n'ont de relation juridique ni entre eux ni avec les tiers que sont les créanciers de la société. A la différence des membres d'une société de personnes qui s'identifient personnellement et tout entiers à l'activité de la société, les actionnaires d'une société de capitaux ne participent à son activité et ne peuvent y participer que par l'exercice de leur droit de vote à l'assemblée générale. Et cette participation, déjà si faible, est encore diminuée par la tendance naturelle des actionnaires à l'indifférence et à l'absentéisme. Leur seule obligation est de libérer le montant des actions qu'ils souscrivent, leur seul risque, de ne pas pouvoir rentrer dans leurs fonds en cas de liquidation ou de faillite de la société.

Par conséquent, sur le plan juridique, la situation des actionnaires

found in the case of partners. It is characterized by its abstractness and makes the existence of shareholders something passive.

The typical corporation, considered from the point of view of those characteristics in which it differs from the partnership, is designated as a "société anonyme". This term is used in contrast with the "société en nom collectif". The anonymity relates of course to the corporation itself, but we may assert that this character is derived from the anonymity of each shareholder in the corporation. The anonymity can be said to be a characteristic not only of a bearer share but of a registered share as well.

The anonymity of corporations as well as of shareholders makes possible and facilitates the establishment among several corporations of dependent relationships and concentrations of diverse kinds and degrees such as the cartel, the "Interessengemeinschaft", "concerns", mergers (*fusion*), etc. Particularly, it tends to produce at the national and international levels the phenomenon of the mammoth pyramidal structure in which innumerable enterprises, crowned by a controlling holding company at the top, are affiliated with one another in links of parent-and-child relationships, by means of holding, subsidiary and sub-subsidiary companies.

The concentration due to the aforesaid anonymity disregards national frontiers and may cover many countries. In this way international investments are facilitated. The case of the Barcelona Traction Company offers an excellent example of the concentration of enterprises and international investment.

The relationship existing among innumerable companies possessing separate juridical personality is commonly called a "group".

The anonymity of shareholders manifests itself in the recent tendency to separate power or management from the ownership by mechanisms such as life insurance companies, pension trusts, and mutual funds, as pointed out by Professor Adolf A. Berle Jr. (*Power Without Property*, 1959, pp. 160 ff.). The separation of nominee and beneficial owner of shares, one of the issues with which the third preliminary objection in the present case is concerned, may be considered an example of the manifestation of this tendency.

Anonymity of shareholders and separation of control from ownership in corporative life necessarily exercise a profound influence upon the character of a corporation as a juridical entity. In contrast with the partnership, where autonomy among members or contractual freedom largely prevails and consequently the corporative regulation by the articles of incorporation is limited to a minimum, matters concerning corporations are, even in regard to their internal relations, minutely prescribed by *jus cogens* in company law and a very narrow sphere is left to the autonomy of the general meeting as the highest organ of the corporation. The degree of the rule of law in commercial societies is in

n'a pas le même caractère personnel que celle des associés d'une société de personnes; elle est par nature abstraite, et les limite, en somme, à un rôle passif.

Envisagée dans les caractéristiques qui la différencient de la société de personnes, la société de capitaux type est dite « société anonyme », désignation qui vise à l'opposer à la « société en nom collectif ». L'anonymat en question est bien entendu celui de la société elle-même mais l'on peut dire que ce caractère découle de l'anonymat de chaque actionnaire au sein de la société. Cet anonymat peut être considéré comme une caractéristique non seulement des actions au porteur mais aussi des actions nominatives.

L'anonymat des sociétés de capitaux ainsi que des actionnaires permet et facilite l'établissement, entre plusieurs sociétés, de liens comparables à des liens de parenté et leur concentration plus ou moins poussée, sous des formes diverses: cartel, *Interessengemeinschaft*, *concern*, fusion, etc. Cet anonymat peut aboutir en particulier à la formation, sur le plan national et international, d'une structure pyramidale monumentale, coiffée par une société holding qui la contrôle entièrement, et regroupant d'innombrables entreprises rattachées les unes aux autres par des liens de société mère à société filiale, au premier ou au deuxième degré.

Le phénomène de concentration que favorise l'anonymat dont nous parlons ne tient pas compte des frontières et peut s'étendre à de nombreux pays. Il facilite ainsi les investissements dans le monde entier. La Barcelona Traction constitue un excellent exemple de ce phénomène de concentration des entreprises et des investissements internationaux.

On appelle communément « groupe » l'ensemble des innombrables sociétés dotées chacune d'une personnalité juridique distincte entre lesquelles se sont établis des liens.

L'anonymat des actionnaires apparaît dans le fait que, depuis peu, la gestion et la propriété tendent à se dissocier par l'entrée en jeu de certains mécanismes tels que ceux des compagnies d'assurance sur la vie, caisses de retraite et *mutual funds*, ainsi que l'a fait observer M. Adolf A. Berle (*Power Without Property*, 1959, p. 160 et suiv.). La séparation entre le *nominee* et le *beneficial owner*, qui constitue en l'espèce l'un des problèmes soulevés par la troisième exception préliminaire, témoigne précisément de cette tendance.

Inévitablement, l'anonymat des actionnaires et la séparation de la gestion et de la propriété dans la vie sociale influent profondément sur la nature même de la société en tant qu'entité juridique. Dans la société de personnes, l'autonomie des membres ou la liberté contractuelle est la norme, de sorte que la réglementation de l'activité sociale par les statuts est réduite à un minimum. Au contraire, dans la société de capitaux, tout ce qui concerne la société est, même sur le plan des rapports internes, soumis à une réglementation minutieuse relevant du *jus cogens* dans le droit des sociétés, et l'autonomie laissée à l'assemblée générale en tant qu'organe suprême de la société se trouve très étroitement limitée. Dans

inverse proportion to the importance which law attaches to the individual member. In the partnership it is minimal; in the corporation maximal.

From what has been stated above, we may conclude that the tie of the juridical personality is, in the case of a corporation, far stronger than in the case of a partnership. In a corporation juridical personality plays the role of holding together incoherent individuals by a compact legal frame, while in the case of a partnership, even under some legal systems recognizing its juridical personality, the partners are directly liable to creditors of the partnership in the event of its insolvency and accordingly the function played by its juridical personality is extremely limited.

The above-mentioned characteristics of a corporation are very succinctly indicated by the following description:

“Dans les sociétés de capitaux . . . le lien de la société avec la personne de ses membres est moins marqué; le concept de personnalité morale est donc pour elles plus nécessaire. Les associés ne sont pas normalement responsables des dettes de la société; l'actif social seul en répond. La durée de la société ne dépend pas de la vie des associés, qui ne se connaissent souvent pas, et ont réuni leurs capitaux, non leurs personnes; les actions, qui représentent les parts sociales, sont, en principe, librement négociables et ainsi appelées à changer continuellement de mains.” (Professeurs Henri et Léon Mazeaud et Conseiller Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome I, 3^e éd., 1963, pp. 602, 603.)

If we recognize these observations as right, the natural conclusion therefrom would be that the object of diplomatic protection in the case of a corporation should be the corporation itself and not its shareholders.

From the viewpoint of emphasizing the significance of the juridical personality of the corporation, it appears that it must be the company as juridical person which is capable of enjoying the protection and not the shareholders, since they are excluded from the protection by the screen of juridical personality of the company.

The traditional doctrine on this matter has been based on the theory of the juridical personality of a corporation, which holds that “a corporation is a juridical person distinct from its members”. J. Mervyn Jones stated:

“Assuming, therefore, that corporations may be nationals, it follows that only the state of which they are nationals may intervene on their behalf, and this notwithstanding the fact that most of the members may be nationals of another state.” (“Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies”, *British Year Book of International Law*, 1949, p. 227.)

les sociétés commerciales, l'emprise de la réglementation est en raison inverse de l'importance que le droit attribue à chacun de ses membres; elle est à son niveau minimum dans la société de personnes, à son maximum dans la société de capitaux.

De ce qui précède, on peut conclure que le lien de la personnalité morale est, dans la société de capitaux, bien plus fort qu'il ne l'est dans la société de personnes. Dans la première, en effet, la personnalité morale crée l'union entre des individus qui n'avaient au préalable aucun lien entre eux en les assujettissant à un cadre juridique étroit. Dans la seconde — même si certains systèmes lui reconnaissent une personnalité morale — les associés sont directement responsables envers les créanciers de la société quand celle-ci n'est pas solvable; aussi la personnalité juridique n'y joue-t-elle qu'un rôle extrêmement limité.

Le texte ci-après donne un bref aperçu des caractéristiques d'une société de capitaux, telles que nous venons de les rappeler:

« Dans les sociétés de capitaux ... le lien de la société avec la personne de ses membres est moins marqué; le concept de personnalité morale est donc pour elles plus nécessaire. Les associés ne sont pas normalement responsables des dettes de la société; l'actif social seul en répond. La durée de la société ne dépend pas de la vie des associés, qui ne se connaissent souvent pas, et ont réuni leurs capitaux, non leurs personnes; les actions, qui représentent les parts sociales, sont, en principe, librement négociables et ainsi appelées à changer continuellement de mains. » (Professeurs Henri et Léon Mazeaud et conseiller Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome I, 3^e éd., 1963, p. 602-603.)

Si ces observations nous semblent justes, nous devrions normalement en conclure que, dans le cas d'une société de capitaux, l'objet de la protection diplomatique ne peut être que la société elle-même et non ses actionnaires. En effet, vu l'importance que revêt la personnalité juridique d'une société de capitaux, il semble que seule la société, en tant que personne morale, soit susceptible de bénéficier de la protection, et non les actionnaires, qui en sont écartés par l'écran de la personnalité morale.

La doctrine classique en cette matière est fondée sur la théorie de la personnalité morale de la société, c'est-à-dire sur le principe qui veut qu'« une société soit une personne morale distincte de ses membres ». J. Mervyn Jones a écrit:

« Si l'on suppose donc que les sociétés peuvent avoir une nationalité, alors seul l'Etat dont elles sont ressortissantes peut intervenir en leur nom, et ce bien que la plupart de leurs membres puissent être ressortissants d'un autre Etat. » (« Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies », *British Year Book of International Law*, 1949, p. 227.)

The argument of the Spanish Government which denies the right of diplomatic protection of shareholders in favour of the national State of the Barcelona Traction Company, namely Canada, is precisely based on the above-mentioned theory of a juridical personality recognized as being distinct from its members.

The Belgian Government on the contrary, wishes to advocate its position by arguing from a fundamental theory concerning the juridical person. It intends to defend its viewpoint on the strength of the doctrine of fiction, which denies the real existence of the juridical person by reducing it to a simple conglomeration of its constituent members and minimizing the juridical person as being a mere legal technique that makes it possible for plural individuals to own property or conclude a transaction.

In order to assert its view, the Belgian Government has repeatedly referred to a figurative concept of "piercing the veil" of corporate personality. So far as this slogan is concerned, however, it simply means that the shareholders must be protected by their national State regardless of the juridical personality of the corporation. It is a *petitio principii* and nothing more.

The Belgian Government, basing itself on the fiction theory, insists that the real existence of a corporation is its shareholders and that accordingly the subject to be protected is not limited to the Barcelona Traction Company, but includes its shareholders who are Belgian nationals.

The argument developed by the Spanish Government to deny the protection of shareholders is, as indicated above, based on the role attributed to the juridical personality of corporation.

The viewpoint of the Spanish Government is not in itself wrong. As we have seen, in a corporation the role of the juridical personality is at a maximum and that of shareholders is reduced to a minimum. Never can the shareholders come in contact with a third person through the wall of the corporate personality. This wall seems too solid to be penetrated. It appears that diplomatic protection cannot reach to shareholders, consequently the Spanish view on this point seems to be well founded.

In short, both Governments, the Belgian and the Spanish as well, appear to base their respective positions on a theory of juridical personality: either on the theory of fiction or on the realistic theory, either disregarding or emphasizing the functional importance of juridical personality.

* * *

However, we must approach the issue in question from a different angle. The question should be considered on quite another plane. What we have seen above and what the Spanish Government has put forward are arguments concerned with the juridical concept of corporation in the

Pour dénier aux actionnaires de la Barcelona Traction le droit de bénéficier d'une protection diplomatique, dont l'exercice serait réservé à l'Etat national de la société, c'est-à-dire au Canada, le Gouvernement espagnol se fonde précisément sur la théorie susdite de la personnalité morale de la société, considérée comme distincte de la personnalité de ses membres.

Le Gouvernement belge invoque au contraire une théorie fondamentale concernant la personnalité morale. Il s'appuie sur la thèse de la fiction, qui consiste à nier l'existence réelle de la personne morale, en réduisant celle-ci à une simple juxtaposition des membres qui la composent et en n'y voyant autre chose qu'une technique juridique grâce à laquelle un groupement de particuliers peut devenir propriétaire ou effectuer des transactions.

Pour étayer sa thèse, le Gouvernement belge a recouru maintes fois à une image, celle de la « levée du voile » de la personnalité morale. Mais en soi, cette formule signifie seulement que les actionnaires doivent être protégés par l'Etat dont ils ont la nationalité, sans que l'on ait à tenir compte de la personnalité morale de la société de capitaux. C'est donc une simple pétition de principe.

Partant de la théorie de la fiction, le Gouvernement belge maintient qu'une société de capitaux n'a d'existence réelle que dans ses actionnaires; par suite l'objet à protéger n'est pas seulement la société Barcelona Traction, mais aussi ses actionnaires qui sont ressortissants belges.

Le Gouvernement espagnol s'oppose à la protection des actionnaires en se fondant, on l'a vu, sur le rôle qu'il convient d'attribuer à la personnalité morale de la société de capitaux.

En soi, la thèse du Gouvernement espagnol n'est pas fautive. Comme nous l'avons vu, dans ce type de société, la personnalité juridique joue un rôle maximum, celui des actionnaires étant, lui, réduit au minimum. Les actionnaires ne peuvent jamais entrer en contact avec une tierce personne à travers le rideau de la personnalité morale, trop épais, semble-t-il, pour être franchi. Il apparaît que la protection diplomatique ne peut pas atteindre les actionnaires et la thèse espagnole sur ce point paraît donc bien fondée.

Bref, les Gouvernements de la Belgique et de l'Espagne se fondent tous deux sur une théorie de la personnalité morale, l'un sur la théorie de la fiction, l'autre sur la théorie réaliste, consistant, la première à minimiser, la seconde à mettre en relief, l'importance pratique de la personnalité morale.

* * *

Il nous faut toutefois aborder la question sous un angle différent. Elle se pose en effet sur un tout autre plan. Les considérations qui précèdent et les arguments invoqués par le Gouvernement espagnol ont trait au concept juridique de société en droit interne, en droit privé et plus

meaning of municipal law, private law and particularly commercial law, and they deal with this concept only.

Law relating to corporations is concerned with matters of private law, namely private interests, relationships between corporation, shareholders and third parties. Company law in respect of incorporation, formation, *ultra vires*, capital, its increase and reduction, organs, the rights and duties of shareholders (particularly limited liability), the transfer of shares, accounts, the issuing of bonds, dissolution, liquidation, etc., is above all related to internal matters of corporations, or business transactions with outsiders and belongs to the plane of municipal law. The principles prevailing in these matters are directed, on the one hand, to the protection of third parties, namely the creditors of a company, and on the other hand, to the protection of the shareholders in the company itself. These principles are not in themselves connected in any way with international law. The protection of shareholders is intended to be guaranteed in corporation law mainly by provisions concerning the limited liability of shareholders, the maintenance of enterprises, the principle of publicity, liability of corporate organs, etc.; it belongs to an entirely different plane of law the prevailing principle of which is quite extraneous to that of diplomatic protection.

The Spanish concept of the impenetrability of a company's wall of juridical personality is based on a principle of private law, and therefore it cannot be applied to the question of diplomatic protection of shareholders.

Since the matter of diplomatic protection of shareholders belongs to an entirely different plane, namely to the field of international law, the juridical personality created from the necessity of the viewpoint of private law or commercial law cannot be recognized as an obstacle for the protection of shareholders on the plane of international law.

For this reason the fact that a corporation has juridical personality under the law of a State does not necessarily justify diplomatic protection by that State only.

This conclusion is based on recognition of the relativity of the validity of each legal principle and concept.

Every branch of law, for example, private law, procedural law, administrative law, fiscal law, private international law, law concerning enemy character in wartime, etc., has its own purpose and accordingly, the sphere which it governs is necessarily limited. Certain legal principles and concepts may have a relative validity in the specific sphere to which they belong. Each legal system or institution has its own objective; to attain this objective, a system of norms, i.e., principles, rules and provisions, is developed. The system is teleologically constructed. The meaning of the norms and concepts included in it will be relative to the objective of the system itself and limited by it, although the existence of

spécialement en droit commercial, et se rapportent uniquement à ce concept.

Le droit des sociétés s'occupe de questions de droit privé, à savoir d'intérêts privés et des relations entre une société, ses actionnaires et les tiers. Le droit des sociétés anonymes, qui porte sur des questions comme la constitution des sociétés, les actes non conformes aux statuts, le capital social et son augmentation ou sa réduction, les organes de la société, les droits et devoirs des actionnaires (et notamment le caractère limité de leur responsabilité), la transmission des actions, la comptabilité, les émissions d'obligations, la dissolution, la liquidation, etc., concerne essentiellement l'organisation interne des sociétés et leurs opérations commerciales avec des tiers, et relève de l'ordre juridique interne. Les principes qui régissent ces questions visent, d'une part, la protection des tiers — les créanciers d'une société — et d'autre part, la protection des actionnaires au sein de la société elle-même. En soi, ces principes ne sont liés en aucune façon au droit international. Dans le droit des sociétés, la protection des actionnaires est surtout garantie au moyen de dispositions concernant la responsabilité limitée des actionnaires, la gestion des entreprises, le principe de publicité, la responsabilité des organes de la société, etc.; cette protection se situe sur un plan juridique entièrement différent, dont le principe directeur est tout à fait étranger à celui de la protection diplomatique.

L'idée, défendue par le Gouvernement espagnol, suivant laquelle le rideau de la personnalité morale de la société serait impénétrable repose sur un principe de droit privé, et ne saurait donc s'appliquer à la question de la protection diplomatique des actionnaires.

Celle-ci se pose sur un plan tout à fait différent, celui du droit international, de sorte que la personnalité morale, créée pour répondre aux exigences du droit privé ou commercial, ne saurait constituer un obstacle à la protection des actionnaires en droit international.

Pour cette raison, le fait qu'une société a la personnalité morale en vertu du droit d'un Etat n'implique pas que la protection diplomatique ne peut être exercée que par cet Etat.

Cette conclusion repose sur la reconnaissance de ce que chaque principe et concept juridique a une validité relative.

Chaque branche du droit — le droit privé, la procédure, le droit administratif, le droit fiscal, le droit international privé, le droit sur les biens à caractère ennemi en temps de guerre, etc. — a ses propres fins et le domaine qu'elle régit est donc forcément limité. Certains principes et concepts juridiques sont valables seulement dans le domaine spécifique dont ils relèvent. Chaque système ou institution juridique a son propre objectif; pour atteindre cet objectif, un ensemble normatif de principes, règles et dispositions est élaboré. Cet ensemble constitue un édifice téléologique. Les normes et concepts qu'il fait intervenir n'ont de signification qu'en fonction de l'objectif du système lui-même et sont limités

common principles and concepts underlying diverse systems cannot be denied. To give an example: we cannot help recognizing the difference between the legal position of seller and purchaser and that of parties each playing a specific role with regard to a bill of exchange, although both cases belong to the law of obligations. We may cite another example, namely the difference between the legal relationship governing a company and its shareholders and that involved in an ordinary commercial transaction.

What we want to emphasize is that each branch of law, each system and institution, each provision belonging to it, possesses a specific character from the viewpoint of its objective and is susceptible of or requires a different interpretation. This phenomenon is what a distinguished commercialist, Rudolf Müller-Erzbach more than 55 years ago ingeniously pointed out in an article ("Relativität der Rechtsbegriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Bd. 61, 1912, ss. 343-384).

On the matters we are interested in, a concept such as nationality, which is concerned with both municipal and international law, may have a different content according to the objective of each branch of law and its interpretation and application may be relative. Even if the nationality of an individual is established by municipal law, it may not necessarily have validity in international law. It is possible that one may not be entitled to diplomatic protection from one's national State by reason of lack of effectiveness, as the *Nottebohm* case indicates (*I.C.J. Reports 1955*, p. 23). The fact that the effectiveness is questioned, implies that the concept of nationality may vary in meaning according to whether it is interpreted by municipal law or by international law.

The viewpoint mentioned above may be stressed further with regard to the question of the nationality of a corporation in relation to its juridical personality. To begin with, the concept of nationality as applied to a physical person differs from that applied to a juridical person. In regard to the latter, the relationship of allegiance originating from the natural tie between physical persons and their national State may be lacking. Furthermore, the meaning implied in the nationality of corporations may not be identical according to different branches of law, for example, law concerning the treatment of foreign corporations, conflict of laws, diplomatic protection of nationals, law on enemy character, etc. (Prof. Paul Reuter, *Droit international public*, 1958, pp. 164, 165.)

Hypothetically, a corporation obtains juridical personality by being incorporated in a State under the law of that State and acquires the nationality of that State, but the corporation may possess a foreign

par ce système, encore qu'on ne puisse nier l'existence, à la base de ces divers systèmes, de principes et de concepts communs. Qu'on nous permette de citer un exemple: on ne saurait nier qu'il y ait une différence entre la situation juridique du vendeur et de l'acheteur et celle des parties à une transaction ayant pour objet un effet de commerce, bien que les deux situations relèvent du droit des obligations. Une autre illustration est fournie par la différence entre les rapports juridiques d'une société avec ses actionnaires et les rapports juridiques qui interviennent dans une opération commerciale ordinaire.

Ce que nous voulons faire ressortir, c'est que chaque branche du droit, chaque système et institution, et chaque disposition s'y rapportant a un caractère *sui generis* défini par ses objectifs et admet ou appelle une interprétation différente. Ce phénomène a été très bien vu par un éminent spécialiste du droit commercial, Rudolf Müller-Erzbach, dans un article écrit il y a plus de cinquante-cinq ans (« Relativität der Rechtsbegriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes », *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, vol. 61, 1912, p. 343-384).

Pour ce qui est des questions qui nous intéressent, une notion comme celle de la nationalité, qui touche à la fois au droit interne et au droit international, peut avoir un contenu différent selon l'objectif de chacun de ces droits, et son interprétation et son application peuvent être relatives. Même si la nationalité d'un particulier est établie en droit interne, elle n'est pas forcément valable en droit international. Il arrive qu'on ne puisse pas bénéficier de la protection diplomatique de son Etat national, faute de rattachement effectif avec cet Etat, ainsi qu'il ressort de l'affaire *Nottebohm (deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 23)*. Contester le caractère effectif du lien de nationalité c'est reconnaître implicitement que le concept de nationalité peut avoir une signification différente selon que l'on se place au regard du droit interne ou à celui du droit international.

Ce qui précède vaut à plus forte raison à propos de la nationalité d'une société, considérée comme un corollaire de sa personnalité juridique. Le concept même de nationalité n'est pas identique selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. Dans ce dernier cas, la relation d'allégeance qui tire son origine du lien naturel entre les personnes physiques et leur Etat national peut faire défaut. De plus, la signification attribuée à la nationalité des sociétés n'est pas nécessairement identique dans les différents domaines du droit, selon qu'il s'agit, par exemple, du traitement des sociétés étrangères, du droit international privé, de la protection diplomatique des nationaux, du droit sur les biens à caractère ennemi, etc. (Professeur Paul Reuter, *Droit international public*, 1958, p. 164-165.)

Une société qui, par hypothèse, acquiert la personnalité morale par le fait de sa constitution dans un Etat conformément au droit de cet Etat, en acquiert également la nationalité, mais elle peut présenter à d'autres

character in other respects: preponderance of foreign participation in the capital stock, nationality of members of boards of directors, place of control, place of business activities, etc. In such cases it may become controversial whether the national State of the corporation can claim diplomatic protection on its behalf solely because the corporation has its nationality; in any event, the national State of the corporation, even if it is entitled to diplomatic protection, may hesitate to exercise its right.

It is not without reason that Rabel renounced his attempt to seek a uniform content for the concept of nationality of corporations and declared that each rule should be interpreted separately (Ernst Rabel, *The Conflict of Laws*, 1947, Vol. II, p. 21).

* * *

We may quote an example for the purpose of demonstrating the non-application of a rule of municipal law to a matter of international law.

The so-called principle of equal treatment of shareholders, we believe, is considered one of the most fundamental principles governing the law of corporations. According to this principle, all shares in a corporation—or, if several categories of shares exist, all shares in the same category—are, from the viewpoint of the rights and duties incorporated in them, equal (with the exception of quantitative differences proportionate to the degree of participation), and therefore shareholders are to be treated equally. This principle is perhaps derived from the fact of anonymity or lack of individuality where the position of shareholders is concerned, in contrast with that of partners; the idea may go back to canon law and, further, to the Aristotelian notion of *justitia distributiva*.

The principle of equal treatment of shareholders, however important it may be, nevertheless has its limitation. The limitation may come from municipal law, but in any case it comes from outside commercial law. It may take the form of a restriction of the rights of foreign shareholders in public law. Or it may be based on international law where the latter recognizes the protection of shareholders in a foreign company who are nationals of the protecting State. Unequal treatment arising as the result of a discretionary exercise of diplomatic protection cannot be avoided when there are shareholders of different nationalities. A situation wherein some of the shareholders enjoy effective protection and the rest do not is inevitable. Whether such situation is desirable or not is a different matter.

What we meant above is that a principle such as equal treatment of shareholders, being of municipal law character, is not *ipso jure* applicable to matters belonging to the plane of international law, including matters concerning diplomatic protection of shareholders. The shareholders who have been excluded from diplomatic protection cannot protest against

égards un caractère étranger : prépondérance de la participation étrangère dans le capital social, nationalité des membres du conseil d'administration, lieu d'où s'exerce le contrôle, lieu des activités commerciales, etc. Lorsqu'il en est ainsi, on peut discuter du point de savoir si l'Etat national de la société a le droit d'exercer une protection diplomatique en faveur de la société pour le seul motif que celle-ci possède sa nationalité; tout au moins, même s'il a un droit de protection diplomatique, l'Etat national de la société peut hésiter à l'exercer.

Ce n'est pas sans raison que Rabel a renoncé à l'espoir de trouver un contenu uniforme au concept de la nationalité des sociétés et a déclaré que chaque règle devait être interprétée séparément (Ernst Rabel, *The Conflict of Laws*, 1947, vol. II, p. 21).

* * *

Qu'il nous soit permis de citer un exemple en vue de démontrer l'inapplicabilité d'une règle de droit interne sur le plan du droit international.

Le principe dit de l'égalité des actionnaires est tenu, pensons-nous, pour l'un des principes fondamentaux régissant le droit des sociétés. Selon ce principe, il y a égalité entre toutes les actions d'une société — ou, s'il existe plusieurs catégories d'actions, entre toutes les actions de la même catégorie — du point de vue des droits et devoirs qu'elles représentent (sauf à admettre des différences quantitatives proportionnelles à l'importance des participations) et, en conséquence, les actionnaires ont droit à un traitement égal. Ce principe dérive peut-être de l'anonymat ou du manque d'individualité qui caractérisent le statut d'actionnaire, par opposition à celui d'associé; l'idée remonte sans doute au droit canon et, encore plus loin, à la notion aristotélicienne de justice distributive.

Quoi qu'il en soit, le principe de l'égalité des actionnaires — malgré son importance — a ses limites. Celles-ci peuvent tenir au droit interne; elles sont en tout cas extérieures au droit commercial. Il peut s'agir par exemple d'une restriction de droit public imposée aux droits des actionnaires étrangers. Ou encore, ces limites peuvent être fondées sur le droit international, lorsque celui-ci admet la protection d'actionnaires d'une société étrangère qui sont ressortissants de l'Etat protecteur. L'exercice d'un droit discrétionnaire de protection diplomatique a pour corollaire inévitable l'inégalité de traitement des actionnaires quand ces derniers sont de différentes nationalités. En pareil cas, on ne peut éviter que certains actionnaires seulement (et non pas tous) bénéficient d'une protection efficace. Qu'une telle situation soit souhaitable ou non, c'est là une autre question.

Ce que nous voulons dire, c'est qu'un principe comme celui de l'égalité des actionnaires, étant de droit interne, n'est pas applicable *ipso jure* aux questions qui se posent en droit international, parmi lesquelles figure la protection diplomatique des actionnaires. Si certains actionnaires bénéficient de la protection diplomatique de leur Etat national, les autres

diplomatic protection of other shareholders by their respective national States by referring to the principle of equal treatment of shareholders, which is valid only in municipal law and not in the matter of international law to which the rule of diplomatic protection belongs.

What has been said concerning the principle of the equality of shareholders can be applied *mutatis mutandis* to the question of the juridical personality of a corporation. Juridical personality is, as stated above, conferred on a corporation primarily for the purposes of maintaining the enterprise, owning property, concluding transactions with outsiders and limiting or denying the liability of shareholders in regard to creditors of the company. Accordingly, juridical personality possesses meaning only as a legal technique to serve and guarantee the corporate existence in respect of private and commercial law. Its validity is relative and therefore limited.

The Spanish Government conceives the juridical personality of a corporation as an impenetrable wall lying between corporation and shareholders as far as diplomatic protection is concerned, so that it can prevent protection of the shareholders and monopolize it in favour of the corporation itself. In other words, the framework of juridical personality should involve in itself the susceptibility of diplomatic protection of the company and at the same time the exclusion of shareholders from the protection. The question of diplomatic protection could not be distinguished from the conclusion of ordinary transactions, where the corporation itself was represented and the shareholders excluded.

Such a construction, however, would fall into the error of conceiving the juridical personality of a corporation as an aim in itself, whereas it is nothing but a means in the interest of its constituent members.

Professor (at that time Judge) Charles De Visscher said:

“L'intérêt de l'individu, l'intérêt de l'homme est toujours le but du droit et sa fin suprême. Il en est ainsi alors même que la poursuite de cet intérêt s'effectue sous le couvert du régime de la personnalité civile.” (“De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée”: *Revue de droit international et de législation comparée*, Vol. 61, 1934, p. 639.)

* * *

By what is set forth above, we have tried negatively to remove an important obstacle to the recognition of diplomatic protection in favour of shareholders. Next, we shall demonstrate positively the necessity and *raison d'être* of protection of shareholders and establish the reason why the shareholders should be protected independently of the company to which they belong.

We shall solve the question of whether the shareholders' rights and interests are included in the subject-matter of diplomatic protection

ne peuvent protester contre l'exercice de cette protection en invoquant le principe de l'égalité des actionnaires, lequel n'a de validité qu'en droit interne et non dans le domaine du droit international dont relève la règle de la protection diplomatique.

Ce qui a été dit concernant le principe de l'égalité des actionnaires est applicable *mutatis mutandis* à la question de la personnalité morale d'une société. La personnalité morale est conférée à une société essentiellement aux fins de la gestion de l'entreprise, de la propriété de ses biens, de ses transactions avec les tiers et de la limitation ou de l'exclusion de la responsabilité des actionnaires à l'égard des créanciers sociaux. En conséquence, la personnalité juridique n'a de signification qu'en tant que technique juridique destinée à assurer et à garantir l'existence de la société sur le plan du droit privé et commercial. La validité de cette notion est relative et par conséquent limitée.

Le Gouvernement espagnol conçoit la personnalité morale d'une société comme un rideau impénétrable tendu entre la société et les actionnaires en ce qui concerne la protection diplomatique, rideau qui peut empêcher la protection des actionnaires et la monopoliser au profit de la société elle-même. Autrement dit, le cadre de la personnalité morale impliquerait en soi la possibilité d'accorder une protection diplomatique à la société et exclurait en même temps les actionnaires du bénéfice de cette protection. L'exercice de la protection diplomatique ne se distinguerait pas des transactions ordinaires, dans lesquelles la société elle-même est représentée et dont les actionnaires sont exclus.

Or, une telle interprétation est entachée d'erreur car elle voit dans la personnalité morale d'une société une fin en soi, alors que ce n'est qu'un moyen destiné à servir l'intérêt des membres qui la composent.

Comme l'a dit le professeur Charles De Visscher (qui était alors juge):

« L'intérêt de l'individu, l'intérêt de l'homme est toujours le but du droit et sa fin suprême. Il en est ainsi alors même que la poursuite de cet intérêt s'effectue sous le couvert du régime de la personnalité civile. » (« De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 61, 1934, p. 639.)

* * *

Le raisonnement qui précède avait un objet négatif: éliminer un obstacle important à la reconnaissance de la protection diplomatique en faveur des actionnaires. Nous allons maintenant démontrer de façon positive la nécessité et la raison d'être de la protection des actionnaires et dégager la cause pour laquelle les actionnaires doivent être protégés indépendamment de la société dont ils font partie.

Nous avons à résoudre la question de savoir si les droits et intérêts des actionnaires sont compris dans l'objet de la protection diplomatique en

according to the universally recognized customary rule of international law, the existence of which does not admit of any doubt; we are confronted with the interpretation of this customary rule of international law, i.e., whether diplomatic protection covers the position, namely rights and interests, of shareholders in a corporation or not.

Roughly speaking, international law places no qualification on "property", "rights" and "interests", and consequently it seems that the position of shareholders can be recognized as involving property, rights or interests, and is able to be covered by diplomatic protection. Before we reach a definite conclusion, however, we must examine the nature of the shareholders' legal position and their rights and interests, because some aspects of the legal position of shareholders have appeared to be an obstacle to the recognition of its diplomatic protection and, therefore, much discussion has taken place between both Parties concerning this issue.

Let us examine what are usually indicated as shareholders' rights in books on corporation law of many countries: the right to dividends, the right to surplus assets in case of liquidation, the right to vote in general meetings, the right of minority shareholders to sue for the liability of directors, the right to transfer shares, the right to request certificates, etc.

Examining these so-called shareholders' rights we can distinguish two categories of rights: the one includes those rights which are enjoyed by shareholders themselves, namely the right to dividends, the right to surplus assets and the right to transfer shares; and the other includes the right of voting and all those rights the aim of which constitutes the common interest of the corporation itself and not the individual interest of the shareholders. Some German scholars of corporation law call the rights in the first category *eigennützige Rechte* (rights for self-interest) and the rights in the second category *gemeinnützige Rechte* (rights for common purpose). The latter category constitutes rights of shareholders *sensu lato*; however they are not exercised by them as shareholders but as an organ composing the general meeting, and therefore this kind of right cannot be classified in a category of rights of shareholders in *sensu stricto*. Of course a preponderant shareholding in the general meeting would confer on the shareholder right of control, but this so-called right cannot be said to be a "right" in the proper sense, but mere "interest".

As to the rights of shareholders to request dividends or surplus assets, we cannot deny them the nature of a right *sensu stricto*; nor do we hesitate to classify shares in the categories of "property", "rights" or "interests" which may be covered by diplomatic protection.

This conclusion, we consider, cannot be denied on the ground that the realization of the right to dividends or surplus assets presupposes the

vertu de la règle coutumière universellement admise du droit international, dont l'existence elle-même ne fait aucun doute; il s'agit donc d'interpréter cette règle de droit international coutumier en vue de déterminer si la protection diplomatique s'applique ou non à la situation, c'est-à-dire aux droits et intérêts, des actionnaires d'une société.

D'une façon générale, on peut dire que le droit international n'assortit les « biens », « droits » et « intérêts » d'aucune qualification particulière; il semble par conséquent que la situation des actionnaires puisse être reconnue comme mettant en jeu des biens, droits ou intérêts, et qu'elle soit susceptible de faire l'objet d'une protection diplomatique. Toutefois, avant de tirer une conclusion définitive, il nous faut examiner la nature de la situation juridique des actionnaires, ainsi que de leurs droits et intérêts, car certains aspects de cette situation juridique sont apparus comme faisant obstacle à ce que l'on admette sa protection diplomatique, ce qui a donné lieu à de nombreuses controverses entre les Parties.

Examinons ce que, dans de nombreux pays, les traités de droit des sociétés considèrent généralement comme étant les droits des actionnaires: le droit aux dividendes, le droit au reliquat d'actif en cas de liquidation, le droit de vote aux assemblées générales, le droit des actionnaires minoritaires d'intenter une action en justice dans la mesure où la responsabilité des administrateurs est en cause, le droit de cession des actions, le droit d'exiger la délivrance des titres, etc.

En considérant ces « droits » des actionnaires, nous constatons qu'ils se divisent en deux catégories: d'une part, les droits dont jouissent les actionnaires eux-mêmes, à savoir le droit aux dividendes, le droit au reliquat d'actif et le droit de céder les actions et, d'autre part, les droits qui ont pour objet l'intérêt commun de la société elle-même et non l'intérêt particulier des actionnaires, le droit de vote par exemple. Certains spécialistes allemands du droit des sociétés appellent les droits de la première catégorie *eigennützige Rechte* (droits dans l'intérêt propre) et les droits de la seconde catégorie *gemeinnützige Rechte* (droits dans l'intérêt commun). Ces derniers constituent les droits des actionnaires *lato sensu*; leurs titulaires ne les exercent cependant pas en qualité d'actionnaires mais en tant qu'éléments constitutifs de l'assemblée générale; par conséquent, ces droits ne peuvent pas être classés dans la catégorie des droits des actionnaires *stricto sensu*. Bien sûr, le fait de détenir une part prépondérante du capital social aux assemblées générales conférerait à l'actionnaire le droit de contrôle, mais on ne peut dire qu'il s'agisse là d'un « droit » au sens propre: c'est plutôt un simple « intérêt ».

Quant aux droits des actionnaires d'exiger les dividendes ou le reliquat d'actif, on ne peut leur dénier la qualification de droits *stricto sensu*, et nous n'hésitons pas à classer les actions dans les catégories de « biens », « droits » ou « intérêts » pouvant faire l'objet d'une protection diplomatique.

On ne saurait, à notre avis, réfuter cette conclusion en faisant valoir que le droit aux dividendes ou au reliquat d'actif ne peut se concrétiser

existence of profits or surplus assets on the balance sheet, and is therefore conditioned by the future financial circumstances of the company. It is true that the position of shareholders is, in this respect, more uncertain than the position of creditors and bondholders, but a conditional right cannot be excluded from diplomatic protection simply because it involves uncertainty; nor can the fact that shareholders do not possess any right as regards corporate property—its formal owner being the company itself—be used to deny diplomatic protection.

In short, whatever construction may be put on the rights of shareholders each constituent element of a share can be characterized as a "right" or "interest". Furthermore, we can conceive rights and interests as a whole, as a conglomeration of diverse rights, duties and interests. Perhaps we can consider them as *Mitgliedschaft* or *Mitgliedschaftsrecht*, which is nothing else but a kind of legal position possessed by a shareholder. That this legal position can be and will be considered an object of diplomatic protection, is easily understood by the fact that the legal position as a whole, being incorporated in the share certificate, becomes negotiable as a movable and quoted in stock-exchange operations.

In this context, we shall clarify the distinction between protection of shareholders from the viewpoint of the material content of shares and protection of shareholders as owners of the share certificates. What we are concerned with is only the former case in which alleged wrongful acts vis-à-vis the company are involved and consequently the intrinsic value of shares is affected, while in the latter case the question of protection is concerned with an owner or possessor of a particular share certificate as a *titre-valeur* as in the case of *rei vindicatio*, where a share certificate has been stolen or damaged; the latter case therefore, is not concerned with the protection of shareholders which is what we are dealing with here.

In sum, the legal position of shareholders can itself be considered to be the object of diplomatic protection by their national State. From the viewpoint of diplomatic protection it does not matter whether this position can be conceived as "property", "a right" or "interests". Even if it cannot be recognized as property or a right, it constitutes "interest".

The share can be said to be a new type of property which is a product of modern capitalism; although, unlike copyright, patents and trademarks, it has its origin in municipal law, it has acquired a highly international character owing to its anonymity and transferability. There is no other movable property comparable with the share which is furnished with the highest degree of negotiability through the mechanism of international exchange markets.

que si des bénéfices ou des excédents apparaissent au bilan; il dépend donc de la situation financière future de la société. Assurément, la position des actionnaires est à cet égard plus incertaine que celle des créanciers et des obligataires mais on ne peut pas, sous prétexte qu'il implique une incertitude, exclure un droit éventuel du bénéfice de la protection diplomatique; le fait que les actionnaires n'ont aucun droit sur les biens sociaux — leur propriétaire légal étant la société elle-même — n'est pas non plus une raison suffisante de leur refuser le bénéfice de la protection diplomatique.

En bref, de quelque façon qu'on interprète les droits des actionnaires, chaque élément constitutif, c'est-à-dire chaque action, peut être défini comme un « droit » ou un « intérêt ». De plus, nous pouvons concevoir ces droits et intérêts comme un tout, comme un faisceau de droits, devoirs et intérêts divers, en y voyant, par exemple, une *Mitgliedschaft* ou un *Mitgliedschaftsrecht*, ce qui n'est rien d'autre qu'une certaine situation juridique propre à l'actionnaire. Que cette situation juridique puisse être et soit considérée comme l'objet d'une protection diplomatique, c'est là chose facile à comprendre si l'on se rappelle qu'incorporée dans le titre d'action, l'ensemble de cette situation devient négociable en tant que valeur mobilière cotée dans les transactions boursières.

Dans ce contexte, nous établirons une distinction entre la protection des actionnaires du point de vue du contenu réel des actions et la protection des actionnaires en leur qualité de propriétaires des titres d'actions. Ce qui nous intéresse, c'est seulement le premier cas où, la société ayant fait l'objet d'actes qualifiés de lésions, la valeur intrinsèque des actions est affectée — alors que dans le second cas, il s'agit de la protection du propriétaire ou du possesseur d'un titre particulier considéré en tant que titre-valeur, par exemple s'il y a *rei vindicatio* lorsque le titre a été volé ou endommagé; ce dernier cas ne concerne donc pas la protection des actionnaires dont nous nous occupons ici.

En somme, la situation juridique des actionnaires peut être considérée comme constituant elle-même l'objet d'une protection diplomatique de la part de l'Etat national desdits actionnaires. Peu importe, du point de vue de la protection diplomatique, que cette situation soit conçue comme un « bien », un « droit » ou un « intérêt ». Même s'il n'est pas possible de l'assimiler à un bien ou à un droit, il est certain qu'elle constitue un « intérêt ».

On peut voir en l'action un type de bien nouveau qui est un produit du capitalisme moderne; encore que, contrairement au droit d'auteur, aux brevets et aux marques de fabrique, l'action ait son origine dans le droit interne, elle a acquis un caractère des plus international du fait qu'elle est anonyme et cessible. Aucun autre bien mobilier n'est comparable à l'action, qui est dotée du plus haut degré de négociabilité grâce au mécanisme des bourses internationales de valeurs.

Parallel with the development of international investment, the necessity of its protection becomes acute. It will be recognized that absence of a uniform law relative to companies and the highly imperfect state of private international law on this matter increasingly require diplomatic protection of shareholders in a way that supplements the measures provided by municipal law.

Briefly, we should approach the customary rule of diplomatic protection from a teleological angle, namely from the spirit and purpose of diplomatic protection, without being bound by municipal law and private law concepts, recognizing its relative validity according to different fields and institutions. The concept of juridical personality mainly governs private law relationships. It cannot be made an obstacle to diplomatic protection of shareholders. Concerning diplomatic protection, international law looks into the substance of matters instead of the legal form or technique; it pays more consideration to ascertaining where real interest exists, disregarding legal concepts. International law in this respect is realistic and therefore flexible.

Judge Wellington Koo in his separate opinion appended to the 1964 Judgment concerning the third preliminary objection in the present case says:

“International law, being primarily based upon the general principles of law and justice, is unfettered by technicalities and formalistic considerations which are often given importance in municipal law . . . It is the reality which counts more than the appearance. It is the equitable interest which matters rather than the legal interest. In other words it is the substance which carried weight on the international plane rather than the form.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, pp. 62 and 63.)

* * *

Even if the existence of an interest (in a broad sense) in diplomatic protection is recognized, however, the State concerned would have the discretion to exercise the power of diplomatic protection on certain matters. Here, we must distinguish two questions: the one is whether diplomatic protection is, from the viewpoint of the nature of the object of protection, legally possible or not; the other is whether, in a specific case, intervention for the purpose of diplomatic protection by a State on behalf of its national, is appropriate or not. The former question is of a legal nature, to be distinguished from the latter which constitutes nothing else but the political evaluation of the fact from various aspects (above all, economic considerations). The two questions should not be confused.

A mesure que les investissements internationaux se développent, la nécessité d'assurer leur protection se fait sentir de façon aiguë. On admettra que l'absence d'un droit des sociétés uniforme et l'extrême imperfection du droit international privé en la matière rendent de plus en plus nécessaire une protection diplomatique des actionnaires qui vienne compléter les mesures prévues par le droit interne.

Il faut donc, en résumé, considérer la règle coutumière de la protection diplomatique d'un point de vue téléologique, c'est-à-dire du point de vue de l'esprit et du but de la protection diplomatique, sans nous en tenir à des concepts de droit interne et de droit privé, dont la validité peut être considérée comme relative puisqu'elle dépend des domaines et des institutions. La notion de personnalité morale régit surtout les rapports de droit privé. On ne saurait y voir un obstacle à la protection diplomatique des actionnaires. Pour ce qui est de la protection diplomatique, le droit international considère la substance des choses plutôt que les formes juridiques ou techniques; il accorde surtout de l'importance aux intérêts véritables, plutôt qu'aux concepts juridiques. A cet égard, le droit international est réaliste et, par conséquent, souple.

Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de 1964 et à propos de la troisième exception préliminaire soulevée dans la présente affaire, M. Wellington Koo s'exprime en ces termes:

« Le droit international, qui se fonde avant tout sur les principes généraux de droit et de justice, n'est pas lié par des considérations de pure technique et des considérations formalistes auxquelles le droit interne accorde souvent de l'importance ... La réalité compte plus que l'apparence. C'est l'intérêt au regard de l'*equity* qui importe et non l'intérêt au regard de la *law*. En d'autres termes, c'est le fond qui importe sur le plan international et non la forme. » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 62-63.)

* * *

Cependant, même si l'on admet qu'un intérêt (au sens large) à la protection diplomatique existe, l'Etat a le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou de ne pas exercer cette protection dans certaines circonstances. Il faut ici distinguer entre deux questions: l'une est de savoir si la protection diplomatique est juridiquement possible ou non — du point de vue de la nature de l'objet protégé — l'autre consiste à déterminer si, dans un cas donné, l'intervention d'un Etat au nom d'un ressortissant, à des fins de protection diplomatique, est opportune ou non. Le premier problème est juridique et se distingue du second, qui n'est autre que celui d'une évaluation politique des faits dans tous leurs aspects (compte tenu essentiellement de considérations d'ordre économique). L'un ne doit pas être confondu avec l'autre.

These two questions arise from the existence of the two kinds of interest pertaining to the diplomatic protection of shareholders: one is the original interest of shareholders which requires the protection of their national State, the other is the interest which the national State of the shareholders possesses and which may become a deciding factor in the exercise of a discretionary power of intervention. These two interests must not be confused either.

In this respect, we shall consider the meaning of the percentage of participation of shareholders to be protected in the capital stock of a company. This matter has been repeatedly discussed between the Parties in the present case relative to the preponderance of percentage of Sidro's participation in the capital stock of Barcelona Traction. It has been claimed that this preponderance constitutes an essential condition for the existence or exercise of the right of diplomatic protection of shareholders. But we consider that the preponderance of percentage does not appear to constitute a condition of diplomatic protection. It seems that the percentage itself possesses no relevance to the legal possibility of diplomatic protection. Even the holding of one share would justify—theoretically—the right of diplomatic protection. Whether this right will be exercised or not, is a matter belonging to the discretion of the national State. What is essential is the existence of an interest worthy of protection by the shareholders' national State. In this sense the total value of the shares to be protected should be considered objectively without regard to the percentage which it occupies in the total capital stock. A holding of 25 per cent. in a big company may be sufficient for the exercise of diplomatic protection; contrariwise, a 99 per cent. holding in an insignificant company may be excluded from the consideration of diplomatic protection. Of course other factors may come into consideration. This is a matter of political expediency, belonging to the discretion of the protecting State, which presupposes the possibility of protection, and not a matter of law which is concerned with the legal possibility of protection.

We presume that the discussion concerning the percentage of the participation of Sidro in the capital stock of Barcelona Traction is motivated by the idea of protection of the Barcelona Traction Company itself, on which viewpoint the Belgian Application of 1958 stood. Controversy around the percentage of participation, so far as the third preliminary objection is concerned, may be understood as a residuum of the viewpoint of protection of the company represented by the initial Application; therefore, it seems that it is not relevant to the question with which we are dealing now.

The question of whether a State is entitled to exercise a right of diplomatic protection of a foreign corporation is entirely another matter. It seems that it must be decided in the negative sense, by reason of the fact that the corporation itself does not possess the nationality of the protecting State. However, some State practice recognizes the protection of a foreign corporation, if substantial interest in the corporation

Ces deux problèmes tiennent à l'existence de deux sortes d'intérêts en matière de protection diplomatique des actionnaires: l'intérêt originaire des actionnaires qui nécessite leur protection par l'Etat dont ils sont ressortissants, et celui de l'Etat des actionnaires qui peut devenir un facteur déterminant dans l'exercice d'un pouvoir d'intervention discrétionnaire. Là encore il faut se garder de confondre ces deux intérêts.

Examinons sous cet angle la portée qu'il convient d'attribuer au pourcentage de participation des actionnaires à protéger dans le capital social. Cet aspect de la question a fait l'objet d'échanges répétés entre les Parties, à propos de la participation prépondérante de la Sidro, en pourcentage, dans le capital de la Barcelona Traction. On a soutenu qu'une telle prépondérance constitue une condition essentielle de l'existence ou de l'exercice du droit de protection diplomatique des actionnaires. Nous ne croyons cependant pas qu'il en soit ainsi. Le pourcentage semble être en soi un élément dénué de pertinence du point de vue de la possibilité juridique d'une protection diplomatique. La possession d'une seule action justifierait en théorie l'existence d'un droit de protection. Que ce droit soit exercé ou non relève du pouvoir de décision discrétionnaire de l'Etat intéressé. L'essentiel est de savoir s'il existe un intérêt valant la peine d'être protégé par l'Etat des actionnaires. Dans cette perspective, la valeur totale des actions à protéger doit être considérée objectivement, sans égard au pourcentage de capital représenté par ces titres. Une participation de 25 pour cent dans une grosse société peut suffire à justifier l'exercice de la protection diplomatique; au contraire, un portefeuille de 99 pour cent des actions d'une affaire insignifiante peut ne pas être pris en considération. D'autres éléments peuvent, bien entendu, entrer en jeu. Il y a là un problème politique relevant du pouvoir discrétionnaire de l'Etat protecteur, et qui présuppose la possibilité d'une protection, et non pas une question de droit visant justement à déterminer si cette possibilité juridique existe.

Il nous paraît que le débat sur le pourcentage de la participation de la Sidro dans le capital de la Barcelona Traction se rattache à l'idée de protection de la société Barcelona Traction elle-même qui était à la base de la requête belge de 1958. La controverse relative à ce pourcentage, pour ce qui concerne la troisième exception préliminaire, peut s'interpréter comme une sorte de vestige de cette idée de protection de la société qui inspirait la requête initiale; elle paraît donc se situer en dehors du sujet qui nous occupe à présent.

La question de savoir si un Etat est fondé à exercer un droit de protection diplomatique en faveur d'une société étrangère est entièrement différente. Elle semble devoir être résolue par la négative, pour la raison que la société elle-même ne possède pas la nationalité de l'Etat qui exerce la protection. La pratique de certains Etats admet cependant la possibilité de protéger une société étrangère, si les ressortissants de l'Etat inter-

is owned by its nationals (see Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1915, p. 622). This is not the case which we are now considering. Here we are concerned with the issue of the protection of shareholders and not the company itself. But much progress has been made such that through protection of a foreign company the protection of shareholders is attained. It is quite natural that, so long as the standpoint of protection of a company itself is defended, the percentage of the participation of the protected shareholders does come into consideration. However, since we refuse to recognize an obstacle to diplomatic protection in the juridical personality of a company and attribute to shareholders an independent status which may be an object of diplomatic protection, the fact of Sidro's holding a certain fairly large percentage of the Barcelona Traction Company must be deemed to be one of the factors to be taken into consideration in exercising diplomatic protection but not one legally required as a condition for the right of protection.

* * *

It is true that the internationally wrongful acts allegedly committed by the Spanish administrative or judicial State organs, such as refusal of the transfer of foreign currency, the bankruptcy judgment of 12 February 1948, etc., are directed to the Barcelona Traction Company, which possesses Canadian nationality. Accordingly, the Spanish Government argues that only Canada, the national State of the company, is entitled to exercise its diplomatic protection. This argument is based on the municipal law concept of the corporation on which we made observations above and according to which only the corporate personality prevails regarding external matters. According to this concept, since only the company could be the victim of a wrongful act, the damage suffered by the shareholders should be indemnified through the company indirectly. In short, only the national State of the company would be entitled to exercise diplomatic protection and not the national State of the shareholders.

It is also true that the national State of a company is entitled to take measures of diplomatic protection on behalf of the company, assuming that the bond of nationality is effective, and that the national State is materially interested in the protection of the company. But there are many cases where the nationality of the company is not effective, where the bond between the national State of the company and the shareholders is lacking and, accordingly, the national State is not inclined to exercise the right of protection. There may exist another circumstance for the national State of the company, such as the fact that between this State and the State responsible for the wrongful acts a nexus of compulsory jurisdiction is lacking; or the former State, for some political or other reasons may not wish to pursue diplomatic protection against the latter

venant y possèdent un intérêt « substantiel » (voir Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1915, p. 622). Ce n'est pas le cas dans l'affaire que nous examinons à présent, qui se rapporte à la protection des actionnaires et non pas de la société elle-même. De tels progrès ont cependant été réalisés que, par la protection d'une société étrangère, on aboutit à protéger les actionnaires. Il est naturel que, tant que l'on se place du point de vue de la protection de la société même, le pourcentage de participation des actionnaires protégés soit pris en considération. Mais puisque nous refusons d'admettre que la personnalité morale de la société puisse faire obstacle à la protection diplomatique et que nous attribuons aux actionnaires un statut indépendant pouvant être l'objet d'une telle protection, le fait que la Sidro détient un certain pourcentage, assez élevé, du capital de la Barcelona Traction, doit être considéré comme l'un des facteurs à faire entrer en ligne de compte aux fins de l'exercice de la protection diplomatique mais non comme l'un de ceux qui sont juridiquement requis pour que le droit de protection existe.

* * *

Il est vrai que les actes internationalement illicites qu'auraient commis les organes administratifs ou judiciaires espagnols, tels que le refus d'autoriser les transferts de devises, le jugement de faillite du 12 février 1948, etc., sont des actes dirigés contre la société Barcelona Traction, laquelle est de nationalité canadienne. C'est pourquoi le Gouvernement espagnol soutient que seul le Canada, Etat national de la société, est habilité à exercer une protection diplomatique. L'argument s'inspire de la conception de la société de capitaux en droit interne, sur laquelle nous avons formulé des observations ci-dessus et suivant laquelle seule la personne morale compte dans les rapports avec les tiers. Selon cette conception, puisque seule la société peut être victime d'un acte illicite, le dommage subi par les actionnaires devrait donner lieu à indemnisation indirectement, par le truchement de la société. En somme, seul l'Etat national de la société serait habilité à exercer sa protection diplomatique et non l'Etat national des actionnaires.

Il est tout aussi vrai que l'Etat national d'une société est habilité à prendre des mesures de protection diplomatique en faveur de celle-ci, à condition que le lien de nationalité soit effectif, c'est-à-dire que l'Etat national ait réellement intérêt à protéger la société. Mais il y a de nombreux cas où la nationalité de la société n'est pas effective, où le lien entre l'Etat national de la société et les actionnaires fait défaut et où, par suite, l'Etat national de la société n'est guère enclin à exercer son droit de protection. Il se peut aussi que l'Etat national de la société se trouve placé dans des circonstances particulières: par exemple, quand cet Etat et l'Etat responsable des actes illicites ne sont pas liés par une clause de juridiction obligatoire; ou bien quand le premier Etat, pour des raisons politiques ou autres, ne tient pas à exercer sa protection diplomatique à

State; or diplomatic protection by the former State might not bring a satisfactory result, etc. Under these circumstances there remains no other remedy than that the national State of the shareholders should take the initiative for the purpose of the protection of its nationals. A vacuum with respect to protection should not be tolerated: otherwise shareholders would be left in an entirely helpless condition and the result would be injustice and inequity which would be harmful for the healthy development of international investment.

As one of the objections raised to the above-mentioned argument in favour of diplomatic protection of a national State of shareholders, we may point out the difficulty which would be produced by the cumulative existence or competitive concurrence of rights of several States concerning the same object of diplomatic protection. It follows that in the case of multinational composition of capital, more than one national State of shareholders might intervene on the condition that the jurisdictional basis exists, either by the way of intervention as provided for in Articles 62 and 63 of the Statute or by special agreement or application (Article 40 of the Statute). Each of those entitled to diplomatic protection would be able to exercise its right of protection according to its discretion without prejudicing the rights of protection of other States concerned.

Such competitive existence of rights of diplomatic protection of diverse States appears an extraordinary phenomenon, but we consider that the same kind of legal phenomenon can be found in contractual or delictual matters where the same contract or wrongful act gives rise to a claim for compensation by diverse persons concerned. In such a case, concurrent plural claims may serve a common purpose; if one of them were exercised and satisfied, the remaining rights would be extinguished, having attained their purpose.

Accordingly, in the present case, there does not exist any contradiction between, on the one hand, the right of diplomatic protection of the Barcelona Traction Company by its national State, namely Canada and, on the other hand, the right of diplomatic protection of its shareholders by their national State, namely Belgium. The existence of the former right does not exclude either the existence of the latter right or its exercise.

Since the two rights of diplomatic protection—that of Canada and that of Belgium—co-exist in parallel but independently, it is not a necessity for Belgium's right of diplomatic protection that Canada should finally waive its right of protection in regard to the Barcelona Traction Company. Such a fact is not relevant to the existence of the right of diplomatic protection of Belgium in favour of its shareholders.

We cannot deny the possibility of a cumulative existence of rights of diplomatic protection in the case of a company just as a natural person may have dual nationality. If a claim of one State is realized,

l'encontre du deuxième Etat, ou encore quand l'exercice de la protection diplomatique par le premier Etat risque de ne pas aboutir, etc. En de telles circonstances, il n'y a plus qu'un seul recours: c'est que l'Etat national des actionnaires prenne l'initiative de la protection de ses ressortissants. On ne doit pas tolérer une absence totale de protection, car les actionnaires se trouveraient alors sans aucun recours, ce qui serait une source d'injustice et d'inéquité et nuirait au développement satisfaisant des investissements internationaux.

Parmi les objections élevées à l'encontre de la thèse ci-dessus, qui tend à admettre l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat dont les actionnaires sont ressortissants, il y a lieu de signaler la difficulté tenant au fait que plusieurs Etats peuvent avoir simultanément ou concurrentement le droit d'exercer une protection diplomatique à l'égard du même objet. Ainsi, dans les cas où le capital d'une société est d'origine pluri-nationale, plus d'un Etat pourrait intervenir en faveur de ses ressortissants actionnaires — sous réserve que la relation juridictionnelle nécessaire existe — soit de la manière prévue aux articles 62 et 63 du Statut de la Cour, soit par voie de compromis ou de requête (art. 40 du Statut). Chacun des Etats habilités à exercer une protection diplomatique pourrait l'exercer à sa discrétion, sans préjudice des droits de protection d'autres Etats intéressés.

Cette pluralité de droits de protection diplomatique appartenant à plusieurs Etats apparaît comme un phénomène extraordinaire mais, à notre avis, c'est un phénomène juridique apparenté à celui que l'on retrouve en matière contractuelle ou délictuelle, où un même contrat ou un même acte illicite peut autoriser une action en réparation de la part de plusieurs personnes. En pareil cas, des actions multiples et simultanées peuvent avoir un même objet; si l'une est exercée avec succès, les autres s'éteignent, l'objet étant atteint.

En l'espèce, il n'existe donc aucune contradiction entre, d'une part, le droit de protection diplomatique en faveur de la société Barcelona Traction appartenant à l'Etat dont elle a la nationalité, c'est-à-dire le Canada, et, d'autre part, le droit de protection diplomatique en faveur des actionnaires de la société appartenant à l'Etat dont ces actionnaires ont la nationalité, c'est-à-dire la Belgique. L'existence du premier droit n'exclut ni l'existence ni l'exercice du second.

Comme ces deux droits de protection diplomatique — celui du Canada et celui de la Belgique — coexistent parallèlement mais indépendamment l'un de l'autre, il n'est nullement nécessaire, pour que le droit de la Belgique naisse, que le Canada renonce définitivement à son droit de protection en faveur de la société Barcelona Traction. Ce que fait le Canada à cet égard n'a aucun effet sur l'existence du droit de protection diplomatique de la Belgique à l'égard des actionnaires belges.

De même qu'une personne physique peut avoir la double nationalité, on ne saurait nier la possibilité d'une pluralité de droits de protection diplomatique dans le cas d'une société. Si la demande d'un des Etats

the claim of the other State will be extinguished to this extent by losing its object. Accordingly, the defendant State cannot be compelled to pay the damage twice over.

Of course, we recognize that the fear of complication which would be caused by plural or multiple interventions of several governments has some justification. But if we deny them, the legitimate interests of shareholders might be left without protection by their national States. These phenomena would represent some of the defects inherent in the present institution of diplomatic protection, which might be related to the non-acceptability of individuals to international tribunals. Practically complication and confusion might be avoided to a considerable degree by negotiations and "solutions inspired by goodwill and common sense ..." (*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 186) between the States concerned. Or it would be a task of international legislative policy to provide means to guarantee the protection of private investments and to find appropriate solutions in order to overcome the difficulties arising from the multiple intervention of several governments. We should not refuse the necessary remedies to protect legitimate shareholders by conjecturing extreme cases.

It is true that there is no rule of international law which allows two kinds of diplomatic protection to a company and its shareholders respectively, but there is no rule of international law either which prohibits double protection. It seems that a lacuna of law exists here; it must be filled by an interpretation which emanates from the spirit of the institution of diplomatic protection itself.

* * *

From what is stated above, we can conclude that whether Canada is entitled to diplomatic protection of the Barcelona Traction Company as its national State or whether the Canadian Government once wanted to intervene in the dispute but finally gave up the original intention, is not legally relevant to solve the question of the right of diplomatic protection of shareholders by their national State. This right exists independently of the right of the national State of the company. The history of the comparatively short-lived Canadian intervention (1948-1952 or 1955), however, would prove the *raison d'être* of the right of diplomatic protection of shareholders by their national State.

The above-mentioned protection of the shareholders themselves is based on the concept which characterizes relationships between the company and its members, namely the shareholders. Although an inde-

aboutit, la demande de l'autre Etat s'éteint, parce qu'elle perd son objet. Par conséquent, l'Etat défendeur ne peut pas être tenu de réparer deux fois le dommage.

Bien entendu, on est dans une certaine mesure justifié à craindre les complications qu'engendreraient des interventions multiples de la part de plusieurs gouvernements. Mais si nous refusons ces interventions, les intérêts légitimes d'actionnaires risquent de se trouver démunis de toute protection de la part des Etats dont ces actionnaires sont ressortissants. Il y a là un phénomène qui peut s'expliquer par certains défauts inhérents à l'institution de la protection diplomatique telle qu'elle existe actuellement, défauts liés peut-être à l'impossibilité pour les particuliers de saisir les tribunaux internationaux. Dans la pratique, on pourrait éviter beaucoup de complications et de confusion grâce à des négociations et à des « solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens ... » (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 186*) que mettraient au point les Etats intéressés. Ou bien il faudrait, dans le cadre d'une politique législative internationale, prévoir des moyens de garantir la protection des investissements privés et trouver des solutions permettant d'obvier aux difficultés liées à l'intervention multiple de plusieurs gouvernements. Mais nous ne devons pas interdire les recours indispensables à la protection des actionnaires de bonne foi en tirant argument de situations extrêmes.

Sans doute n'existe-t-il pas de règle de droit international qui autorise deux sortes de protection diplomatique, l'une en faveur d'une société et l'autre en faveur de ses actionnaires, mais il n'y en a pas non plus qui interdise la double protection. Le droit présentant ici, semble-t-il, une lacune, il faut la combler par le moyen d'une interprétation qui s'inspire de l'esprit de l'institution de la protection diplomatique elle-même.

* * *

Ce qui précède nous permet de conclure que le point de savoir si le Canada est habilité à exercer une protection diplomatique au profit de la société Barcelona Traction en sa qualité d'Etat national de la société, ou encore si le Gouvernement canadien a voulu à un moment donné intervenir dans le différend mais y a finalement renoncé, est juridiquement sans pertinence quand il s'agit de résoudre le problème du droit des actionnaires à la protection diplomatique de leur Etat national. Ce droit existe indépendamment du droit qui appartient à l'Etat national de la société. Du reste, l'histoire de l'intervention canadienne, qui fut relativement brève (1948-1952 ou 1955), mettrait en évidence la raison d'être du droit des actionnaires à la protection diplomatique de l'Etat dont ils sont ressortissants.

Cette protection des actionnaires eux-mêmes se justifie par la façon dont sont conçues les relations entre une société et ses membres, les actionnaires. Bien que la société soit dotée d'une personnalité morale

pendent juridical personality is conferred on a company, this personality does not present itself as an end, but simply as a means to achieve an economic purpose, namely a maximum degree of pecuniary interest by a limited sum of investment

A company in the sociological sense belongs to the category of the "Gesellschaft", and presents itself as a pure means to achieve the economic purpose of its members, namely the shareholders; the shareholders constitute the substance of its existence; they are the sovereign of the company like the citizens in a democratic State. Who require, in the material sense, diplomatic protection in the case of a company? No-one other than the shareholders in the company, although in some cases the company itself, may appear as a formal protégé on the scene, having its cause espoused by its national State. Therefore in a company, the shareholders, as being its real substance, and the subject of interests, must be considered as the object of diplomatic protection; not the company itself which has nothing but a fictive existence and can only play the role of a technique for the purpose of protection of the shareholders who are the real owners of the corporate property and enterprise.

From what has been said above, we can conclude that there exists between a company and its shareholders a relationship of community of destiny which has been repeatedly emphasized, particularly in the oral arguments by the Belgian Government, in order to justify its right of diplomatic protection on behalf of its shareholders in the present case. The alleged internationally wrongful acts, it is true, are directed against the company itself and not against the shareholders, but only in a formal sense; in reality both are inseparably connected to each other in such a way that prejudicial acts committed against a company necessarily produce an effect detrimental to its shareholders by reduction of the sum of dividends or surplus assets. In a company, we can recognize the existence of unity between company and shareholders in the sense that profit and loss are in the final instance attributed to the shareholders—of course under the condition that the liability of each shareholder is limited to the sum of shares which he has subscribed.

Therefore, the alleged internationally wrongful acts directed against a company can be conceived as directed against its shareholders themselves, because both can be considered, in substance, i.e., economically, identical.

Accordingly, one cannot deny to the national State of shareholders the right of diplomatic protection of its nationals on the ground that another State may possess or exercise the same right on behalf of the company itself. Consequently, in the present case, the recognition of the right of diplomatic protection of Canada, which is the national State of the Barcelona Traction Company, does not exclude the same right of Belgium, the national State of the shareholders of that company on their behalf; hence Belgium may be entitled to exercise its original

indépendante, cette personnalité se présente non pas comme une fin en soi, mais simplement comme un moyen d'atteindre un objectif économique, qui est de s'assurer par un investissement limité le rendement financier le plus élevé possible.

Au sens sociologique, une société entre dans la catégorie de la *Gesellschaft* et n'est rien d'autre que le moyen d'atteindre l'objectif économique visé par ses membres, c'est-à-dire par les actionnaires; ces derniers sont la substance de son existence; ils sont les souverains de la société exactement comme le sont les citoyens dans un Etat démocratique. Concrètement, qui, dans le cas de la société, a besoin de la protection diplomatique? Personne d'autre que les actionnaires, même si, dans certains cas, c'est la société elle-même qui apparaît formellement comme la protégée dont l'Etat national épouse la cause. Par suite ce que l'on doit considérer comme l'objet de la protection diplomatique, ce sont les actionnaires, qui sont la véritable substance de la société et les titulaires d'intérêts; ce n'est pas la société elle-même, qui n'a qu'une existence fictive et ne constitue qu'un moyen technique de protéger les actionnaires, lesquels sont les propriétaires réels et du patrimoine social et de l'entreprise.

De ce qui précède on peut déduire que la relation existant entre la société et ses actionnaires est celle d'une communauté de destin, et c'est là ce que le Gouvernement belge n'a cessé de faire valoir, en particulier dans ses plaidoiries, pour justifier en l'espèce son droit d'exercer une protection diplomatique au profit de ses nationaux actionnaires. Certes les actes internationalement illicites dont il est fait état sont des actes dirigés contre la société elle-même et non contre les actionnaires; mais cela n'est vrai qu'en un sens purement formel; en réalité, société et actionnaires sont indissolublement liés d'une manière telle que des actes dommageables commis contre la société portent nécessairement préjudice aux actionnaires en réduisant les dividendes ou le reliquat d'actif. L'union entre la société et ses actionnaires se manifeste en ceci: ce sont les actionnaires, en définitive, qui perçoivent les bénéfices et supportent les pertes, étant bien entendu que chacun d'eux n'est responsable qu'à concurrence du montant des actions qu'il a souscrites.

En conséquence, les actes internationalement illicites qui sont allégués, quoique dirigés contre une société, peuvent être considérés comme dirigés contre ses actionnaires eux-mêmes car, pour l'essentiel, c'est-à-dire du point de vue économique, on peut estimer qu'il y a identité entre la société et ses actionnaires.

Il est donc impossible de dénier à l'Etat national des actionnaires un droit de protection diplomatique en faveur de ses ressortissants pour le motif que l'autre Etat posséderait ou exercerait le même droit au profit de la société elle-même. C'est pourquoi, en la présente instance, le fait de reconnaître un droit de protection diplomatique au Canada, Etat national de la société Barcelona Traction, n'exclut pas le droit de protection de la Belgique, Etat national des actionnaires, en faveur de ceux-ci; la Belgique peut ainsi être fondée à exercer le droit originaire qui lui

right of protection of her shareholders independently of the protection of the company itself by Canada. Therefore, the Belgian Government cannot be regarded as substituting the Canadian claim to the protection of the company.

It might be said in passing that by this assertion we do not go so far as to maintain that the interest of the company coincides perfectly with the totality of the shareholders' interests. We must recognize that originally a company is no more than a means for its shareholders to achieve their lucrative purpose; but so long as the company continues as a going concern it would enjoy in some measure an independent existence free from the arbitrary decision of the shareholders. So long as a company exists for a considerable space of time and fulfils its corporate purpose it acquires an objective existence (the idea of so-called "Unternehmen an sich" of Walther Rathenau) which, owing to its important social role the shareholders would not dare dissolve arbitrarily, even if it were legally possible, by the prescribed majority vote. We know that many contemporary big and influential corporations are extending their activities to fields of an educational, scientific and philanthropic nature and are contributing to the solution of social and cultural problems for the welfare of humanity (A. A. Berle, *The 20th Century Capitalist Revolution*, 1954, pp. 164, 188). Accordingly, even in the case of a corporation created for the egoistic purposes of shareholders, there may exist a common interest of the company distinct from the individual interest of the shareholders, and therefore we cannot deny the possibility of conflict between these two interests.

However, the possibility of common interest does not preclude the fact that between the company and the shareholders a relationship of community normally exists and wrongful acts done to and damage inflicted on the former can be considered also as being directed against the latter.

We recognize that an adequate connection of cause and effect may exist between the wrongful acts done to the company and the damage inflicted on the shareholders, but we can explain this fact, as is mentioned above, by the existence of a community of destiny or a substantial economic identity between them.

* * *

From what has been stated above, we consider that we can demonstrate the *raison d'être* of the right of diplomatic protection by a State of its nationals who are shareholders in a company of a nationality other than that of the protecting State.

The Parties have argued by quoting international arbitral precedents, the practice of States and the writings of authoritative publicists to defend their standpoints. Although cases concerning the protection of shareholders exactly analogous to the present case cannot be found,

appartient de protéger ses ressortissants actionnaires, indépendamment de la protection que le Canada accorderait à la société. On ne peut donc pas considérer que le Gouvernement belge se substitue au Canada pour protéger la société.

Soit dit en passant, nous ne prétendons pas pour autant que l'intérêt de la société coïncide parfaitement avec la totalité des intérêts des actionnaires. Nous sommes obligés d'admettre qu'initialement la société n'est rien de plus qu'un moyen pour ses actionnaires d'atteindre leur objectif lucratif; mais, tant que la société est en activité, elle mène dans une certaine mesure une existence indépendante à l'abri de toute décision arbitraire des actionnaires. Dès lors qu'une société demeure en vie assez longtemps et remplit la fonction qu'elle s'est assignée, elle acquiert une existence objective (c'est l'idée de l'*Unternehmen an sich* de Walther Rathenau), à laquelle, du fait de l'importance de son rôle social, les actionnaires n'oseraient pas mettre arbitrairement fin, même si cela était juridiquement possible à la suite d'un vote à une majorité qualifiée. On sait qu'à l'heure actuelle bon nombre de grosses sociétés influentes étendent leurs activités aux domaines de l'enseignement, de la science, de la philanthropie, et contribuent ainsi à résoudre au profit de l'humanité tout entière les problèmes sociaux et culturels (cf. A. A. Berle, *The 20th Century Capitalist Revolution*, 1954, p. 164, 188). Par suite, même lorsqu'il s'agit d'une société de capitaux créée initialement aux fins égoïstes des actionnaires, la société a parfois un intérêt global distinct de l'intérêt individuel des actionnaires, et nous ne pouvons donc exclure la possibilité que ces deux intérêts entrent en conflit.

Pourtant, l'existence éventuelle de cet intérêt global n'empêche pas qu'il y ait normalement une relation de communauté d'intérêt entre la société et ses actionnaires, et l'on peut considérer que les actes illicites commis contre la société et qui lui causent un dommage sont également dirigés contre les actionnaires.

Nous pouvons admettre l'existence d'une relation suffisante de cause à effet entre les actes illicites commis contre la société et le dommage subi par les actionnaires, ce qui s'explique, comme nous l'avons dit plus haut, par l'existence d'une communauté de destin ou d'une quasi-identité sur le plan économique entre la société et ses actionnaires.

* * *

Les considérations qui précèdent nous semblent démontrer la raison d'être du droit qu'a un Etat d'accorder une protection diplomatique à ses ressortissants actionnaires d'une société ayant la nationalité d'un autre Etat.

Les Parties ont invoqué à l'appui de leurs thèses des précédents tirés de sentences arbitrales internationales, la pratique des Etats et les écrits de publicistes éminents. Encore qu'on ne trouve pas, en matière de protection des actionnaires, de cas exactement identiques à l'affaire qui

international practice and doctrine do not seem to deny the protection of shareholders by their national State to which the company itself does not belong.

The Spanish Government admits the protection of shareholders by their national State (1) where, following the general tendency of international practice and doctrine, the company possesses the nationality of the State responsible for the damage, and (2) where the foreign company has been dissolved or is practically defunct. In these cases there exists the circumstance that the protection of the shareholders by the national State of the company cannot be expected, either factually or legally. This is why in these cases the protection of shareholders directly by their national State is justified. The question is whether these two instances are to be considered as a manifestation of a more general principle in favour of the protection of shareholders or as an exception to the main principle which does not admit their protection.

The principle of customary international law concerning diplomatic protection by the State of its nationals, however general and vague it may be, does not prohibit the rights or the legal position of shareholders being included in "property, rights and interests" as an object of protection. This conclusion can be justified as a correct interpretation of customary international law concerning diplomatic protection, particularly taking into account the above-mentioned necessity of international investment in the past as well as in the future. The nature of the interest of shareholders is to be interpreted as a legitimate one worthy of protection by their national State.

Next, customary international law does not prohibit protection of shareholders by their national State even when the national State of the company possesses the right of protection in respect of the latter.

The Spanish Government denies the right of protection of shareholders by their national State. It admits diplomatic protection of shareholders only in the two above-mentioned exceptional cases. Protection of shareholders from this viewpoint is considered only as a substitute for the protection of the company itself which has become impracticable through the circumstances indicated above. From our viewpoint, the protection of the shareholders possesses a meaning independently of the protection of the company itself. Accordingly, it can exist regardless of circumstances which might make the exercise of the right of protection of a company and the intervention of its national government impossible or difficult. There does not appear to exist in international law any restriction to the effect that the protection of shareholders in a foreign company by their national State must be limited to the above-mentioned two cases. The national State of shareholders, in the present case Belgium, is entitled to protect them just as in the cases where a company possesses the nationality of the responsible State, or a company has been dissolved or is practically defunct.

In short, the contention of the Spanish Government is based on the

nous occupe, la pratique et la doctrine internationales ne semblent pas proscrire la protection des actionnaires par l'Etat dont ceux-ci — mais non la société elle-même — sont ressortissants.

Le Gouvernement espagnol admet la protection des actionnaires par leur Etat national: 1) lorsque la société possède la nationalité de l'Etat responsable du dommage causé, conformément à la tendance générale de la pratique et de la doctrine internationales, et 2) lorsque la société étrangère a été dissoute ou est pratiquement défunte. Dans ces deux cas, on se trouve devant une situation où il est impossible, en fait comme en droit, de compter que l'Etat national de la société protégera les actionnaires. C'est ce qui justifie qu'en pareil cas l'Etat national des actionnaires protège directement ceux-ci. La question se pose de savoir si ces deux exemples peuvent être considérés comme illustrant un principe général de protection des actionnaires, ou s'ils constituent des exceptions au principe de base, lequel n'admettrait pas cette protection.

Le principe de droit international coutumier concernant la protection diplomatique exercée par un Etat en faveur de ses ressortissants, si général et si vague soit-il, n'empêche pas d'inclure les droits ou la situation juridique des actionnaires parmi les « biens, droits et intérêts » faisant l'objet d'une protection. On peut justifier cette conclusion en y voyant une interprétation exacte du droit international coutumier en matière de protection diplomatique, surtout si l'on tient compte de la nécessité, rappelée plus haut, des investissements internationaux aussi bien dans le passé que pour l'avenir. On doit considérer que l'intérêt des actionnaires a la nature d'un intérêt légitime méritant d'être protégé par leur Etat national.

Par ailleurs, le droit international coutumier n'interdit pas la protection des actionnaires par leur Etat national même lorsque l'Etat national de la société possède le droit de protéger celle-ci.

Le Gouvernement espagnol nie que l'Etat national des actionnaires ait un droit de protection diplomatique en leur faveur. Il n'admet la protection diplomatique des actionnaires que dans les deux cas exceptionnels mentionnés plus haut. Dans cette conception, la protection des actionnaires est considérée uniquement comme un pis-aller, à défaut d'une protection de la société elle-même rendue impossible par les circonstances précitées. Dans la nôtre, la protection des actionnaires est une notion indépendante de la protection de la société elle-même. Par conséquent, elle peut exister en dehors de toute circonstance qui entraverait ou paralyserait l'exercice du droit de protection de la société et l'intervention de son gouvernement national. En droit international, aucune restriction ne semble limiter aux deux cas indiqués la protection des actionnaires d'une société étrangère par leur Etat national. L'Etat national des actionnaires — en l'occurrence la Belgique — a le droit de les protéger de la même façon que si la société possédait la nationalité de l'Etat responsable du préjudice ou que si la société avait été dissoute ou était pratiquement défunte.

Bref, la thèse du Gouvernement espagnol est fondée sur la notion de

municipal law concept of corporate personality and that of shareholders which is its corollary. The two protections, we consider—protection of the company and that of the shareholders—may co-exist and on equal terms; the latter is not supplementary to the former.

For the foregoing reasons, we conclude that Belgium has an independent right to protect the Belgian shareholders in Barcelona Traction in conformity with the interpretation of customary international law concerning the diplomatic protection of nationals.

II

So far we have been concerned with the question of the legal, that is to say, the theoretical basis for the *jus standi* of the Belgian Government: the question whether a State has a right to protect its nationals who are shareholders in a company of a nationality other than that of the protecting State. This question having been answered in the affirmative, we must now consider some questions from the viewpoint of the identification of individual shareholders with reference to the present case.

These questions are concerned of course with the existence of shareholders who are entitled to receive diplomatic protection by their home State. Not all so-called "shareholders", but only those who are qualified from the functional and temporal viewpoint to receive protection. (It goes without saying that proof of their status as shareholders must be furnished as a matter of principle either by the register in the case of registered shares or by possession in the case of bearer shares.)

From the viewpoint of functional differentiation a question arises when shares are owned by two persons: the one, a nominee, whose name is entered in the share register and who exercises rights as *alter ego* of the real owner; the other, the beneficial owner, who enjoys rights as the real or economic owner of the shares. By what criterion shall it be decided which of those two is entitled as shareholder to be the object of protection: the nominee or the beneficial owner?

In the present case, the register of the shareholders of the Barcelona Traction Company kept by the National Trust Company of Toronto gives successively as from 7 November 1939 the names of the Charles Gordon Company, a partnership of New Jersey and Newman & Company, a partnership of New York—the two are of American nationality—and does not give the name of Sidro which is of Belgian nationality. It is contended by the Belgian Government that a contractual nominee-beneficial-owner relationship exists between the two American partnerships and Sidro. The purpose of the establishment of such a relationship

personnalité morale de la société telle qu'elle existe en droit interne, et sur la notion d'actionnaire qui en découle. Nous estimons pour notre part que les deux types de protection, la protection de la société et celle des actionnaires, peuvent coexister sur un pied d'égalité, la seconde n'étant pas le complément de la première.

Pour les raisons qui précèdent, nous concluons que la Belgique a, de façon indépendante, le droit de protéger les actionnaires belges de la Barcelona Traction, conformément à l'interprétation qu'il convient de donner du droit international coutumier en matière de protection diplomatique des nationaux.

II

Nous avons étudié jusqu'ici la question du fondement juridique, c'est-à-dire théorique, de la qualité pour agir du Gouvernement belge, qui consiste à déterminer si un Etat a ou non le droit de protéger ses ressortissants, actionnaires d'une société d'une autre nationalité que la sienne. Ayant répondu à cette question par l'affirmative, nous devons maintenant envisager certaines autres questions du point de vue de l'identification des actionnaires visés dans la présente espèce.

Il s'agit évidemment de savoir s'il existe des actionnaires fondés à bénéficier d'une protection diplomatique de la part de l'Etat dont ils sont ressortissants. Seules donc nous intéressent, parmi les personnes dites « actionnaires », celles qui remplissent les conditions voulues, du point de vue fonctionnel et du point de vue temporel, pour bénéficier de la protection. (Il va sans dire que la preuve de leur qualité d'actionnaires doit résulter en principe de l'inscription au registre, s'il s'agit d'actions nominatives, ou de la possession des titres, s'il s'agit d'actions au porteur.)

Du point de vue de la différenciation fonctionnelle, un problème se pose lorsque les actions appartiennent à deux personnes, l'une étant un *nominee*, dont le nom est inscrit sur le registre des titres et qui exerce certains droits en tant qu'*alter ego* du propriétaire véritable, l'autre étant le *beneficial owner*, qui a la propriété réelle, ou économique, des actions et possède de ce fait des droits. Quel critère choisir pour déterminer qui, du *nominee* ou du *beneficial owner*, est l'actionnaire appelé à bénéficier de la protection?

En l'espèce, le registre des actionnaires de la société Barcelona Traction tenu par la National Trust Company de Toronto indique successivement, à partir du 7 novembre 1939, les noms de deux sociétés de personnes, Charles Gordon & Company du New Jersey et Newman & Company de New York, toutes deux de nationalité américaine; on n'y trouve pas le nom de la Sidro, qui est de nationalité belge. Le Gouvernement belge soutient qu'il existe, entre les deux sociétés américaines et la Sidro, une relation contractuelle de *nominee* à *beneficial owner*. L'établissement d'une telle relation s'expliquerait par la nécessité, pour la Belgique

seems to have been a wartime necessity of German-occupied Belgium to protect Sidro's participation in the capital and management of Barcelona Traction against an enemy power. Under such relationships a question arises: which of the nationalities—American or Belgian—prevails, in deciding the national character of Sidro's shares?

The Spanish Government denies the effect of the Belgian nationality of Sidro by regarding the nominees, who are of American nationality, as the true shareholders. We consider that the beneficial ownership, and, accordingly, in the present case, Sidro's position as beneficial owner, must be the criterion for deciding this question. The reason therefor is as follows: diplomatic protection depends upon where the real interest resides; it is not concerned with a legal mechanism of private law such as corporate personality, nominee relationship, etc. As we have seen in another context, just as the rule of diplomatic protection should disregard the legal veil of the corporate personality of the company in favour of its real substance, namely the shareholders, so it should disregard the legal veil of the nominee in favour of the beneficial owner. The existence of a nominee relationship does not exercise any influence upon the diplomatic protection of shareholders. Sidro loses neither its shareholding in the Barcelona Traction Company nor its Belgian nationality. It is quite unthinkable that the conclusion of the nominee contract which was motivated by a wartime necessity could exercise any influence upon the status of Sidro as a shareholder of the Barcelona Traction Company.

In short, the fact that the two above-mentioned partnerships are of American nationality has no relevance for the purpose of establishing the *jus standi* of the Belgian Government. What is relevant for the *jus standi* of Belgium is the fact that Sidro is the beneficial, that is to say, the real owner of Barcelona Traction's shares in respect of which the American partnerships are nominees.

* * *

Next, we shall consider the question of the existence of a bond of nationality between the shareholders and the protecting State as a condition of protection in the present case.

The object of the Belgian Government's Application of 14 June 1962 is reparation for the damage allegedly caused to a certain number of its nationals in their capacity as shareholders of the Barcelona Traction, Light and Power Company. In the shareholders are included both natural and juridical persons.

The contention of the Belgian Government concerning its *jus standi* is based on the preponderance of the Belgian interest in the Barcelona Traction Company. The preponderance of the Belgian interest is evident, the Belgian Government argues, from the fact that the majority of the shareholders in that company are of Belgian nationality and that it

occupée par l'Allemagne pendant la guerre, de protéger contre l'ennemi la participation de la Sidro au capital et à la gestion de la Barcelona Traction. L'existence de cette relation conduit à se poser la question suivante: laquelle des deux nationalités, la nationalité américaine ou la nationalité belge, l'emporte-t-elle lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la nationalité des actions de la Sidro?

Le Gouvernement espagnol refuse tout effet à la nationalité belge de la Sidro parce qu'il considère les *nominees*, lesquels sont de nationalité américaine, comme les véritables actionnaires. A notre avis, c'est la *beneficial ownership* et donc, en l'espèce, la situation de la Sidro, *beneficial owner*, qu'il faut retenir comme critère. La raison en est la suivante: la protection diplomatique s'exerce au bénéfice de qui détient l'intérêt véritable; elle n'a pas à tenir compte de mécanismes juridiques de droit privé tels que la personnalité morale, la relation *nominee-beneficial owner*, etc. Comme nous l'avons vu dans un autre contexte, la règle de la protection diplomatique doit faire abstraction du voile juridique de la personnalité morale de la société au profit de sa substance réelle, à savoir les actionnaires; de même elle doit faire abstraction du voile juridique du *nominee* au profit du *beneficial owner*. L'existence d'une relation *nominee-beneficial owner* ne doit avoir aucune influence sur la protection diplomatique des actionnaires. La Sidro ne perd ni sa participation dans la Barcelona Traction ni sa nationalité belge. Il est impensable que la conclusion d'un contrat de *nominee*, qui répondait à une nécessité imposée par la guerre, puisse modifier en quoi que ce soit le statut d'actionnaire de la Barcelona Traction qu'avait la Sidro.

Bref, la nationalité américaine des deux sociétés susnommées n'affecte en rien la qualité pour agir du Gouvernement belge. Seul est pertinent, à cet égard, le fait que la Sidro est le *beneficial owner*, c'est-à-dire le propriétaire véritable, des actions de la Barcelona Traction dont les sociétés américaines sont *nominees*.

* * *

Nous en venons à la question de l'existence d'un lien de nationalité entre les actionnaires et l'Etat protecteur en tant que condition même de la protection dans la présente affaire.

Par sa requête du 14 juin 1962, le Gouvernement belge demande réparation du préjudice qui aurait été causé à un certain nombre de ses ressortissants en leur qualité d'actionnaires de la Barcelona Traction, Light and Power Company. Parmi ces actionnaires figurent à la fois des personnes physiques et des personnes morales.

Le Gouvernement belge soutient qu'il a qualité pour agir du fait de la prépondérance des intérêts belges dans la Barcelona Traction. D'après lui cette prépondérance des intérêts belges est mise en évidence par le fait que la majorité des actionnaires de la société sont de nationalité belge et que leur participation représentait 88 pour cent du capital-actions de

amounted to 88 per cent. of Barcelona Traction's capital stock. The most important shareholder in the Barcelona Traction Company, according to the Belgian Government, is admitted to be Sidro, S.A. (Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique), whose holding is said to amount to 75 per cent. of the shares of the Belgian holding.

The preponderance of the Belgian participation in Barcelona Traction at the time of its adjudication in bankruptcy is indicated by the Belgian Government (Memorial, paragraphs 1-10) by the following figures:

Registered shares issued	1,080,446
Bearer shares issued	<u>718,408</u>
Total shares issued	1,798,854
Shares owned by Belgian nationals (minimum) . .	1,607,845
Shares not owned by Belgian nationals (maximum)	191,009

Belgian participation in the capital of Barcelona Traction at the date of the adjudication in bankruptcy of that company therefore amounted to not less than 89.3 per cent. of the capital issued.

Of this figure of 89.3 per cent., 75.75 per cent. belonged to Sidro, so that 13.55 per cent. at least of the capital of Barcelona Traction belonged to other Belgian nationals.

The figures given above come from three main sources of information, namely:

1. Information derived from the register of Barcelona Traction registered shares.

A statement drawn up by the National Trust Company of Toronto, which keeps the register of the shares of Barcelona Traction, gives the following figures:

Total issued shares	1,798,854
Registered shares	1,080,446
Registered shares owned by Sidro	1,012,688
Registered shares owned by shareholders other than Sidro	<u>67,758</u>
	1,080,446

The total number of registered shares in Belgian hands was 1,013,108 in which 420 shares belonging to Belgian shareholders other than Sidro are included.

The shares mentioned above as belonging to the Sidro Company had been entered in the list of registered shares since 7 November 1939 in the name of Charles Gordon & Company as nominee.

la Barcelona Traction. Toujours d'après le Gouvernement belge, l'actionnaire le plus important de la société Barcelona Traction est la Sidro, S.A. (Société internationale d'énergie hydro-électrique), qui détiendrait à elle seule 75 pour cent des actions belges.

Pour démontrer la prépondérance de la participation belge dans la Barcelona Traction au moment du jugement de faillite, le Gouvernement belge avance (mémoire, par. 1-10) les chiffres ci-après :

Actions nominatives émises	1 080 446
Actions au porteur émises	718 408
	<hr/>
Total des actions émises	1 798 854
Actions appartenant à des ressortissants belges (minimum)	1 607 845
Actions n'appartenant pas à des ressortissants belges (maximum)	191 009

La participation belge dans le capital de la Barcelona Traction à la date de la mise en faillite de cette société atteignait donc un pourcentage non inférieur à 89,3 pour cent du capital social émis.

Dans ce chiffre minimum de 89,3 pour cent, la Sidro intervenait pour 75,75 pour cent, si bien que 13,55 pour cent au moins du capital de la Barcelona Traction appartenait à d'autres ressortissants belges.

Les chiffres qui précèdent proviennent de trois sources principales d'information :

1. Données tirées du registre des actions nominatives de la Barcelona Traction.

Il résulte d'un relevé établi par la National Trust Company de Toronto, qui tenait le registre d'actions de la Barcelona Traction, ce qui suit :

Total des actions émises	1 798 854
Actions nominatives	1 080 446
Actions nominatives appartenant à la Sidro	1 012 688
Actions nominatives appartenant à des actionnaires autres que la Sidro	67 758
	<hr/>
Total	1 080 446

Le total des actions nominatives de propriété belge était de 1 013 108, dont 420 actions appartenant à des actionnaires belges autres que la Sidro.

Les actions mentionnées ci-dessus comme appartenant à la société Sidro étaient inscrites au registre des actions nominatives depuis le 7 novembre 1939 sous le nom de Charles Gordon & Company, *nominee* pour lesdites actions.

2. Information derived from the accounts of Sidro.

3. The above information is confirmed and supplemented by the accounts of Sidro, for the certificate drawn up by the firm of chartered accountants, Deloitte, Plender, Giffiths & Co., dated 6 May 1959 shows that, as at 12 February 1948, Sidro owned 1,012,688 Barcelona Traction registered shares and 349,905 bearer shares, i.e., in all 1,362,593 shares out of a total of 1,798,854 shares issued, which represented 75.75 per cent. of the capital of the company.

3. Facts derived from the information gathered by the Institut belgo-luxembourgeois du change (Belgo-Luxembourg Exchange Institute).

At the time of adjudication in bankruptcy of Barcelona Traction, this company had issued 1,798,854 shares, of which at least 1,607,845 were owned by Belgian nationals; that is to say, 1,362,593 shares owned by Sidro (1,012,688 registered and 349,905 bearer shares), and at least 245,252 shares (420 registered and 244,832 bearer shares) owned by other Belgian nationals.

Belgian participation amounted therefore to at least 89.3 per cent. of the capital of the company.

Next, we shall see Belgian interests in Barcelona Traction at the time of the institution of international proceedings (14 June 1962) (Memorial, paras. 11-19). This is shown by the following figures:

Registered shares issued	1,472,310
Bearer shares issued	326,544
	<hr/>
Total shares issued	1,798,854
Shares owned by Belgian nationals	1,588,130
Shares not owned by Belgian nationals	210,724

Proof of the preponderance of Belgian participation at that date will be given with the help of information furnished by:

1. The register of registered shares of Barcelona Traction.

The statement drawn up by the National Trust Company of Toronto gives the following facts:

Total issued shares	1,798,854
Registered shares	1,472,310
Registered shares owned by Sidro	1,354,514
Registered shares owned by shareholders other than Sidro	117,796
	<hr/>
Total	1,472,310

2. Données tirées de la comptabilité de la Sidro.

Les indications ci-dessus sont confirmées et complétées par la comptabilité de la Sidro. Il résulte en effet du certificat établi par la firme de *chartered accountants* Deloitte, Plender, Griffiths & Co., en date du 6 mai 1959, qu'au 12 février 1948 la Sidro possédait 1 012 688 actions de la Barcelona Traction sous forme nominative et 349 905 actions au porteur, soit au total 1 362 593 actions sur un total de 1 798 854 actions émises, ce qui représentait 75,75 pour cent du capital social.

3. Données résultant des renseignements recueillis par l'Institut belgo-luxembourgeois du change.

A l'époque de la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, cette société avait émis 1 798 854 actions dont au moins 1 607 845 appartenaient à des ressortissants belges: 1 362 593 à la Sidro (soit 1 012 688 actions nominatives et 349 905 actions au porteur) et au moins 245 252 actions (420 nominatives et 244 832 au porteur) à d'autres ressortissants belges.

La participation belge était donc d'au moins 89,3 pour cent du capital social.

Voyons ensuite quels étaient les intérêts belges dans la Barcelona Traction au moment de l'introduction de l'instance internationale (14 juin 1962) (mémoire, par. 11-19). Nous avons à ce sujet les chiffres ci-après:

Actions nominatives émises	1 472 310
Actions au porteur émises	326 544
Total des actions émises	<u>1 798 854</u>
Actions appartenant à des ressortissants belges . . .	1 588 130
Actions n'appartenant pas à des ressortissants belges	210 724

La preuve de la prépondérance belge à cette date est faite à l'aide des données fournies notamment par:

1. Le registre des actions nominatives de la Barcelona Traction.

Un relevé dressé par la National Trust Company de Toronto fait apparaître ce qui suit:

Total des actions émises	1 798 854
Actions nominatives	1 472 310
Actions nominatives appartenant à la Sidro . . .	1 354 514
Actions nominatives appartenant à des actionnaires autres que la Sidro.	<u>117 796</u>
Total	1 472 310

The total number of registered shares in Belgian hands was therefore 1,356,902 in which 2,388 shares belonging to Belgian shareholders other than Sidro are included.

As to the registered shares owned by Sidro, the nominee this time was the firm of Newman & Co., New York, which had succeeded Charles Gordon & Co.

2. Information derived from the accounts of Sidro.

A certificate drawn up by the firm of Deloitte, Plender, Griffiths & Co., dated 23 August 1962, shows that on 14 June 1962 Sidro owned 1,354,514 Barcelona Traction registered shares, and 31,228 bearer shares, that is to say, a total of 1,385,742 shares out of 1,798,854 shares issued, which represented 77 per cent. of the total capital of Barcelona Traction.

3. Information concerning bearer shares owned by Belgian nationals.

As at 1 April 1962 there were in circulation 326,554 Barcelona Traction bearer shares of which 31,228 shares were owned by Sidro.

When the proceedings were instituted the number of Barcelona Traction shares in circulation was 1,798,854 of which at least 1,588,130 were owned by Belgian nationals. Of these 1,385,742 shares were owned by Sidro (1,354,514 registered and 31,228 bearer shares) and at least 202,388 (2,388 registered and 200,000 bearer shares) were owned by other Belgian nationals.

From the facts given above, it can be concluded that more than 88 per cent. of the Barcelona Traction shares were in Belgian hands both at the time of the adjudication in bankruptcy of that company and at the time the present proceedings were instituted.

This Belgian participation is made up as follows: 10 to 15 per cent. of the capital of Barcelona Traction is owned by the general public in Belgium, whilst 75 to 77 per cent. of the capital is owned by Sidro, a company under Belgian law.

The foregoing is the demonstration on the part of the Belgian Government concerning the preponderance of the Belgian participation in the capital of Barcelona Traction.

Are the figures of 88 per cent. of the Belgian participation and 75 per cent. of Sidro's participation at a critical date in Barcelona Traction correct? It depends on the reliability of information furnished by the National Trust Company of Toronto, the firm of chartered accountants, Deloitte, Plender, Griffiths & Company, and the Institut belgo-luxembourgeois du change.

It is argued that these three main sources being on the Belgian side, one cannot therefore expect unprejudiced information from them. But it is also not just to deny absolutely their evidential value in such circumstances. Each case should be valued according to its own merits.

Le total des actions nominatives de propriété belge était donc de 1 356 902, dont 2388 appartenant à des actionnaires belges autres que la Sidro.

Quant aux actions nominatives appartenant à la Sidro, on notera que le *nominee* était cette fois la firme Newman & Co., de New York, qui avait succédé à la firme Charles Gordon & Co.

2. Données tirées de la comptabilité de la Sidro.

Il ressort d'un certificat établi par la firme Deloitte, Plender, Griffiths & Co., en date du 23 août 1962, qu'au 14 juin 1962 la Sidro possédait 1 354 514 actions Barcelona Traction sous forme nominative, et 31 228 actions au porteur, soit au total 1 385 742 actions sur 1 798 854 actions émises, ce qui représentait 77 pour cent du capital total de la Barcelona Traction.

3. Données concernant les actions au porteur aux mains du public belge.

Au 1^{er} avril 1962, il y avait en circulation 326 554 actions au porteur de la Barcelona Traction, dont la Sidro possédait 31 228.

A l'époque de l'introduction de l'instance, le nombre des actions de la Barcelona Traction en circulation était de 1 798 854, dont au moins 1 588 130 appartenaient à des ressortissants belges, 1 385 742 à la Sidro (1 354 514 nominatives et 31 228 au porteur) et au moins 202 388 (2388 nominatives et 200 000 au porteur) à d'autres ressortissants belges.

Des éléments qui précèdent on peut conclure que plus de 88 pour cent des actions de la Barcelona Traction se trouvaient en mains belges, tant au moment de la mise en faillite de cette société qu'à celui de l'introduction de l'instance.

Cette participation belge est détenue à concurrence de 10 à 15 pour cent du capital de la Barcelona Traction par le public belge en général et à concurrence de 75 à 77 pour cent du capital par la société Sidro, qui est de statut belge.

C'est ainsi que le Gouvernement belge fait la démonstration de la prépondérance de la participation belge dans le capital de la Barcelona Traction.

Les chiffres de 88 pour cent pour la participation belge totale dans la Barcelona Traction, et de 75 pour cent pour celle de la Sidro, à une date critique, sont-ils exacts? Cela dépend du crédit que l'on peut accorder aux renseignements fournis par la National Trust Company de Toronto, par la firme d'experts comptables Deloitte, Plender, Griffiths & Company et par l'Institut belgo-luxembourgeois du change.

Il a été soutenu que, comme ces trois principales sources d'information se situent du côté belge, on ne saurait en attendre des indications impartiales. Mais il n'est pas juste de leur refuser pour cette raison toute force probante. Chaque cas doit être apprécié selon les circonstances qui lui sont propres.

Particularly, the matter in question is that of degree. The figure for Belgian participation may not be correct to the last digit. It may be 90 or 80 per cent. instead of 88 per cent. But one cannot deny the evidential value of a statement simply because it may involve some minor incorrectness or mistake. Whether the percentage is 80 or 10 per cent. the question of the *jus standi* of the Belgian Government is entirely the same.

* * *

Next, we are confronted with the question as to whether Sidro can be said to have Belgian character. It is quite a different question from that of whether the 75 per cent. participation of Sidro in the Barcelona Traction's capital stock really existed. It is concerned with the constitution of Sidro as a corporate body which may include natural and juridical persons as its constituent elements. In the case where a shareholder of Sidro is a company, the Belgian character of Sidro might depend on the nationality of individual shareholders of that company. If a shareholder of this latter company is a company the same process should be repeated, and would go on *ad infinitum*. Under such circumstances the national character of Sidro could only be decided by the nationality of ultimate individual shareholders who were natural persons.

The Spanish Government denies the Belgian character of Sidro by contending that Sofina, the principal shareholder of Sidro, is very limited in its Belgian holding. However, to establish the Belgian character of Sidro, which is required for its protection, we need not go to such excessive lengths of logical formalism.

The fact that Sidro is of Belgian nationality can be recognized without the slightest doubt. This company was formed under Belgian law and it has its seat (*siège social*) in Belgian territory, namely in Brussels. Its Belgian nationality has never been denied by the Spanish Government. Sidro, accordingly, is entitled to receive diplomatic protection from the Belgian Government, being qualified therefor by the facts of its formation and seat. These facts are sufficient to justify the connecting link between Sidro and Belgium. Just as the Barcelona Traction Company can enjoy the diplomatic protection of the Canadian Government by reason of similar factors, so Sidro is entitled to receive diplomatic protection from the Belgian Government by reason of its Belgian nationality.

It is possible that Sidro may be susceptible of two protections which are compatible with each other: on the one hand, it might be protected indirectly by the Canadian Government as a shareholder of a Canadian company, Barcelona Traction, on the other hand, it might be protected directly by the Belgian Government owing to its Belgian nationality. In this latter respect Sidro is subject to Belgian protection as a shareholder of Barcelona Traction, by virtue of having Belgian nationality and as a company as such.

Il s'agit là, en particulier, d'une question de degré. Le pourcentage de la participation belge n'est peut-être pas exact à l'unité près. Le chiffre est peut-être de 90 ou de 80 pour cent au lieu de 88 pour cent. Mais on ne peut pas contester la force probante d'une affirmation parce qu'elle comporte une inexactitude ou une erreur mineure. La question de la qualité pour agir du Gouvernement belge continue de se poser dans les mêmes termes, que la participation soit de 80 ou de 10 pour cent.

* * *

Nous devons ensuite nous demander si l'on peut dire que la Sidro possède le caractère belge. C'est là un problème tout différent de celui de savoir si la Sidro possédait vraiment 75 pour cent du capital-actions de la Barcelona Traction. Ce qui importe ici, c'est la structure de la Sidro, en tant que personne morale pouvant compter parmi ses éléments constitutifs des personnes physiques et morales. Si un des actionnaires de la Sidro est une société, le caractère belge de la Sidro peut dépendre de la nationalité des personnes physiques actionnaires de ladite société. Il en va de même si un actionnaire de cette dernière société est lui-même une société, et ainsi de suite à l'infini. Dans ces conditions, on ne pourrait établir le caractère national de la Sidro qu'en fonction de la nationalité des personnes physiques qui sont les actionnaires individuels apparaissant en dernier lieu.

Le Gouvernement espagnol nie le caractère belge de la Sidro, car il soutient que la participation belge dans la Sofina, principal actionnaire de la Sidro, est très limitée. Toutefois, pour établir le caractère belge grâce auquel la Sidro pourrait être protégée, il n'est nullement nécessaire de pousser à ce point une logique purement formelle.

On peut admettre sans la moindre hésitation que la Sidro possède la nationalité belge. Cette société a été constituée selon le droit belge et son siège social se trouve en territoire belge, à Bruxelles. Le Gouvernement espagnol n'a jamais contesté sa nationalité belge. La Sidro est donc habilitée à bénéficier de la protection diplomatique du Gouvernement belge; sa constitution et son siège lui confèrent ce droit. Ces faits suffisent à justifier le lien qui existe entre la Sidro et la Belgique. De même que la Barcelona Traction Company peut bénéficier de la protection diplomatique du Gouvernement canadien en raison de facteurs semblables, la Sidro peut recevoir la protection diplomatique du Gouvernement belge en vertu de sa nationalité belge. Il se peut que la Sidro soit à même de bénéficier de deux protections, compatibles l'une avec l'autre: elle pourrait, d'une part, être protégée indirectement par le Gouvernement canadien, en tant qu'actionnaire d'une société canadienne, la Barcelona Traction, et d'autre part, être protégée directement par le Gouvernement belge en raison de sa nationalité belge. Sous ce dernier aspect, la Sidro peut faire l'objet d'une protection belge en tant qu'actionnaire de la Barcelona Traction, du fait de sa nationalité belge et en tant que société.

In this context we must add a few words concerning a Judgment of the International Court of Justice in the *Nottebohm* case (*Second Phase, I.C.J. Reports 1955*, pp. 16, 17, 25, 26). This Judgment denied the extension of the right of diplomatic protection of Liechtenstein to Mr. Nottebohm vis-à-vis Guatemala on the ground that his nationality of Liechtenstein lacked effectiveness. That Judgment was concerned with the effectiveness of nationality of a natural person and not that of a company. That Judgment is not germane to the present case, however, because here the nationality of Sidro is undoubtedly established.

In short, the *jus standi* of the Belgian Government can be founded on the Belgian nationality of Sidro, even if the Belgian nationality of the majority of the shareholders ultimately cannot be proved.

The percentage of Sidro and other Belgian holdings in the whole capital stock of the Barcelona Traction Company has no particular relevance for the question of the *jus standi* of the Belgian Government, but it would become an important factor for the assessment of damage allegedly incurred by Belgian shareholders.

The question of continuity of nationality, that is, identification of shareholders from the temporal viewpoint, can be decided in the affirmative. Sidro's continued existence since 1923, covering the two critical dates, is sufficient to prove this continuity.

As to the question of bearer shares, this does not seem relevant to a decision concerning *jus standi* and continuity.

For the above-mentioned reasons the third preliminary objection raised by the Spanish Government should be rejected.

We shall proceed to examine the fourth preliminary objection raised by the Spanish Government against the Belgian Application.

III

In the fourth preliminary objection the Spanish Government holds that the Belgian Application of 14 June 1962 is inadmissible by reason of the non-exhaustion of local remedies by the Barcelona Traction Company and those concerned, as required by international law.

The Spanish Government invokes not only the rule of customary international law on local remedies, but Article 3 to the Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration of 19 July 1927, which provides as follows:

“In the case of a dispute the occasion of which, according to the municipal law of one of the Parties, falls within the competence of the national courts, such Party may require that the dispute shall not be submitted to the procedure laid down in the present Treaty until a judgment with final effect has been pronounced within a

Il convient ici de dire quelques mots de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* (deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 16, 17, 25, 26). Par cet arrêt, M. Nottebohm s'est vu refuser le bénéfice de la protection diplomatique du Liechtenstein vis-à-vis du Guatemala, pour le motif que sa nationalité liechtensteinoise n'était pas effective. Mais cet arrêt portait sur le caractère effectif ou non de la nationalité d'une personne physique, et non d'une société. En outre, cet arrêt est sans pertinence en l'espèce, car la nationalité de la Sidro est établie sans conteste.

En résumé, la qualité pour agir du Gouvernement belge peut être fondée sur la nationalité belge de la Sidro, même si l'on ne peut pas démontrer jusqu'au bout la nationalité belge de la majorité des actionnaires.

Le pourcentage des actions de la Barcelona Traction détenu par la Sidro et par d'autres actionnaires belges n'a aucune incidence particulière sur la question de la qualité pour agir du Gouvernement belge, mais il jouerait un rôle primordial s'il s'agissait d'évaluer le préjudice causé éventuellement aux actionnaires belges.

On peut résoudre affirmativement le problème de la continuité de la nationalité, c'est-à-dire celui de l'identification des actionnaires du point de vue temporel. Cette continuité est établie à suffisance par l'existence ininterrompue de la Sidro depuis 1923, et notamment aux deux dates critiques.

Quant à la question des actions au porteur, elle ne semble pas pertinente quand il s'agit de se prononcer sur la qualité pour agir et sur la continuité.

Pour les motifs indiqués ci-dessus, il y a lieu de rejeter la troisième exception préliminaire soulevée par le Gouvernement espagnol.

Nous allons maintenant examiner la quatrième exception préliminaire soulevée par le Gouvernement espagnol contre la requête belge.

III

Dans la quatrième exception préliminaire, le Gouvernement espagnol soutient que la requête belge du 14 juin 1962 est irrecevable, la Barcelona Traction et les autres personnes intéressées n'ayant pas épuisé les recours internes comme le droit international le prescrit.

Le Gouvernement espagnol invoque non seulement la règle de droit international coutumier ayant trait à l'épuisement des recours internes, mais aussi l'article 3 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage du 19 juillet 1927, qui est ainsi conçu :

« S'il s'agit d'une contestation dont l'objet, d'après la législation intérieure de l'une des Parties, relève de la compétence des tribunaux nationaux, cette Partie pourra s'opposer à ce qu'elle soit soumise à la procédure prévue par le présent traité avant qu'un jugement définitif ait été rendu, dans un délai raisonnable, par l'autorité ju-

reasonable time by the competent judicial authority.” [English text from *League of Nations Treaty Series*, Vol. LXXX, pp. 28 ff. *Note by the Registry*.]

That the local remedies rule constitutes “a well-established rule of customary international law” and that “the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law”, is clearly declared by the International Court of Justice (*Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 27).

The International Court of Justice continues:

“Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system.” (*Ibid.*, p. 27.)

The provision of Article 3 of the said Treaty is nothing else but the recapitulation of this already existing rule, the spirit and principle of which are found amplified in the Court’s decision and implemented in conventions providing for the compulsory jurisdiction of international tribunals.

Before examining the well-foundedness or otherwise of the fourth preliminary objection, we must consider the relationship between two concepts, namely exhaustion of local remedies in detail and denial of justice, which is regarded as the main or central issue arising from the alleged internationally wrongful acts imputed by the Belgian Government to the Spanish authorities.

We cannot understand the position of the Court, which ordered the joinder of the fourth preliminary objection to the merits, without considering the relationship of the exhaustion of local remedies to denial of Justice.

The Court decided as follows:

“As regards the fourth Preliminary Objection, the foregoing considerations apply *a fortiori* for the purpose of requiring it to be joined to the merits; for this is not a case where the allegation of failure to exhaust local remedies stands out as a clear-cut issue of a preliminary character that can be determined on its own. It is inextricably interwoven with the issues of denial of justice which constitute the major part of the merits. The objection of the Respondent that local remedies were not exhausted is met all along the line by the Applicant’s contention that it was, *inter alia*, precisely in the attempt to exhaust local remedies that the alleged denials of justice were suffered.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 46.)

diciaire compétente.» [Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. LXXX, p. 18 et suiv. *Note du Greffe.*]

Que la règle de l'épuisement des recours internes soit «une règle bien établie du droit international coutumier» et que cette règle ait «été généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international», la Cour internationale de Justice l'a énoncé nettement (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27).

La Cour a dit encore à ce propos:

«Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne.» (*Ibid.*, p. 27.)

La disposition de l'article 3 du traité de 1927 ne fait qu'exprimer cette règle qui existait déjà, et dont l'esprit et le principe sont explicités dans la décision de la Cour et consacrés dans des conventions prévoyant la juridiction obligatoire de tribunaux internationaux.

Avant de considérer si la quatrième exception préliminaire est ou non fondée, il nous faut examiner la relation qui existe entre deux notions: l'épuisement radical des recours internes et le déni de justice (car c'est un déni de justice qui est considéré comme l'élément principal, central, du problème posé par les actes internationalement illicites que le Gouvernement belge impute aux autorités espagnoles).

On ne saurait en effet comprendre la position de la Cour, qui a joint la quatrième exception préliminaire au fond, sans étudier ce lien entre l'épuisement des recours internes et le déni de justice.

La Cour a statué en ces termes:

«En ce qui concerne la quatrième exception préliminaire, les considérations qui précèdent s'appliquent à fortiori pour justifier une jonction au fond; en effet, la présente affaire n'est pas de celles où l'allégation touchant le non-épuisement des recours internes soulève sans le moindre doute des problèmes de caractère préliminaire pouvant être réglés indépendamment. Cette allégation est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond. L'exception du défendeur d'après laquelle les recours internes n'auraient pas été épuisés se heurte constamment à la thèse du demandeur d'après laquelle c'est notamment en essayant d'épuiser les recours internes que l'on aurait subi les dénis de justice allégués.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 46.)

Therefore, before deciding whether the fourth preliminary objection is to be upheld or not, we shall make some observations on the complicated relationship existing between the exhaustion of local remedies and the denial of justice.

There can be no doubt that the local remedies rule possesses a procedural character in that it requires the person who is to be protected by his government to exhaust local remedies which are available to him in the State concerned, before his government espouses the claim before an international tribunal.

What is the *raison d'être* of this rule?

In the first place, the consecutive existence of two procedures—municipal and international—would guarantee and promote the justness of a decision. (It goes without saying that the procedure of an international tribunal is not comparable to that of, for instance, the Cour de Cassation.)

Secondly, so long as local remedies are not exhausted, and some other remedies remain, the condition is not fulfilled. The exhaustion means the existence of a “judgment with final effect” or analogous circumstances. In such situation recourse to international remedies will be justified.

Thirdly, this procedural rule appears to express a higher conception of equilibrium or harmony between national and international requirements in the world community. The intention of this rule is explained as follows by Professor Charles De Visscher: “Il s’agit donc ici avant tout d’une règle de procédure propre à réaliser un certain équilibre entre la souveraineté de l’Etat recherché et, d’autre part, les exigences supérieures du droit international...” (“Le déni de justice en droit international”, 52 *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1935, II, p. 423), or, as Judge Córdova said:

“The main reason for its existence lies in the indispensable necessity to harmonize the international and the national jurisdictions—assuring in this way the respect due to the sovereign jurisdiction of States—by which nationals and foreigners have to abide and to the diplomatic protection of the Governments to which only foreigners are entitled” (separate opinion, *Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 45).

The procedural requirement of the exhaustion of local remedies presupposes the existence of a high degree of confidence by the claimant in the judicial system and in its application, and this constitutes one of the fundamental conditions to be fulfilled in the matter of the exhaustion of remedies in the State concerned.

* * *

Par conséquent, avant de décider s'il convient ou non de retenir la quatrième exception préliminaire, nous formulerons quelques observations sur le lien complexe qui existe entre l'épuisement des recours internes et le déni de justice.

Il ne fait pas de doute que la règle des recours internes a le caractère d'une règle de procédure en ce sens qu'elle oblige la personne qui doit être protégée par son gouvernement à épuiser les recours internes dont elle dispose dans l'Etat considéré avant que son gouvernement n'endosse sa réclamation devant un tribunal international.

Quelle est la raison d'être de cette règle?

Premièrement, le déroulement consécutif de deux procédures — l'une interne, l'autre internationale — est propre à favoriser et à garantir la justesse de la décision (étant bien entendu que la procédure devant un tribunal international n'est pas du tout comparable à la procédure de la cour de cassation, par exemple).

En second lieu, tant que les recours internes ne sont pas épuisés et que certains restent encore ouverts, la condition requise n'est pas remplie. Pour que les recours internes soient épuisés, il faut qu'un « jugement définitif » ait été rendu ou qu'il existe d'autres circonstances du même ordre. Alors seulement il est légitime d'utiliser les recours internationaux.

En troisième lieu, cette règle de procédure apparaît comme l'expression d'une conception plus élevée d'équilibre ou d'harmonie, dans la communauté mondiale, entre les exigences nationales et les exigences internationales. Le professeur Charles De Visscher explique ainsi le but de la règle: « Il s'agit donc ici avant tout d'une règle de procédure propre à réaliser un certain équilibre entre la souveraineté de l'Etat recherché et, d'autre part, les exigences supérieures du droit international... » (« Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 52, 1935, vol. II, p. 423); ou encore, comme l'a dit M. Córdova:

« La principale raison de son existence est la nécessité absolue d'harmoniser les juridictions internationale et nationale — assurément ainsi le respect dû à la juridiction souveraine des Etats — auxquelles doivent se soumettre les ressortissants et les étrangers et dans la protection diplomatique des gouvernements à laquelle seuls ont droit les étrangers » (Opinion individuelle, *Interhandel, arrêt*, C.I.J. Recueil 1959, p. 45).

La règle de procédure de l'épuisement des recours internes présuppose chez le demandeur une confiance profonde dans le système judiciaire et dans son fonctionnement, cette confiance étant une des conditions fondamentales de l'épuisement des recours dans l'Etat intéressé.

* * *

Next, we shall consider the concept of denial of justice.

Although the exhaustion of local remedies belongs to the plane of procedural law, denial of justice belongs to the plane of substantive law. In the present case, the latter constitutes the fundamental concept applied to all the allegedly internationally wrongful acts imputed by the Belgian Government to the Spanish authorities. The former, on the contrary, is nothing other than a condition for the obtaining of reparation for the damage suffered by the Barcelona Traction Company's shareholders through denial of justice.

We shall examine, in the first place, the concept of denial of justice, and next the logical relationship between this latter and the local remedies rule.

The term "denial of justice" in its loose sense means any international delinquency towards an alien for which a State is liable to make reparation. It denotes in its ordinary meaning an injury involving the responsibility of the State committed by a court of justice. As far as acts of a court which would involve the State in responsibility are concerned, a very narrow interpretation practically does not admit the existence of a denial where decisions of any kind given by a court are involved, but seeks to limit the application of this institution to the case of the denial to foreigners of access to the courts. This view would virtually mean by denial the exclusion of foreigners from all actions instituted in courts of law; therefore this concept cannot be accepted. Another more moderate and generally approved view which can be considered as acceptable is that denial of justice occurs in the case of such acts as—

"corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it, ... But no merely erroneous or even unjust judgment of a court will constitute a denial of justice, ...". (Brierly-Waldock, *The Law of Nations*, 6th ed., 1963, p. 287; see also Sir Gerald Fitzmaurice, "The meaning of the term 'denial of justice'", *British Year Book of International Law*, 1932, p. 93.)

* * *

Now we shall consider the logical relationship between the two concepts: exhaustion of local remedies and denial of justice, and proceed to examine the admissibility of the fourth preliminary objection.

As we have seen above, the exhaustion of local remedies is a condition of a procedural nature, which is imposed on an individual whose interests his national State wants to protect by international proceedings. But to be able to fulfil this condition there must exist in the State concerned a judicial situation such as to make the realization of exhaustion possible. Consequently, we must recognize that some cases constitute exceptions

Nous en venons maintenant à la notion de déni de justice.

Si l'épuisement des recours internes relève, en droit, du domaine de la procédure, le déni de justice est une question de fond. En l'espèce, il s'agit d'une notion fondamentale appliquée à tous les actes prétendument illicites sur le plan international que le Gouvernement belge attribue aux autorités espagnoles. L'épuisement des recours internes, au contraire, n'est que la condition à remplir pour obtenir réparation du préjudice que les actionnaires de la Barcelona Traction auraient subi du fait d'un déni de justice.

J'examinerai d'abord la notion de déni de justice, puis la relation logique qui existe entre le déni de justice et la règle de l'épuisement des recours internes.

Au sens large, l'expression « déni de justice » désigne toute infraction internationale commise au détriment d'un étranger et dont il peut être demandé réparation à un Etat. Elle évoque, au sens courant, l'idée d'un dommage causé par un tribunal et engageant la responsabilité de l'Etat. S'agissant des actes d'un tribunal qui engagent la responsabilité de l'Etat, une interprétation très étroite refuse pratiquement d'admettre l'existence d'un déni de justice lorsqu'une décision judiciaire est rendue, quelle qu'elle soit, et cherche à restreindre l'application de cette institution au cas où des étrangers se voient refuser l'accès aux tribunaux. Cette thèse, qui revient virtuellement à ne voir de déni de justice que là où toute action en justice est interdite à un étranger, ne saurait être acceptée. Selon une autre conception plus modérée et généralement admise, et à laquelle on peut souscrire, il y a déni de justice en cas de :

« corruption, menaces, délais injustifiées, abus de procédure flagrant, jugement dicté par le pouvoir exécutif ou si manifestement injuste qu'aucun tribunal à la fois compétent et probe n'eût pu le rendre ... Mais un jugement simplement erroné, voire injuste, rendu par un tribunal ne saurait constituer un déni de justice... » (Brierly-Waldock, *The Law of Nations*, 6^e éd., 1963, p. 287; voir également sir Gerald Fitzmaurice, « The meaning of the term « denial of justice », *British Year Book of International Law*, 1932, p. 93.)

* * *

Nous étudierons à présent la relation logique entre les deux notions de l'épuisement des recours internes et du déni de justice, pour examiner ensuite la recevabilité de la quatrième exception préliminaire.

Comme nous l'avons vu, l'épuisement des recours internes a le caractère d'une condition préalable de procédure, que doit remplir la personne dont l'Etat national veut protéger les intérêts au moyen d'une instance internationale. Mais pour que cette condition puisse être remplie, il faut que la situation judiciaire dans l'Etat intéressé soit de nature à permettre l'épuisement des recours. Nous devons par suite

in regard to the application of the local remedies rule. Instances of such cases are given in the following passage:

“La réclamation internationale n’est pas subordonnée à l’épuisement préalable des recours quand ceux-ci sont absents, inadéquats ou a priori inefficaces. Il en est ainsi quand l’organisation judiciaire de l’Etat ne fournit aucune voie légalement organisée, quand les voies légales n’ouvrent aux intéressés aucune perspective raisonnable de succès, ou enfin quand, au cours même de la procédure, le plaideur étranger est victime de lenteurs ou d’obstructions équivalant à un refus de statuer et qui l’autorisent à abandonner une voie qui se révèle sans issue.” (Charles De Visscher, *op. cit.*, pp. 423-424.)

Under these circumstances respect for and confidence in the sovereign jurisdiction of States which, as indicated above, constitute the *raison d’être* of the local remedies rule, do not exist. The rule does not seem to require from those concerned a clearly futile and pointless activity, or a repetition of what has been done in vain.

It is said that “a claimant cannot be required to exhaust justice in a State when there is no justice to exhaust” (Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 424); and again “A claimant in a foreign State is not required to exhaust justice in such State when there is no justice to exhaust”. (Statement by Mr. Fish, Secretary of State, quoted in Moore, *International Law Digest*, Vol. VI, 1906, p. 677.) If a state of denial of justice prevails in the country concerned, there can be no possibility of exhausting local remedies. In the above-mentioned extreme cases, it is impossible for the interested parties to comply with the condition concerning the exhaustion of local remedies; accordingly this condition must be dispensed with for them.

We must limit the application of the local remedies rule to cases and circumstances where its fulfilment is possible. Thus it may be said that this rule is not of an absolute character in its application.

In the light of the above considerations, we shall examine whether the exhaustion of local remedies can be required from the Belgian Government and whether in the case of an affirmative answer it has been observed or not.

It is clear that the claim put forward by the Belgian Government is based on the alleged internationally wrongful acts imputed to the Spanish Government and that these acts are characterized globally as a denial of justice.

According to the Belgian Application (paragraph 43) they—

“relate to a whole series of positive measures, acts or omissions which are often contradictory, which overlap and are interrelated, and of which the unlawful character from the point of view of the law of nations is seen particularly in the final result to which they have led”.

reconnaître certaines exceptions à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Par exemple :

« La réclamation internationale n'est pas subordonnée à l'épuisement préalable des recours quand ceux-ci sont absents, inadéquats ou à priori inefficaces. Il en est ainsi quand l'organisation judiciaire de l'Etat ne fournit aucune voie légalement organisée, quand les voies légales n'ouvrent aux intéressés aucune perspective raisonnable de succès, ou enfin, quand au cours même de la procédure, le plaignant étranger est victime de lenteurs ou d'obstructions équivalant à un refus de statuer et qui l'autorisent à abandonner une voie qui se révèle sans issue. » (Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 423-424.)

Dans ces conditions, le respect de la juridiction souveraine des Etats et la confiance en celle-ci qui, comme nous l'avons dit, constituent la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes, n'existent pas. La règle n'impose pas, semble-t-il, aux intéressés d'engager une action manifestement illusoire et dépourvue de portée, ni de tenter à nouveau une action qui s'est déjà révélée vaine.

Comme on l'a dit, « le réclamant ne peut être tenu d'épuiser la justice dans un Etat où il n'y a pas de justice à épuiser » (Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 424); et encore, « Un réclamant n'est pas tenu d'épuiser la justice dans un Etat étranger où il n'y a pas de justice à épuiser » (déclaration du secrétaire d'Etat, M. Fish, citée dans Moore, *International Law Digest*, vol. VI, 1906, p. 677). Si le déni de justice est la règle dans le pays considéré, il n'est pas possible d'épuiser les recours internes. Dans les cas extrêmes que je viens de mentionner, la condition de l'épuisement préalable des recours internes est impossible à remplir pour les intéressés, qui doivent par conséquent en être dispensés.

Nous devons limiter l'application de la règle de l'épuisement des recours internes aux cas et aux situations où il est possible de la respecter. On peut donc dire que, dans la pratique, cette règle n'est pas absolue.

Compte tenu de ce qui précède, voyons si la règle de l'épuisement des recours internes peut être opposée au Gouvernement belge et, dans l'affirmative, si cette obligation a été respectée ou non.

Il est clair que le Gouvernement belge fonde sa réclamation sur des actes internationalement illicites qu'aurait commis le Gouvernement espagnol, ces actes étant globalement qualifiés de déni de justice.

Selon la requête belge (par. 43), ils constituent en effet

« un ensemble de mesures positives, d'actes ou d'omissions souvent contradictoires, qui s'enchevêtrent et s'intègrent les uns dans les autres, et dont le caractère illicite au regard du droit des gens se manifeste de manière particulièrement évidente dans le résultat final auquel ils ont abouti ».

The Belgian Government classifies these measures, acts and omissions into administrative measures manifestly arbitrary or discriminatory, and conduct on the part of the courts revealing a lack of impartiality, contempt for the principle of the equality of parties before the court, and other defects amounting to a denial of justice from the point of view of international law. As to the conduct of the courts, the Belgian Government contends that a large number of decisions of the Spanish courts are vitiated by gross and manifest error in the application of Spanish law, arbitrariness or discrimination in international law, denials of justice *lato sensu*. Furthermore, the Belgian Government contends that in the course of the bankruptcy proceedings the rights of the defence were seriously disregarded (denials of justice *stricto sensu*). (Final submissions of the Government of Belgium filed on 14 July 1969.)

In sum, the claim of the Belgian Government is based on the alleged denials of justice, *sensu stricto* as well as *sensu lato*, committed by the Spanish authorities in regard to the Barcelona Traction Company and others concerned. In the circumstances of the present case, however, we cannot recognize that so serious a situation of denial of justice has in general prevailed that the interested party should be exempted from the obligation to exhaust local remedies. But concerning this particular case it is conceivable that, from the Applicant's viewpoint, the contention of the alleged denial of justice would imply the uselessness of the exhaustion of local remedies.

If the facts of collusion and connivance of the Spanish courts or judges with the March group really existed in dealing with the proceedings of the Barcelona Traction bankruptcy case, as contended by the Belgian Government in the written and oral pleadings, we can conclude with reason that, under such circumstances, to expect a successful outcome of the exhaustion of local remedies by those concerned would be simple nonsense.

The two concepts—exhaustion of local remedies and a denial of justice—are in contradiction so far as the latter is meant in *sensu stricto*. The former is based on a positive viewpoint, namely the expectation of the realization of a certain result by the courts; the latter on a negative viewpoint, namely its renouncement.

Hypothetically, if a denial of justice really existed, there would be justification for believing that the local remedies rule would have become useless to that extent, as in the case of lack of an appropriate legal and judicial system and organization.

Briefly, in the concept of a denial of justice there seems to be inherent the contradiction of denying the possibility of the fulfilment of the exhaustion of local remedies. It seems that, in a case where the "original wrong" consists in a denial of justice, the fulfilment of the exhaustion

Le Gouvernement belge classe ces mesures, actes et omissions en mesures administratives manifestement arbitraires ou discriminatoires, et en décisions de justice révélant un manque d'impartialité, un mépris du principe de l'égalité des parties devant le juge et d'autres vices constitutifs de déni de justice au sens du droit international. Pour ce qui est du comportement des instances judiciaires, le Gouvernement belge soutient qu'un grand nombre de décisions des tribunaux espagnols sont entachées d'erreur grossière et manifeste dans l'application du droit espagnol, d'arbitraire ou de discrimination, constituant au regard du droit international des dénis de justice *lato sensu*. Par ailleurs, le Gouvernement belge soutient également qu'au cours de la procédure de faillite, les droits de la défense furent gravement méconnus (denis de justice *stricto sensu*). (Conclusions finales déposées par le Gouvernement belge le 14 juillet 1969.)

Le Gouvernement belge fonde donc sa réclamation sur des dénis de justice, au sens strict comme au sens large, dont les autorités espagnoles se seraient rendues coupables à l'endroit de la Barcelona Traction et d'autres personnes intéressées. Dans les circonstances de l'espèce, toutefois, nous ne pouvons pas dire qu'il ait existé une situation de déni de justice si grave que la partie intéressée doive être dispensée de l'obligation d'épuiser les recours internes. Mais il est concevable que, dans ce cas particulier, le déni de justice allégué implique, du point de vue du demandeur, l'inutilité d'épuiser les recours internes.

S'il y a vraiment eu collusion et connivence entre les tribunaux ou juges espagnols et le groupe March à l'occasion de la procédure de faillite de la Barcelona Traction, comme le Gouvernement belge le soutient dans ses écritures et plaidoiries, nous sommes fondés à conclure qu'en pareilles circonstances, il serait absurde pour les intéressés de compter aboutir à un résultat quelconque en épuisant les recours internes.

Il y a contradiction entre ces deux notions — épuisement des recours internes et déni de justice — du moins si l'on pense à un déni de justice *stricto sensu*. L'idée de l'épuisement des recours internes relève d'une optique positive, à savoir que l'on compte aboutir par le truchement des tribunaux à un certain résultat; l'idée de déni de justice relève au contraire d'une optique négative, savoir que l'on doit renoncer à attendre quoi que ce soit des procédures judiciaires.

Dans l'hypothèse où il y a véritablement déni de justice, on est fondé à considérer que la règle de l'épuisement des recours internes devient inutile, comme c'est le cas lorsqu'un système juridique et judiciaire approprié fait défaut.

Il semble donc que l'idée même de déni de justice contienne en soi cet élément de contradiction qu'est l'empêchement d'observer la règle de l'épuisement des recours internes. Là où la « faute initiale » consiste en un déni de justice, on ne peut pas exiger l'application de la règle de

of local remedies cannot be expected, unlike the case of other internationally wrongful acts (for instance, murder, confiscation of property, etc.) where independent fulfilment of the exhaustion rule can be required.

If there is an element in the denial of justice which makes the fulfilment of the exhaustion rule impossible, then the Belgian Government would be dispensed to that extent from the observance of this rule. Despite the contentions by the Belgian Government concerning alleged facts of a denial of justice in the bankruptcy proceedings against the Barcelona Traction Company, the Belgian Government does not insist that "there is no justice to exhaust" in Spain and that Belgium should exceptionally be exempt from the obligation to exhaust local remedies. The Belgian Government does not contend that the Spanish judiciary as a whole is paralyzed and corrupt or that the fulfilment of the exhaustion rule is impossible; its complaints are concerned only with some of the judges and courts.

* * *

Now let us see whether the obligation of exhaustion of local remedies was fulfilled by the Barcelona Traction Company and those concerned.

First, we must consider what kind of remedies should be exercised and to what degree these remedies have been pursued. Owing to the highly complicated structure and proceedings of this dispute, it is extremely difficult to answer these questions. Everything depends on the circumstances of the case and the issues and, in particular, on the effectiveness of the available remedies (such as revision by the supreme court). Sometimes, complication arises from a difference of interpretation of law between the Parties. For instance, the Spanish Government insists that, as a result of the Barcelona Traction Company's failure to observe the time-limit of eight days for a plea of opposition to the Reus judgment of 12 February 1948, the case became *res judicata* and, consequently, all actions of the Barcelona Traction Company and its subsidiaries should be null and void. The Belgian Government, on the contrary, basing itself on the nullity of the publication in Spain of the judgment, argues that the time-limit of eight days did not begin to run and therefore it did not expire. If the former argument is right, the Barcelona Traction Company and its subsidiaries would lose the means of redress by becoming unable to exhaust local remedies, the result of which would be highly inequitable.

We are led to the conclusion that in the matter of the exhaustion of local remedies the same spirit of flexibility should exist which, as indicated in another context, prevails in matters of diplomatic protection in general. If we interpreted the provision of Article 3 of the Treaty of Conciliation,

l'épuisement des recours internes, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'autres actes internationalement illicites (meurtre, confiscation de biens, etc.) où l'on peut exiger que soit remplie, indépendamment de toute autre condition, l'obligation d'épuiser les recours internes.

Dans la mesure où le déni de justice comporterait un élément rendant impossible l'application de la règle de l'épuisement des recours internes, le Gouvernement belge en serait dispensé. Mais, s'il allègue, à propos de la procédure de faillite de la Barcelona Traction, des faits qui selon lui relèvent du déni de justice, le Gouvernement belge ne soutient nullement qu'« il n'y a pas de justice à épuiser » en Espagne et que la Belgique devrait à titre exceptionnel être exemptée de l'obligation d'épuiser les recours internes. Le Gouvernement belge ne prétend pas que l'appareil judiciaire espagnol est dans son ensemble paralysé et corrompu ni qu'il soit impossible d'appliquer la règle de l'épuisement des recours internes; ses griefs ne visent que quelques-uns des magistrats et des tribunaux.

* * *

Voyons à présent si la Barcelona Traction et les autres personnes intéressées se sont ou non acquittées de l'obligation d'épuiser les recours internes.

Nous devons d'abord déterminer quel genre de recours il convenait d'exercer et jusqu'où l'on est allé dans cette voie. Ce sont là des questions auxquelles il est très difficile de répondre vu l'extrême complexité du différend quant au fond et à la procédure. La réponse dépend des circonstances de l'affaire et des différents points litigieux, notamment de l'efficacité des recours disponibles (par exemple le recours en revision devant la Cour suprême). Certaines complications sont dues aux différences d'interprétation qui séparent les Parties sur des points de droit. Par exemple, le Gouvernement espagnol soutient que, la Barcelona Traction n'ayant pas fait opposition au jugement de Reus du 12 février 1948 dans le délai prescrit de huit jours, celui-ci a acquis l'autorité de la chose jugée et que, par suite, tous les actes de procédure de la Barcelona Traction et des sociétés auxiliaires doivent être tenus pour nuls et nonavenus. Le Gouvernement belge soutient au contraire que, la publication du jugement en Espagne étant entachée de nullité, le délai de huit jours n'a pas commencé à courir et n'est donc pas venu à expiration. Si le premier raisonnement est juste, la Barcelona Traction et ses filiales auraient perdu tout moyen d'obtenir réparation, parce qu'elles se trouveraient dans l'impossibilité d'épuiser les recours internes, ce qui aboutirait à un résultat hautement inéquitable.

Nous sommes donc amenés à conclure qu'en ce qui concerne l'épuisement des recours internes, on doit faire preuve de cette même souplesse qui, on l'a vu dans un autre contexte, caractérise la protection diplomatique en général. Si nous devons interpréter trop strictement la disposition

Judicial Settlement and Arbitration of 1927 and the customary international rule on the matter of local remedies too strictly, possible minor errors in the technical sense would cause those concerned to be deprived of the benefit of diplomatic protection, particularly in such an affair as the Barcelona Traction case the complexity and extensiveness of which, from the substantive and procedural viewpoints, appear to be extremely rare in the annals of judicial history.

The guiding principle for resolving the questions concerning exhaustion of local remedies should be the spirit of diplomatic protection according to which, in addition to a juristic, technical construction, practical considerations led by common sense should prevail. The decision as to whether legal measures offer any reasonable perspective of success or not, should be flexible in accordance with the spirit of diplomatic protection. Even if, for instance, institutionally an administrative or judicial remedy exists whereby an appeal may be made to higher authority, this remedy may be ignored without being detrimental to the right of diplomatic protection, if such an appeal would be ineffective from the point of view of common sense.

From what has been said above, "exhaustion" can be seen to be a matter of degree. Minor omissions should not be imputed to the negligence of those concerned. It is sufficient that the main means of redress be taken into consideration. The rule of exhaustion does not demand from those concerned what is impossible or ineffective but only what is required by common sense, namely "the diligence of a *bonus paterfamilias*".

* * *

Next, let us enumerate some of the main measures alleged to have been taken by the Barcelona Traction Company and those concerned (according to the final submissions filed on 14 July 1969 by the Government of Belgium, Section VII).

(1) Concerning the Reus court's lack of jurisdiction to declare the bankruptcy of Barcelona Traction:

opposition proceeding of 18 June 1948;
 application of 5 July 1948 (for a declaration of nullity); its pleading of 3 September 1948;
 a formal motion of National Trust in its application of 27 November 1948;
 Barcelona Traction Company entered an appearance (23 April 1949) in the proceedings concerning the Boter *declinatoria*; its formal adherence to that *declinatoria* (11 April 1953).

de l'article 3 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage de 1927, ainsi que la règle de droit international coutumier relative à l'épuisement des recours internes, il suffirait de quelques erreurs techniques mineures pour priver totalement les intéressés du bénéfice de la protection diplomatique, surtout dans une affaire comme celle de la Barcelona Traction dont les complexités et les ramifications, tant du point de vue du fond que du point de vue de la procédure, atteignent un degré rarement constaté dans les annales judiciaires.

Pour résoudre les questions relatives à l'épuisement des recours internes, il convient donc de s'inspirer essentiellement de l'esprit de la protection diplomatique, c'est-à-dire de tenir compte, non seulement d'éléments juridiques et techniques mais, avant tout, de considérations pratiques inspirées par le bon sens. C'est avec souplesse, conformément à l'esprit même de la protection diplomatique, qu'il faudra décider si les voies de droit offrent ou non des perspectives raisonnables de succès. Même si, par exemple, les institutions en place offrent un recours administratif ou judiciaire permettant d'en appeler à une instance supérieure, on doit pouvoir s'abstenir d'en faire usage sans que cela porte atteinte au droit de protection diplomatique, dès lors que le bon sens fait apparaître l'inutilité d'un tel recours.

En conséquence, l'« épuisement » des recours internes est une question de degré. Des omissions mineures ne doivent pas être imputées à la négligence des intéressés. Il suffit que soient pris en considération les recours principaux. La règle de l'épuisement des recours internes n'exige pas des intéressés l'impossible ou l'inutile mais seulement ce que requiert le sens commun, c'est-à-dire « la diligence d'un bon père de famille ».

* * *

Je rappellerai à présent certaines des mesures principales qui, d'après les conclusions finales déposées par le Gouvernement de la Belgique le 14 juillet 1969 (section VII), ont été prises par la Barcelona Traction et les autres personnes intéressées.

1) Quant au défaut de juridiction du tribunal de Reus pour déclarer la faillite de la Barcelona Traction :

écrit d'opposition du 18 juin 1949;
demande de nullité du 5 juillet 1948; écrit du 3 septembre 1948;

déclinatoire formel de la National Trust dans sa demande du 27 novembre 1948;
comparution de la Barcelona Traction à la procédure relative au déclinatoire Boter (23 avril 1949); adhésion formelle de la Barcelona Traction audit déclinatoire (11 avril 1953).

- (2) Concerning the bankruptcy judgment and the related decisions:
 application of 16 February 1948 on the part of the subsidiary companies, Ebro and Barcelonesa to have the bankruptcy judgment set aside;
 the bankrupt company itself entered opposition to the judgment by a procedural document of 18 June 1948, confirmed on 3 September 1948;
 incidental application for a declaration of nullity submitted by the Barcelona Traction Company (5 July 1948).
- (3) Concerning the blocking of the remedies:
 numerous proceedings taken by the Barcelona Traction Company, beginning with the incidental application for a declaration of nullity (5 July 1948).
- (4) Concerning the failure to observe the no-action clause:
 clause referred to by National Trust in its application for admission to the proceedings (27 November 1948).
- (5) Concerning the conditions of sale:
 the conditions of sale were attacked by Barcelona Traction in an application to set aside and on appeal, in an application of 27 December 1951 for a declaration of nullity containing a formal prayer that the order approving the conditions of sale be declared null and void, and in an application of 28 May 1955;
 the same challenge was expressed by Sidro in its action of 7 February 1953 and by other Belgian shareholders of the Barcelona Traction Company in their application of 26 May 1955.

These facts which have not been contested by the Spanish Government and whose existence may be considered as being of judicial notice, prove that the case was effectively pursued before the Spanish courts or judges and that local remedies were exhausted as a condition for diplomatic protection by the Belgian Government.

Whether local remedies have been exhausted or not must be decided from a consideration of whether the most fundamental spirit of this institution has been observed or not. Now, this spirit, as is indicated above, constitutes a means of ensuring the respect and confidence due to the sovereign jurisdiction of a State. The important point is that this spirit has been respected.

The aim of the rule of exhaustion of local remedies is a practical one and its application should therefore be elastic. Each situation, being different, requires different treatment. We must beware of the danger to which this rule is exposed because of its procedural and technical nature, lest it make necessary diplomatic protection futile by an excessive raising of the objection of non-exhaustion.

Moreover, the fact that in this case, which was pending for more than

- 2) Quant au jugement de faillite et aux décisions connexes:
recours en rétractation du 16 février 1948 de la part des sociétés auxiliaires Ebro et Barcelonesa;
- la société faillie elle-même a fait opposition au jugement de faillite (par un acte du 18 juin 1948, confirmé le 3 septembre 1948);
- demande incidente de nullité présentée par la Barcelona Traction (5 juillet 1948).
- 3) Quant au blocage des recours:
nombreux recours de la part de la Barcelona Traction, à commencer par l'incident de nullité introduit le 5 juillet 1948.
- 4) Quant à l'inobservation de la *no-action clause*:
clause visée expressément par la National Trust dans sa demande d'admission à la procédure (27 novembre 1948).
- 5) Quant au cahier des charges:
le cahier des charges a été attaqué par la Barcelona Traction dans un recours en rétractation et en appel, ainsi que dans la demande de nullité du 27 décembre 1951 contenant une pétition formelle de déclaration de nullité de l'ordonnance qui approuvait ledit cahier des charges et dans une demande du 28 mai 1955; la même contestation a été formulée par la Sidro dans son action du 7 février 1953 et par d'autres actionnaires belges de la Barcelona Traction dans leur demande du 26 mai 1955.

Les faits ci-dessus, que le Gouvernement espagnol n'a pas contestés et qui peuvent être tenus pour établis, prouvent que l'affaire a été effectivement portée devant les tribunaux ou les juges espagnols et que les recours internes ont bien été épuisés, condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique par le Gouvernement belge.

Pour décider s'il y a eu épuisement des recours internes ou non, il faut examiner si la règle a été respectée ou non dans son esprit même. Or, dans son esprit, la règle, comme nous l'avons dit plus haut, vise à assurer le respect et la confiance dus à la juridiction souveraine des Etats. L'important est que la règle ait été respectée dans cet esprit.

La règle de l'épuisement des recours internes a un but pratique, et il faut donc l'appliquer avec souplesse. Chaque situation est différente et appelle un traitement différent. La règle présente d'ailleurs un écueil dont nous devons nous garder: c'est une règle de procédure, une règle technique, qui risque de rendre vaine l'indispensable protection diplomatique si l'on s'en autorise pour soulever abusivement une exception de non-épuisement des recours internes.

Il faut en outre relever qu'en la présente affaire, restée pendante

14 years, from 12 February 1948 (date of the bankruptcy judgment against the Barcelona Traction Company by the Reus judge) to 14 June 1962 (date of the Application by the Belgian Government), 2,736 orders and 494 judgments by lower courts and 37 by higher courts had been delivered, according to the Spanish Government. Even if these figures are not correct in every detail, we can none the less recognize from them as a whole the fact that the condition of exhaustion of local remedies was indeed satisfied by the Barcelona Traction Company or its subsidiary companies. Accordingly, the argument contrary thereto by the Spanish Government is unfounded.

Therefore, the fourth preliminary objection raised by the Spanish Government must be rejected.

IV

The third and fourth preliminary objections having been decided in favour of Belgium, we must now consider a basic question on the merits, namely whether Spain is responsible for internationally wrongful acts allegedly committed by Spain which constitute "a denial of justice".

First it must be made clear that the charge of a denial of justice imputed to Spain by the Belgian Government does not denote a very narrow interpretation, namely the denial to foreigners of access to the courts. What the Belgian Government contends is not only not limited to a denial in such a formal sense, but includes a denial of justice in a wider material sense, in which, generally speaking, gross injustice, irregularities, partiality, flagrant abuse of judicial powers, unwarranted delay, etc., are included, as we indicated in another context.

The judgment of the Reus judge of 12 February 1948 declaring the bankruptcy of Barcelona Traction, its consequences and the successive acts of the Spanish courts constitute the main complaints of the Belgian Government. But the complaints include acts not only of a judicial nature but also of an administrative nature, since it is alleged that some acts and omissions of the Spanish administrative authorities, particularly of the Institute of Foreign Exchange, had caused the adjudication in bankruptcy of the Barcelona Traction Company.

From the lengthy arguments in the written and oral proceedings, we can guess the existence of antagonism between the two economic and financial groups: the one, the Mr. Juan March group and the other, the Barcelona Traction group. While the Belgian Government emphasizes the financial and political ambition and the collusion with the Spanish administrative and juridical authorities of the former group, the Spanish Government contends that there was abuse of the pyramidal structure of the latter group and stresses the tax evasion and financial irregularities

pendant plus de quatorze ans (depuis le 12 février 1948, date du jugement de faillite rendu contre la Barcelona Traction par le juge de Reus, jusqu'au 14 juin 1962, date de la requête du Gouvernement belge), 2736 ordonnances et 494 jugements ont été, d'après le Gouvernement espagnol, rendus par les tribunaux de première instance et 37 par les juridictions supérieures. Quand bien même ces chiffres ne seraient pas rigoureusement exacts dans le détail, nous pouvons en déduire que, dans l'ensemble, la Barcelona Traction ou ses sociétés auxiliaires ont bien rempli l'obligation d'épuiser les recours internes. La thèse contraire que soutient le Gouvernement espagnol n'est donc pas fondée.

En conséquence, il convient de rejeter la quatrième exception préliminaire soulevée par le Gouvernement espagnol.

IV

Les troisième et quatrième exceptions préliminaires ayant été tranchées en faveur de la Belgique, il convient maintenant d'examiner, quant au fond, une question essentielle: l'Espagne est-elle responsable des actes illicites qui lui sont attribués et qui constitueraient « un déni de justice »?

Il y a lieu, tout d'abord, de préciser que le déni de justice imputé à l'Espagne par le Gouvernement belge ne doit pas s'entendre au sens strict, c'est-à-dire comme le refus d'accorder à des étrangers l'accès aux tribunaux. Le grief du Gouvernement belge ne vise pas seulement le déni de justice formel mais aussi le déni substantiel, de portée plus large, qui comprend d'une manière générale, comme nous l'avons indiqué dans un autre contexte, l'injustice manifeste, les irrégularités, la partialité, l'abus flagrant de juridiction, les délais injustifiés, etc.

Le jugement prononçant la faillite de la Barcelona Traction rendu par le juge de Reus le 12 février 1948, ses conséquences et les actes successifs des tribunaux espagnols constituent l'essentiel des griefs du Gouvernement belge. Cependant ces griefs portent non seulement sur ces actes de caractère judiciaire mais aussi sur d'autres de caractère administratif, puisqu'il est affirmé que certains actes ou omissions des autorités administratives espagnoles, en particulier de l'Institut de la monnaie étrangère, sont à l'origine de la mise en faillite de la Barcelona Traction.

La longue argumentation développée de part et d'autre dans la procédure écrite et orale laisse deviner l'antagonisme qui existait entre les deux groupes économiques et financiers, celui de M. Juan March et celui de la Barcelona Traction. Si le Gouvernement belge souligne les ambitions financières et politiques du premier groupe et sa collusion avec les autorités administratives et judiciaires espagnoles, le Gouvernement espagnol dénonce les abus résultant de la structure pyramidale du second et insiste sur l'évasion fiscale et sur les irrégularités financières dont ce groupe se

committed by that group, such as the creation of fictitious debts and the sacrifice of creditors by means of auto-contracts between Barcelona Traction and its subsidiaries.

The Spanish Government contends that the Barcelona Traction Company had been constantly in a state of "latent bankruptcy" owing to its financial methods detrimental to creditors and bondholders; the Belgian Government on the contrary insists that the financial situation of Barcelona Traction had been normal or even prosperous except in the period of the Spanish Civil War and the Second World War.

The Belgian Government also contends that individual judicial and administrative measures which constitute separate subjects of complaint, were combined into an integral whole to bring about the "hispanicization" of a prosperous foreign enterprise. According to the Belgian Government, the adjudication in bankruptcy of Barcelona Traction is nothing other than the result of the machinations of Juan March in collusion with Spanish judicial and administrative authorities. This is the reason why the Belgian Government, alongside of individual complaints, advanced an overall complaint which unites and integrates numerous separate complaints.

The main complaints put forward by the Belgian Government focus on the irregularities allegedly committed by the Spanish courts in the bankruptcy judgment and the judicial acts following this judgment. These alleged irregularities are included in the concept of denial of justice *lato sensu*. The usurpation of jurisdiction may come within denial of justice in this sense.

The usurpation of jurisdiction by the Spanish courts is alleged on the ground that Barcelona Traction was a company under Canadian law with its company seat in Canada, having neither company seat nor commercial establishment in Spain, nor possessing any property or carrying on any business there.

Also, disregard for the territorial limits of acts of sovereignty is pointed out in the measures of enforcement taken in respect of property situated outside Spanish territory, without the concurrence of foreign authorities. Furthermore, irregularities are said to have been committed by conferring upon the bankruptcy authorities, through the device of "mediate and constructive civil possession"—not physical possession—the power of exercising in Spain the rights which attached to the shares located in Canada of several subsidiary and sub-subsidiary companies and on which, with the approval of the Spanish judicial authorities, they relied for the purpose of replacing the directors of those companies, modifying their articles of association, etc.

It is to be noted that Canada did not protest against the Spanish Government's usurpation of Canadian jurisdiction which was alleged by the Belgian Government.

As denials of justice *lato sensu* the Belgian Government complains that a large number of decisions made by the Spanish courts are vitiated by

serait rendu coupable, en créant par exemple des dettes fictives au détriment des créanciers par la conclusion d'autocontrats entre la Barcelona Traction et ses filiales.

Le Gouvernement espagnol prétend que la Barcelona Traction n'avait cessé d'être dans un état de « faillite latente » dû à des pratiques financières contraires aux intérêts des créanciers et des obligataires; le Gouvernement belge affirme en revanche que la situation financière de la Barcelona Traction avait toujours été normale, voire prospère, sauf pendant la guerre civile espagnole et la seconde guerre mondiale.

Le Gouvernement belge soutient aussi que l'on a conjugué différentes mesures judiciaires et administratives, dont chacune fait l'objet d'un grief distinct, en vue de réaliser l'« hispanisation » d'une entreprise étrangère prospère. Selon le Gouvernement belge, la mise en faillite de la Barcelona Traction n'est rien d'autre que le résultat des machinations de Juan March agissant de concert avec les autorités judiciaires et administratives espagnoles. C'est pour cette raison que, parallèlement à des griefs particuliers, le Gouvernement belge a formulé un grief global qui réunit en un tout de nombreux griefs distincts.

Les principaux griefs du Gouvernement belge gravitent autour des irrégularités qui auraient été commises par les tribunaux espagnols à l'occasion du jugement de faillite et des actes judiciaires qui l'ont suivi. Les irrégularités alléguées se rattachent au déni de justice *lato sensu*. L'usurpation de compétence peut aussi être considérée comme relevant du déni de justice entendu en ce sens.

L'allégation d'usurpation de compétence par les tribunaux espagnols se fonde sur le fait que la Barcelona Traction était une société de droit canadien dont le siège social se trouvait au Canada et qui n'avait ni siège social ni établissement commercial en Espagne, où elle ne possédait aucun bien et n'exerçait aucune activité.

On invoque aussi le non-respect des limites territoriales des actes de souveraineté à propos des mesures d'exécution qui ont été prises à l'égard de biens situés hors du territoire espagnol sans l'assentiment des autorités étrangères. On relève en outre les irrégularités résultant de ce que, par l'artifice de la « possession médiata et civilissime » — sans possession concrète — les organes de la faillite se sont vu conférer le pouvoir d'exercer en Espagne les droits attachés aux actions, situées au Canada, de plusieurs filiales et sous-filiales, droits dont ils se réclamèrent avec l'approbation des autorités judiciaires espagnoles pour remplacer les administrateurs de ces sociétés, pour modifier leurs statuts, etc.

Il y a lieu de noter que le Canada n'a élevé aucune protestation auprès du Gouvernement espagnol au sujet de l'usurpation de la compétence canadienne alléguée par le Gouvernement belge.

Le Gouvernement belge considère, en y voyant des dénis de justice *lato sensu*, qu'un grand nombre de décisions des tribunaux espagnols

gross and manifest error in the application of Spanish law, by arbitrariness or discrimination, in particular:

- (1) flagrant breach of the provisions of Spanish law which do not permit that a foreign debtor should be adjudged bankrupt if that debtor does not have his domicile, or at least an establishment, in Spanish territory;
- (2) adjudication in bankruptcy when the company was not in a state of insolvency, was not in a state of final, general and complete cessation of payment either, and had not ceased its payments in Spain;
- (3) the judgment of 12 February 1948 failed to order the publication of the bankruptcy by announcement in the place of domicile of the bankrupt, which constitutes a flagrant breach of Article 1044 (5) of the 1829 Commercial Code;
- (4) the decisions failing to respect the separate estates of Barcelona Traction's subsidiaries and sub-subsidiaries, in that they extended to their property the attachment arising out of the bankruptcy of the parent company, and thus disregarded their distinct juridical personalities;
- (5) the judicial decisions which conferred on the bankruptcy authorities the fictitious possession (termed "mediate and constructive civil possession") of securities of certain subsidiary and sub-subsidiary companies have no legal basis in Spanish bankruptcy law and were purely arbitrary.

(Final Submissions filed on 14 July 1969 by the Agent of the Belgian Government, Section III.)

There are other items which are concerned with the alleged violation of the provisions on bankruptcy and which include among others: the bestowal on the commissioner of power to proceed to the dismissal, removal or appointment of members of the staff, employees and management, of the companies all of whose shares belonged to Barcelona Traction or one of its subsidiaries; ignoring the separate legal personalities of the subsidiary and sub-subsidiary companies in the matter of the attachment of their property in Spain; irregularities concerning the convening of the general meeting of creditors of 19 September 1949; violation of the provisions concerning the sale of the property of the bankrupt company; authorization of the sale based on the allegedly perishable nature of the property to be sold; in violation of the legal provisions the commissioner fixed an exaggeratedly low upset price on the basis of an expert's opinion submitted by one side only; numerous irregularities in the General Conditions of Sale.

Next, the Belgian Government alleges that various denials of justice *stricto sensu* (Final Submissions, Section IV) were committed by the Reus court in the course of the bankruptcy proceedings, the Spanish

sont entachées d'erreur grossière et manifeste dans l'application du droit espagnol, ainsi que d'arbitraire et de discrimination. Il fait notamment valoir :

- 1) la violation flagrante des dispositions du droit espagnol, qui ne permettent pas de déclarer en faillite un débiteur étranger s'il n'a pas son domicile ou tout au moins un établissement en territoire espagnol ;
- 2) la déclaration de faillite intervenue alors que la société n'était pas en état d'insolvabilité, n'était pas non plus en état de cessation de paiements définitif, général et complet, et n'avait pas suspendu ses paiements en Espagne ;
- 3) que le jugement du 12 février 1948 a omis d'ordonner la publication de la faillite par annonce dans la localité du domicile du failli, ce qui constitue une violation flagrante de l'article 1044 5) du code de commerce de 1829 ;
- 4) les décisions qui refusèrent de respecter le patrimoine distinct des sociétés filiales et sous-filiales de la Barcelona Traction, en étendant à leurs biens la saisie résultant de la faillite de la société mère et en méconnaissant ainsi leur personnalité juridique propre ;
- 5) que les décisions judiciaires qui ont conféré aux organes de la faillite la possession fictive (sous la qualification de « possession médiate et civilissime ») des titres de certaines sociétés filiales et sous-filiales ne reposent sur aucune base légale dans le droit espagnol de la faillite et sont purement arbitraires.

(Conclusions finales déposées le 14 juillet 1969 par l'agent du Gouvernement belge, section III.)

D'autres allégations ont trait à la violation des dispositions sur la faillite et concernent notamment : l'octroi au commissaire du pouvoir de procéder à la révocation, à la destitution ou à la nomination des membres du personnel, employés et gérants des sociétés dont toutes les actions appartenaient à la Barcelona Traction ou à l'une de ses filiales ; la méconnaissance de la personnalité juridique distincte des sociétés filiales et sous-filiales relativement à la saisie de leurs biens en Espagne ; les irrégularités concernant la convocation de l'assemblée générale des créanciers du 19 septembre 1949 ; la violation des dispositions concernant la vente des biens de la société faillie ; l'autorisation de vente fondée sur le caractère prétendument périssable des biens à vendre ; la fixation par le commissaire, en violation des dispositions légales, d'un prix minimum excessivement bas fondé sur une expertise unilatérale ; les nombreuses irrégularités du cahier des charges.

Le Gouvernement belge soutient ensuite que divers dénis de justice *stricto sensu* (conclusions finales, section IV) ont été commis par le tribunal de Reus au cours de la procédure de faillite, les tribunaux espagnols

courts disregarding the rights of the defence; in particular: insertion by the Reus court in its judgment on an *ex parte* petition of provisions which went far beyond finding the purported insolvency of or a general cessation of payments by the bankrupt company (particularly in respect of the attachment of the property of the subsidiary companies without their having been summonsed and without their having been adjudicated bankrupt); the applications for relief presented by subsidiary companies directly affected by the judgment of 12 February 1948 were rejected as inadmissible on the grounds of lack of *jus standi*; it was impossible to develop or argue the complaints against the General Conditions of Sale because the order which had approved the General Conditions of Sale was regarded as a matter of mere routine.

The Belgian Government considers that "many years elapsed after the bankruptcy judgment and even after the ruinous sale of the property of the Barcelona Traction group without either the bankrupt company or those co-interested with it having had an opportunity to be heard on the numerous complaints put forward against the bankruptcy judgment and related decisions in the opposition of 18 June 1948 and in various other applications for relief". It continues that "those delays were caused by the motion to decline jurisdiction fraudulently lodged by a confederate of the petitioners in bankruptcy and by incidental proceedings instituted by other men of straw of the March group . . .". Furthermore, it concludes: "that both general international law and the Spanish-Belgian Treaty of 1927 regard such delays as equivalent to the denial of a hearing".

* * *

From what we have seen above, we can recognize that the alleged ground for complaint on the merits consists essentially of a denial of justice for which the Belgian Government blamed the Spanish State. It is one of the cases in which a State may incur responsibility through the act or omission of any of its organs (legislative, administrative, or judicial). But whether a State incurs responsibility or not depends on the concrete circumstances of each case; in particular, the characteristics of the three kinds of State activities—legislative, administrative and judicial—must be taken into consideration. Mechanical, uniform treatment must be avoided.

The case before the Court is concerned mainly with the acts and omissions of some judicial organs, particularly of the Spanish judges and courts, which, the Belgian Government alleges, constitute denials of justice.

Whether the above-mentioned acts and omissions allegedly constituting denials of justice would entail international responsibilities as constituting infringements of international law, must of course be decided from the nature of each act and omission in question; but we must consider also

ayant méconnu les droits de la défense; il fait valoir notamment: que le tribunal de Reus a inséré dans son jugement, prononcé sur simple requête, des dispositions qui dépassaient de loin la constatation de la prétendue insolvabilité ou cessation générale de paiements de la société faillie (particulièrement à l'égard des sociétés auxiliaires, dont les biens furent saisis sans qu'elles eussent été assignées et sans qu'elles fussent déclarées en faillite); que les recours introduits par les sociétés auxiliaires directement atteintes par le jugement du 12 février 1948 ont été rejetés comme non recevables pour défaut de qualité; que les griefs contre le cahier des charges ne purent être ni développés ni débattus, parce que l'ordonnance qui avait approuvé celui-ci fut considérée comme de simple routine.

Le Gouvernement belge considère « que de nombreuses années s'écoulèrent après le jugement de faillite et même après la vente ruineuse des avoirs du groupe de la Barcelona Traction, sans que ni la société faillie ni ses coïntéressés aient eu la possibilité de se faire entendre sur les nombreux griefs formulés contre le jugement de faillite et les décisions connexes dans l'opposition du 18 juin 1948 et dans divers autres recours ». Il ajoute que « ces retards furent causés par le déclinatoire de juridiction frauduleusement introduit par un comparse des requérants à la faillite et par des incidents émanant d'autres hommes de paille du groupe March... ». En conclusion, il déclare que « tant le droit international général que le traité hispano-belge de 1927 assimilent de tels retards à un refus d'audience ».

* * *

Ce qui précède nous permet de constater que, sur le fond, la demande est motivée essentiellement par le déni de justice que le Gouvernement belge reproche à l'Etat espagnol. C'est l'un des cas où la responsabilité d'un Etat peut être engagée par un acte ou par une omission d'un de ses organes (législatif, administratif ou judiciaire). Mais la question de savoir si la responsabilité d'un Etat est effectivement engagée dépend des circonstances concrètes de chaque espèce; il faut notamment prendre en considération ce qui caractérise les trois sortes d'activités étatiques — législative, administrative et judiciaire — en évitant de traiter la question de façon mécanique et uniforme.

L'affaire soumise à la Cour concerne principalement les actes et omissions de certains organes judiciaires — et plus spécialement des juges et des tribunaux espagnols — qui, selon le Gouvernement belge, constitueraient des dénis de justice.

Quant à savoir si les actes et omissions, déjà mentionnés, que l'on présente comme des dénis de justice, entraînent une responsabilité internationale en tant qu'infractions au droit international, cela dépend bien entendu de la nature de chaque acte ou omission; mais nous devons à ce

the characteristics of the judicial function of a State as a whole and the judiciary in relation to the executive in particular.

One of the most important political and legal characteristics of a modern State is the principle of judicial independence. The independence of the judiciary in a formal sense means the guarantee of the position of judges, and in a material sense it means that judges are not bound except by their conscience.

Although judges possess the status of civil servants, they do not belong to the ordinary hierarchy of government officials with superior-subordinate relationships. They are not submitted to ordinary disciplinary rules, but to rules *sui generis*.

As to the institutional independence of courts as a whole, differences exist among various countries. In the first category of countries a system is adopted whereby the highest court or the lower courts, or both, have conferred upon them the power of judicial review, namely the power to pass judgment on the constitutionality of laws, ordinances and official acts. In these countries, as a corollary of this system, the independence of courts and judges vis-à-vis the government is outstanding. But in other countries where the whole body of courts and judges is under the authority of the Minister of Justice who is a member of the Cabinet, this does not seem to create much difference, so far as judicial independence is concerned, from the former group of countries. What is required from judges by judicial ethics does not differ in the two systems.

The judicial independence of courts and judges must be safeguarded not only from other branches of the government, that is to say, the political and administrative power, but also from any other external power, for instance, political parties, trade unions, mass media and public opinion. Furthermore, independence must be defended as against various courts and as between judges. Courts of higher instance and judges of these courts do not function as superiors exercising the power of supervision and control in the ordinary sense of the term vis-à-vis courts of lower instance and their judges.

This is a particularity which distinguishes the judiciary from other branches of government. This distinction, we consider, seems to be derived, on the one hand, from consideration of the social significance of the judiciary for the settlement of conflicts of vital interest as an impartial third party and, on the other hand, from the extremely scientific and technical nature of judicial questions, the solution of which requires the most highly conscientious activities of specially educated and trained experts. The independence of the judiciary, therefore, despite the existence of differences in degree between various legal systems, may be considered as a universally recognized principle in most of the municipal and international legal systems of the world. It may be admitted to be a

propos examiner aussi les caractéristiques de la fonction judiciaire de l'Etat considérée dans son ensemble, et plus spécialement les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Une des caractéristiques politiques et juridiques les plus importantes d'un Etat moderne est le principe de l'indépendance judiciaire. L'indépendance du pouvoir judiciaire veut dire, au sens formel, que le statut des juges est garanti et, concrètement, que les juges ne sont liés que par leur conscience.

Bien qu'ils possèdent le statut de fonctionnaires, les juges n'appartiennent pas à la hiérarchie ordinaire des agents de l'administration, caractérisée par des rapports de subordonnés à supérieurs. Ils ne sont pas soumis aux règles ordinaires de discipline, mais à des règles *sui generis*.

Quant à l'indépendance institutionnelle des tribunaux en général, elle présente des différences selon les pays. Dans une première catégorie de pays, on a adopté un système qui confère au tribunal suprême ou aux tribunaux inférieurs, ou à toutes ces juridictions, un pouvoir de contrôle judiciaire, c'est-à-dire le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, ordonnances et actes officiels. Ce système a pour corollaire une indépendance remarquable des tribunaux et des juges à l'égard du gouvernement. Mais dans d'autres pays, où l'ensemble des tribunaux et des juges relèvent de l'autorité du ministre de la justice, qui est membre du gouvernement, il ne semble pas que la différence soit grande, pour ce qui est de l'indépendance judiciaire, par rapport au premier groupe de pays. Dans les deux systèmes, l'éthique judiciaire exige la même chose des magistrats.

L'indépendance judiciaire des tribunaux et des juges ne doit pas seulement être protégée à l'égard des autres branches du gouvernement, c'est-à-dire du pouvoir politique et administratif, mais aussi à l'égard de tous les autres pouvoirs extérieurs: partis politiques, syndicats, moyens d'information de masse et opinion publique. En outre, cette indépendance doit être défendue contre les divers tribunaux et entre les juges. Les tribunaux d'un degré plus élevé et les juges qui y siègent n'ont pas une supériorité hiérarchique qui leur permettrait d'exercer un pouvoir de surveillance ou de contrôle, au sens ordinaire, à l'égard des tribunaux inférieurs et de leurs juges.

Il s'agit là d'une particularité qui distingue le pouvoir judiciaire des autres branches du gouvernement. Cette distinction nous paraît résulter, d'une part, de la signification qui s'attache sur le plan social à la fonction du pouvoir judiciaire, chargé en tant que tierce partie impartiale de résoudre des conflits d'intérêt vital, d'autre part, de la nature hautement scientifique et technique des questions judiciaires dont la solution exige le recours à des spécialistes d'une conscience scrupuleuse. Aussi, l'indépendance du pouvoir judiciaire, malgré certaines différences de degré, peut-elle être considérée comme un principe universellement admis dans la plupart des systèmes juridiques du monde, tant sur le plan interne que sur le plan international. On peut donc la ranger parmi les « principes

“general principle of law recognized by civilized nations” (Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute).

The above-mentioned principle of judicial independence has important repercussions in dealing with the question of the responsibility of States for acts of their organs internally as well as internationally.

In the field of municipal law, we have, in the matter of responsibility of States for acts of their judiciary, the following information furnished by the Max-Planck Institute in *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, 1967. So far as the judiciary is concerned, it concludes:

“In the overwhelming majority of the legal systems investigated, the State is not liable for the conduct of its judicial organs.” (*Op. cit.*, p. 773.)

In addition, it must be pointed out that those countries exceptionally recognizing State responsibility limit its application to criminal matters under specific circumstances (in particular, the compensation of innocent persons who have been held in custody).

As to the international sphere, an analogous principle exists. Unlike internationally injurious acts committed by administrative officials, a State is, in principle, not responsible for those acts committed by judicial functionaries (mainly judges) in their official capacity. The reason for this is found in the fact that in modern civilized countries they are almost entirely independent of their government.

We shall take into account the above-mentioned characteristics of the judiciary to resolve the question of whether the Spanish State incurs responsibility by reason of alleged internationally wrongful acts and omissions of the Spanish courts and judges, because their activities constitute the main grounds for the complaints which are presented as charges of denials of justice.

The question may be whether the acts and omissions mentioned here (in the final submissions) really constitute an international wrong for which the Spanish State is responsible for reparation in respect of the damage.

If judicial organs function quite independently of the government, it may be impossible for a State to incur responsibility by reason of any judicial act or omission on the municipal as well as on the international plane. But, in the case of some serious mistakes in judicial actions, a State is made responsible, by special legislative measures, for the reparation of damage; grave irregularities committed by the municipal judiciary may involve a State's responsibility on the plane of international law.

In short, on the one hand, a State by reason of the independence of the

généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (art. 38, par. 1 c) du Statut de la Cour).

Le principe susmentionné de l'indépendance judiciaire a d'importantes répercussions sur la question de la responsabilité des Etats à raison des actes accomplis par leurs organes, en droit interne comme en droit international.

Dans le domaine du droit interne, en ce qui a trait à la responsabilité des Etats pour les actes du pouvoir judiciaire, l'Institut Max Planck arrive à la conclusion suivante (*Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, 1967):

« Dans la très vaste majorité des systèmes juridiques étudiés, l'Etat n'est pas responsable à raison du comportement de ses organes judiciaires. » (*Op. cit.*, p. 773.)

Il faut d'autre part noter que les pays reconnaissant, à titre exceptionnel, la responsabilité de l'Etat, limitent celle-ci aux matières criminelles et à des cas déterminés (en particulier celui des dommages dus aux personnes reconnues innocentes après avoir été emprisonnées).

Un principe analogue existe dans le domaine international. Contrairement à ce qui est la règle pour les actes dommageables de caractère international commis par des autorités administratives, un Etat n'est pas en principe responsable des actes accomplis par les fonctionnaires de l'ordre judiciaire (principalement les juges) dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Cela s'explique par le fait que, dans les pays civilisés modernes, les magistrats sont presque complètement indépendants de leur gouvernement.

Nous aurons à tenir compte de ces caractéristiques du pouvoir judiciaire pour déterminer si la responsabilité de l'Etat espagnol est engagée par des actes et des omissions prétendument illicites des tribunaux et des juges espagnols, dont l'activité constitue le fondement essentiel du grief de déni de justice qui a été formulé.

Il s'agit en l'occurrence d'établir si les actes et omissions incriminés (dans les conclusions finales) constituent véritablement une faute internationale dont l'Etat espagnol est responsable et qu'il doit réparer.

Si les organes judiciaires sont entièrement indépendants du gouvernement, il semblerait que la responsabilité de l'Etat ne puisse être mise en cause à raison d'aucun acte ou d'omission du pouvoir judiciaire, ni sur le plan interne ni sur le plan international. Toutefois, lorsqu'une faute grave est commise dans une action judiciaire, la responsabilité de l'Etat peut résulter de dispositions législatives spéciales prévoyant la réparation du dommage; de graves irrégularités commises par les tribunaux nationaux peuvent engager la responsabilité d'un Etat sur le plan international.

Bref, on peut dire que si, en raison de l'indépendance du pouvoir

judiciary, in principle, is immune from responsibility concerning the activities of judicial organs; this immunity, on the other hand, is not of an absolute nature. In certain cases the State is responsible for the acts and omissions of judicial organs, namely in cases where grave circumstances exist. That is the reason why denial of justice is discussed by writers as a matter involving a State's responsibility.

The concept of a denial of justice, understood in the proper sense, is that of an injury committed by a court of justice involving the responsibility of the State. A difference of views—narrower and broader interpretations—exists concerning acts of this kind, as we have seen in other contexts. The view which we consider as acceptable is the broader one, which covers cases of denial of justice, such as "corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it". But from the latter viewpoint, as a principle, no erroneous or even unjust judgment of a court will constitute a denial of justice.

Justification for this interpretation can be found in the independence of the judiciary (Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, Vol. I, 8th ed., 1955, p. 360). Brierly-Waldock says:

"It will be observed that even on the wider interpretation of the term 'denial of justice' which is here adopted, the misconduct must be extremely gross. The justification of this strictness is that the independence of courts is an accepted canon of decent government, and the law therefore does not lightly hold a state responsible for their faults. It follows that an allegation of a denial of justice is a serious step which states . . . are reluctant to take when a claim can be based on other grounds." (*Op. cit.*, p. 287.)

* * *

Next, we shall consider the content and character of a denial of justice allegedly committed by the Spanish judicial authorities.

It is to be noted that the various complaints raised by the Belgian Government are mainly concerned with the interpretation of municipal law, namely provisions of the Spanish commercial code and civil procedure code in the matter of bankruptcy, and provisions of Spanish private international law on the jurisdiction of Spanish Courts concerning bankruptcy. Questions relating to these matters are of an extremely complicated and technical nature: they are highly controversial and it is not easy to decide which solution is right and which wrong. Even if one correct solution could be reached, and if other contrary solutions could be decided to be wrong, we cannot assert that incorrect decisions constitute in themselves a denial of justice and involve international responsibility.

For instance, the attachment of the property of the subsidiary com-

judiciaire, un Etat est en principe affranchi de toute responsabilité quant aux actes de ses organes judiciaires, cette immunité n'a pas un caractère absolu. Dans certains cas graves l'Etat est responsable des actes et omissions des organes judiciaires. C'est pour cette raison que la doctrine cite le déni de justice parmi les motifs permettant de mettre en cause la responsabilité de l'Etat.

Au sens propre, la notion de déni de justice s'applique à un préjudice causé par un tribunal et engageant la responsabilité de l'Etat. Comme nous l'avons vu par ailleurs, les opinions diffèrent à cet égard et l'on aboutit à deux interprétations, l'une étroite et l'autre plus large. C'est cette dernière qui, selon nous, peut être acceptée; elle admet de nombreuses formes de déni de justice dans les cas de « corruption, menaces, délais injustifiés, abus de procédure flagrant, jugement dicté par le pouvoir exécutif ou si manifestement injuste qu'aucun tribunal à la fois compétent et probe n'eût pu le rendre ». Mais de ce point de vue, un jugement erroné ou injuste ne suffit pas, en principe, à constituer un déni de justice.

Cette interprétation trouve sa justification dans l'indépendance du pouvoir judiciaire (Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8^e éd., 1955, p. 360). Brierly-Waldock s'exprime ainsi:

« On remarquera que même selon l'interprétation large de l'expression « déni de justice » que nous adoptons, la faute doit être flagrante. Si on se montre aussi strict, c'est parce que l'indépendance des tribunaux est un principe de gouvernement indiscuté, et ce n'est donc pas à la légère que la loi tiendra l'Etat pour responsable de leurs fautes. Il s'ensuit qu'une allégation de déni de justice est une chose sérieuse que les Etats... répugnent à invoquer lorsqu'une demande peut être autrement fondée. » (*Op. cit.*, p. 287.)

* * *

Nous examinerons maintenant le contenu et le caractère du déni de justice qui aurait été commis par les autorités judiciaires espagnoles.

On notera que les divers griefs formulés par le Gouvernement belge visent principalement l'interprétation de la loi interne, c'est-à-dire des dispositions du code de commerce et du code de procédure civile espagnols ainsi que celles du droit international privé espagnol concernant la compétence des tribunaux espagnols en matière de faillite. Il s'agit de questions extrêmement compliquées et techniques; elles soulèvent de vives controverses et il est malaisé de dire si telle solution est juste ou fautive. Même si l'on pouvait déterminer quelle est la solution correcte et déclarer inexactes les solutions contraires, on ne saurait en conclure que des décisions erronées constituent en soi un déni de justice entraînant une responsabilité internationale.

C'est ainsi que la saisie des biens des sociétés filiales ordonnée par le

panies by the Reus judge in disregard of their juridical personalities and relying on the doctrine of "piercing the veil", even if it might be deemed illegal, could not be recognized as a denial of justice. As a legal question, this issue involves an element similar to the question of whether the Belgian Government can base its *jus standi* for the purpose of the diplomatic protection of Belgian shareholders on the doctrine of "piercing the veil". The controversies concerning the alleged failure to order the publication of the bankruptcy in the place of domicile of the bankrupt and the validity of decisions failing to respect the separate estates of Barcelona Traction's subsidiary and sub-subsidiary companies or conferring on the bankruptcy authorities the fictitious possession (termed "mediate and constructive civil possession") of securities of certain subsidiary and sub-subsidiary companies, should be considered in themselves irrelevant to the question of the existence of a denial of justice also.

These questions which are concerned with the interpretation of the positive law of a State and which are of a technical nature, cannot in themselves involve an important element which constitutes a denial of justice. Questions of the kind mentioned above may constitute at least "erroneous or unjust judgment" but cannot come within the scope of a charge of denial of justice.

The same can be said concerning the validity of the bankruptcy judgment from the viewpoint of the existence or non-existence of a cessation of payments or a state of insolvency. Even if any error in fact-finding or in the interpretation and application of provisions concerning bankruptcy exists, it would not constitute in itself a denial of justice.

The question of valuation of the property of the Barcelona Traction Company as a going concern is a very complicated matter; various methods are conceivable, diverse proposals have been made and experts' opinions are divided. It is difficult to conclude that one method is absolutely right and the other wrong and, therefore, that a judge by adopting one alternative instead of the other would commit a denial of justice.

Arguments developed on the question as to whether the rights incorporated in negotiable securities may be exercised without possession of the securities, in other words on the question of the temporal separability or non-separability of right and instrument as regards the share may be considered to have no relevance to the question of a denial of justice.

The innumerable controversies concerning the details of the bankruptcy proceedings may also be considered as possessing no relevance from this point of view.

In short, since these issues are of a technical nature, the possible error committed by judges in their decisions cannot involve the responsibility of a State. That the above-mentioned doctrine precludes such an error from being a constituent element in a denial of justice as an internationally wrongful act is not difficult to understand from the other viewpoints also. The reason for this is that these issues are of a municipal law nature and

juge de Reus, sans qu'il soit tenu compte de leur personnalité juridique, et sur la base de la doctrine de la « levée du voile », ne pourrait, fût-elle jugée illégale, être considérée comme un déni de justice. Juridiquement, cette question se rapproche, par l'un de ses éléments, de celle de savoir si le Gouvernement belge peut fonder sa qualité pour agir, aux fins de la protection des actionnaires belges, sur la doctrine de la « levée du voile ». Doivent aussi être considérées comme étrangères au problème de l'existence d'un déni de justice les controverses portant sur le prétendu défaut de publication de la faillite au lieu du domicile du failli, sur la validité des décisions qui méconnaissent la distinction entre les patrimoines de la Barcelona Traction et de ses sociétés filiales et sous-filiales, et sur le fait d'avoir conféré aux organes de la faillite la possession fictive (dite « possession médiata et civilissime ») des titres de certaines filiales et sous-filiales.

Ces questions, qui intéressent l'interprétation du droit positif d'un Etat et qui sont de nature technique, n'ont pas en elles-mêmes une importance suffisante pour permettre de conclure à un déni de justice. Des faits de ce genre peuvent tout au plus constituer les éléments d'un « jugement erroné ou injuste » mais demeurent en dehors du champ d'application du déni de justice.

On peut en dire autant de la validité du jugement de faillite considérée du point de vue de l'existence ou de la non-existence d'une cessation de paiements ou d'un état d'insolvabilité. Même si une erreur avait été commise dans l'établissement des faits ou dans l'interprétation et l'application des dispositions relatives à la faillite, cela ne constituerait pas en soi un déni de justice.

La question de l'évaluation du patrimoine de la Barcelona Traction en tant qu'entreprise en activité est d'une grande complexité; on peut concevoir différentes méthodes, diverses propositions ont été faites et les experts sont partagés. On peut difficilement conclure qu'une méthode est absolument juste et que l'autre est erronée, et qu'en adoptant l'une plutôt que l'autre, le juge commet un déni de justice.

Les arguments mis en avant en vue de déterminer si les droits représentés par des titres négociables peuvent être exercés sans la possession de ces titres, autrement dit ceux qui portent sur le caractère indissociable ou non du droit et du titre dans le temps, peuvent être considérés comme dépourvus de pertinence du point de vue du déni de justice. Du même point de vue, on peut aussi considérer comme sans pertinence les controverses sans nombre touchant les détails de la procédure de faillite.

En résumé, ces problèmes étant de nature technique, l'erreur que les juges peuvent avoir commise ne saurait engager la responsabilité de l'Etat. Même si l'on se place dans une optique différente, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi la doctrine ci-dessus rappelée exclut pareille erreur en tant qu'élément constitutif d'un déni de justice illicite sur le plan international. Il en est ainsi parce que ces questions relèvent du

therefore their interpretation does not belong to the realm of international law. If an international tribunal were to take up these issues and examine the regularity of the decisions of municipal courts, the international tribunal would turn out to be a "cour de cassation", the highest court in the municipal law system. An international tribunal, on the contrary, belongs to quite a different order; it is called upon to deal with international affairs, not municipal affairs. Now, as we have seen above, the actions and omissions complained of by the Belgian Government, so far as they are concerned with incorrectness of interpretation and application of municipal law, cannot constitute a denial of justice. This means that in itself the incorrectness of a judgment of a municipal court does not have an international character.

A judgment of a municipal court which gives rise to the responsibility of a State by a denial of justice does have an international character when, for instance, a court, having occasion to apply some rule of international law, gives an incorrect interpretation of that law or applies a rule of domestic law which is itself contrary to international law (Brierly-Waldock, *op. cit.*, p. 287). Apart from such exceptionally serious cases, erroneous and unjust decisions of a court, in general, must be excluded from the concept of a denial of justice.

* * *

Now, excluding allegedly erroneous or unjust decisions of the Spanish judiciary as constituent elements of a denial of justice, it remains to examine whether behind the alleged errors and irregularities of the Spanish judiciary some grave circumstances do not exist which may justify the charge of a denial of justice. Conspicuous examples thereof would be "corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it", which were quoted above. We may sum up these circumstances under the single head of "bad faith".

Two questions arise. Does the Belgian Government contend that there existed such circumstances as bad faith in order to justify its complaints based on a denial of justice? If this question is answered in the affirmative, has the existence of aggravating facts been sufficiently proved?

Here we must be aware that we are confronted with questions belonging to a dimension entirely different to the one which we have dealt with above: it is not a municipal or legal-technical, but an international and moral dimension. An ethical valuation of the conduct of national judicial organs has been introduced. It is not the correctness or incorrectness of the interpretation or application of the positive law of a country which is in question, but the conduct of judicial organs as a whole which must be evaluated from supra-positive, transnational viewpoints (Philip C. Jessup, *Transnational Law*, 1956). We would say that we should consider the

droit interne et qu'en conséquence leur interprétation est étrangère au domaine du droit international. Si un tribunal international devait connaître de ces questions et vérifier la régularité des décisions des tribunaux nationaux, il agirait comme une « cour de cassation », le tribunal le plus élevé du système juridique national. Or un tribunal international appartient à un ordre entièrement différent; sa fonction est de traiter des affaires internationales, non des affaires internes. Comme nous venons de le voir, les actes et omissions dont se plaint le Gouvernement belge, dans la mesure où ils impliquent une interprétation et une application inexactes du droit interne, ne peuvent constituer un déni de justice. Cela veut dire qu'en soi l'inexactitude du jugement rendu par un tribunal national n'a pas un caractère international.

Il en va autrement quand le jugement d'un tribunal national engage la responsabilité de l'Etat du fait d'un déni de justice, par exemple lorsqu'un tribunal appelé à appliquer une règle de droit international en donne une interprétation inexacte ou applique une règle de droit interne qui est elle-même contraire au droit international (Brierly-Waldock, *op. cit.*, p. 287). Abstraction faite de cas d'une gravité aussi exceptionnelle, les décisions erronées ou injustes d'un tribunal doivent en général être exclues du champ d'application du déni de justice.

* * *

Ayant ainsi écarté les décisions prétendument injustes ou erronées des tribunaux espagnols comme n'étant pas un élément constitutif du déni de justice, il reste à déterminer si les erreurs et irrégularités imputées à ces tribunaux ne recouvrent pas des faits suffisamment graves pour justifier l'accusation de déni de justice. On a précédemment cité des exemples frappants de faits semblables — cas de « corruption, menaces, délais injustifiés, abus de procédure flagrant, jugement dicté par le pouvoir exécutif ou si manifestement injuste qu'aucun tribunal à la fois compétent et probe n'eût pu le rendre ». Ils peuvent se résumer en une formule: « la mauvaise foi ».

Deux questions se posent ici. A l'appui de son grief de déni de justice, le Gouvernement belge allègue-t-il l'existence de circonstances relevant de la mauvaise foi? En cas de réponse affirmative à cette question, l'existence de ces circonstances aggravantes a-t-elle été suffisamment prouvée?

Il faut bien voir que nous sommes ici en présence de questions d'une tout autre dimension que celles que nous venons d'examiner: nous ne nous plaçons plus à l'échelle nationale du juridique et du technique, mais à l'échelle internationale et morale. Les considérations de technique judiciaire sont remplacées par une appréciation du comportement des organes judiciaires nationaux sur le plan moral. Ce n'est plus l'exactitude ou l'inexactitude de l'interprétation et de l'application du droit positif d'un pays qui est en cause, mais c'est le comportement des organes judiciaires en général qui doit être apprécié d'un point de vue qui transcende

matter from the viewpoint of natural law which is supra-national and universal. An ethical valuation such as a condemnation for bad faith, abuse of powers or rights, etc., would become a connecting link between municipal and international law and the two jurisdictions—municipal and international—in respect of a denial of justice, and would cause the alleged acts to involve responsibility on the plane of international law.

It is true that the Belgian Government maintains the existence of bad faith in actions and omissions of the Spanish judiciary. However, most of its arguments concentrate on pointing out the simple irregularities in each measure. As stated above, this does not differ very much from controversies concerning the interpretation and application of Spanish bankruptcy law—matters which in themselves cannot justify the existence of bad faith on the part of the Spanish judiciary.

Although the Belgian Government insists on the existence of bad faith on the part of the Spanish judiciary and puts forward some evidence concerning the personal relationship of Mr. Juan March and his group with some governmental personalities, the use of henchmen in instituting and promoting bankruptcy proceedings, etc., we remain unconvinced of the existence of bad faith on the part of Spanish administrative and judicial authorities. What the Belgian Government alleges for the purpose of evidencing the bad faith of the Spanish judges concerned does not go very much beyond surrounding circumstances; it does not rely on objective facts constituting collusion, corruption, flagrant abuse of judicial procedure by the Spanish judiciary, etc. If corruption of a judge were considered to have been committed, the Barcelona Traction Company and its group should have had recourse to the measure of revision and, if it was upheld, the fact of proving a denial of justice in the present case could have been established.

Despite this, the Belgian Government did not choose this measure. Instead of producing concrete objective facts to evidence the bad faith of the Spanish authorities, the Belgian Government put forward an "overall complaint" consisting of an agglomeration of circumstances which do not appear to be relevant to the issue. The relying upon such an "overall complaint" would mean in itself a weakness in the standpoint of the Belgian side, and it would have no reinforcing or supplementing effect on the cause of the latter.

We consider that aggravating facts, namely those of bad faith, have not been sufficiently proved.

It is not an easy matter to prove the existence of bad faith, because it is concerned with a matter belonging to the inner psychological process, particularly in a case concerning a decision by a State organ.

Bad faith cannot be presumed.

le droit positif, c'est-à-dire transnational (Philip C. Jessup, *Transnational Law*, 1956). Disons que la question doit être envisagée sur le plan du droit naturel, qui est supranational et universel. Ainsi, une appréciation morale telle qu'une condamnation pour mauvaise foi, abus de pouvoirs ou de droits, etc., deviendrait le trait d'union entre le droit interne et le droit international et entre les deux ordres de juridiction — interne et international — dans le domaine du déni de justice; elle permettrait, sur le plan du droit international, de faire jouer la responsabilité de l'Etat dans le cas des actes allégués.

Le Gouvernement belge affirme bien que les actes et omissions des tribunaux espagnols sont entachés de mauvaise foi, mais la plupart de ses arguments consistent surtout à signaler, à propos de chaque mesure, les simples irrégularités qui ont été commises. Comme on l'a déjà fait remarquer, on en reste à peu près aux controverses sur l'interprétation et l'application de la législation espagnole sur la faillite, questions qui ne permettent pas en elles-mêmes d'établir qu'il y a eu mauvaise foi de la part des tribunaux espagnols.

Bien que le Gouvernement belge insiste sur la mauvaise foi des tribunaux espagnols en avançant certaines preuves concernant par exemple les relations personnelles de M. Juan March et de son groupe avec des personnalités gouvernementales, ainsi que le recours à des hommes de paille pour engager et poursuivre la procédure de faillite, la conviction que les autorités administratives et judiciaires espagnoles ont agi de mauvaise foi ne s'impose pas à notre esprit. Pour établir cette mauvaise foi des juges espagnols, le Gouvernement belge ne s'appuie guère que sur de simples présomptions; il ne rapporte aucun fait concret constitutif de collusion, corruption, abus flagrant de la procédure judiciaire par les tribunaux espagnols, etc. S'ils estimaient qu'il y avait eu corruption d'un juge, il appartenait à la Barcelona Traction et à son groupe de recourir à la procédure de revision qui, en cas de succès, aurait permis d'établir le déni de justice dans la présente affaire.

Or, le Gouvernement belge ne s'est pas engagé dans cette voie. Au lieu d'invoquer des faits concrets établissant la mauvaise foi des autorités espagnoles, le Gouvernement belge a formulé un « grief global » rassemblant divers éléments qui ne semblent pas pertinents. Le fait de se fonder sur ce « grief global » est en soi révélateur d'une faiblesse de la position belge, qu'il ne peut en rien renforcer ou consolider.

Nous considérons que l'existence de circonstances aggravantes, telles que la mauvaise foi, n'est pas suffisamment établie.

Prouver l'existence de la mauvaise foi n'est pas facile, surtout quand il s'agit d'une décision d'un organe étatique, car cette preuve concerne un processus psychologique secret. La mauvaise foi ne se présume pas.

Accuser un Etat de déni de justice est chose extrêmement grave. Ce

It is an extremely serious matter to make a charge of a denial of justice vis-à-vis a State. It involves not only the imputation of a lower international standard to the judiciary of the State concerned but a moral condemnation of that judiciary. As a result, the allegation of a denial of justice is considered to be a grave charge which States are not inclined to make if some other formulation is possible.

In short, for the reasons indicated above, the Belgian allegation that Spain violated an international obligation and incurred responsibility vis-à-vis Belgium is without foundation. Therefore, the Belgian Government's claims must be dismissed.

(Signed) Kotaro TANAKA.

n'est pas seulement attribuer à son pouvoir judiciaire un niveau inférieur, sur le plan international; cela suppose aussi une condamnation morale de ce pouvoir judiciaire. C'est pourquoi l'allégation de déni de justice est considérée comme une accusation sérieuse à laquelle les Etats ne sont pas enclins à recourir si le grief peut être autrement formulé.

En résumé, pour les raisons ci-dessus indiquées, l'allégation belge selon laquelle l'Espagne aurait manqué à une obligation internationale et engagé sa responsabilité à l'égard de la Belgique n'est pas fondée. En conséquence, la demande du Gouvernement belge doit être rejetée.

(Signé) Kotaro TANAKA.
