

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

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,

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

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

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

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.)

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

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

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

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

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

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

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 internationaux 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.

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.

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-

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

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 concurremment 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

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

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

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

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

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

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

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. 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

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.

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.

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-

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.)

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.

* * *

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

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 plaigneur 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 ».

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

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

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) 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.
