

## SEPARATE OPINION OF JUDGE JESSUP

1. I agree with the majority of the Court that the Belgian claim must be dismissed, but since I reach that conclusion by different lines of reasoning, I feel it is incumbent on me to explain what my reasons are.

2. I regret that the Court has not considered it appropriate to include in its Judgment a wider range of legal considerations. For my part, I share the view of the late Judge Sir Hersch Lauterpacht, "that there are compelling considerations of international justice and of development of international law which favour a full measure of exhaustiveness of judicial pronouncements of international tribunals" (Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Revised Edition, 1958, Chapter 3, p. 37). Sir Hersch went on to say (at p. 39):

"The administration of justice within the State can afford to rely on purely formal and procedural grounds. It can also afford to disregard the susceptibilities of either of the parties by ignoring such of its arguments as are not indispensable to the decision. This cannot properly be done in international relations, where the parties are sovereign States, upon whose will the jurisdiction of the Court depends in the long run, and where it is of importance that justice should not only be done but that it should also appear to have been done."

3. Six months after he wrote the Preface to that important book, Judge Lauterpacht put his preachment into practice in his separate opinion in the *Certain Norwegian Loans* case, wherein he wrote (*I.C.J. Reports 1957*, p. 9 at p. 36):

"In my opinion, a Party to proceedings before the Court is entitled to expect that its Judgment shall give as accurate a picture as possible of the basic aspects of the legal position adopted by that Party. Moreover, I believe that it is in accordance with the true function of the Court to give an answer to the two principal jurisdictional questions which have divided the Parties over a long period of years and which are of considerable interest for international law. There may be force and attraction in the view that among a number of possible solutions a court of law ought to select that which is most simple, most concise and most expeditious. However, in my opinion such considerations are not, for this Court, the only legitimate factor in the situation."

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. JESSUP

[Traduction]

1. J'estime, avec la majorité de la Cour, que la demande belge doit être rejetée, mais, comme je parviens à cette conclusion par un raisonnement différent, je crois devoir expliquer les motifs qui me guident.

2. Je regrette que la Cour n'ait pas jugé bon, dans son arrêt, de donner à ses considérations juridiques un registre plus étendu. Pour ma part, je partage l'avis de l'ancien juge sir Hersch Lauterpacht, selon lequel « de puissantes considérations — tenant à la justice internationale et au développement du droit international — militent en faveur du caractère entièrement exhaustif des prises de position judiciaires des tribunaux internationaux » (Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, éd. révisée, 1958, chap. 3, p. 37). A quoi sir Hersch ajoutait (p. 39):

« Sur le plan interne on peut, pour administrer la justice, s'en tenir à des motifs purement formels ou procéduraux. On peut aussi, sans avoir à ménager les susceptibilités de l'une ou l'autre partie, ne pas tenir compte d'arguments qui ne sont pas indispensables pour la décision. Il ne sied pas d'en user de même dans les relations internationales, où les parties sont des Etats souverains, dont la juridiction de la Cour dépend à long terme, et où il importe, non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle paraisse avoir été faite. »

3. Six mois après avoir écrit la préface de cet important ouvrage, sir Hersch Lauterpacht mit ses idées en pratique dans son opinion individuelle en l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, où il déclare (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 36):

« A mon avis, une partie devant la Cour est fondée à attendre que l'arrêt reflète aussi exactement que possible les aspects fondamentaux de la position juridique prise par cette partie. Au surplus, j'estime conforme au rôle véritable de la Cour de répondre aux deux principales questions de compétence qui ont divisé les parties pendant de longues années et qui présentent un intérêt considérable pour le droit international. Il se peut qu'il y ait quelque chose de convaincant et de séduisant dans l'opinion d'après laquelle, entre plusieurs solutions possibles, un tribunal doit choisir la plus simple, la plus concise et la plus rapide. Toutefois, j'estime que cela ne saurait constituer, pour cette Cour, les seules considérations légitimes en cause. »

4. In *Interhandel* (*I.C.J. Reports 1959*, p. 6), the Court had before it four preliminary objections advanced by the United States. (One notes in passing that *Interhandel*, like *Barcelona Traction*, was a case involving a holding company and complicated corporate stock interests.) In its Judgment, the Court found it appropriate to record its view on all four preliminary objections. By nine votes to six, the Court upheld the third preliminary objection to the effect that Switzerland had not exhausted the local remedies available to it in the United States. Since the case was disposed of on this ground, it could be argued that the Court should not have ruled in its Judgment on the other three preliminary objections. However, the Court held: by ten votes to five, that it rejected the first preliminary objection; unanimously, that it rejected the second preliminary objection; by ten votes to five, that it was not necessary to adjudicate on part (a) of the fourth preliminary objection; by fourteen votes to one, that it rejected part (b) of the fourth preliminary objection.

Judge Sir Percy Spender, in his separate opinion, and President Klaestad and Judge Sir Hersch Lauterpacht in their dissenting opinions, felt it necessary also to deal with part (a) of the fourth preliminary objection on which the Court declined to rule, because that objection dealt with the important issue of the self-serving or automatic reservation of the United States to its declaration accepting the jurisdiction of the Court.

5. In the *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906* (*I.C.J. Reports 1960*, p. 192), Judge Moreno Quintana in his declaration (p. 217) stated that while he was in agreement with the decision, he believed that a number of "legal questions which are of particular concern . . . should have been dealt with in the first place". He listed the questions which he had in mind and on which the judgment failed to pronounce.

6. In the *Temple of Preah Vihear* case (*I.C.J. Reports 1961*, p. 17), the Court in its Judgment said that the reasons it gave for upholding its jurisdiction made it unnecessary to consider Cambodia's other basis for asserting jurisdiction or Thailand's objection to that basis. In the joint declaration of Judges Sir Gerald Fitzmaurice and Tanaka (pp. 36, 38), one reads:

"As regards the second preliminary objection of Thailand—whilst we are fully in agreement with the view expressed by Sir Hersch Lauterpacht in the *South West Africa—Voting Procedure* case (*I.C.J. Reports 1955*, at pp. 90-93) to the effect that the Court ought not to refrain from pronouncing on issues that a party has argued as central to its case, merely on the ground that these are not essential to the substantive decision of the Court—yet we feel that this view is scarcely applicable to issues of jurisdiction (nor did Sir Hersch imply otherwise). In the present case, Thailand's second

4. Dans l'affaire de l'*Interhandel* (C.I.J. Recueil 1959, p. 6), la Cour avait à examiner quatre exceptions préliminaires soulevées par les Etats-Unis. (On notera au passage que l'affaire de l'*Interhandel* comme celle de la *Barcelona Traction*, visait un holding et des problèmes complexes de participations de sociétés.) Dans son arrêt, la Cour a cru devoir prendre position sur les quatre exceptions préliminaires. Par neuf voix contre six, elle a retenu la troisième, à savoir que la Suisse n'avait pas épuisé les recours internes qui lui étaient ouverts aux Etats-Unis. Comme l'affaire était tranchée sur cette base, on pourrait soutenir que la Cour n'avait pas à se prononcer sur les trois autres exceptions préliminaires. Elle a cependant rejeté la première, par dix voix contre cinq; la deuxième à l'unanimité; elle a décidé, par dix voix contre cinq, qu'elle n'avait pas à se prononcer sur la partie a) de la quatrième, et elle a rejeté, par quatorze voix contre une, la partie b) de cette quatrième exception préliminaire.

Sir Percy Spender, dans son opinion individuelle, ainsi que le Président Klaestad et sir Hersch Lauterpacht, dans leurs opinions dissidentes, ont jugé nécessaire de traiter la partie a) de la quatrième exception préliminaire sur laquelle la Cour n'avait pas statué, parce que cette exception portait sur le point le plus important de la réserve dite automatique dont les Etats-Unis ont assorti leur déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour.

5. Lors de l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (C.I.J. Recueil 1960, p. 192) M. Moreno Quintana a dit dans sa déclaration (p. 217) que, tout en souscrivant à la décision prise, il estimait que « les questions de droit ... (présentant un intérêt particulier) ... auraient dû être abordées en premier lieu ». Il a énuméré les questions auxquelles il pensait et sur lesquelles la Cour, dans son arrêt, ne se prononçait pas.

6. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, (C.I.J. Recueil 1961, p. 17) la Cour a indiqué dans son arrêt qu'étant donné les raisons pour lesquelles elle se déclarait compétente il devenait inutile de procéder à un examen de l'autre motif de compétence invoqué par le Cambodge ou de l'exception soulevée par la Thaïlande à cet égard. Dans leur déclaration commune, sir Gerald Fitzmaurice et M. Tanaka ont dit notamment ceci (p. 38):

« En ce qui concerne la seconde exception préliminaire de la Thaïlande — tout en approuvant pleinement l'opinion énoncée par sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire du *Sud-Ouest africain — Procédure de vote* (C.I.J. Recueil 1955, p. 90-93) et d'après laquelle la Cour ne doit pas éviter de se prononcer sur des questions dont une des parties a fait le centre de son argumentation, pour la seule raison que ces questions ne sont pas essentielles au dispositif de l'arrêt —, nous estimons cependant que cette opinion n'est guère applicable en matière de compétence (sir Hersch ne l'a d'ailleurs pas

preliminary objection was of course fully argued by the Parties. But once the Court, by rejecting the first preliminary objection, has found that it has jurisdiction to go into the merits of the dispute . . . the matter is, strictly, concluded, and a finding, whether for or against Thailand, on her second preliminary objection, could add nothing material to the conclusion, already arrived at, that the Court is competent.”

7. In *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1964*, p. 4, Judge Tanaka in his separate opinion said (at p. 65):

“The more important function of the Court as the principal judicial organ of the United Nations is to be found not only in the settlement of concrete disputes, but also in its reasoning, through which it may contribute to the development of international law.”

8. One of the great jurists of the Permanent Court of International Justice, Judge Anzilotti, also shared the Lauterpacht philosophy of the nature of the international judicial process, as is shown in his dissenting opinion in *Diversion of Water from the Meuse (P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, p. 4 at 45):

“The operative clause of the judgment merely rejects the submissions of the principal claim and of the Counter-claim. In my opinion, in a suit the main object of which was to obtain the interpretation of a treaty with reference to certain concrete facts, and in which both the Applicant and the Respondent presented submissions indicating, in regard to each point, the interpretation which they respectively wished to see adopted by the Court, the latter should not have confined itself to a mere rejection of the submissions of the Applicant: it should also have expressed its opinion on the submissions of the Respondent; and, in any case, it should have declared what it considered to be the correct interpretation of the Treaty.

It is from the standpoint of this conception of the functions of the Court in the present suit that the following observations have been drawn up.”

9. The specific situations in each of the cases cited can be distinguished from the situation in the instant case, but all of the quoted extracts are pervaded by a certain “conception of the functions of the Court” which I share but which the Court does not accept. Article 59 of the Statute indeed provides: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.” But the influence of the Court’s decisions is wider than their binding force.

The instant case, however, presents its own particularity. In its decision in 1964 the Court joined to the merits two of Spain’s preliminary objec-

laissé entendre). En l'espèce, la seconde exception préliminaire de la Thaïlande a évidemment été discutée en détail par les parties. Mais, dès lors que la Cour, rejetant la première exception préliminaire, s'est déclarée compétente pour connaître du fond du litige ... l'affaire est, à strictement parler, réglée, et se prononcer pour ou contre la seconde exception préliminaire de la Thaïlande ne pouvait rien ajouter d'important à la conclusion à laquelle la Cour est déjà parvenue, à savoir qu'elle est compétente.»

7. En l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires* (C.I.J. Recueil 1964, p. 4), M. Tanaka a déclaré dans son opinion individuelle (p. 65):

«La fonction la plus importante de la Cour en qualité de principal organe judiciaire des Nations Unies consiste non seulement à régler les différends concrets, mais aussi, par son raisonnement, à contribuer au développement du droit international.»

8. L'un des grands juristes de la Cour permanente de Justice internationale. M. Anzilotti, partageait également les idées de Lauterpacht sur la nature du processus judiciaire international, ainsi qu'il ressort de son opinion dissidente dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 45):

«Le dispositif de l'arrêt se borne à rejeter les conclusions de la demande principale et de la demande reconventionnelle. Selon moi, dans un procès qui avait principalement pour objet l'interprétation d'un traité par rapport à certains faits concrets et dans lequel le demandeur et le défendeur présentaient, sur chaque point, des conclusions indiquant l'interprétation que chacun d'eux désirait voir adopter par la Cour, celle-ci ne pouvait se limiter au simple rejet des conclusions du demandeur: elle devait se prononcer également sur les conclusions du défendeur et, en tout cas, dire pour droit ce qu'elle jugeait être la bonne interprétation du traité.»

Les observations qui suivent ont été rédigées en partant de cette manière de concevoir la tâche de la Cour dans la présente affaire.»

9. Les situations caractérisant chacune des affaires susvisées se distinguent des circonstances de la présente espèce, mais tous les passages cités s'inspirent d'une certaine «manière de concevoir la tâche de la Cour» à laquelle je souscris, bien que la Cour ne l'accepte pas. Certes l'article 59 du Statut prévoit que «la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé». Mais les décisions de la Cour ont une influence qui dépasse les limites de leur force obligatoire.

L'affaire actuelle présente toutefois une particularité. Dans sa décision de 1964, la Cour a joint au fond deux des exceptions préliminaires de

tions. Whatever the legal interpretation of the character of those preliminary objections at this stage of the proceedings, it remains true that the Belgian claim must be dismissed if either of the objections is well founded. Since one of them is sustained by the Court (and on different grounds in this opinion), it can be said that the Court would reach out too far if it made a judicial finding on the basic question of the existence of a denial of justice—an issue which it has decided Belgium has no right to bring before the Court. Under these circumstances, I agree that it would be excessive for a separate opinion to analyse and pass upon the voluminous proceedings before the Spanish administrative and judicial authorities. There are situations in which the logical must yield to the practical; this is such a situation.

I associate myself with Judge Gros' allusion, in paragraph 28 of his separate opinion, to the problem of the exhaustion of local remedies.

I would also observe that the procedural processes of the Court happily facilitate an informal but nonetheless fruitful division of labour when some judges feel obliged to file separate opinions. Having had the benefit of a preview of the separate opinions of Judges Sir Gerald Fitzmaurice and Gros, I feel content to leave to their opinions, and to other separate opinions as well, the amplification of certain juridical considerations which I do not treat, even as they have been willing to rely on some of my factual summaries. In neither case does it necessarily follow that I or they reach the same conclusions on each point of law or fact.

\* \* \*

10. In adjudicating upon the *Barcelona Traction* case the Court must apply rules from one of the most controversial branches of international law. The subject of the responsibility of States for injuries to aliens (otherwise referred to as the diplomatic protection of nationals), evokes in many current writings recollections of political abuses in past eras<sup>1</sup>. The Court is not involved here in any conflict between great capital-exporting States and States in course of development. Belgium and Spain are States which, in those terms, belong in the same grouping. I do not agree with the Spanish contention on 20 May 1969 that Belgium was merely trying to get the Court to internationalize a private litigation, but it is true that basically the conflict was between a powerful Spanish financial group and a comparable non-Spanish group. This case cannot be said to evoke problems of "neo-colonialism".

<sup>1</sup> The writer may be excused for mentioning that he described and deplored such abuses, more than two decades ago: *A Modern Law of Nations*, 1947, Chapter V. Happily, the days of "gun-boat diplomacy" are now lost in limbo.

l'Espagne. Quelle que soit la façon dont on interprète juridiquement la nature de ces exceptions préliminaires dans la présente phase de la procédure, il reste que la requête belge doit être rejetée si l'une des exceptions est fondée. Or, puisque l'une de ces exceptions est retenue par la Cour (et, pour des motifs différents, par l'auteur de la présente opinion), on peut penser que la Cour irait trop loin si elle prenait judiciairement position sur la question fondamentale de l'existence d'un déni de justice — dont, selon la décision adoptée, la Belgique n'a pas le droit de saisir la Cour. Cela étant, j'admets qu'il serait excessif dans une opinion individuelle d'analyser la masse des données relatives aux procédures qui se sont déroulées devant les autorités administratives et judiciaires espagnoles et de se prononcer à leur sujet. Il est des cas où la logique doit céder devant des considérations d'ordre pratique; nous nous trouvons dans cette situation.

Je m'associe à M. Gros, qui a fait allusion au problème de l'épuisement des recours internes au paragraphe 28 de son opinion individuelle.

J'ajoute que la pratique de la Cour facilite heureusement une division du travail qui n'a rien d'officiel mais n'en est pas moins fructueuse, dans le cas où certains juges se sentent tenus de déposer des opinions individuelles. Ayant pu prendre connaissance à l'avance des opinions individuelles de sir Gerald Fitzmaurice et de M. Gros, je leur laisse volontiers, ainsi qu'aux auteurs d'autres opinions individuelles, le soin de développer certaines considérations juridiques que je n'ai pas traitées moi-même, et, réciproquement, ils ont bien voulu, de leur côté, s'appuyer sur les résumés que j'ai donnés de certains faits. Mais, ni dans leur cas, ni dans le mien, il ne s'ensuit nécessairement que nous aboutissions aux mêmes conclusions sur chaque point de droit ou de fait.

\* \* \*

10. Pour se prononcer sur l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour doit appliquer des règles relevant de l'une des branches les plus controversées du droit international. La question de la responsabilité des Etats en cas de dommages causés à des étrangers (autrement dit la protection diplomatique des ressortissants) évoque d'après nombre d'écrivains contemporains le souvenir d'abus politiques commis à des époques révolues<sup>1</sup>. Mais la Cour n'est pas ici en face d'un conflit entre de grands Etats exportateurs de capitaux et des Etats en voie de développement. La Belgique et l'Espagne sont des Etats qui, sur ce plan, appartiennent au même groupe. Je n'accepte pas l'assertion espagnole du 20 mai 1969 selon laquelle la Belgique s'est simplement efforcée d'amener la Cour à internationaliser un litige privé, mais il est vrai qu'à la base le conflit oppose un puissant groupe financier espagnol et

<sup>1</sup> On voudra bien excuser l'auteur de rappeler au passage qu'il a décrit et déploré de tels abus il y a plus de vingt ans dans *A Modern Law of Nations*, 1947, chap. V. Heureusement, la « diplomatie des canonnières » se perd dans les brumes du passé.



Moreover, the Court is not here in the least concerned with such provocative problems as State sovereignty over natural resources or the rules applicable to compensation in case of nationalizations or expropriations. Professor F. V. García Amador, in his sixth report as Special Rapporteur of the International Law Commission on State responsibility (*Yearbook of the International Law Commission*, 1961, Vol. II, p. 2 at p. 46), set forth an admirable attitude:

“... his purpose was to take into account the profound changes which are occurring in international law, in so far as they are capable of affecting the traditional ideas and principles relating to responsibility. The only reason why, in this endeavour, he rejected notions or opinions for which acceptance is being sought in our time, is that he firmly believes that any notion or opinion which postulates extreme positions—whatever may be the underlying purpose or motive—is incompatible and irreconcilable with the idea of securing the recognition and adequate legal protection of all the legitimate interests involved. That has been the policy followed by the Commission hitherto and no doubt will continue to be its policy in the future.”

11. The institution “of the right to give diplomatic protection to nationals abroad was recognized in... the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961”, as Mr. Gros (as he then was) reminded the sub-committee of the International Law Commission (*Yearbook of the International Law Commission*, 1963, Vol. II, p. 230). The institution of the right to give diplomatic protection is surely not obsolete although new procedures are emerging.

With reference to diplomatic protection of corporate interests, the customary international law began to change in the latter half of the nineteenth century<sup>1</sup>. As Jennings writes, in somewhat picturesque and Kiplingesque language:

“It is small wonder that difficulties arise when 19th century precedents about outrageous behaviour towards aliens residing in outlandish parts are sought to be pressed into service to yield principles apposite to sophisticated programmes of international investment.” (121 *Hague Recueil* 1967, II, p. 473.)

Since the critical date in this case is 1948, developments in the law

<sup>1</sup> Paul De Visscher sees the change developing after the decision in the *Ruden* case in 1870; 102 *Hague Recueil* 1961, II, at pp. 467-468.

un groupe non espagnol comparable. On ne saurait donc dire que l'affaire mette en jeu des problèmes de « néo-colonialisme ».

De plus, en la présente espèce, la Cour n'a nullement à se préoccuper de problèmes aussi épineux que la souveraineté d'un Etat sur les ressources naturelles ou les règles applicables au dédommagement en cas de nationalisation ou d'expropriation. L'attitude adoptée par M. F. V. García Amador dans le sixième rapport qu'il a rédigé en qualité de rapporteur spécial de la Commission du droit international, à propos de la responsabilité des Etats (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1961, vol. II, p. 48) est digne de tous les éloges :

« ... il a étudié les profondes transformations qui se produisent dans le droit international afin de déterminer de quelle manière et dans quelle mesure elles peuvent influencer les concepts et principes traditionnels en matière de responsabilité. Si, ce faisant, il a écarté des orientations ou tendances qui tentent de se faire jour à notre époque, c'est uniquement parce qu'il a la ferme conviction que toute orientation ou tendance impliquant des positions extrêmes est, quel que soit le but ou le motif auquel elle répond, incompatible et inconciliable avec l'idée selon laquelle il faut assurer la reconnaissance et la protection juridique adéquate de tous les intérêts légitimes en cause. Telle a été jusqu'à présent et telle sera sans nul doute à l'avenir, la politique de la Commission. »

11. « Le droit d'accorder une protection diplomatique aux nationaux à l'étranger est reconnu par ... la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques », comme M. Gros (qui n'était pas encore juge à la Cour) l'a rappelé à la sous-commission de la Commission du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 240). L'institution qu'est le droit d'accorder une protection diplomatique n'est sûrement pas caduque, quoique de nouvelles procédures fassent leur apparition.

Pour ce qui est de la protection diplomatique des intérêts des sociétés, le droit international coutumier a commencé à changer pendant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>. Comme l'écrit Jennings dans un langage assez pittoresque qui n'est pas sans rappeler Kipling :

« Il n'est pas surprenant que des difficultés surgissent lorsque l'on invoque des précédents du XIX<sup>e</sup> siècle concernant des excès indignes commis à l'endroit d'étrangers résidant dans des contrées reculées afin d'établir des principes applicables à des programmes complexes d'investissements internationaux. » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1967, tome 121, vol. II, p. 473.)

Puisqu'en l'espèce la date critique est 1948, l'évolution du droit et des

<sup>1</sup> Selon Paul De Visscher, cette modification se serait produite après la décision relative à l'affaire *Ruden* en 1870, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1961, tome 102, vol. II, p. 467-468.

and procedures during the ensuing last two decades are not controlling.

12. Any court's application of a rule of law to a particular case, involves an interpretation of the rule. Historical and logical and teleological tools may be used by the judge, consciously or unconsciously. If the Court in the instant case had decided to include more factors in its Judgment, it could have clarified the traditional system in the light of clearer understandings of business practices and forms of corporate organization, as these were already well developed two decades ago when the events called into question in this case transpired. Legal norms applicable to those events should not be swept aside on the assumption that they have already become mere cobwebs in the attics of legal history. Corporations today and tomorrow may well utilize other methods of financing and controlling foreign enterprises, and governments will have adapted or will adapt their own laws and practices to meet the realities of the economic factors which affect the general interests of the State. The "law of international economic development" will mature. Thus joint business ventures, State guarantees of foreign investment, the use of international organizations such as the IBRD and UNDP, may in the course of time relegate the case of *Barcelona Traction* to the status now occupied by *Delagoa Bay*—a precedent to be cited by advocates if helpful to the pleading of a cause, but not a guiding element in the life of the international business community.

Nevertheless, the Court has the duty to settle a specific dispute between Belgium and Spain which arose out of Spain's exercising jurisdiction over a complex of foreign corporate enterprises.

13. There is a trend in the direction of extending the jurisdictional power of the State to deal with foreign enterprises which have contact with the State's territorial domain; "... all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty<sup>1</sup>. But what are the limits placed by international law? Do the courts of the United States, for example, go too far in applying its anti-trust laws to foreign enterprises, following the statement of principle by Judge Hand in *Alcoa*<sup>2</sup>? But that principle is accepted in at least six other countries<sup>3</sup>. Are the jurisdictional limits on national jurisdiction exceeded in the cases dealing with product liability of a

<sup>1</sup> *Lotus, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 19.*

<sup>2</sup> 148 Fed. 2d 416 (1946). Cf. Jessup, *Transnational Law*, 1956, pp. 73 ff.

<sup>3</sup> Drachsler, "American Parent and Alien Subsidiary: International Anti-trust Problems of the Multinational Corporation", *Bulletin of the Section of International*

procédures pendant les deux dernières décennies ne joue pas un rôle déterminant.

12. Chaque fois qu'un tribunal applique une règle de droit à un cas d'espèce, il est amené à interpréter cette règle. Pour cela, le juge peut faire appel, consciemment ou inconsciemment, à des moyens historiques, logiques ou téléologiques. Si, en l'affaire actuelle, la Cour avait décidé de prendre en considération d'autres facteurs dans son arrêt, elle aurait pu mieux éclairer le système traditionnel grâce à une meilleure compréhension des pratiques commerciales et des formes que revêt la structure des sociétés commerciales, car ces éléments étaient déjà bien développés il y a deux décennies, quand se sont produits les faits de la présente cause. Il ne faudrait pas écarter péremptoirement les normes juridiques applicables à ces faits, sous prétexte qu'elles ne seraient plus que des vestiges poussièreux n'intéressant que l'histoire du droit. Il se peut fort bien que les sociétés d'aujourd'hui et de demain aient ou puissent avoir recours à d'autres méthodes de financement et de contrôle des entreprises à l'étranger et que les gouvernements adaptent ou puissent adapter leurs propres lois et leurs pratiques pour tenir compte de la réalité des facteurs économiques qui affectent les intérêts généraux de l'Etat. Le « droit du développement économique international » viendra à maturité. Les entreprises communes, les garanties accordées par l'Etat aux investissements étrangers, le recours à des organisations internationales telles que la BIRD et le PNUD, pourront ainsi, avec le temps, reléguer l'affaire de la *Barcelona Traction* au rang qu'occupe actuellement celle de la *Delagoa Bay*, c'est-à-dire à celui d'un précédent pouvant être invoqué par des avocats quand il peut les aider à défendre une cause, mais non d'un élément pouvant guider la collectivité commerciale internationale dans son activité.

Il reste que la Cour doit à présent régler un litige concret qui s'est élevé entre la Belgique et l'Espagne parce que cette dernière a exercé sa juridiction sur tout un complexe de sociétés étrangères.

13. Il existe une tendance à étendre la compétence juridictionnelle de l'Etat aux entreprises étrangères qui ont un point de contact quelconque avec le domaine territorial de l'Etat; « tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté <sup>1</sup> ». Mais quelles sont les limites tracées par le droit international? Par exemple, les tribunaux des Etats-Unis vont-ils trop loin en appliquant les lois antitrust américaines aux entreprises étrangères, après la déclaration de principe du juge Hand dans l'affaire *Alcoa* <sup>2</sup>? Mais ce principe est accepté dans au moins six autres pays <sup>3</sup>. Les limites de la compétence nationale en matière judi-

<sup>1</sup> Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 19.

<sup>2</sup> 148 Fed. 2d 416 (1946). Voir Jessup, *Transnational Law*, 1956, p. 73 et suiv.

<sup>3</sup> Drachsler, « American Parent and Alien Subsidiary: International Anti-trust Problems of the Multinational Corporation », *Bulletin of the Section of Inter-*

“giant octopus corporation” with multiple subsidiaries abroad? Rules valid enough for inter-state conflicts within the constitutional system of the United States, may be improper when placing a burden on international commerce<sup>1</sup>. The Committee on International Law of the Association of the Bar of the City of New York concluded that “. . . the extension of the regulatory and penal provisions of the Securities Exchange Act of 1934 . . . to foreign corporations which have neither listed securities in the United States nor publicly offered securities within the United States is a violation of international law<sup>2</sup>”.

14. In States having different types of economic and financial problems, international law has become increasingly permissive of actions involving nationalizations. In place of what used to be denounced as illegal expropriation, the issues now turn largely on the measure of compensation, since even the famous General Assembly Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources<sup>3</sup>, provides that compensation is due.

To whom, in such cases is compensation due? If in the anti-trust, product-liability and other situations, the corporate veil is freely pierced to assert the State’s jurisdictional power, why should it not also be pierced to determine the State’s responsibility to the interests actually injured by action damaging to a foreign enterprise? In the instant case, Spain asserted its power to deal with Barcelona Traction’s subsidiaries in Spain, disregarding the Canadian nationality of Ebro and others. The equitable balance of legal interests permits Belgium to pierce the veil of the Canadian “charter of convenience” and to assert the real interests of the shareholders—assuming of course that their continuous Belgian character is established. In so far as there has been an increase in the permissible limits of the exercise of State authority over foreign corporate enterprises, there must be an accompanying realistic liberalisation of rules identifying the State or States which may, in case of abuse, invoke the right of diplomatic protection.

15. The legal rights which are vindicated through the international

---

and *Comparative Law of the American Bar Association*, July 1964, pp. 29 and 48, and authorities there cited.

<sup>1</sup> Mecsas, “Personal Jurisdiction over Foreign Corporations in Product Liability Actions: *Forum Non Conveniens* and Due Process Limitations on *In Personam* Jurisdiction over Foreign Corporations”, 50 *Cornell Law Quarterly*, p. 551 at p. 563 (1965). Cf. American Law Institute, *Restatement of the Law, Second,—Conflict of Laws*, Title C (1967 ed.).

<sup>2</sup> *The Record of the Association*, Vol. 21, No. 4, April 1966, p. 240 at p. 252.

<sup>3</sup> G.A. 1803 (XVII), 14 December 1962. Cf. Mughraby, *Permanent Sovereignty Over Oil Resources* (1966), p. 30.

ciaire sont-elles franchies dans les affaires qui mettent en jeu la responsabilité, du fait de ses produits, d'une « supersociété tentaculaire » ayant de nombreuses filiales à l'étranger? Des règles justifiées lorsqu'elles s'appliquent à des conflits inter-Etats dans le système constitutionnel des Etats-Unis peuvent ne plus l'être lorsqu'elles constituent un fardeau pour le commerce international<sup>1</sup>. Le Comité du droit international de l'Association du barreau de la ville de New York a conclu que « l'extension des dispositions réglementaires et pénales de la loi de 1934 sur l'échange des valeurs (*Securities Exchange Act*) ... aux sociétés étrangères dont les valeurs ne sont ni cotées aux Etats-Unis ni offertes au public sur le territoire des Etats-Unis constitue une violation du droit international<sup>2</sup>.

14. Dans des Etats dont les problèmes économiques et financiers sont de nature différente, le droit international tend de plus en plus à admettre des mesures impliquant des nationalisations. Au lieu de réclamations contre ce que l'on dénonçait jadis comme une expropriation illégale, la discussion porte maintenant en grande partie sur le montant de l'indemnité à verser puisque même la résolution bien connue de l'Assemblée générale relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles<sup>3</sup> stipule qu'une indemnisation est due.

A qui est-elle due en pareil cas? Si, dans des situations mettant en jeu la réglementation antitrust et la responsabilité du fait des produits, etc., le voile social est librement levé pour affirmer la compétence juridictionnelle de l'Etat, pourquoi ne le serait-il pas aussi pour déterminer la responsabilité de l'Etat à l'égard des intérêts effectivement lésés par une mesure portant préjudice à une entreprise étrangère? En l'espèce, l'Espagne a affirmé sa compétence à l'égard des filiales de la Barcelona Traction en Espagne, en dépit de la nationalité canadienne de l'Ebro et d'autres filiales. Un équilibre équitable des intérêts juridiques doit permettre à la Belgique d'écartier le voile du « statut de complaisance » canadien et de défendre les intérêts réels des actionnaires — à supposer évidemment que la continuité de leur caractère belge soit établie. Dans la mesure où les limites admises de l'exercice de l'autorité de l'Etat sur des entreprises appartenant à des sociétés étrangères sont repoussées, les règles permettant d'identifier l'Etat ou les Etats qui peuvent, en cas d'abus, invoquer le droit de protection diplomatique devraient parallèlement être assouplies d'une manière réaliste.

15. Les droits, au sens juridique, que l'on fait respecter par la pro-

---

*national and Comparative Law of the American Bar Association*, juillet 1964, p. 29 et 48, et les auteurs cités dans cet article.

<sup>1</sup> Meccas, « Personal Jurisdiction over Foreign Corporation in Product Liability Actions: *Forum Non Conveniens* and Due Process Limitations on *In Personam* Jurisdiction over Foreign Corporations », 50 *Cornell Law Quarterly*, p. 563 (1965). Voir American Law Institute, *Restatement of the Law, Second,—Conflicts of Laws*, titre C (éd. 1967).

<sup>2</sup> *The Record of the Association*, vol. 21, n° 4, avril 1966, p. 252.

<sup>3</sup> Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962. Voir Mughraby, *Permanent Sovereignty Over Oil Resources* (1966), p. 30.

procedure of diplomatic protection, are not identical with rights derived from the applicable municipal law; the rights are on different planes. There are situations in which no right under municipal law exists because that law does not provide or permit legal action to enforce the claim, but international law does afford a remedy. The obvious cases are those where an injury is inflicted by a State instrumentality or agent which is immune from suit. If, for example, a naval vessel of State A negligently rams and sinks a merchant vessel of State B, and the law of State A does not permit any legal action against the State or its instrumentality, State B, on the international plane, may press a claim for damages on behalf of the vessel which possesses its nationality<sup>1</sup>. Of course if there are no local remedies, the international rule for exhaustion of such remedies is not applicable and a State may incur international liability for the very reason that there is no local remedy<sup>2</sup>. Although statutes now provide in many countries a cause of action for damages caused by the death of a person, no such cause of action existed at common law. The subject was discussed by Umpire Parker in the *Lusitania* cases ((1923) VII *U.N.R.I.A.A.*, pp. 32, 34 ff.), in holding that international law and practice support the presentation of claims of heirs and widows (where the nationality requirements are met), irrespective of the question whether under the law of the State charged with responsibility for wrongful death, the heir or widow has a right to damages.

16. In connection with the instant case, the question arises from the argument that there can be no international right to damages for shareholders indirectly injured by damage to the company in which they hold shares, since no such right is generally established in municipal law. Much reliance is placed upon the proposition that under most systems of municipal law, shareholders have no rights in or to the assets of the corporation until after it is dissolved or wound up. Shareholders' suits are indeed provided by law in the United States and somewhat less extensively in Great Britain. In the United States "The derivative stockholder-plaintiff is not only a nominal plaintiff, but at the same time a real

<sup>1</sup> Under the British-United States Claims Convention of 1853, the umpire awarded damages to the owners of the British collier *Confidence*, which had been run down by the United States frigate *Constitution*; III Moore, *International Arbitrations*, 3063. Cf. *The Lindisfarne*, in the United States-Great Britain Claims Commission under the 1910 Treaty, VI *U.N.R.I.A.A.*, 21.

<sup>2</sup> So in *Ruden's* case and in *Johnson's* case, in the United States-Peruvian Claims Commission 1870, awards were made to the claimants when a circular of the Minister of Justice forbade the judges to receive suits of the type in question. Moore, *International Arbitrations*, Vol. III, pp. 1653 and 1656.

cédure internationale de la protection diplomatique ne sont pas identiques à ceux qui découlent du droit interne applicable; ils se situent sur des plans différents. Parfois, il n'existe aucun droit en vertu du droit interne parce que celui-ci ne prévoit et n'autorise aucune action en justice à l'appui d'une réclamation, alors que le droit international, lui, offre un recours. Les cas évidents sont ceux où un préjudice est causé par un organisme ou un agent de l'Etat qui ne peut être assigné en justice. Si, par exemple, un navire de guerre de l'Etat A éperonne par négligence et coule un navire marchand de l'Etat B et si la législation de l'Etat A n'autorise aucun recours contre l'Etat ou ses organismes, l'Etat B peut, devant des instances internationales, intenter une demande en réparation pour le navire qui possède sa nationalité<sup>1</sup>. Naturellement, en l'absence de recours internes, la règle internationale qui exige l'épuisement de ces recours n'est pas applicable et la responsabilité internationale d'un Etat peut être engagée du fait même de leur absence<sup>2</sup>. Bien que la législation de nombreux pays reconnaisse maintenant le droit de demander des dommages-intérêts du fait du décès d'une personne ayant entraîné un préjudice, ce droit n'existait pas en *common law*. Cette question a été évoquée dans les affaires du *Lusitania* ((1923), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 32, 34 et suiv.) par l'arbitre, M. Parker. Celui-ci a soutenu que le droit des gens et la pratique internationale reconnaissent aux héritiers et à la veuve le droit de se pourvoir en justice (quand les conditions de nationalité sont remplies), indépendamment de la question de savoir si les lois de l'Etat qui est accusé d'être responsable du décès admettent le droit à réparation en faveur de l'héritier ou de la veuve.

16. En l'espèce, la question se pose parce que l'on soutient que des actionnaires indirectement lésés par un préjudice infligé à la société dont ils possèdent des actions ne peuvent, en droit international, jouir d'un droit à réparation puisqu'un tel droit n'est pas généralement admis en droit interne. Pour défendre cette thèse, on tire grand argument de ce que, dans la plupart des systèmes de droit interne, les actionnaires n'ont aucun droit sur l'actif d'une société tant qu'elle n'a pas été dissoute ou liquidée. Or les actions intentées par les actionnaires sont bel et bien prévues par la législation américaine et, à un degré moindre, en Grande-Bretagne. Aux Etats-Unis, « l'actionnaire demandeur dans un *derivative*

<sup>1</sup> En vertu de la convention de réclamations Grande-Bretagne-Etats-Unis de 1853, l'arbitre a accordé des dommages-intérêts aux propriétaires du charbonnier britannique *Confidence* qui avait été coulé par la frégate américaine *Constitution*; Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3063. Voir *The Lindisfarne*, affaire jugée par le tribunal arbitral Etats-Unis-Grande-Bretagne constitué en vertu du traité de 1910, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 21.

<sup>2</sup> Dans l'affaire *Ruden* et dans l'affaire *Johnson*, la Commission de réclamations Etats-Unis-Pérou de 1870 a accordé des dommages-intérêts aux demandeurs après qu'une circulaire du ministre de la justice eut prescrit aux juges de tenir ce type d'action pour irrecevable. Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 1653 et 1656.



party in interest. He sues not solely upon a corporate cause of action but also upon his own cause of action". See Koessler, "The Stockholder's Suit: A Comparative View", 46 *Columbia Law Review* 1946, pages 238 and 242. The provisions for shareholder suits in the European countries seem to be somewhat less favourable to the shareholder. But the trend in France is toward more protection of shareholders, as Judge Gros points out in paragraph 11 of his separate opinion.

17. Although the concept of corporate personality is a creature of municipal law, none of the theories evolved in that frame of reference can be relied on universally to explain the legal relations surrounding that "technical legal device".

"Gierke's theory was based upon Germanic village communities, medieval guilds and similar truly corporate entities. But such a theory hardly fits the modern holding company . . . The result is that those who administer the law, whether as judges, revenue authorities, or as administrators, in civilian and common law systems alike [and I would add in the international law system] have had to discard all known theories of corporate personality, and to relativise the conception of juristic personality, respecting it for some purposes<sup>1</sup>, disregarding it for others, in accordance with the nature of the problem before them." (Friedmann, *Legal Theory*, 5th ed. 1967, pp. 522-523. See also p. 571.)

I would paraphrase and adapt a dictum from a recent decision of the Supreme Court of the United States in an anti-trust case: the International Court of Justice in the instant case is "not bound by formal conceptions of" corporation law. "We must look at the economic reality of the relevant transactions" and identify "the overwhelmingly dominant feature"<sup>2</sup>. The overwhelmingly dominant feature in the affairs of Barcelona Traction was not the fact of incorporation in Canada, but the controlling influence

<sup>1</sup> Thus, for example, where a corporation carries on a purely commercial activity, international law does not "pierce the veil" to grant it the sovereign immunity attaching to the State by which it is wholly owned and managed; see Harvard Research in International Law, *Report on Competence of Courts in Regard to Foreign States*, 1932, Art. 12, p. 641.

<sup>2</sup> Mr. Justice Marshall delivering the opinion of the Court in *United States v. The Concentrated Phosphate Export Assn. Inc. et al.*, 89 S. Ct. p. 361 at pp. 366-367, 1968. Cf. the statement of a leading member of the New York Bar: "To give any degree of reality to the treatment, in legal terms, of the means for the settlement of international economic disputes, one must examine the international community, its emerging organizations, its dynamics, and relationships among its greatly expanded membership." (Spofford, "Third Party Judgment and International Economic Transactions", 113 *Hague Recueil* 1964, III, pp. 121-123.)

*suit* ne l'est pas d'une manière purement formelle; il est en même temps véritablement partie au procès. Il engage une action non seulement pour faire valoir un droit de la société mais aussi pour son propre compte. » Voir Koessler, « The Stockholder's Suit: A Comparative View », 46 *Columbia Law Review* 1946, pages 238 et 242. Dans les pays européens, les dispositions qui régissent le droit d'agir de l'actionnaire semblent être un peu moins favorables à celui-ci. En France, cependant, comme M. Gros l'indique au paragraphe 11 de son opinion individuelle, on s'oriente vers une protection accrue des actionnaires.

17. Bien que la notion de la personnalité sociale soit une création du droit interne, on ne peut s'appuyer sur aucune des théories édifiées dans ce domaine pour expliquer dans tous les cas les rapports juridiques entourant cet « artifice de technique juridique ».

« La théorie de Gierke était fondée sur les communautés villageoises germaniques, les guildes médiévales et entités du même genre formant véritablement un corps social. Mais une telle théorie ne peut guère s'appliquer à une société holding moderne ... Il s'ensuit que tous ceux qui appliquent le droit, en qualité de juges, d'agents du fisc ou d'administrateurs, ont dû abandonner, aussi bien dans les systèmes de droit civil que dans ceux de *common law* [et j'ajouterai dans celui du droit international], toutes les théories connues de la personnalité sociale pour ne plus attribuer qu'une valeur relative à la notion de personnalité juridique, en continuant cependant de la respecter dans certaines cas<sup>1</sup>, en n'en tenant pas compte dans d'autres, selon la nature du problème dont ils sont saisis. » (Friedmann, *Legal Theory*, 5<sup>e</sup> éd. 1967, p. 522-523. Voir également p. 571.)

Me permettant de paraphraser et d'adapter une observation exprimée dans une décision récente de la Cour suprême des Etats-Unis concernant une affaire antitrust, je dirai qu'en l'espèce la Cour internationale de Justice « n'est pas liée par des notions formelles » du droit des sociétés. « Nous devons prendre en considération la réalité économique des transactions en question » et « identifier la caractéristique vraiment prédominante<sup>2</sup> ». Pour ce qui est de la Barcelona Traction, la caractéris-

<sup>1</sup> Par exemple, lorsqu'une société se livre à des activités purement commerciales, le droit international ne « lève pas le voile » pour lui accorder l'immunité souveraine dont bénéficie l'Etat qui en a l'entière propriété et en assure seul la gestion; voir Harvard Research in International Law, *Report on Competence of Courts in Regard to Foreign States* 1932, art. 12, p. 641.

<sup>2</sup> Prononcé de l'opinion de la Cour, par le juge Marshall, dans l'affaire *United States v. The Concentrated Phosphate Export Assn. Inc. et al.*, 1968, 89 S. Ct., p. 366-367. Voir la déclaration d'un membre éminent du barreau new-yorkais: « Pour envisager avec quelque réalisme le traitement à appliquer sur le plan juridique aux moyens de règlement des différends économiques internationaux, il faut prendre en considération la communauté internationale, la manière dont elle commence à s'organiser, son dynamisme et les relations entre ses membres toujours plus nombreux. » (Spofford, « Third Party Judgment and International Economic Trans-

of far-flung international financial interests manifested in the Sofina grouping.

It may well be that the new structures of international enterprise will be increasingly important <sup>1</sup>, but any glance at the world-wide picture today shows that non-governmental corporations still have a major role to play <sup>2</sup>. That is why so many new States, and the United Nations itself, encourage the investment of private capital <sup>3</sup>.

\* \* \*

*The Right to Extend Diplomatic Protection  
to Corporate Enterprises*

18. The decision of the Court, in this case, is based on the legal conclusion that only Canada had a right to present a diplomatic claim on behalf of Barcelona Traction which was a company of Canadian nationality. My own conclusion is that, for reasons which I shall explain, Canada did not have, in this case, a right to claim on behalf of Barcelona Traction. As a matter of general international law, it is also my conclusion that a State, under certain circumstances, has a right to present a diplomatic claim on behalf of shareholders who are its nationals. As a matter of proof of fact, I find that Belgium did not succeed in proving the Belgian nationality, between the critical dates, of those natural and juristic persons on whose behalf it sought to claim. The Belgian claim must therefore be rejected.

*The Record of Actual Diplomatic Representations*

19. If a State extends its diplomatic protection to a corporation to which it has granted a "charter of convenience" while at the same time

---

<sup>1</sup> See Friedmann et al., *International Financial Aid*, 1966; Kirdar, *The Structure of United Nations Economic Aid to Underdeveloped Countries*, 1966.

<sup>2</sup> See Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, Chap. 14; Hyde, "Economic Development Agreements", 105 *Hague Recueil* 1962, I, p. 271.

<sup>3</sup> Blough, "The Furtherance of Economic Development", *International Organization*, 1965, Vol. XIX, p. 562, and especially, Dirk Stikker's report to UNCTAD on "The Role of private enterprise in investment and promotion of exports in developing countries" (1968), UN Doc. TD/35/Rev.1, and "Panel on Foreign Investment in Developing Countries", Amsterdam, 16-20 February, 1969, E/4654, ST/ECA/117.

tique vraiment prédominante est non pas le fait que cette société s'est constituée au Canada, mais le contrôle exercé par de vastes intérêts financiers internationaux, en particulier sous la forme du groupe Sofina.

Il se peut fort bien que les structures nouvelles de l'entreprise internationale prennent à l'avenir une importance croissante<sup>1</sup> mais il suffit de jeter un coup d'œil sur le monde d'aujourd'hui pour s'apercevoir que les sociétés non étatiques ont encore un grand rôle à jouer<sup>2</sup>. C'est pourquoi tant de nouveaux Etats et les Nations Unies elles-mêmes encouragent les investissements de capitaux privés<sup>3</sup>.

\* \* \*

### *Le droit de protection diplomatique des sociétés*

18. La décision de la Cour est fondée sur la conclusion juridique que seul le Canada avait le droit de présenter une réclamation diplomatique au nom de la Barcelona Traction, société de nationalité canadienne. Ma propre conclusion est que, pour les raisons que j'exposerai, le Canada n'avait pas le droit, en l'espèce, de présenter de réclamation au nom de la Barcelona Traction. Sur le plan du droit international général, je conclus également qu'un Etat possède, dans certaines circonstances, le droit de présenter une réclamation diplomatique au nom d'actionnaires qui sont ses ressortissants. Sur le plan des faits, je constate que la Belgique n'a pas réussi à prouver la nationalité belge, entre les dates critiques, des personnes physiques et morales au nom desquelles elle a fait valoir une réclamation. La demande de la Belgique doit donc être rejetée.

### *Rappel des représentations diplomatiques qui ont été faites*

19. Lorsqu'une société bénéficie de la protection diplomatique d'un Etat qui lui a accordé un « statut de complaisance » et, en même temps,

---

actions », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1964, tome 113, vol. III, p. 121-123.)

<sup>1</sup> Voir Friedmann et al., *International Financial Aid*, 1966; Kirdar, *The Structure of United Nations Economic Aid to Underdeveloped Countries*, 1966.

<sup>2</sup> Voir Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, chap. 14; Hyde, « Economic Development Agreements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1962, tome 105, vol. I, p. 271.

<sup>3</sup> Voir Blough, « The Furtherance of Economic Development », *International Organization*, 1965, vol. XIX, p. 562, et spécialement le rapport de M. Dirk Stikker à la CNUCED sur « Le rôle de l'entreprise privée dans les investissements et la promotion des exportations dans les pays en voie de développement », 1968, doc. des Nations Unies TD/35/Rev.1, et le rapport du Groupe d'étude des investissements étrangers dans les pays en voie de développement, Amsterdam, 16-20 février 1969, doc. des Nations Unies, E/4654, ST/ECA/117.

similar diplomatic assistance is being extended by another State whose nationals hold 100 per cent. of the shares, the situation might be considered analogous to cases of dual nationality of natural persons<sup>1</sup>. In those cases, international jurisprudence supports the principle that preference should be given to the "real and effective nationality", as was held by this Court in the *Nottebohm, Second Phase, Judgment (I.C.J. Reports 1955, pp. 4, 22)*, which will be discussed later in this opinion.

If Canada could be considered the State of the "real and effective nationality" of Barcelona Traction and if Canada assumed and maintained the role of Barcelona Traction's diplomatic protector, such facts would militate against the Belgian posture that Belgium was the State entitled to press the claim. The arguments of the Parties followed some such theory; Counsel for Spain called it an "essential point" and examined at length the record of Canadian diplomatic activity in the case (20 June 1969). The lack or failure of Canadian diplomatic protection is distinctly relevant to an analysis of the so-called "exceptions" to the alleged general rule that only the State of which the company has the nationality is entitled to claim on its behalf. Such "exceptions" will be discussed later. The facts relative to the positions as claimant Governments of Canada and Belgium—and of Great Britain and the United States as well—must accordingly be taken into account. The record throws light on the nature and extent of the several national interests.

In the instant case, Spain was at one time confronted by diplomatic representations of Great Britain, Canada, the United States and Belgium. But at that stage of multiple diplomatic activity, specific claims for damages were not being advanced; Spain was being asked to take steps to halt what were considered to be destructive actions against Barcelona Traction. Spain's replies in the early stages rested on the proposition that the Government could not interfere with the normal functioning of the Spanish courts.

#### *Great Britain*

20. The first British Note was dated 23 February 1948 and asserted an interest due to the dismissal of high-ranking British officers in the Barcelona Traction company and to the position of bondholders "resident in the United Kingdom". (A.P.O. (1960), Vol. III, pp. 193 ff. for this and subsequent *démarches*, except as otherwise noted.) In the next British Note, of 27 March, there was support for the Canadian representations

---

<sup>1</sup> The analogy may be drawn even though the nationality of shareholders is not the test of the nationality of a corporation for purposes of international law.

d'une assistance diplomatique similaire d'un autre Etat, dont des ressortissants détiennent 100 pour cent de ses actions, la situation peut être considérée comme analogue aux cas de double nationalité des personnes physiques<sup>1</sup>. En pareils cas, la jurisprudence internationale est favorable au principe selon lequel la « nationalité effective » doit prévaloir, ainsi que l'a jugé la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire *Nottebohm, deuxième phase* (C.I.J. Recueil 1955, p. 22), dont il sera question plus loin dans la présente opinion.

Si le Canada pouvait être considéré comme l'Etat dont la Barcelona Traction avait la « nationalité effective », et s'il avait assumé et continué de tenir le rôle de protecteur diplomatique de la Barcelona Traction, cela irait à l'encontre de la thèse belge selon laquelle la Belgique était l'Etat habilité à faire valoir la réclamation. Dans leur argumentation, les Parties se sont d'ailleurs inspirées d'une théorie de ce genre; les conseils de l'Espagne y ont vu un « point essentiel » et se sont penchés longuement sur l'activité diplomatique exercée par le Canada dans l'affaire (séance du 20 juin 1969). Il est clair que l'absence ou le défaut de protection diplomatique de la part du Canada est un élément pertinent dans l'analyse de ce que l'on a appelé les « exceptions » à la prétendue règle générale selon laquelle seul l'Etat dont la société a la nationalité est en droit de présenter une réclamation en son nom. Ces « exceptions » seront examinées plus loin. Il faut donc prendre en considération les faits qui se rapportent à la position des Gouvernements du Canada et de la Belgique, ainsi que de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis, en tant que gouvernements réclamants; ceux dont on a connaissance mettent en lumière la nature et l'importance des différents intérêts nationaux en jeu.

En l'espèce, l'Espagne s'est vue l'objet, à un moment donné, de représentations diplomatiques de la Grande-Bretagne, du Canada, des Etats-Unis et de la Belgique. Mais pendant cette phase d'activité diplomatique multiple, aucune demande concrète de dommages-intérêts n'a été formulée; l'Espagne était simplement priée de prendre des mesures pour mettre un terme à des actions considérées comme destructrices à l'encontre de la Barcelona Traction. Au début, la position prise par l'Espagne dans ses réponses a été que le gouvernement ne pouvait s'ingérer dans le fonctionnement normal des tribunaux espagnols.

### *Grande-Bretagne*

20. La première note britannique, en date du 23 février 1948, exprimait un intérêt à raison du licenciement de membres britanniques du personnel de direction de la Barcelona Traction et de la situation des porteurs d'obligations « résidant au Royaume-Uni ». (Voir A.E.P. (1960), vol. III, p. 193 et suiv. pour la démarche en question et celles qui ont suivi, sauf indication contraire.) Dans sa note suivante, datée du 27 mars, le Gouver-

<sup>1</sup> L'analogie est valable même si la nationalité des actionnaires n'est pas le critère de la nationalité d'une société aux fins du droit international.

“on behalf of the United Kingdom bondholders”. On 28 September 1951, the British Note speaks on behalf of the protection of (unidentified) “shareholders and bondholders”. Thereafter, aside from correspondence about the failure of Spain to reply to the British Notes and about the committee of experts and its report in 1951, the British position seemed to be merely one of supporting Canada. Throughout this period, Canada had no embassy in Madrid and its notes were transmitted through the British Embassy. But the Receiver and Manager of Barcelona Traction, in a memorandum submitted to the Supreme Court of Ontario, on 24 December 1951, reported a conference with British Treasury officials in London on the preceding 25 July, during which Mr. Eggers, a representative of the Treasury, “stated that Great Britain had taken no action independent of Canada. He insinuated that the British had merely followed the Canadian lead *which we know to be untrue*”. (Emphasis supplied.) (Receivership Docs., Vol. 5, p. 772.) The basis for this last conclusion is not clear.

### *Canada*

21. The aid of the Canadian Government was originally requested by National Trust, as trustee for certain Barcelona bond issues, which made representations to the Canadian Government when it learned of the developments in Spain following the bankruptcy judgment of 12 February 1948. Counsel for National Trust informed the Supreme Court of Ontario that:

“The Government of Canada as a result of such representations made a demarche to the Government of Spain through appropriate diplomatic channels with regard to the matter . . . .”<sup>1</sup> (Receivership Docs., Vol. 1, p. 16. A memorandum in *ibid.*, Vol. 4, p. 585, indicates that Barcelona Traction joined National Trust in its representations.)

22. The first Canadian Note—like the first Belgian Note and the second British Note—was dated 27 March 1948. (The Belgian Note will be cited later to A.M., Vol. IV, Annex 250.) Canada made an official protest, alleging a denial of justice to Barcelona Traction, Ebro and National Trust, because of a lack of proper notice and an absence of jurisdiction under the principles of private international law. Passing over some of the Canadian notes, one finds that on 21 July 1949 a long

---

<sup>1</sup> This statement was made by Counsel on 9 July 1948 in connection with National Trust’s application for the appointment of a receiver and manager, an application which was granted by the Court on 15 July 1948.

nement britannique appuyait « au nom des obligataires au Royaume-Uni » les représentations formulées par le Canada. La note britannique du 28 septembre 1951 parle de protéger les intérêts « des actionnaires et des porteurs d'obligations » (non identifiés). Par la suite, mise à part la correspondance relative au fait que l'Espagne n'avait pas répondu aux notes britanniques ou concernant la commission d'experts et le rapport présenté par cette dernière en 1951, la Grande-Bretagne semble s'être bornée à appuyer le Canada. Pendant toute cette période, le Canada n'ayant pas d'ambassade à Madrid, ses notes ont été transmises par l'intermédiaire de l'ambassade de Grande-Bretagne. Mais le *receiver* et administrateur de la Barcelona Traction a fait état, dans un mémoire présenté à la Cour suprême de l'Ontario le 24 décembre 1951, d'une conférence qui avait eu lieu à Londres le 25 juillet précédent avec des fonctionnaires du Trésor britannique et au cours de laquelle M. Eggers, un représentant du Trésor, aurait « déclaré que la Grande-Bretagne n'avait pris aucune initiative indépendamment du Canada ». « Il a insinué », ajoutait le *receiver*, « que les Britanniques s'étaient contentés de suivre les Canadiens, *ce que nous savons n'être pas vrai* ». (Les italiques sont de nous.) (Doc. du *receivership*, vol. V, p. 772). On ne voit pas clairement sur quoi se fonde cette dernière conclusion.

#### *Canada*

21. A l'origine, c'est la National Trust qui, en sa qualité de *trustee* pour certaines émissions d'obligations de la Barcelona, a demandé l'aide du Gouvernement canadien : elle a fait des représentations au Gouvernement canadien lorsqu'elle a appris les événements survenus en Espagne à la suite du jugement de faillite du 12 février 1948. Le conseil de la National Trust a donné les indications suivantes à la Cour suprême de l'Ontario :

« A la suite de ces représentations, le Gouvernement canadien a effectué une démarche auprès du Gouvernement espagnol, par les voies diplomatiques appropriées, au sujet de l'affaire ... <sup>1</sup> » (Doc. du *receivership*, vol. I, p. 16. Un mémoire (*ibid.*, vol. IV, p. 585) indique que la Barcelona Traction s'est associée aux représentations de la National Trust.)

22. La première note canadienne — comme la première note belge et la deuxième note britannique — était datée du 27 mars 1948. (La note belge sera citée par la suite dans A.M., vol IV, ann. 250.) Le Canada émettait une protestation officielle, alléguant qu'il y avait eu déni de justice à l'encontre de la Barcelona Traction, de l'Ebro et de la National Trust pour absence de notification et défaut de compétence en vertu des principes du droit international privé. Laissant de côté certaines des

<sup>1</sup> Cette déclaration a été faite par le conseil de la National Trust le 9 juillet 1948 à propos de la requête de la National Trust demandant la nomination d'un *receiver* et administrateur, requête à laquelle la Cour suprême a fait droit le 15 juillet 1948.



note of protest alleges discrimination against Canadian interests and against "foreign investments in Spain"; the emphasis is on Ebro, a Canadian corporation.

23. In February of 1950, there was close collaboration between the Canadian and Belgian Governments; they proposed to urge the Spanish Government to agree to the appointment of a committee of experts composed of representatives of Spain, Canada and Belgium to study certain financial aspects of the Barcelona case. The Governments of Great Britain and of the United States were also consulted by Canada and it was planned that those governments would support the démarche. Canadian drafts of the proposed note to Spain were submitted to the three other Governments. Throughout, Canada stressed its appreciation of the large financial interest of Belgian nationals in Barcelona Traction. A text provisionally approved, stated that the Governments of the United Kingdom and of the United States "are interested in this matter as it relates to the security of foreign investments generally". The phrasing of the quoted clause was suggested by the United States. Before the final text could be co-ordinated with all the four Governments, the Spanish Government took the initiative by a Note of 16 March 1950 to the British Embassy in Madrid, proposing a similar commission, but composed of Spanish, Canadian and British representatives; Belgium was omitted <sup>1</sup>.

24. There is some question whether the Canadian and British participation in the Tripartite Committee of Experts in 1950-1951 should be considered as an aspect of diplomatic protection. The Receiver and Manager on 16 November 1950 sent a memorandum to the Ontario Court informing him that the Canadian Department of External Affairs had asked him to put up \$20,000 to cover the fees and expenses of Mr. Norman, the Canadian member of the Commission. The Receiver and Manager asked for authority to pay that amount and said:

"It is my opinion that the intervention of the Government of Canada in this matter has been of the utmost importance and that the continued support of the Government of Canada is essential if the integrity of the portfolio held by the plaintiff [National Trust] is to be restored and the properties presently under seizure in Spain are to be recovered." (Receivership Docs., Vol. 4, p. 585.)

---

<sup>1</sup> The documentation is in A.R., Annexes 37 and 38. Mr. Heineman, the directing personality of Barcelona Traction, on 24 February 1950, was apparently confident that the Canadian Note was about to be delivered with the support of the other three Governments; telegram Heineman to Brosens in Buenos Aires, 24 February 1950, O. & S., New Docs. 1964, App. 8.

notes canadiennes, on trouve, à la date du 21 juillet 1949, une longue note de protestation faisant état d'une discrimination contre les intérêts canadiens et à l'encontre d'«investissements étrangers en Espagne», l'accent étant mis sur l'Ebro, société canadienne.

23. En février 1950, une étroite collaboration s'était établie entre les Gouvernements canadien et belge; ces deux gouvernements proposèrent d'inviter le Gouvernement espagnol à accepter que soit constituée une commission d'experts composée de représentants de l'Espagne, du Canada et de la Belgique, qui aurait été chargée d'étudier certains aspects financiers de l'affaire de la Barcelona. Les Gouvernements de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis furent également consultés par le Canada et il était prévu que ces gouvernements appuieraient la démarche envisagée. Le Canada soumit aux trois autres gouvernements des projets de la note destinée à l'Espagne. Pendant toute cette période, il ne cessa pas de reconnaître l'importance des intérêts financiers des ressortissants belges dans la Barcelona Traction. Un texte fut provisoirement approuvé, aux termes duquel les Gouvernements du Royaume-Uni et des Etats-Unis déclaraient «s'intéresse[r] à cette affaire car elle concerne la sécurité des investissements étrangers en général». Le libellé de ce membre de phrase avait été suggéré par les Etats-Unis. Avant que les quatre gouvernements puissent s'entendre sur la mise au point du texte définitif, le Gouvernement espagnol, par une note du 16 mars 1950 adressée à l'ambassade de Grande-Bretagne à Madrid, prit l'initiative de proposer une commission analogue mais composée de représentants espagnols, canadiens et britanniques, la Belgique étant laissée en dehors <sup>1</sup>.

24. On peut se demander si la participation des Canadiens et des Britanniques à la commission tripartite d'experts de 1950-1951 doit être considérée comme un aspect de la protection diplomatique. Le 16 novembre 1950, le *receiver* et administrateur a adressé au juge de l'Ontario un mémoire l'informant que le ministère canadien des Affaires extérieures lui avait demandé de déposer une somme de 20 000 dollars pour couvrir le montant des honoraires et des frais de M. Norman, le membre canadien de la commission. Le *receiver* et administrateur demandait l'autorisation de verser ce montant en déclarant:

«J'estime que l'intervention du Gouvernement canadien dans cette affaire est de la plus haute importance et que le maintien de l'appui du Gouvernement canadien est indispensable si l'on veut rétablir dans son intégrité le portefeuille détenu par la requérante [la National Trust] et recouvrer les biens actuellement saisis en Espagne.» (Doc. du *receivership*, vol. IV, p. 585.)

<sup>1</sup> On trouvera les documents pertinents dans A.R., ann. 37 et 38. Le 24 février 1950, M. Heineman, la personnalité dirigeante de la Barcelona Traction, semblait assuré que la note canadienne était sur le point d'être délivrée avec l'appui des trois autres gouvernements; télégramme adressé par Heineman à Brosens à Buenos Aires, le 24 février 1950 (O.C., nouv. doc. 1964, app. 8).

In its pleading, Spain took the position, on 20 June 1969, that when the Canadian and British members of the Committee joined in signing an Agreed Minute which supported the Spanish contention that foreign exchange had been denied to Barcelona Traction because the company refused to furnish the information demanded by the Spanish authorities, this was an indication that the Canadian Government was satisfied that there was no basis for Barcelona's complaints. However, Mr. Glassco, the Receiver and Manager, informed the Ontario Court through his memorandum of 24 December 1951 that he had attended a conference in the Department of External Affairs in Ottawa together with representatives of National Trust and Barcelona Traction. He said they—

“... were advised that the Canadian and British Governments had signed the Agreed Minute in order to prevent the issuance of a much stronger unilateral statement by the Spanish Government; that the statements in the Agreed Minute with respect to foreign exchange had been agreed with a view to saving the face of the Spanish Government as regards the non-provision of foreign exchange to the subsidiaries of the defendant [Barcelona Traction] in the past; and that the Canadian and British Governments hoped that the atmosphere created by the Agreed Minute would be such that the private interests concerned could work out a settlement of their differences in the expectation that a suitable *modus operandi* for the future could be achieved with the Spanish Government”. (*Ibid.*, Vol. 5, p. 756.)

25. The next Canadian Note of 26 July 1951 reflects a continuing Canadian interest since it objects to the issuance of new share certificates of the subsidiaries which “would be to render valueless the previously issued shares”. Ebro, National Trust and Barcelona Traction bondholders are mentioned. The Canadian Note of 28 September 1951 stresses both Ebro and Barcelona Traction and says Canada “feels bound to renew its representations... for the protection of the interests of these companies”. A long Note of 22 December 1951 invokes Canadian rights under a treaty between the United Kingdom and Spain concerning respect for corporate personality and offers to arbitrate that issue. The Note reserves the “right to make any claim under international law which may be open to it if the sale of the assets takes place on the 4th January, 1952, since it is advised that this would constitute a denial of justice”. In this Note, Barcelona Traction, Ebro, Catalonian Land, International Utilities and National Trust as trustee for the bonds, are all mentioned. (A.C.M., Vol. VI, Annex 1, No. 28 <sup>1</sup>.)

---

<sup>1</sup> Consequent upon certain enquiries and observations from the Bench, Belgium

Dans ses plaidoiries l'Espagne a soutenu, le 20 juin 1969, que le fait que les membres canadien et britannique de la commission acceptèrent de signer un procès-verbal conjoint favorable à la thèse de l'Espagne, selon laquelle les devises auraient été refusées à la Barcelona Traction parce que la société n'avait pas fourni les renseignements exigés par les autorités espagnoles, indique que le Gouvernement canadien avait acquis la conviction que les réclamations de la Barcelona n'étaient pas fondées (audience du 20 juin 1969). Or M. Glassco, le *receiver* et administrateur, a fait savoir au tribunal de l'Ontario, dans son mémoire du 24 décembre 1951, qu'il avait assisté, au ministère des Affaires extérieures à Ottawa, à une conférence à laquelle participaient des représentants de la National Trust et de la Barcelona Traction. Ces derniers, a-t-il dit,

« ont été informés que les Gouvernements canadien et britannique avaient signé le procès-verbal conjoint afin d'éviter que le Gouvernement espagnol ne fasse une déclaration unilatérale formulée en des termes beaucoup plus forts; que les passages du procès-verbal conjoint relatifs aux devises avaient été mis au point d'un commun accord en vue de permettre au Gouvernement espagnol de sauver la face quant au refus de fournir des devises aux filiales de la défenderesse [la Barcelona Traction] dans le passé; et que les Gouvernements canadien et britannique espéraient que le procès-verbal conjoint créerait un climat propice permettant aux intérêts privés en cause d'arriver à un règlement de leurs différends en attendant qu'un *modus operandi* approprié pût être mis au point pour l'avenir avec le Gouvernement espagnol » (*ibid.*, vol. V, p. 756).

25. La note canadienne suivante, datée du 26 juillet 1951, montre que le Canada continue à cette époque à s'intéresser à la question puisqu'il s'élève contre l'émission de nouveaux certificats de titre par les sociétés filiales, émission qui aurait pour effet « de priver de leur valeur les actions précédemment émises ». Il est fait mention des obligataires de l'Ebro, de la National Trust et de la Barcelona Traction. La note canadienne du 28 septembre 1951 met l'accent à la fois sur l'Ebro et sur la Barcelona Traction et déclare que le Canada « s'estime obligé de renouveler ... ses représentations visant la protection des intérêts de ces sociétés ». Une longue note du 22 décembre 1951 invoque les droits que possède le Canada en vertu d'un traité entre le Royaume-Uni et l'Espagne concernant le respect de la personnalité des sociétés et propose de soumettre la question à l'arbitrage. Dans cette note, le Gouvernement canadien se réserve « le droit de faire usage de toutes les voies de recours dont il peut disposer en droit international, si la vente des biens a lieu le 4 janvier 1952, étant donné qu'il est informé que cette vente constituerait un déni de justice ». La Barcelona Traction, l'Ebro, la Catalonian Land, l'International Utilities et la National Trust, en tant que *trustee* des obligations, sont toutes mentionnées dans la note (A.C.M., vol. VI, ann. 1, n° 28<sup>1</sup>).

<sup>1</sup> A la suite de certaines questions et observations de membres de la Cour, la

26. On 12 February 1952, the Belgian Ambassador in Madrid reported a conversation with the Spanish Minister for Foreign Affairs, Mr. Artajo, in which the latter told him that the Spanish Consul in Ottawa had talked about the Barcelona case with the Canadian Secretary of State for External Affairs who said: (tr.) "The Canadian interests in this case are so small that it interests us very little." Such a view does not seem to be quite in line with the Canadian Note of 21 April 1952 which was produced as a new document by Belgium in May 1964. The Note repeats the Canadian view of the mistreatment of the companies in Spain, especially Ebro; invokes again the treaty of 1922 and willingness to resort to arbitration; but concludes that no further exchange of Notes was apt to help reach a settlement and that private negotiations might be the best way to a solution. In sending a copy of this Note to the Belgian Ambassador in Ottawa, the Canadian Government noted that it was much shorter than a draft which had previously been shown to the Belgian Government—there was no use reiterating legal arguments. (K. J. Burbridge to Vicomte du Parc, 7 May 1952.) It was not until 10 May 1969 that Mr. Artajo, in a letter in reply to an enquiry from the Spanish Agent in the *Barcelona Traction* case before this Court, flatly denied the accuracy of the Belgian Ambassador's report. (Spanish New Docs., 16 May 1969, Vol. III, p. 181.) The lapse of time in securing such a denial was not explained.

27. Canada's further activity in the case was moderate. On 15 February 1955, Mr. Arthur Dean, American attorney for Sidro, suggested to Wilmers in Brussels that it would be helpful if Canada would join in a démarche in Madrid, although he doubted whether Canada could be convinced that they had sufficient interest other than in the rights of the Canadian trustee for the bonds. (O. & S., New Docs., 1964, App. 13.) Canada had by this time established its own embassy in Madrid and it appears that the Canadian Secretary of State for External Affairs had paid a personal call on the Foreign Office in Madrid in connection with the Barcelona case in 1954 (A.C.M., Vol. VI, p. 109). On 21 March 1955 the Canadian Government had commended Mr. Dean's visit, saying that Canada "continues, of course, to be deeply interested in the affair of Barcelona Traction". (A.C.M., Chap. II, Ann. 1, Doc. No. 30.) On 1 July 1955, Mr. Dean wrote at length to Mr. Pearson, Canadian Secretary of State for External Affairs, reporting on his visit in Madrid. He hoped Canadian Ambassador Pope would be instructed to join in energetic representations

---

produced additional documentation in 1964 and in 1969: see e.g., Distr. 64/72 and 64/74 and 1969 New Docs. 42-45.

26. Le 12 février 1952, l'ambassadeur de Belgique à Madrid a rapporté une conversation qu'il avait eue avec le ministre espagnol des Affaires étrangères, M. Artajo, au cours de laquelle ce dernier lui avait dit que le consul d'Espagne à Ottawa avait discuté de l'affaire de la Barcelona avec le secrétaire d'Etat canadien aux Affaires extérieures, lequel aurait déclaré: « Les intérêts canadiens dans cette affaire sont si minimes que celle-ci nous intéresse peu ». Un tel point de vue cadre mal, semble-t-il, avec la note canadienne du 21 avril 1952 qui a été produite par la Belgique en tant que nouveau document en mai 1964. Dans cette note, le Gouvernement canadien réitère son opinion concernant le traitement infligé aux sociétés en Espagne, notamment à l'Ebro, invoque de nouveau le traité de 1922 et réaffirme qu'il est prêt à recourir à l'arbitrage, mais il conclut qu'aucun nouvel échange de notes ne permettra d'arriver à un règlement et que le meilleur moyen de parvenir à une solution est peut-être de procéder à des négociations privées. En envoyant copie de cette note à l'ambassadeur de Belgique à Ottawa, le Gouvernement canadien lui a fait observer qu'elle était beaucoup plus courte qu'un projet qui avait été communiqué antérieurement au Gouvernement belge car il ne servait à rien de répéter les arguments juridiques exposés précédemment. (K. J. Burbridge au vicomte du Parc, 7 mai 1952.) Ce n'est que le 10 mai 1969 que M. Artajo, répondant à une demande de renseignements formulée par l'agent de l'Espagne dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a carrément nié l'exactitude de ce qu'avait rapporté l'ambassadeur de Belgique. (Nouv. doc. espagnols, 16 mai 1969, vol. III, p. 181.) La raison pour laquelle il a fallu tant de temps pour obtenir cette dénégation n'a pas été expliquée.

27. Par la suite, le Canada n'a eu dans cette affaire qu'une activité réduite. Le 15 février 1955, M. Arthur Dean, avocat américain de la Sidro, a écrit à Wilmers, à Bruxelles, qu'il considérerait comme judicieux que le Canada se joigne à une démarche à Madrid, encore qu'il doutât de la possibilité de convaincre le Canada de l'existence dans cette affaire d'un intérêt canadien suffisant, en dehors des droits du *trustee* canadien pour les obligations. (O.C., nouv. doc., 1964, app. 13.) Le Canada avait, à l'époque, établi sa propre ambassade à Madrid et il semble que le secrétaire d'Etat canadien aux Affaires extérieures se soit rendu personnellement au ministère des Affaires étrangères à Madrid en 1954 pour discuter de l'affaire de la Barcelona (A.C.M., vol. VI, p. 109). Le 21 mars 1955, le Gouvernement canadien a appuyé en ces termes la visite de M. Dean: « [Le Canada] continue naturellement à attacher une grande importance à l'affaire de la Barcelona Traction » (A.C.M., chap. II, ann. 1, doc. n° 30). Le 1<sup>er</sup> juillet 1955, M. Dean a écrit longuement à M. Pearson, secrétaire d'Etat canadien aux Affaires extérieures pour lui rendre compte

---

Belgique a produit en 1964 et 1969 des documents supplémentaires: voir par exemple nouveaux documents déposés les 5 et 7 mai 1964 et nouveaux documents, 1969, n<sup>os</sup> 42-45.

to Foreign Minister Artajo. (New Docs., 1964.) Mr. Pearson replied on 19 July that Canada believed that the best hope lay in private negotiations.

“The Canadian Government has not been prepared actually to intervene in this matter or to make representations to the Spanish Government as to the measures which ought to be taken toward a settlement.”

The requested instructions to Ambassador Pope would not be sent. (*Ibid.*) In 1957, Belgium informed Canada that they intended to resort to the International Court of Justice. The Canadian official merely expressed his appreciation for the courtesy of keeping him informed. Belgium similarly notified Ottawa in 1964 and 1965. (Belgian New Docs., Nos. 42 *et seq.*)

Finally, further questions from the Bench were conveyed by the Belgian Ambassador in Ottawa on 23 June 1969, to the Canadian Secretary of State for External Affairs, who replied on the following day that the correspondence which had passed between the Canadian and Spanish Governments was in the dossier before the Court and was self-explanatory.

“As was suggested in a communication of 21 April 1952, the Government of Canada was of the opinion that there was little chance of settling this dispute by means of additional diplomatic representations. The Government of Canada has acted accordingly.” (My trans., New Docs. Nos. 44-45.)

It is a fair conclusion that Canadian diplomatic protection of Barcelona Traction ceased in April 1952.

#### *United States*

28. Apparently the first diplomatic démarche by the United States Government on behalf of Barcelona Traction was a Note from the Chargé in Madrid to Foreign Minister Artajo on 22 July 1949. The Note stated that:

“... the Government of the United States lends its support to and is in concurrence with the Note of 21 July 1949, submitted to your Ministry by the British Embassy on behalf of the Canadian Government, the Note in question relating to the treatment which has been and is currently being accorded to the Canadian company, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, a company in which American citizens have interests . . .

The treatment which had been accorded this company, in which

de sa visite à Madrid. Il exprimait l'espoir que M. Pope, l'ambassadeur du Canada, recevrait pour instructions de s'associer à des représentations énergiques auprès du ministre des Affaires étrangères Artajo. (Nouv. doc. 1964.) M. Pearson a répondu le 19 juillet que le Canada pensait que des négociations privées offraient le meilleur espoir d'arriver à une solution.

« Le Gouvernement canadien n'a pas eu l'intention d'intervenir dans cette affaire ni de faire des représentations au Gouvernement espagnol quant aux mesures qu'il conviendrait de prendre en vue d'arriver à un règlement. »

Les instructions demandées ne seraient donc pas envoyées à M. Pope. (*Ibid.*) En 1957, la Belgique a fait savoir au Canada qu'elle avait l'intention de saisir la Cour internationale de Justice. Le haut fonctionnaire canadien qui a répondu a simplement exprimé son appréciation de la courtoisie avec laquelle il était tenu au courant. La Belgique a, de même, avisé Ottawa de ses intentions en 1964 et 1965. (Nouv. doc. belges, n<sup>os</sup> 42 et suiv.)

Enfin, le 23 juin 1969, l'ambassadeur de Belgique à Ottawa a transmis d'autres questions émanant de membres de la Cour au secrétaire d'Etat canadien aux Affaires extérieures, lequel a répondu le lendemain que la correspondance échangée entre les Gouvernements canadien et espagnol était dans les dossiers de la Cour et s'expliquait d'elle-même.

« Tel qu'il l'avait suggéré dans sa communication du 21 avril 1952, le Gouvernement du Canada était d'opinion qu'il y avait peu de chances de régler cette dispute au moyen de représentations diplomatiques additionnelles. Le Gouvernement du Canada a donc agi en conséquence. » (Nouv. doc., n<sup>os</sup> 44-45.)

On est fondé à conclure que la protection diplomatique de la Barcelona Traction par le Canada a cessé en avril 1952.

#### *Etats-Unis*

28. Il semble que la première démarche diplomatique faite par le Gouvernement des Etats-Unis au nom de la Barcelona Traction ait été l'envoi d'une note, le 22 juillet 1949, par le chargé d'affaires des Etats-Unis à Madrid à M. Artajo, ministre des Affaires étrangères, dans laquelle il était dit:

« le Gouvernement des Etats-Unis apporte son appui et son accord à la note du 21 juillet 1949 présentée à votre ministère par l'ambassade britannique au nom du Gouvernement canadien, note qui a trait aux mesures dont a été et dont est présentement l'objet la société canadienne Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, société dans laquelle des ressortissants américains ont des intérêts...

Les mesures dont a été l'objet cette société, dans laquelle sont



foreign capital is so heavily invested, has had an adverse effect in foreign banking and investment circles . . ." (A.P.O., 1960, Vol. III, p. 247.)

Attention has already been called to the co-operation of the United States with Canada in February 1950, where American interests were described as arising from "the security of foreign investments generally".

In June and July 1951, the United States Embassy requested complete copies of the reports of the Spanish experts on the international tripartite committee and "reiterates its deep interest in the issues involved in the case of the Barcelona Traction Company . . ." (*ibid.*, pp. 249 and 251). It seems that the United States Secretary of Commerce, when in Madrid in October 1954, brought up with some officials of the Spanish Government the possibility of that Government's intervention in the judicial proceedings; he was told this was hardly possible. (Spanish New Docs., 1969, Vol. III, p. 174.)

29. In 1955, United States Ambassador John Lodge in Madrid lent his assistance to Mr. Arthur Dean in connection with his efforts on behalf of Sidro. An office memorandum of the Spanish Ministry of Foreign Affairs, 30 March 1955, recorded that Ambassador Lodge had phoned to support Mr. Dean's request for an interview with Minister for Foreign Affairs Artajo.

"The United States Ambassador stressed the *extraordinary interest*—he insisted that it be put that way—which the State Department attributes to a rapid and satisfactory solution of that matter about which the aforesaid Department continues to be concerned. He suggests the opportuneness of a solution by direct negotiations between the parties." (*Loc. cit.*)

The interview was granted—the request having been supported by the Canadian Embassy also—and Mr. Dean in writing to Mr. Artajo to express his thanks, stated:

"Our inability to arrive at an appropriate settlement of this matter is naturally a matter of very great concern to the management and shareholders of Sofina, in which there is now a substantial American interest . . ." (Spanish New Docs., 1969, Vol. III, p. 178.)

Mr. Dean informed Mr. Lester Pearson, the Canadian Secretary of State for External Affairs, about his visits as already noted.

30. But despite the warmth of Ambassador Lodge's message to the Spanish Foreign Office, it is clear that the interest of the United States was of a general nature and that its support did not amount to diplomatic protection of the Barcelona Traction company or of any identified

investis de si nombreux capitaux étrangers, ont eu des conséquences néfastes dans les milieux bancaires et financiers à l'étranger... » (A.E.P., 1960, vol. III, p. 247.)

On a déjà signalé la coopération qui s'était instaurée entre les Etats-Unis et le Canada en février 1950, époque à laquelle les intérêts américains avaient été présentés comme se rapportant à « la sécurité des investissements étrangers en général ».

En juin et en juillet 1951, l'ambassade des Etats-Unis a demandé qu'on lui fasse parvenir un ou plusieurs exemplaires du rapport complet des experts espagnols faisant partie de la commission tripartite internationale et a exprimé « à nouveau le vif intérêt qu'elle porte aux questions soulevées par l'affaire de la Barcelona Traction... » (*ibid.*, p. 249 et 251). Il semble que, pendant son séjour à Madrid en octobre 1954, le ministre du commerce des Etats-Unis avait mentionné à certains fonctionnaires du Gouvernement espagnol la possibilité d'une intervention du Gouvernement espagnol dans la procédure judiciaire; il lui fut répondu que cela ne serait guère possible. (Nouv. doc. espagnols, 1969, vol. III, p. 174.)

29. En 1955, M. John Lodge, ambassadeur des Etats-Unis à Madrid, a prêté son assistance à M. Arthur Dean dans ses efforts en faveur de la Sidro. Un mémorandum interne du ministère des Affaires étrangères d'Espagne en date du 30 mars 1955 constate que M. Lodge a téléphoné pour appuyer la requête par laquelle M. Dean sollicite une audience de M. Artajo, ministre des Affaires étrangères.

« L'ambassadeur des Etats-Unis voulait souligner l'*extraordinaire intérêt* (il a insisté pour qu'on l'indique ainsi) que le département d'Etat accorde à une solution rapide et satisfaisante de cette affaire, qui préoccupe toujours ledit département. Il se permet de soumettre au ministre des Affaires étrangères la pertinence de rechercher la solution au moyen de conversations directes entre les deux parties intéressées. » (*Loc. cit.*)

L'entrevue a été accordée — la demande ayant été appuyée par l'ambassade du Canada également — et M. Dean, en exprimant par écrit ses remerciements à M. Artajo, a dit :

« L'incapacité où nous sommes d'arriver à un règlement approprié de cette affaire est naturellement un sujet de grande préoccupation pour la direction et les actionnaires de la Sofina — où les intérêts américains sont maintenant substantiels... » (Nouv. doc. espagnols, 1969, vol. III, p. 178.)

Comme il a déjà été noté, M. Dean a informé de ses démarches M. Lester Pearson, secrétaire d'Etat canadien aux Affaires extérieures.

30. Mais, malgré le ton chaleureux du message de M. Lodge au ministère des Affaires étrangères d'Espagne, il est clair que l'intérêt des Etats-Unis était de caractère général et que son appui n'allait pas jusqu'à exercer une protection diplomatique en faveur de la société Barcelona

shareholders in that company or in Sidro or in Sofina. In a cable of 15 February 1955, before the visits to Madrid which have just been described, Mr. Dean advised Wilmers, President of Barcelona Traction and then in Brussels, that he had—

“... received request from our Department [*sc.* Department of State] suggesting they have never considered operating company in question [*sc.* Barcelona Traction] American and have treated this matter not as a protection case but on more general grounds of principle regarding treatment and encouragement of international investment and would appreciate extent to which U.S. capital now participating in company”. (O. & S., New Docs. 1964, App. 13.)

It is not known what information was given to the State Department concerning the extent of the United States capital participation at that time<sup>1</sup>. It seems clear from the record that the placing of Barcelona Traction shares in the names of American nominees did not require any investment of United States capital. But Mr. Dean apparently represented both Sidro and Sofina and on 1 February 1955 he informed the Spanish Ambassador in Washington that Sofina was “the majority common shareholder” in Barcelona Traction, and informed the Spanish Foreign Minister that there was a “substantial American interest” in Sofina. (The letter to the Ambassador is in the New Documents presented by Spain on 16 March 1964.)

31. There were references by Spain to Amitas, a Delaware corporation which financed the National Trust receivership, as if it represented a United States interest, but the real interest there seems to have been Belgian. The Canadian Receiver and Manager of National Trust borrowed at least \$980,000 from Amitas by selling to Amitas Receiver's 5 per cent. certificates. In his request to the Ontario Court for authorization to borrow the first \$100,000 on 25 August 1949, the Receiver and Manager referred to this—

“American Intercontinental Trade & Service Company (Amitas) Inc., a Delaware corporation which is understood to be associated or affiliated with a Belgian corporation which holds bonds and the majority of the outstanding shares”

of Barcelona Traction. (Receivership Docs., Vol. 2, p. 273.) On 3 August he had written to the Canadian Foreign Exchange Control Board about

<sup>1</sup> As indicated elsewhere, the evidence offered concerning certifications and payments of coupons does not seem persuasive despite the argument of counsel for Belgium on 8 July 1969 citing A.M., Vol. I, Annexes 18 and 20, pp. 133 and 142.

Traction ou d'actionnaires nommément désignés de cette société, de la Sidro ou de la Sofina. Dans un télégramme daté du 15 février 1955, avant les visites à Madrid qui viennent d'être évoquées, M. Dean a fait savoir à M. Wilmers, président de la Barcelona Traction, qui se trouvait alors à Bruxelles, qu'il avait

« reçu requête de notre Département [le département d'Etat] exposant qu'ils n'avaient jamais considéré société d'exploitation en question [la Barcelona Traction] comme américaine et avaient traité cette question non comme un cas de protection mais sur plan plus général des principes concernant traitement et encouragement investissements internationaux et seraient heureux connaître montant pour lequel capitaux US investis actuellement dans société ». (O.C., nouv. doc., 1964, app. 13.)

On ignore quels renseignements ont été donnés au département d'Etat au sujet de l'importance de la participation des capitaux américains à cette époque<sup>1</sup>. Il semble évident d'après le dossier que l'inscription d'actions de la Barcelona Traction au nom de *nominees* américains n'a pas nécessité d'investissements de capitaux américains. Mais M. Dean représentait apparemment à la fois la Sidro et la Sofina et, le 1<sup>er</sup> février 1955, il a informé l'ambassadeur d'Espagne à Washington que la Sofina était « le principal actionnaire ordinaire de la Barcelona Traction », et a fait savoir au ministre des Affaires étrangères d'Espagne qu'il y avait des « intérêts américains substantiels » dans la Sofina (la lettre adressée à l'ambassadeur se trouve dans les nouveaux documents présentés par l'Espagne le 16 mars 1964).

31. L'Espagne a fait allusion à Amitas, la société de l'Etat du Delaware qui a financé le *receivership* de la National Trust, comme si elle avait représenté des intérêts américains; mais il semble qu'en l'occurrence les intérêts véritables étaient belges. Le *receiver* canadien, administrateur de la National Trust, a emprunté à Amitas au moins 980 000 dollars en lui remettant la contrepartie des certificats à 5 pour cent émis par ses soins. En demandant à la cour de l'Ontario l'autorisation d'emprunter la première tranche de 100 000 dollars le 25 août 1949, le *receiver* et administrateur fait mention de cette

« American Intercontinental Trade & Service Company (Amitas) Inc., une société constituée dans l'Etat du Delaware qui serait associée ou affiliée à une société belge détenant des obligations et la majorité des actions émises »

par la Barcelona Traction (doc. du *receivership*, vol. II, p. 273). Le 3 août, dans une lettre adressée à la Commission de contrôle des changes

<sup>1</sup> Comme il a été indiqué ailleurs; les éléments de preuve présentés concernant les certifications et le paiement des coupons ne paraissent pas convaincants, malgré l'argumentation développée par un conseil de la Belgique le 8 juillet 1969, citant A.M., vol. I, ann. 18 et 20, p. 133 et 142.

the anticipated dollar transaction, and made a more definite statement. He stated that Amitas is—

“controlled, I believe wholly owned, by the Belgian interests, commonly referred to as ‘Sofina’, who are the majority owners of the equity stock of the Barcelona company and who also hold a substantial quantity of its bonds”.

He explains that if his receivership is successful, he will have plenty of United States dollars to repay the loan but:

“Looking at the darkest side of the picture, should the portfolio prove unsaleable, the position would simply be that Amitas would be unable to collect anything upon the Receiver’s certificates as there is no personal liability attached thereto.” (*Ibid.*, p. 277. The last receiver’s request to the Court for authority to borrow, which is recorded in the Receivership Documents filed with this Court by Spain, was on 19 March 1963; Vol. 8, p. 1356.)

This evidence supports the Belgian assertion that the Receiver was financed by Sofina, but of course there were American interests in Sofina. The Receiver in his numerous requests did not refer to nominees or to the trust agreement of Sidro with Securitas which will be discussed later in this opinion.

32. On 25 May 1967, the Belgian Embassy in Washington enquired of the United States Department of State whether the first United States Note of 22 July 1949, concerning American interests in Barcelona Traction, had in mind Americans interested as owners or beneficial owners of shares or whether it included also American citizens acting as trustees or nominees for third persons not having American nationality. The State Department’s reply of 5 June 1967 stated that the 1949 Note was inspired by questions of principle relative to the equitable treatment of foreign investments in order to preserve the confidence of foreign investors in the security of their investments in Spain. The interests of American citizens which were mentioned in the 1949 Note, referred only to those who had rights of property or beneficial ownership in the company. (Belgian New Doc. 5 presented 7 April 1969.)

### *Belgium*

33. The first Belgian Note concerning the Barcelona Traction case is dated 27 March 1948 (A.M., Vol. IV, Annex 250). The Note stresses the importance of Belgian interests in Barcelona Traction by asserting that Sidro owns more than 70 per cent. of the shares of Barcelona Traction and other Belgian individuals own enough to bring the total to 80 per

du Canada au sujet de la transaction en dollars envisagée, il s'exprimait en termes plus précis encore. Il affirmait en effet qu'Amitas est

« sous contrôle et, je crois, propriété exclusive du groupe d'intérêts belges, généralement connu sous le nom de « Sofina », propriétaire majoritaire du capital-actions de la société Barcelona et qui détient aussi une part importante de son capital-obligations ».

Il explique que si son *receivership* est couronné de succès, il disposera en abondance de dollars des Etats-Unis pour rembourser le prêt, mais :

« Pour mettre les choses au pire, si le portefeuille devait se révéler invendable, Amitas serait tout bonnement incapable d'obtenir quoi que ce soit sur les certificats du *receiver*, auxquels ne s'attache aucune responsabilité personnelle. » (*Ibid.*, p. 277. La dernière requête adressée à la Cour par le *receiver* pour obtenir l'autorisation d'emprunter, dont on trouve trace dans les documents du *receivership* soumis à la Cour par l'Espagne, date du 19 mars 1963; vol. VIII, p. 1356.)

Ces témoignages renforcent l'assertion belge selon laquelle le *receiver* était financé par la Sofina, mais cette dernière englobait évidemment des intérêts américains. Dans ses nombreuses demandes, le *receiver* ne fait mention ni des *nominees*, ni de l'accord de *trust* de la Sidro avec Securitas, examiné plus loin dans la présente opinion.

32. Le 25 mai 1967, l'ambassade de Belgique à Washington a demandé au département d'Etat si la première note des Etats-Unis, en date du 22 juillet 1949, concernant les intérêts américains dans la Barcelona Traction se référait à des Américains intéressés à la société en tant que propriétaires ou *beneficial owners*, ou si elle concernait également des citoyens américains agissant comme *trustees* (ou mandataires) ou *nominees* pour des tiers ne possédant pas la nationalité américaine. Dans sa réponse du 5 juin 1967, le département d'Etat a déclaré que la note de 1949 avait été inspirée par des considérations de principe relatives au traitement équitable des investissements étrangers, visant à préserver la confiance des investisseurs étrangers en ce qui concerne la sécurité de leurs investissements en Espagne. Les intérêts des citoyens américains dont il est fait mention dans la note de 1949 ne concernent que ceux des personnes jouissant, à l'égard de la société, de droits de propriété ou de *beneficial ownership*. (Nouveaux documents belges déposés le 7 avril 1969, doc. n° 5.)

### *Belgique*

33. La première note belge concernant l'affaire de la Barcelona Traction est datée du 27 mars 1948 (A.M., vol. IV, ann. 250). Cette note souligne l'importance des intérêts belges dans la Barcelona Traction, précisant que la Sidro détient plus de 70 pour cent des actions de cette société et que d'autres actionnaires belges individuels en possèdent

cent. In addition, the Belgian State had 50,000 shares of Sidro received as a capital tax, and 40 to 45 per cent. of the First Mortgage bonds of Barcelona Traction were also held by Belgians. Like the British Government, the Belgian Government notes that some of the higher ranks of the personnel of the companies have been discharged, especially Mr. William Menschaert, a Belgian national, President and sole legal representative of Ebro in Spain. The proceedings in Spain are summarized and declared improper or illegal. The note concludes with the statement that there has been a series of denials of justice which cannot help but gravely injure legitimate Belgian interests in the companies involved. The Spanish reply as usual indicated that the Government could not interfere with the courts.

The next Belgian Note on 22 July 1949 touched on the refusal of foreign exchange, reviewed the further steps in the Spanish proceedings and repeated that the denial of justice continued to injure very important Belgian interests (*ibid.*, Annex 252). Spain sent a reasoned rebuttal on 26 September 1949 but did not challenge Belgium's right to speak for the Belgian interests (*ibid.*, Annex 253).

34. As already noted, in February 1950 Belgium was actively cooperating with Canada on the project for establishing a tripartite committee of experts. When this démarche was frustrated by the Spanish proposal, Belgium vigorously objected to being left off the Committee of Experts. Belgium's next diplomatic protest was on 13 July 1951 (*ibid.*, Annex 254). Stress was laid on the effect of the measures in Spain on the Belgian investors. It was said that in equity, note should be taken of the interest of Barcelona Traction in Ebro and of the interest of Sidro in Barcelona; the interest of the Belgian investors in Sidro was given at 40 to 45 per cent., without counting the participation of Sofina which was 35 per cent. After there had been some conversations on the subject, the Belgian Note of 7 November 1951 again stressed their concern in the protection of very important Belgian interests and enclosed a memorandum on Spanish law (*ibid.*, Annex 256).

35. The Spanish reply of 14 November 1951 now insisted that diplomatic intervention in the *Barcelona Traction* case was the exclusive function of the Canadian and British Governments, whose representatives had been asked to join in the expert committee to examine the question of the refusal of foreign exchange (*ibid.*, Annex 257). Belgium replied on 6 December, discussing the merits of the matter and asserting that the importance of the Belgian interests in the capital of Barcelona Traction justified Belgium being represented on the Committee of Experts. On the same date, Belgium proposed arbitration under the treaty of 19 July 1927;

suffisamment pour porter le total à 80 pour cent. De plus, l'Etat belge possédait 50 000 actions de la Sidro reçues en paiement de l'impôt sur le capital, et 40 à 45 pour cent des obligations *First Mortgage* de la Barcelona Traction étaient également détenues par des Belges. Le Gouvernement belge constate, comme le Gouvernement britannique, qu'une partie du personnel dirigeant des sociétés avait été licenciée, notamment M. William Menschaert, ressortissant belge, président et unique représentant légal de l'Ebro en Espagne. La note donne un résumé de la procédure judiciaire suivie en Espagne, qui est taxée d'irrégulière ou illégale. Pour conclure, la note déclare qu'il y a eu une série de dénis de justice, lesquels ne peuvent manquer de léser gravement les intérêts belges légitimes dans les sociétés en question. La réponse espagnole indique comme d'habitude que le gouvernement ne peut s'immiscer dans les affaires des tribunaux.

La note belge suivante, datée du 22 juillet 1949, traitait du refus d'allocation de devises, passait en revue les étapes suivantes de la procédure judiciaire espagnole et répétait que le déni de justice continuait de léser de très importants intérêts belges (ann. 252). L'Espagne a répondu le 26 septembre 1949 en opposant une fin de non-recevoir motivée, mais sans contester le droit de la Belgique à intervenir en faveur des intérêts belges (ann. 253).

34. Comme il a déjà été indiqué, en février 1950 la Belgique collaborait avec le Canada pour mettre au point le projet concernant la constitution d'une commission d'experts tripartite. Lorsque cette démarche eut échoué par suite de la proposition espagnole, la Belgique protesta vigoureusement contre le fait qu'elle n'était pas admise à faire partie de la commission d'experts. La protestation suivante que la Belgique a élevée par la voie diplomatique date du 13 juillet 1951 (ann. 254). La Belgique y soulignait les répercussions des mesures prises en Espagne pour les investisseurs belges. Elle disait qu'il y avait lieu, en équité, de tenir compte de la participation de la Barcelona dans l'Ebro et de celle de la Sidro dans la Barcelona; les intérêts des investisseurs belges dans la Sidro étaient de 40 à 45 pour cent sans compter la participation de la Sofina, qui était de 35 pour cent. Après divers pourparlers, la note belge du 7 novembre 1951 soulignait de nouveau que le Gouvernement belge se préoccupait de la protection d'intérêts belges très importants; à cette note était joint un mémorandum sur la procédure judiciaire espagnole (ann. 256).

35. La réponse espagnole du 14 novembre 1951 insiste sur le fait qu'une intervention diplomatique dans l'affaire de la *Barcelona Traction* était du ressort exclusif des Gouvernements canadien et britannique, dont les représentants avaient été invités à faire partie de la commission d'experts pour examiner la question du refus de devises (ann. 257). La Belgique a répondu le 6 décembre en examinant le fond de la question et en soutenant que l'importance des intérêts belges dans le capital de la Barcelona Traction donnait à la Belgique le droit d'être représentée à la commission d'experts. A la même date, la Belgique a proposé un recours à l'arbitrage



the issue would be the damage to Belgian interests caused by the bankruptcy of Barcelona (*ibid.*, Annex 258). The Spanish reply of 22 December 1951 argued that Belgium had not complied with the 1927 treaty since it had not presented a formal claim, had not proved the Belgian nationality of the shareholders in a Canadian company, and had not shown that Belgian interests had been injured by an illegal act on the part of Spain (*ibid.*, Annex 259). Belgium replied in rebuttal on 31 December 1951, and Spain countered on 3 January 1952 (*ibid.*, Annexes 260 and 261). At this stage the issue concerning the right of Belgium to interpose in connection with a Canadian company, comes sharply into focus.

36. A Belgian Note of 21 March 1955, indicating the possibility of private negotiations which were then in train, and mentioning the visits of Mr. Dean, is not printed in the Annexes to the Belgian Memorial but as Annex 66, Document No. 2, of the 1963 Preliminary Objections. Then, on 31 December 1956, Belgium sent a long Note summarizing the whole affair (A.M., Vol. IV, Annex 262). On 16 May 1957, a further Belgian Note refers to certain personal conversations of their Ambassador in Madrid and broaches the possibility of a judicial settlement (*ibid.*, Annex 263). The Spanish Note of 10 June 1957 and the Belgian Note of 8 July deal extensively with the question of the right of Belgium to act in this case (*ibid.*, Annexes 264 and 265). The last Note puts more stress on the 50,000 shares held by the Belgian State and summarizes again the extent of the interests of Sidro. It seems unnecessary to follow the ensuing correspondence which involves the actual Application to this Court, the discontinuance and the new Application of 1962.

37. It is hard to explain the apparent reluctance of the applicant Government to place this entire record before the Court in a composite and coherent form especially in view of their recent initiative in eliciting the information from the Government of the United States as noted above. But the conclusion emerges that although in 1948 the Canadian Government, like the other three Governments involved, was disturbed by the judicial proceedings which overtook Barcelona Traction in Spain, the chief Canadian interest was in the securities of which National Trust was trustee and that when the bonds were paid off after the assets were sold in Spain, Canadian interest declined. This was the conclusion reached by counsel for Belgium in his pleading in 1964. (Oral Proceedings, 13 May 1964.) It must be borne in mind that the securities pledged under the Barcelona Traction Prior Lien and First Mortgage bonds held by National Trust Co., Ltd., as trustee, included bonds and shares of Ebro and of Catalonian Land Co., Ltd., and other subsidiaries. Of Ebro, for example, there were some £11 million face value, of bonds and some 300,000 shares of stock. (In another connection, it is interesting that many of the shares had blank powers of attorney attached to the certificates.

conformément au traité du 19 juillet 1927; cet arbitrage aurait dû porter sur le préjudice causé aux intérêts belges par la faillite de la Barcelona (ann. 258). Dans sa réponse du 22 décembre 1951, l'Espagne a soutenu que la Belgique ne s'était pas conformée aux dispositions du traité de 1927 puisqu'elle n'avait pas présenté formellement de réclamation, n'avait pas apporté la preuve de la nationalité belge des actionnaires de la société canadienne et n'avait pas montré que des intérêts belges eussent subi un préjudice à raison d'un acte illicite imputable à l'Espagne (ann. 259). La Belgique a réfuté ces arguments dans sa réponse du 31 décembre 1951 et l'Espagne a répondu le 3 janvier 1952 (ann. 260 et 261). A ce stade la question du droit d'intervention de la Belgique au sujet d'une société canadienne a été posée très clairement.

36. La note du 21 mars 1955, par laquelle la Belgique se référait à la possibilité de régler l'affaire par des négociations privées alors en cours et mentionnait la visite de M. Dean, n'est pas annexée au mémoire belge, mais figure dans les annexes aux exceptions préliminaires de 1963 (ann. 66, doc. n° 2). Ensuite, le 31 décembre 1956, la Belgique a envoyé une longue note résumant toute l'affaire (A.M., vol. IV, ann. 262). Une nouvelle note de la Belgique en date du 16 mai 1957 fait état de certains entretiens personnels de l'ambassadeur de Belgique à Madrid et envisage la possibilité d'un règlement judiciaire (ann. 263). La note espagnole du 10 juin 1957 et la note belge du 8 juillet traitent longuement de la question de savoir si la Belgique a le droit d'intervenir dans cette affaire (ann. 264 et 265). Cette dernière note insiste sur le fait que l'Etat belge détient 50 000 actions et rappelle l'importance des intérêts de la Sidro. Il ne semble pas nécessaire de passer en revue la correspondance ultérieure qui concerne la requête présentée à la Cour, le désistement et la nouvelle requête de 1962.

37. Il est difficile d'expliquer l'apparente hésitation du Gouvernement demandeur à soumettre tout ce dossier à la Cour sous une forme ordonnée et cohérente, surtout si l'on considère sa récente initiative, rappelée précédemment, en vue d'obtenir des renseignements du Gouvernement des Etats-Unis. Mais on peut en conclure que, bien qu'en 1948 le Gouvernement canadien, comme les trois autres gouvernements en cause, se soit inquiété de la procédure judiciaire ouverte contre la Barcelona en Espagne, le Canada s'intéressait principalement aux titres dont la National Trust était le *trustee* et que, lorsque les obligations eurent été remboursées après la vente de l'actif en Espagne, l'intérêt du Canada s'est atténué. C'est la conclusion à laquelle le conseil de la Belgique a abouti en 1964. (Procédure orale, 13 mai 1964.) Il ne faut pas oublier que les titres qui garantissaient les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de la Barcelona Traction et qui étaient détenus par la National Trust en tant que *trustee* comprenaient des obligations et des actions de l'Ebro et de la Catalanian Land Co. Ltd., ainsi que d'autres filiales. En ce qui concerne l'Ebro par exemple il y avait des obligations d'une valeur nominale voisine de 11 millions de livres sterling et environ 300 000 actions. (Dans un autre ordre

See Receivership Documents, Vol. 1, p. 54.) But Canada apparently had no deep abiding interest either in Canadian shareholdings in Barcelona Traction, for they were not large, or in the company itself which (at least after the payment of the bonds) was linked to Canada only by the "charter of convenience" and the receivership proceedings<sup>1</sup>. The latter were not of a nature to stimulate Canadian diplomatic action, although, under the supervision of the Ontario court, the Receiver and Manager took an active part in trying to promote a settlement through negotiations of the private interests involved. (See Receivership Documents, Vol. 5, p. 774.) I do not find it credible that Canada can be considered to be competing with Belgium in diplomatic protection of the interests clustered around Barcelona Traction.

The interests of the United States and Great Britain were those of governments of States which contain great financial capitals—New York and London. Neither of them pressed claims on behalf of specific persons whether natural or juristic. Both Governments have a general interest in the welfare of international "banking and investment circles" which are closely linked with their national economies.

Belgium remains the only identifiable claimant against Spain in connection with the bankruptcy of the Barcelona Traction Company.

If, under international law, a State is not entitled to extend its diplomatic protection to large shareholder interests of its nationals in circumstances such as those in the instant case, none of the equity interests in the Barcelona Traction enterprise would be entitled to diplomatic protection. I do not believe international law requires that such a conclusion be reached.

\* \* \*

38. There is no question that, under international law, a State has in general a right to extend its diplomatic protection to a corporation which has its nationality, or national character as it is more properly called. The proposition raises two questions:

(1) What are the tests to determine the national character of a corporation?

(2) Assuming the appropriate tests are met, must that national char-

---

<sup>1</sup> Belgian counsel's argument on 30 June 1969 about the "violation of Canadian sovereignty" and interference with the functions of the receiver as a Canadian "public authority" does not seem to reflect the actual thinking of the Canadian Government.

d'idées, il est intéressant de noter qu'un grand nombre d'actions étaient accompagnées de procurations en blanc jointes aux certificats. Voir doc. du *receivership*, vol. I, p. 54.) Toutefois le Canada n'attachait apparemment grand intérêt ni à la participation canadienne dans la Barcelona Traction, qui n'était pas très importante, ni à la société elle-même qui (tout au moins après le paiement des obligations) n'était liée au Canada que par le «statut de complaisance» et la procédure du *receivership*<sup>1</sup>. Cette dernière n'était pas de nature à inciter le Gouvernement canadien à entreprendre une action diplomatique bien que, sous la surveillance de la cour de l'Ontario, le *receiver* et administrateur se soit activement efforcé de favoriser un règlement par la voie de négociations entre les intérêts privés en cause. (Voir doc. du *receivership*, vol. V, p. 774.) Je ne pense pas que l'on puisse raisonnablement considérer le Canada comme rivalisant avec la Belgique pour assurer la protection diplomatique des intérêts groupés autour de la Barcelona Traction.

Les intérêts des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne étaient ceux des gouvernements de deux Etats où se trouvent de grandes places financières, New York et Londres. Aucun de ces gouvernements n'a présenté de réclamations pour le compte de personnes déterminées, physiques ou morales. Ils ont l'un et l'autre un intérêt général à voir prospérer les «milieux internationaux de la banque et des investissements», qui ont des liens étroits avec leur économie nationale.

Contre l'Espagne, la Belgique demeure le seul demandeur identifiable comme tel en ce qui concerne la faillite de la société Barcelona Traction.

Si, en droit international, un Etat n'est pas habilité à exercer la protection diplomatique d'importants intérêts de ses ressortissants en tant qu'actionnaires de sociétés dans des circonstances semblables à celles de l'espèce, aucun des intérêts se présentant sous forme d'actions dans l'entreprise de la Barcelona Traction n'aurait alors droit à la protection diplomatique. Je ne pense pas que le droit international exige que l'on aboutisse à une telle conclusion.

\* \* \*

38. Il ne fait pas de doute qu'en droit international un Etat dispose en général du droit d'accorder sa protection diplomatique à une société possédant sa nationalité ou, plus exactement, son caractère national. Cette proposition soulève deux questions:

- 1) Quels sont les critères permettant de déterminer le caractère national d'une société?
- 2) A supposer que les critères pertinents soient satisfaits, ce caractère

---

<sup>1</sup> L'argument de l'un des conseils de la Belgique, le 30 juin 1969, concernant la «violation de la souveraineté canadienne» et l'ingérence dans les fonctions du *receiver* en tant qu'«organe public» ne semble pas refléter la véritable façon de penser du Gouvernement canadien. (Audience du 30 juin 1969.)

acter be "real and effective" as shown by the "link" between the corporation and the State, just as, in the *Nottebohm* case, this Court decided that a certain claim to nationality is not enough in all situations to justify a State in extending its diplomatic protection to a natural person?

39. There are two standard tests of the "nationality" of a corporation. The place of incorporation is the test generally favoured in the legal systems of the common law, while the *siège social* is more generally accepted in the civil law systems. (See Kronstein, "The Nationality of International Enterprises", 52 *Columbia Law Review* (1952), p. 983.) There is respectable authority for requiring that both tests be met<sup>1</sup>.

It is not possible to speak of a single rule for all purposes. The tests used in private international law have their own character, as well brought out by Caflisch, "La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé", *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XXIV, 1967, page 119.

Commercial treaties and claims conventions often contain their own definitions of which companies shall be considered to have the nationality of a State for *purposes of the treaty*. (Cf. Walker, "Provisions on Companies in United States Commercial Treaties", 50 *American Journal of International Law*, 1956, p. 373; Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, 1960; and, for a more comprehensive survey, Ginther, "Nationality of Corporations", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Vol. XVI, 1966, p. 28 at pp. 31-59.) The tests used for such purposes may be quite different—even in the practice of the same State—from the tests used for other purposes. For example, the "control" test was widely used to determine the enemy character of property during war, but it is not established in international law as a general test of the nationality of a corporation<sup>2</sup>. On the other hand, *control* may constitute the essential link which, when joined to nationality, gives the State the right to extend diplomatic protection to the corporation. It is a familiar fact that the laws of certain States provide favourable conditions for companies incorporating therein, especially in relation to taxation. Canada is one such State, Liechtenstein is another. In the United States, many companies find it advantageous, for various reasons, to incorporate in Delaware or New Jersey<sup>3</sup>. Charters secured for such reasons may be called "charters of convenience".

#### 40. The Judgment of the Court in *Nottebohm, Second Phase*, in 1955

<sup>1</sup> There is ample coverage of the literature in the excellent study by Ginther, *op. cit.*, *infra*.

<sup>2</sup> See the observations of the Permanent Court of International Justice on the control test in *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (*Series A, No. 7*, at p. 70).

<sup>3</sup> Cf. Cahill, "Jurisdiction over Foreign Corporations and Individuals who Carry on Business within the Territory", 30 *Harvard Law Review*, 1917, p. 676.

national, manifesté par le « lien » entre la société et l'Etat, doit-il être « effectif » (voir l'affaire *Nottebohm*, où la Cour a décidé que l'affirmation d'un certain lien de nationalité ne suffit pas toujours à habiliter un Etat à accorder sa protection diplomatique à une personne physique)?

39. Il existe deux critères usuels de la « nationalité » d'une société. Le lieu où la société est constituée est le critère généralement retenu par les systèmes juridiques de *common law*, tandis que le siège social est plus généralement accepté dans les systèmes de droit civil. (Voir Kronstein, « The Nationality of International Enterprises », 52 *Columbia Law Review*, 1952, p. 983.) Il ne manque pas d'auteurs fort respectables pour dire que ces deux critères doivent être simultanément satisfaits<sup>1</sup>.

On ne saurait parler d'une règle unique valable à toutes fins. Les critères utilisés en droit international privé ont leur caractère propre, comme l'a bien montré Cafilisch dans « La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé », *Annuaire suisse de droit international*, 1967, volume XXIV, page 119.

Les traités de commerce et les conventions de réclamations contiennent souvent leur propre définition des sociétés qui seront considérées comme ayant la nationalité d'un Etat *aux fins du traité ou de la convention*. (Cf. Walker, « Provisions on Companies in United States Commercial Treaties », 50 *American Journal of International Law*, 1956, p. 373; Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, 1960; et, pour une analyse plus complète, Ginther, « Nationality of Corporations », *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. XVI, 1966, p. 31-59.) Les critères ainsi utilisés peuvent être tout à fait différents — même dans la pratique d'un même Etat — des critères appliqués à d'autres fins. Par exemple, le critère du « contrôle » a été largement employé pour déterminer le caractère ennemi de biens en temps de guerre, mais il n'est pas reçu en droit international comme critère général de la nationalité d'une société<sup>2</sup>. D'autre part, le *contrôle* peut constituer le lien de rattachement essentiel qui, joint à la nationalité, confère à l'Etat le droit d'accorder une protection diplomatique à la société. Il est bien connu que la loi de certains Etats offre des conditions favorables aux sociétés qui s'y constituent, notamment en matière de fiscalité. Le Canada en est un exemple, le Liechtenstein en est un autre. Aux Etats-Unis, de nombreuses sociétés trouvent des avantages, pour diverses raisons, à se constituer dans le Delaware ou le New Jersey<sup>3</sup>. Les statuts obtenus pour de pareils motifs peuvent être qualifiés de « statuts de complaisance ».

40. L'arrêt rendu par la Cour en 1955 dans l'affaire *Nottebohm*,

<sup>1</sup> On trouvera un abondant exposé de la doctrine dans l'excellente étude de Ginther, *op. cit.*, *infra*.

<sup>2</sup> Voir les observations de la Cour permanente de Justice internationale sur le critère du contrôle dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.I.J. série A n° 7, p. 70.

<sup>3</sup> Cf. Cahill, « Jurisdiction over Foreign Corporations and Individuals who Carry on Business within the Territory », 30 *Harvard Law Review*, 1917, p. 676.

(*I.C.J. Reports 1955*, p. 4), has been widely discussed in the subsequent literature of international law, particularly with reference to the so-called "link theory" by which the effectiveness of nationality may be tested<sup>1</sup>.

It has been argued that the doctrine is equally applicable in the case of ships flying "flags of convenience" and in relation to the diplomatic protection of corporations. I have maintained the view that it should apply in both those situations<sup>2</sup>.

41. In the instant case the Parties did not debate the applicability of the link principle to the Barcelona Traction Company, but they were certainly aware of the question. The Spanish side stated:

"... the Spanish Government never disputed the effective character of Barcelona Traction's Canadian nationality, because a number of factors were present which were sufficient proof of the existence of a real link between the company and the economic life of Canada". (P.O., 1963, p. 190.)

Counsel for Belgium argued on 4 July 1969 that "if the Canadian Government had been able to espouse in international judicial proceedings the cause of Barcelona Traction, its action could have been challenged on the ground of the lack of sufficient true Canadian interest". Counsel for Spain responded directly to this remark on 21 July.

42. I am in full agreement with the proposition that the decisions of the International Court of Justice should not be based upon a legal rule or principle which has not been considered by the parties<sup>3</sup>—indeed, I believe that the failure to heed that proposition is the only criticism which can properly be directed at the Court's decision in *Nottebohm*. When, however, both Parties have revealed a full awareness of the fact that the "link" principle might be applied to test the national quality of Barcelona Traction, the fact that they did not choose to develop their arguments on the ground of legal principle, rather than of fact, cannot operate to prevent the Court from dealing with the principle. Of course

---

<sup>1</sup> The wide range of unfavourable comments is reflected in the text and citations in Grossen, "Nationalité et protection diplomatique", *Ius et Lex*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, 1959, p. 489. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1966, has a full treatment at pp. 323 ff. His position is generally favourable to the Court's judgment.

<sup>2</sup> Jessup, "The United Nations Conference on the Law of the Sea", 59 *Columbia Law Review*, 1959, pp. 234, 256. Meyers, *The Nationality of Ships*, 1967, fully covers the question of flags of convenience, and the applicability of the rule to corporations is treated in Harris, "The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm* Case", 18 *International and Comparative Law Quarterly*, April 1969, p. 275.

<sup>3</sup> The proposition has been admirably expounded in Carsten Smith, *The Relation Between Proceedings and Premises, a Study in International Law*, 1962.

deuxième phase (C.I.J. Recueil 1955, p. 4), a été abondamment discuté dans les ouvrages de droit international parus depuis, notamment en ce qui concerne ce qu'on a appelé « la théorie du rattachement », qui permettrait de vérifier le caractère effectif de la nationalité<sup>1</sup>.

Il a été affirmé que cette doctrine est applicable également au cas des navires battant « pavillon de complaisance » et à celui de la protection diplomatique des sociétés. J'ai personnellement soutenu cette opinion<sup>2</sup>.

41. En l'espèce, l'argumentation des Parties n'a pas porté sur le point de savoir si le principe du rattachement s'appliquait à la société Barcelona Traction, mais elles étaient certainement conscientes du problème. Du côté espagnol, on a dit que

« le Gouvernement espagnol n'a jamais contesté le caractère effectif de la nationalité canadienne de la Barcelona Traction, à cause de la présence d'un ensemble d'éléments qui constituent une preuve suffisante de l'existence d'un lien réel de la société avec la vie économique canadienne ». (E.P., 1963, p. 190.)

Le conseil de la Partie belge a allégué le 4 juillet 1969 que, « si le Gouvernement canadien avait été en mesure de prendre fait et cause pour la Barcelona Traction, son action aurait pu être contestée vu l'insuffisance d'un véritable intérêt canadien ». Le conseil de l'Espagne a répondu à cette observation précise le 21 juillet.

42. Je souscris entièrement à l'idée que les décisions de la Cour internationale de Justice ne devraient pas être fondées sur une règle ni sur un principe juridique qui n'aurait pas été visé par les Parties<sup>3</sup> — et je crois même que la seule critique valable que l'on puisse adresser à l'arrêt *Nottebohm* est de n'en avoir pas tenu compte. Toutefois, les deux Parties ayant montré qu'elles étaient parfaitement conscientes de ce que le principe du « rattachement » pouvait être appliqué pour déterminer le caractère national de la Barcelona Traction, ce n'est pas parce qu'elles se sont abstenues de développer leurs arguments sur la base de principes juridiques, plutôt que de faits, qu'il serait interdit à la Cour de traiter du principe.

<sup>1</sup> La très grande diversité des commentaires défavorables qui ont été formulés ressort du texte et des citations de Grossen, « Nationalité et protection diplomatique », *Ius et Lex*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, 1959, p. 489. Brownlie fait une analyse approfondie dans *Principles of Public International Law*, 1966, p. 323 et suiv. D'une façon générale, il se prononce en faveur de l'arrêt de la Cour.

<sup>2</sup> Jessup, « The United Nations Conference on the Law of the Sea » 59 *Columbia Law Review*, 1959, p. 234, 256. Meyers, dans *The Nationality of Ships*, 1967, examine à fond la question des pavillons de complaisance, tandis que l'application de la règle aux sociétés est traitée par Harris, dans « The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm Case* », 18 *International and Comparative Law Quarterly*, avril 1969, p. 275.

<sup>3</sup> Cette thèse a été admirablement exposée par Carsten Smith, dans *The Relation Between Proceedings and Premises, a Study in International Law* (1962).



the question whether the link principle does apply to juristic persons is a question of international law and *jura novit curia*. The implication in the pleading of Belgian counsel just cited, intimated a conclusion that the link principle does apply to juristic persons.

It is indeed true that since Spain admitted that Canada had a right to extend diplomatic protection to Barcelona Traction, it may be argued that Spain is estopped to deny such a right although the elements of true estoppel may be lacking and such estoppel could be claimed (if at all) by Canada and not by Belgium. Aside from the fact that I believe the jurisprudence of the Court has tended to rely too heavily on estoppel or preclusion, the question posed here is in the first place a question of the Court's finding a rule of law. The Court in its Judgment does not accept the application of the link theory to juristic persons. Since I have reached the conclusion that the existence of a link between a corporation holding a "charter of convenience" and the State granting the charter, is the key to the diplomatic protection of multinational corporate interests, I cannot avoid the problems of law and fact on any such basis as the application of the doctrine of estoppel in this particular case.

43. It has also been argued that the Court should not pass judgment on the question whether there existed the necessary link between Canada and Barcelona Traction without hearing argument on behalf of Canada. Canada might have sought to intervene in the instant case under Article 62 of the Statute, but it did not do so. It is said that after judgment is pronounced in this case of *Belgium v. Spain*, Canada might find some jurisdictional ground to found an application to institute a case of *Canada v. Spain*. It is known that no such jurisdictional ground now exists. It seems quite unreal to suppose that Spain would now agree with Canada upon a *compromis* submitting to the Court a Canadian claim on behalf of Barcelona Traction, thus exposing Spain to the new hazard of being required to pay some two hundred millions of dollars of damages. But if the Court were properly seised of an application by Canada, it would have to take cognizance of the fact that following Article 59 of the Statute, "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case". Had the Court endorsed the application of the link principle to juristic persons, in its present decision in *Belgium v. Spain*, Canada could have argued against that conclusion in the hypothetical case of *Canada v. Spain*, or might have relied on Spanish admissions that Canada was entitled to protect the company.

Bien sûr, la question de savoir si le principe du rattachement s'applique ou non aux personnes morales constitue un problème de droit international et un cas de *jura novit curia*. La plaidoirie du conseil belge précitée appelle implicitement la conclusion que le principe du rattachement s'applique effectivement aux personnes morales.

En vérité, puisque l'Espagne a admis que le Canada avait le droit d'accorder une protection diplomatique à la Barcelona Traction, on pourrait soutenir que l'Espagne ne peut plus lui dénier ce droit, en vertu de l'*estoppel*, encore que les éléments d'un véritable *estoppel* fassent défaut et que, à supposer qu'on puisse l'invoquer, c'est au Canada et non à la Belgique qu'il appartiendrait de le faire. Outre qu'à mon avis la jurisprudence de la Cour a tendance à s'appuyer excessivement sur la notion d'*estoppel* ou de forclusion, la question qui se pose ici est en premier lieu de savoir si la Cour peut conclure à l'existence d'une règle de droit. Dans son arrêt, la Cour n'admet pas l'application aux personnes morales de la théorie du rattachement. Comme je suis arrivé à la conclusion que l'existence d'un lien de rattachement entre une société dotée d'un « statut de complaisance » et l'Etat lui ayant accordé ce statut constitue la clé du problème de la protection diplomatique des intérêts de sociétés multinationales, je ne puis esquiver les problèmes qui se posent sur le plan du droit et des faits en invoquant par exemple l'application de la doctrine de l'*estoppel* en l'espèce.

43. On a également soutenu que la Cour ne devrait pas se prononcer sur l'existence du lien de rattachement nécessaire entre le Canada et la Barcelona Traction sans entendre les arguments du Canada. Celui-ci aurait pu demander à intervenir dans l'instance en vertu de l'article 62 du Statut, mais il ne l'a pas fait. On a dit qu'une fois l'arrêt rendu en la présente affaire, qui oppose la Belgique à l'Espagne, le Canada pourrait trouver une base juridictionnelle lui permettant d'intenter une action contre l'Espagne. L'on sait qu'il n'existe à présent aucune base juridictionnelle de cet ordre. Il paraît tout à fait illusoire de supposer que l'Espagne puisse s'entendre maintenant avec le Canada pour élaborer un compromis saisissant la Cour d'une réclamation canadienne pour le compte de la Barcelona Traction, ce qui exposerait une nouvelle fois l'Espagne au risque de devoir verser quelque 200 millions de dollars à titre d'indemnité. Mais, si la Cour était valablement saisie d'une requête canadienne, elle devrait tenir compte de ce que, selon l'article 59 du Statut, « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Si, dans son arrêt relatif à la présente affaire *Belgique c. Espagne*, la Cour avait pris parti pour l'application du principe de rattachement aux personnes morales, le Canada aurait été en droit de contester cette conclusion dans une affaire hypothétique *Canada c. Espagne*, ou encore il aurait pu faire valoir que l'Espagne a admis que le Canada était habilité à protéger la société.

*The "Link" Concept*

44. It seems to be widely thought that the "link" concept in connection with the nationality of claims, originated in the International Court of Justice's Judgment in *Nottebohm*. I do not agree that in that instance the Court created a new rule of law. Indeed the underlying principle was already well established in connection with diplomatic claims on behalf of corporations. To look for the link between a corporation and a State is merely another example of what is now the familiar practice of "lifting the veil". See, for example Cohn and Simitis "'Lifting the Veil' in the Company Laws of the European Continent", 12 *International and Comparative Law Quarterly* (1963), page 189; Drachsler in *Report of the Section of International and Comparative Law of the American Bar Association*, July 1964, page 29. The practice of such States as the United States and Switzerland had already given weight to the proposition that a corporation would not be protected solely because it was incorporated in the State, i.e., had the State's nationality; some other link was required and that link usually was related to the ownership of shares. Such abstention, being as it were "against interest", has special probative value <sup>1</sup>.

Three years after the decision in *Nottebohm*, the Italian-United States Conciliation Commission, under the presidency of the late Professor Sauser Hall, in the *Flegenheimer* case stated:

"The right of challenge of the international court, authorizing it to determine whether, behind the nationality certificate or the acts of naturalisation produced, the right to citizenship was regularly acquired, is in conformity with the very broad rule of effectivity which dominates the law of nationals entirely and allows the court to fulfill its legal function and remove the inconveniences specified." (Emphasis supplied.) (53 *American Journal of International Law*, 1959, p. 944.)

That the link concept represents a general principle of law and not merely an *ad hoc* rule for the decision of a particular case, is indicated also by its applicability to the test of the nationality of ships which fly "flags of convenience". These maritime situations are comparable to the corporate situations just discussed since they involve corporate decisions to register their ships under the flags of States which offer special advantages in connection with tax, labour and other laws.

45. The Judgment in *Nottebohm, Second Phase*, was pronounced on 6 April 1955. At that time, the International Law Commission, which was preparing its projects on the law of the sea, had not yet developed

<sup>1</sup> State practice is noted *infra*, paras. 60 *et seq.*

*La notion de «rattachement»*

44. Une idée assez répandue, semble-t-il, est que la nation de «rattachement», employée à propos de la nationalité des réclamations, trouve son origine dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Nottebohm*. Je conteste qu'en l'occurrence la Cour ait créé une nouvelle règle de droit. En fait, le principe sous-jacent était déjà bien établi, à propos des réclamations diplomatiques présentées au nom de sociétés. Rechercher le lien existant entre une société et un Etat, ce n'est pas autre chose que la pratique — désormais familière — de la «levée du voile». Voir par exemple Cohn et Simitis: «Lifting the Veil» in the *Company Laws of the European Continent*, 12 *International and Comparative Law Quarterly* (1963), page 189; Drachsler, dans *Report of the Section of International and Comparative Law of the American Bar Association*, juillet 1964, page 29. La pratique d'Etats comme les Etats-Unis et la Suisse avait déjà conféré un certain poids à l'idée qu'une société n'est pas protégée pour la seule raison qu'elle a été constituée sur le territoire de l'Etat — autrement dit qu'elle a la nationalité de l'Etat; un autre lien de rattachement est nécessaire, que l'on a habituellement cherché dans la propriété des actions. L'abstention de ces Etats, en quelque sorte contraire à leur intérêt, a ici un caractère particulièrement probant<sup>1</sup>.

Trois ans après l'arrêt *Nottebohm*, la Commission de conciliation italo-américaine, présidée par le regretté professeur Sauser-Hall, a déclaré dans l'affaire *Flegenheimer*:

«Le droit de remise en question du juge international, l'autorisant à déterminer si, malgré le certificat de nationalité ou les lettres de naturalisation présentés, le droit de citoyenneté a été régulièrement acquis, est conforme à la règle très générale de l'effectivité qui domine entièrement le droit en matière de nationalité et permet au juge de s'acquitter de ses fonctions et de surmonter les inconvénients cités.» (Les italiques sont de nous.) (53 *American Journal of International Law*, 1959, p. 944.)

Que la notion de rattachement représente un principe général de droit et pas seulement une règle spécialement conçue pour trancher une affaire isolée est également démontré par le fait qu'on y a recours pour déterminer la nationalité des navires battant «pavillon de complaisance». Dans le domaine maritime, ces situations sont comparables à celle que nous venons d'examiner à propos des sociétés, puisqu'elles supposent la décision collective (sociale) d'immatriculer le navire sous le pavillon d'Etats dont la législation fiscale et la législation du travail entre autres offrent des avantages spéciaux.

45. L'arrêt *Nottebohm*, deuxième phase, a été rendu le 6 avril 1955. A l'époque, la Commission du droit international, qui élaborait alors ses projets sur le droit de la mer, n'avait pas encore mis au point la notion

<sup>1</sup> La pratique des Etats est notée *infra*, par. 60 et suiv.

the concept of a "genuine link" as a requisite for the recognition of the nationality of a ship. But the link theory was thereafter actively argued in the Commission and at length in the Geneva Conference of 1958 on the Law of the Sea. Article 5 of the Convention on the High Seas was adopted in the following terms:

"Each State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. *There must exist a genuine link between the State and the ship*; in particular, the State must effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag." (Emphasis supplied.)

46. In 1959, governments were submitting to the International Court of Justice views on the *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* case. The influence of the link concept was apparent. (Meyers, *The Nationality of Ships*, 1967, pp. 227 ff.) When the Court gave its Advisory Opinion on the above case in 1960, it clearly confined itself to a particular question of treaty interpretation and declined to examine general customary law on "a genuine link". (*I.C.J. Reports 1960*, p. 171.) It made a passing reference to Article 5 of the "unratified Geneva Convention on the High Seas". In his dissenting opinion, Judge Moreno Quintana said that the provision in Article 5—

"... by which international law establishes an obligation binding in national law, constitutes at the present time the *opinio juris gentium* on the matter". (*Ibid.*, p. 178.)

The *Nottebohm* case itself was not discussed at length in connection with the law of the sea in the International Law Commission but Dr. García Amador, Special Reporter for the International Law Commission on State Responsibility, in his Sixth Report, noted that he had added a paragraph to his earlier draft "in order to incorporate the rule laid down by the International Court of Justice in the *Nottebohm* case". (*Yearbook of the International Law Commission*, 1961, Vol. II, p. 53; see Article 23 of his revised draft at p. 49.) Although the "link" concept was much discussed at the Geneva Conference, only a few governments or delegates referred to the *Nottebohm* case (Meyers, *op. cit.*, pp. 269 ff.). Four States—Netherlands, Norway, Liberia and the United Kingdom—in their pleadings in the *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* case made some reference to the Court's statements in *Nottebohm*, *Second Phase*, about "unilateral acts" of States. (*I.C.J. Pleadings*, pp. 357-359; 365-366; 374;

du « lien substantiel » comme condition de la reconnaissance de la nationalité d'un navire. Mais la théorie du lien de rattachement a donné lieu ensuite à des débats animés au sein de la commission, et la conférence de Genève de 1958 sur le droit de la mer l'a soumise à un examen approfondi. L'article 5 de la convention sur la haute mer, tel qu'il a été adopté, se lit ainsi :

« Chaque Etat fixe les conditions auxquelles il accorde sa nationalité aux navires ainsi que les conditions d'immatriculation et du droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre pavillon. *Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire*; l'Etat doit notamment exercer effectivement sa juridiction et son contrôle, dans les domaines technique, administratif et social, sur les navires battant son pavillon. » (Les italiques sont de nous.)

46. Lorsque, en 1959, les gouvernements ont soumis à la Cour internationale de Justice leurs vues sur l'affaire de la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, l'influence de la notion de rattachement a été manifeste. (Meyers, *The Nationality of Ships*, 1967, p. 227 et suiv.) Quand la Cour a rendu son avis consultatif en 1960, elle s'est très clairement contentée de traiter une question particulière d'interprétation des traités et s'est refusée à examiner le droit coutumier général sur le « lien substantiel ». (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 171.) La Cour a fait allusion en passant à l'article 5 de la convention « *non ratifiée* de Genève de 1958 sur la haute mer » (les italiques sont de nous). Dans son opinion dissidente, M. Moreno Quintana a déclaré que la disposition de l'article 5,

« par laquelle le droit international crée une obligation à la charge du droit national, constitue aujourd'hui l'*opinio juris gentium* en la matière ». (*Ibid.*, p. 178.)

L'affaire *Nottebohm* n'a pas été beaucoup discutée à propos du droit de la mer, à la Commission du droit international, mais M. García Amador, rapporteur spécial de la commission pour la question de la responsabilité des Etats a indiqué, dans son sixième rapport, qu'il avait ajouté un paragraphe à son projet antérieur « pour y mentionner la doctrine élaborée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* ». (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1961, vol. II, p. 55; voir l'article 23 du projet révisé, p. 51.) Bien que la notion de « rattachement » ait été abondamment débattue à la conférence de Genève, l'affaire *Nottebohm* n'a été évoquée que par un petit nombre de gouvernements ou de délégués (Meyers, *op. cit.*, p. 269 et suiv.). Quatre Etats — les Pays-Bas, la Norvège, le Libéria et le Royaume-Uni — ont fait allusion, dans leurs exposés écrits relatifs à l'OMCI, à ce qu'avait dit la Cour dans l'arrêt *Nottebohm*, deuxième phase, au sujet des « actes unilatéraux » des Etats. (*C.I.J. Mémoires*, p. 357-359; 365-366; 374; 404-405.) Le point important est

404-405.) The important point is that there was growing recognition of the rule that if a State wishes to have its "unilateral acts" recognized and given effect by other States, those acts must conform to the principles and rules of international law. If a State confers its nationality on a person who has no genuine link with it, another State may not need to recognize the person as such national. Such nationality has been styled "a citizenship of convenience".<sup>1</sup> If a State purports to confer its nationality on ships by allowing them to fly its flag, without assuring that they meet such tests as management, ownership, jurisdiction and control, other States are not bound to recognize the asserted nationality of the ship<sup>2</sup>. As a matter of principle and logic—supported by State practice—a comparable rule is applicable to corporations. A State may, by extending diplomatic protection to a corporation, hold out that corporation as having its "nationality", because the State had granted it its charter of incorporation. But if in fact there is no "genuine link" between the corporation and the State in question, the State to which diplomatic representations are made may, on that ground reject them. Perhaps one makes here an analogy to stateless persons but the stateless individual has nothing behind him and cannot be protected until the present imperfect law of human rights is fully developed<sup>3</sup>. On the other hand, the corporation which has a nominal connection with a State of incorporation but whose shares are all owned by nationals of another State in which latter State the actual management and control of the company are carried on, has behind it the shareholders who represent the real interest. No rule of law, no principle, forbids that latter State to extend its diplomatic protection to those interests.

47. It is true that the Court in the *Constitution of the Maritime Safety*

---

<sup>1</sup> *Uebersee Finanz-Korporation A.G., Liestal, Switzerland, Plaintiff, Fritz von Opel, Intervener-Plaintiff v. Herbert Brownell, Jr., Attorney General, et al.*, 133 F. Supp. 615, 619 (1955), *affd.* 244 F. 2d 789 (1957). This case, decided by the United States District Court, District of Columbia, in the same year as the decision of the International Court of Justice in *Nottebohm*, also involved a consideration of the validity of the naturalization of a German in Liechtenstein during the Second World War. The question was in part whether the intervener was an innocent stockholder in a company vested by the Alien Property Custodian as enemy alien property. The United States Court did not cite the *Nottebohm* case.

<sup>2</sup> There are, however, situations in which national courts still find it appropriate to recognize "the law of the flag"; see *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 83 S. Ct. (U.S.) 671 (1963).

<sup>3</sup> And query whether the term "man" in "The Rights of Man" includes a corporation!

The Court's decision in *Nottebohm, Second Phase*, has been criticized as creating a new group of *apatrides*; see Bindschedler-Robert, "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires", *Revue de la Société des juristes bernois*, Vol. 100, 1964, p. 141.

l'acceptation de plus en plus étendue de la règle suivant laquelle, si un Etat désire que d'autres Etats reconnaissent ses « actes unilatéraux » et leur donnent effet, ces actes doivent être conformes aux principes et aux règles du droit international. Si un Etat confère sa nationalité à une personne qui ne lui est rattachée par aucun lien effectif, un autre Etat n'a pas forcément à reconnaître à ladite personne la qualité de ressortissante du premier. La nationalité accordée dans ces conditions a été appelée « nationalité de complaisance »<sup>1</sup>. Si un Etat entend conférer sa nationalité à des navires en les autorisant à battre son pavillon, sans veiller à ce qu'ils satisfassent à des conditions comme celles de gestion, de propriété, de juridiction et de contrôle, les autres Etats ne sont pas tenus de reconnaître la nationalité ainsi attribuée aux navires<sup>2</sup>. Les principes et la logique — corroborés par la pratique des Etats — veulent qu'une règle comparable s'applique aux sociétés. Un Etat peut, en accordant sa protection diplomatique à une société, affirmer que cette société possède sa « nationalité » parce qu'il la lui a conférée au moment où elle s'est constituée. Mais si en fait il n'y a pas de « lien de rattachement effectif » entre la société et l'Etat en question, l'Etat auquel des représentations diplomatiques sont faites peut, pour cette raison même, les repousser. On établit peut-être ici une certaine analogie avec la situation des apatrides, mais l'apatride n'a rien sur quoi s'appuyer et ne peut pas être protégé tant que les règles juridiques concernant les droits de l'homme — à présent très imparfaites — ne se seront pas pleinement développées<sup>3</sup>. En revanche, la société théoriquement rattachée à l'Etat où elle s'est constituée, mais dont les actions sont toutes entre les mains de nationaux d'un autre Etat, d'où la gestion effective et le contrôle sont exercés, a derrière elle des actionnaires qui représentent les intérêts réels. Aucune règle de droit, aucun principe, n'empêche le deuxième Etat d'accorder sa protection diplomatique à ces intérêts.

47. Il est vrai qu'à propos de la *Composition du Comité de la sécurité*

<sup>1</sup> *Uebersee Finanz-Korporation A.G., Liestal, Switzerland, Plaintiff, Fritz von Opel, Intervener-Plaintiff c. Herbert Brownell, Jr., Attorney General, et al.*, 133 F. Supp. 615, 619 (1955), aff'd. 244 F. 2d 789 (1957). Cette affaire, tranchée par le tribunal fédéral du district de Columbia, l'année où la Cour internationale de Justice a rendu sa décision dans l'affaire *Nottebohm*, posait également le problème de la validité de la naturalisation d'un Allemand au Liechtenstein pendant la deuxième guerre mondiale. Il s'agissait en particulier de savoir si la partie intervenante était un actionnaire innocent d'une société placée sous séquestre par l'*Alien Property Custodian* comme bien ennemi. Le tribunal américain n'a pas fait référence à l'affaire *Nottebohm*.

<sup>2</sup> Il existe cependant des situations dans lesquelles les tribunaux nationaux croient encore devoir reconnaître le « droit du pavillon »; voir *McCulloch c. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 83 S. Ct. (U.S.) 671 (1963).

<sup>3</sup> Et l'on peut se demander si le mot « homme » dans « les droits de l'homme » peut s'appliquer à une société!

La décision prise par la Cour dans l'affaire *Nottebohm*, deuxième phase, a été critiquée comme créant une nouvelle catégorie d'apatrides; voir Bindschedler-Robert, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Revue de la Société des juristes bernois*, 1964, vol. 100, p. 141.



*Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* case, as a matter of treaty interpretation, and taking into account the *travaux préparatoires*, stated that:

“... it is unlikely that it was contemplated [in drafting the Convention which established IMCO] that the test should be the nationality of stock-holders and of others having beneficial interests in every merchant ship; facts which would be difficult to catalogue, to ascertain and to measure. To take into account the names and nationalities of the owners or shareholders of shipping companies would . . . ‘introduce an unnecessarily complicated criterion’ . . . On the other hand, the criterion of registered tonnage is practical, certain and capable of easy application.” (*I.C.J. Reports 1960*, p. 169.)

It would be unsound to transpose some of these words from their context, where persuasive reasons are set out for the particular issue before the Court, to support an argument that it is not practical to ascertain the existence of preponderant, majority or substantial stock interests in corporations. In particular it will be shown that in at least certain cases, international law does not exclude the protection of shareholders on the ground that it is difficult to identify them, e.g., in the case where international law permits the protection of foreign shareholders in a corporation which is the victim of unlawful destructive acts performed by the State of incorporation. Nor can the rule which permits the protection of shareholders in certain circumstances be discarded because company management may sometimes find it inconvenient to reveal the exact position in regard to the ultimate ownership of the shares.

48. One of the reasons for the rule on continuity of nationality of claims is the avoidance of assignments of claims by nationals of a small State to nationals of a powerful State. If a powerful State should seek to attract corporations to incorporate under its laws so that it could claim them as its nationals even though the corporations had no further connection with that State, this Court should not “regard itself as bound by the unilateral act” of that State. The same conclusion must be reached when less powerful States attract the incorporation of companies or the registration of ships by providing “charters of convenience” or “flags of convenience”.

It has been noted that Canada is one of the States which attracts the incorporation of companies through favourable tax laws, etc. Counsel for Spain called attention to the fact that a corporation called the San Antonio Land Company was incorporated in Toronto in the same year—1911—as Barcelona Traction by Mr. Pearson, “the promoter and first president of Barcelona Traction”. The identity of some of the personalities in the two companies, as well as their London agents, was stressed. The

*maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour, interprétant une disposition conventionnelle et tenant compte des travaux préparatoires, a estimé

« improbable que l'on ait envisagé (lors de la rédaction de la convention portant création de l'OMCI) que le critère dût être la nationalité des actionnaires ou de telles autres personnes ayant réellement la propriété de tout navire de commerce; il s'agit là de faits difficiles à cataloguer, à vérifier et à mesurer. Faire intervenir la question du nom et de la nationalité des propriétaires ou des actionnaires des compagnies de navigation ... « introduirait un critère inutilement compliqué » ... Au contraire, le critère du tonnage immatriculé est pratique, certain et facilement applicable. » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 169.)

Il ne serait pas prudent d'extraire certains de ces termes de leur contexte, celui d'un exposé de raisons convaincantes concernant la question particulière dont la Cour était saisie, pour appuyer l'argument selon lequel il n'est pas commode de vérifier l'existence de participations prépondérantes, majoritaires ou substantielles dans des sociétés par actions. On verra en particulier que, dans certains cas au moins, le droit international n'exclut pas la protection des actionnaires parce qu'il est difficile de les identifier — puisque par exemple il autorise la protection des actionnaires étrangers d'une société victime d'actes illicites et destructeurs commis par l'Etat où elle s'est constituée. On ne peut pas non plus écarter la règle qui permet de protéger les actionnaires dans certaines circonstances pour la raison que les dirigeants de la société peuvent parfois trouver des inconvénients à révéler ce qu'il en est exactement, en dernier ressort, de la propriété des actions.

48. L'une des raisons de la règle de la continuité de la nationalité des réclamations est qu'il convient d'éviter que des ressortissants d'un petit Etat ne transfèrent leurs droits à réparation aux nationaux d'un Etat puissant. Si un Etat puissant cherchait à attirer des sociétés pour qu'elles se constituent selon ses lois, de manière à pouvoir les présenter comme ses ressortissantes, même si elles ne lui étaient rattachées en aucune autre manière, la Cour ne devrait pas « se considérer comme liée par l'acte unilatéral » de cet Etat. La même conclusion s'impose quand des Etats moins puissants favorisent la création de sociétés ou l'immatriculation d'un navire en offrant un « statut de complaisance » ou un « pavillon de complaisance ».

On a souligné que le Canada est l'un des Etats qui attirent les sociétés par une législation fiscale favorable, etc. L'un des conseils de l'Espagne a relevé que M. Pearson, « le promoteur et le premier président de la Barcelona Traction », a constitué à Toronto une société appelée la San Antonio Land Company la même année — 1911 — que celle où la Barcelona Traction s'est créée. Le fait que certaines des personnalités des deux sociétés, ainsi que leurs représentants à Londres, étaient les

business of the Land Company was carried on in Texas. Counsel quoted from the report of the Special Master of the Federal District Court in New York<sup>1</sup>:

“It is perfectly clear that the Toronto office, the Board of Directors, etc., was maintained only in pursuance of the requirements of the statutory existence of the corporation under the laws of the Dominion of Canada. *The effective control of the affairs of the corporation plainly was lodged elsewhere than in Toronto* and followed the peregrinations of Dr. Pearson, the master mind<sup>2</sup>.” (Hearing of 27 May 1969.)

49. The evidence shows that counsel for Spain was correct in asserting that the situation in Barcelona Traction was parallel. Throughout, one finds that the important decisions, the vital planning, was done by such persons as Heineman, Wilmers, Speciael, Hubbard and Lawton, whose instructions issued from Great Britain, the United States and Belgium and Spain itself, but rarely if ever from Canada. The general meetings of shareholders held in Toronto seem to have been *pro forma* affairs. It is true that in 1948 a “Receiver and Manager” of Barcelona Traction was appointed in Canada and operated out of Toronto, but since the operating companies in Spain had passed into the control of the bankruptcy officials there, the Receiver and Manager could merely try to encourage a settlement; he did not have the power to *make* a settlement.

Counsel for Belgium, in the same pleading in which he rebutted some of the Spanish contentions about the *San Antonio Land Co.* case, quoted from a judgment of Mr. Justice Roxburgh in the English High Court of Justice, the following passage which strongly confirms the fact that Barcelona Traction’s management was not centred in Toronto:

“Barcelona was a holding and not an operating Company. Sterling was its life blood. It also borrowed pesetas but it had little interest in Canadian dollars. London was its financial seat. . . . There were in Canada, so far as I know, or rather so far as I have been told, nothing but a registered office of undisclosed size with a staff of undisclosed dimensions, and share registers.”

---

<sup>1</sup> The nature of the litigation in question is not relevant to the point being discussed here.

<sup>2</sup> The rebuttal of counsel for Belgium, on 27 June 1969, while correctly pointing to some errors in the Spanish analysis of the *San Antonio Land Co.* case, did not affect the point here under consideration.

mêmes, a été souligné. La Land Company exerçait son activité au Texas. Le conseil a cité le rapport du *Special Master* du tribunal fédéral de district de New York <sup>1</sup>:

« Il est parfaitement évident que la seule raison d'être du bureau de Toronto, du conseil d'administration, etc., était d'assurer l'existence statutaire de la société en vertu de la législation du Dominion du Canada. *Le contrôle effectif des affaires de la société se trouvait évidemment ailleurs qu'à Toronto* et suivait les pérégrinations de son inspirateur, M. Pearson.<sup>2</sup> » (Audience du 27 mai 1969.)

49. Les faits rapportés montrent que le conseil de l'Espagne était fondé à affirmer que la situation de la Barcelona Traction pouvait être mise en parallèle. D'un bout à l'autre, on s'aperçoit que les décisions importantes et les plans essentiels étaient élaborés par des gens comme Heineman, Wilmers, Speciael, Hubbard et Lawton, dont les instructions étaient transmises de Grande-Bretagne, des Etats-Unis, de Belgique et d'Espagne même, mais rarement, voire jamais, du Canada. Les assemblées générales d'actionnaires, tenues à Toronto, semblent avoir été de pure forme. Il est vrai qu'en 1948, un « *receiver* et administrateur » de la Barcelona Traction a été nommé au Canada et qu'il s'est acquitté de ses fonctions à Toronto, mais puisque les sociétés exploitantes, en Espagne, étaient alors sous le contrôle des organes de la faillite, le *receiver* et administrateur ne pouvait que s'efforcer d'encourager un règlement; il n'avait pas le pouvoir de *procéder* à un règlement.

Le 27 juin 1969 dans la plaidoirie où il réfutait certaines des thèses espagnoles au sujet de l'affaire de la *San Antonio Land Co.*, le conseil de la Belgique a extrait d'une décision rendue par M. Roxburgh, juge à la Haute Cour de justice d'Angleterre, le passage suivant, qui tend très nettement à confirmer que la direction de la Barcelona Traction n'avait pas son centre à Toronto:

« La Barcelona Traction était une société de portefeuille et non pas une société d'exploitation. La monnaie dans laquelle elle opérait essentiellement était la livre sterling. Elle empruntait aussi des pesetas, mais ne s'intéressait guère aux dollars canadiens. C'était Londres qui était son centre financier ... Il n'y avait enfin au Canada, pour autant que je sache, ou plutôt pour autant que j'aie entendu dire, qu'un siège dont l'importance ne nous a pas été révélée, possédant un personnel dont l'effectif n'a pas été porté à notre connaissance, et les registres des actionnaires. »

<sup>1</sup> La nature du litige est sans rapport avec le point en discussion.

<sup>2</sup> La réponse du conseil de la Belgique, dans laquelle celui-ci relevait à juste titre certaines erreurs dans l'analyse espagnole de l'affaire de la *San Antonio Land Co.*, est sans incidence sur la question à l'examen. (Audience du 27 juin 1969.)

Counsel noted that on the final point the judge had not had discovery, but counsel did not deny the truth of the judge's comment.

It is true that Roxburgh J. was dealing with a period of time anterior to the bankruptcy proceedings in Spain, but I find nothing in the record to suggest that there was later a material change whereby the principal power centre of Barcelona Traction was located in Toronto <sup>1</sup>.

\* \* \*

50. There are three situations in which there is wide agreement that a State may extend its diplomatic protection to shareholders who are its nationals, although the company whose shares they hold has the nationality of another State. These three situations are sometimes considered "exceptions" to a general rule allowing protection of the corporation itself.

51. The first of these situations is where the corporation has been incorporated in the State which inflicts the injury on it without legal justification, and where the shareholders are of another nationality.

It is in such situations that one finds the widest agreement that a State may extend diplomatic protection to shareholders who are its nationals <sup>2</sup>. The rationale seems to be based largely on equitable considerations and

---

<sup>1</sup> In the same court proceeding, the testimony of Mr. Hubbard, Chairman or President of Barcelona Traction during several years, is not wholly clear. He testified that all meetings of the Directors of the Company were held in Canada; that he attended some but not all such meetings; that neither he nor his predecessor or successor as President or Chairman was resident in Canada; that Mr. Speciael, as President *may* have gone to Canada from New York to attend some directors' meetings; it was not necessary for the President or Chairman of the Board to preside over directors' meetings. (According to the company law of Canada, it seems that the directors present may elect a chairman of the meeting if neither the President nor vice-president is present; Fraser and Stewart, *Handbook on Canadian Company Law*, Fifth Ed. 1960, p. 134.) Mr. Hubbard indicated that some decisions were made in London, with notice to the office in Toronto and that in other cases "instructions came from Canada". Mr. Hubbard testified that "There was a very strong Board in Canada" but of the directors listed as residing in Canada (according to a list submitted to the Court in the same proceeding) the only one appearing in the list of registered shareholders in 1948 (A.M., Ann. 2) held one share. (The records of the Court proceedings are in A.C.M., Vol. I, Annex 13, especially Document No. 6.) This was a Mr. Merry who is listed as Secretary of the Company (but not a director) in 1918. (A.P.O., Ann. 22, Doc. No. 2. This is the only extract from minutes of directors' meetings which lists those present, so far as I have been able to ascertain; three directors were present.)

<sup>2</sup> The Respondent here shares in this agreement. Bindschedler-Robert (*op. cit.*, p. 174), writing in 1964, considered that this view was being accepted in international law. She cites the well-reasoned and well-documented study by Kiss, "La protection

Le conseil a noté que, sur ce dernier point, le juge n'avait pas eu le bénéfice d'une procédure de *discovery* mais il n'a pas contesté l'exactitude des observations du juge.

Il est vrai que M. Roxburgh envisageait une époque antérieure à celle de la procédure de faillite en Espagne, mais je ne trouve dans le dossier aucun indice d'un changement marquant intervenu par la suite et en vertu duquel le centre principal de décision de la Barcelona Traction aurait été transporté à Toronto<sup>1</sup>.

\* \* \*

50. On s'accorde généralement à reconnaître qu'il existe trois situations dans lesquelles un Etat peut accorder sa protection diplomatique à des actionnaires qui sont ses ressortissants, quoique la société dont ils détiennent des actions possède la nationalité d'un autre Etat. Ces trois situations sont parfois considérées comme des « exceptions » à une règle générale permettant la protection de la société elle-même.

51. La première de ces situations se présente lorsque la société a été constituée dans l'Etat qui lui a infligé un préjudice sans justification juridique et que les actionnaires sont d'une autre nationalité.

C'est dans ce genre de situation qu'il est le plus généralement admis qu'un Etat peut accorder une protection diplomatique à des actionnaires ayant sa nationalité<sup>2</sup>. Cela tient dans une large mesure à des considé-

<sup>1</sup> Le témoignage que M. Hubbard, qui fut *chairman* ou président de la Barcelona Traction pendant plusieurs années, a présenté dans l'affaire considérée, n'est pas d'une clarté parfaite. M. Hubbard a déclaré sous la foi du serment que toutes les réunions du conseil d'administration de la société avaient lieu au Canada; qu'il assistait à certaines de ces réunions mais pas à toutes; que ni lui, ni son prédécesseur, ni son successeur au poste de président ou de *chairman* ne résidaient au Canada; que M. Speciael, comme président, *a pu* se rendre de New York au Canada pour assister à certaines réunions du conseil d'administration; qu'il n'était pas nécessaire que le président ou le *Chairman of the Board* préside ces réunions. (Suivant le droit canadien des sociétés, il semble que, en l'absence du président et du vice-président, les administrateurs présents peuvent élire un président de séance; Fraser and Stewart, *Handbook on Canadian Company Law*, 5<sup>e</sup> éd. 1960, p. 134.) M. Hubbard a indiqué que certaines décisions étaient prises à Londres, le bureau de Toronto en étant avisé, et que dans d'autres cas il était reçu des « instructions du Canada ». Il a déclaré que « le conseil d'administration était très étoffé au Canada ». Or, des administrateurs inscrits sur la liste déposée devant le tribunal comme résidant au Canada, le seul qui figure dans la liste des porteurs d'actions nominatives en 1948 (A.M., ann. 2) possédait une action. (Pour les documents ayant trait à cette affaire devant la Haute Cour de justice d'Angleterre, voir A.C.M., vol. I, ann. 13, notamment le doc. n° 6.) C'était un certain M. Merry, indiqué comme secrétaire de la société (mais pas administrateur) en 1918 (A.E.P., vol. I, ann. 22, doc. n° 2. Pour autant que j'aie pu le vérifier, c'est le seul extrait des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration qui mentionne le nom des personnes présentes; trois administrateurs assistaient à la réunion.)

<sup>2</sup> Le défendeur partage ici cette opinion. En 1964, Bindschedler-Robert (*op. cit.*, p. 174) considérait que ce point de vue était en voie d'être reçu en droit international. Elle cite l'analyse très logique et bien documentée de Kiss sur « La protection

the result is so reasonable it has been accepted in State practice. Judge Charles De Visscher says this result is required by "des considérations impérieuses de justice". ("De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée", 61 *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 624.) By hypothesis, the respondent State has committed an unlawful act from which injury results. The corporation itself cannot seek redress and therefore the State whose nationals own the shares may protect them *ut singuli*. The equities are particularly striking when the respondent State admits foreign investment only on condition that the investors form a corporation under its law. These points are clearly made by Petrán, 109 *Hague Recueil*, 1963, II, pages 506 and 510. Petrán refers with approval to the earlier lectures by Paul De Visscher, 102 *Hague Recueil*, 1961, I, page 399; see especially pages 478-479.

Judge Wellington Koo, in his separate opinion in this *Barcelona* case in 1964 asserted emphatically:

"... the original simple rule of protection of a company by its national State has been found inadequate and State practice, treaty regulation and international arbitral decisions have come to recognize the right of a State to intervene on behalf of its nationals, shareholders of a company which has been injured by the State of its own nationality, that is to say, a State where it has been incorporated according to its laws and therefore is regarded as having assumed its nationality" (*I.C.J. Reports 1964*, p. 58).

Judge Wellington Koo considered it immaterial whether this rule should or should not be considered as an "exception".

52. It is curious that this "exception" should have been so widely accepted since it ignores the traditional rule that a State is not guilty of a breach of international law for injuring one of its own nationals. It rebuts also the notion that an injury to a corporation is not a direct

diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale", in *La personnalité morale et ses limites* (1960), p. 179. Kiss indeed cites abundant authority for even broader rights to protect shareholders; he refers to Borchard, Ch. De Visscher, Sibert, Ralston, Fitzmaurice, Pinto, Paul De Visscher, Perry, Séfériades, Jones, Guggenheim, Battagliani, Bindschedler, but query whether all these carry their conclusion as far as does Kiss. See also in support of the broader rule allowing protection of shareholders, Agrawala, "State Protection of Shareholders' Interests in Foreign Corporations", *The Solicitor's Quarterly*, 1962, p. 13; Nial, "Problems of Private International Law", 101 *Hague Recueil*, 1960, III, p. 259.

rations d'équité et le résultat est tellement raisonnable qu'il a été accepté dans la pratique des Etats. M. Charles De Visscher constate que ce résultat est nécessité par « des considérations impérieuses de justice ». (« De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », 61 *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 624.) Par hypothèse, l'Etat défendeur a commis un acte illicite ayant provoqué un dommage. La société elle-même ne peut obtenir réparation et, en conséquence, l'Etat dont des ressortissants possèdent des actions peut les protéger *ut singuli*. Les considérations d'équité sont particulièrement frappantes lorsque l'Etat défendeur n'admet des investissements étrangers qu'à condition que les investisseurs constituent une société aux termes de son droit national. Ces points sont clairement signalés par Petré (Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1963, tome 109, vol. II, p. 506 et 510). M. Petré mentionne, en l'approuvant, le cours fait précédemment par Paul De Visscher (*ibid.*, 1961, tome 102, vol. I, p. 399; voir surtout p. 478 et 479).

M. Wellington Koo, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu sur l'affaire de la Barcelona Traction en 1964, affirmait avec force que :

« la règle de la protection d'une société par son Etat national, simple à l'origine, a été jugée insuffisante, et la pratique des Etats, les dispositions conventionnelles et les décisions arbitrales internationales en sont arrivées à reconnaître à un Etat le droit d'intervenir en faveur de ses ressortissants, actionnaires d'une société qui a été lésée par l'Etat dont elle possède la nationalité, autrement dit l'Etat où cette société a été constituée conformément à la législation locale et dont elle est en conséquence censée avoir pris la nationalité ». (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 58.)

M. Wellington Koo estimait qu'il était sans importance de savoir si cette règle devait ou non être considérée comme une « exception ».

52. Il est étrange que cette « exception » ait été si généralement reçue, car elle fait fi de la règle traditionnelle selon laquelle un Etat ne viole pas le droit international en faisant tort à un de ses propres ressortissants. Elle exclut aussi l'idée qu'un dommage causé à une société n'est

diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale », dans *La personnalité morale et ses limites* (1960), p. 179. Kiss cite en effet de nombreuses autorités qui se prononcent en faveur de la reconnaissance de droits plus larges encore aux fins de la protection des actionnaires; il se réfère à Borchard, Ch. De Visscher, Sibert, Ralston, Fitzmaurice, Pinto, Paul De Visscher, Perry, Séfériades, Jones, Guggenheim, Battagliani, Bindschedler, mais, se demande si tous ces auteurs vont aussi loin que lui dans leurs conclusions. Agrawala, dans « State Protection of Shareholders' Interests in Foreign Corporations », *The Solicitor's Quarterly*, 1962, p. 13, et Nial, dans « Problems of Private International Law », chap. IV, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960, tome 101, vol. III, p. 259, optent également pour la règle plus générale autorisant la protection des actionnaires.



injury to the shareholders. Moreover, if the foreign shareholders may be protected in such a situation, it is also necessary to choose one horn of a dilemma: either one admits that the right of the shareholders existed at the moment when the injury was done to the corporation, which means that the rights of shareholders may be damaged by an injury to the corporation, or, if that right came into existence subsequently, then one ignores the rule of international law that a claim must be national in origin. Moreover, the admission of this "exception" negates the argument, sometimes advanced against the diplomatic protection of shareholders, to the effect that such claims expose an accused State to a vast variety of claims on behalf of persons of whose existence it was ignorant. Since customary practice has, however, accepted this "exception", other arguments against protection of shareholders are correspondingly weakened, especially since the doctrine in question generally does not insist that the life of the corporation must have been extinguished so that it could be said the shareholders had acquired a direct right to the assets.

53. The second situation in which it is widely agreed that a State may claim on behalf of its shareholders in a foreign corporation, is where the State of incorporation has liquidated or wound up the corporation after the injury was inflicted by some third State.

This situation differs from that just considered in that the respondent State has committed its unlawful act (let us say total confiscation) against a foreign corporation. Here some doctrine would say that ordinarily State A, the State of incorporation, should be the one to extend diplomatic protection. But by hypothesis the corporate life has been extinguished by State A, so that—just as in the first situation—a claim can not be pressed for the corporation. Brownlie states the situation as follows:

"Where the State under the law of which the company is incorporated terminates the existence of the company in law, or other circumstances make the company practically defunct, the shareholders remain as the interests affected by government act: intervention on their behalf would seem to be justified in such a case." (Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1966, p. 401.)

Here it may be said that after liquidation and payment of creditors, the shareholders—under an applicable system of municipal law—have a property interest in the assets and for that reason may be protected. But at the time of the unlawful act ("confiscation") they did not have such a property interest and therefore under the rule of continuity the claim did not have in origin the appropriate nationality on that basis.

pas un préjudice direct infligé aux actionnaires. De plus, si les actionnaires étrangers peuvent bénéficier d'une protection dans une telle situation, de deux choses l'une: ou bien l'on admet que le droit des actionnaires existait au moment où le préjudice a été causé à la société, ce qui implique que les droits des actionnaires peuvent être lésés par un préjudice porté à la société, ou bien, si l'on considère que ce droit n'apparaît qu'ensuite, on méconnaît la règle de droit international selon laquelle les réclamations doivent être nationales dans leur origine. De plus, l'acceptation de cette « exception » fait perdre toute substance à un argument allégué parfois contre la protection diplomatique des actionnaires, à savoir que de semblables réclamations exposent l'Etat mis en cause à une foule de demandes diverses faites au nom de personnes dont il ignorait l'existence. Cette « exception » ayant néanmoins été consacrée par la coutume, d'autres arguments contre la protection des actionnaires s'en trouvent affaiblis, d'autant plus que la doctrine en question n'exige généralement pas que la société ait cessé d'exister pour qu'on puisse dire que les actionnaires ont acquis un droit propre sur les avoirs.

53. La seconde situation où l'on s'accorde généralement à reconnaître qu'un Etat peut introduire une réclamation au nom de ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, se présente lorsque l'Etat où la société a été constituée a liquidé celle-ci, le dommage ayant été causé par un Etat tiers.

Cette situation diffère de celle qui vient d'être évoquée en ceci que l'Etat défendeur a commis son acte illicite (par exemple, la confiscation totale) aux dépens d'une société étrangère. Ici, une certaine doctrine affirmerait que d'ordinaire c'est à l'Etat A — l'Etat où la société a été constituée — qu'appartient le droit d'accorder la protection diplomatique. Mais, par hypothèse, la société a été dissoute par l'Etat A, de sorte que, tout comme dans la première situation, une demande en justice ne peut pas être introduite au nom de la société. Brownlie décrit la situation comme suit:

« Lorsque l'Etat sous la loi duquel la société est constituée met fin à l'existence de la société en droit, ou qu'en raison d'autres circonstances la société est pratiquement détruite, c'est dans le chef des actionnaires que subsistent les intérêts affectés par l'acte du gouvernement: en un tel cas, une intervention en leur nom paraîtrait justifiée. » (Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966), p. 401.)

On peut dire ici qu'après la liquidation de la société et le paiement des créanciers les actionnaires — en vertu d'un système de droit interne applicable — ont un intérêt patrimonial dans les avoirs et peuvent être protégés pour cette raison. Mais au moment de l'acte illicite (« confiscation ») ils n'avaient pas d'intérêt patrimonial de cet ordre et, par conséquent, en vertu de la règle de la continuité, on ne saurait dire que la demande ait eu à l'origine la nationalité requise.

54. But Brownlie equates the case of the termination of the existence of the company with the case where it is "practically defunct". This is a term which was used by the British Government in the *Delagoa Bay* case and used a good deal by the Parties in their pleading in the instant case. Its exact meaning is not clear but Barcelona Traction did have some life in Canada even after the practical annihilation in Spain. From 1948 on it was under a receivership, but the "appointment of a receiver and manager over the assets and business of a company does not dissolve or annihilate the company . . ." (Kerr, *On the Law and Practice as to Receivers*, 13th ed. by Walton, 1963, p. 232). As already noted, the Receiver and Manager of Barcelona Traction concerned himself only with promoting negotiations for a settlement between the private parties; none of the public utility enterprises in Spain were under his direction or within his control; and he had to borrow the money for his operations from an affiliate or subsidiary of the Belgian company, Sidro.

It is true that after 1948 there was some trading in Barcelona Traction shares on the Brussels Bourse (Verbatim Record for 7 July 1969), and according to *Moody's Manual of Investments*, for years ranging from 1952 to 1967, there were sales in New York, Canada and London. No information is available to make it possible to say whether the transactions were merely speculative, but it may be noted that in 1961, when the first Belgian application was withdrawn from this Court in expectation of a private negotiated settlement, the quoted price was somewhat higher.

55. It is true that so far as Canadian law is concerned, the shareholders had not yet acquired a direct right to the assets but since I do not base my conclusion on this factor, I do not pursue it further.

56. I also find it unnecessary to consider in detail what is considered the third "exception" where shareholders may admittedly be protected, namely where the injury is inflicted directly on the shareholders and not indirectly through damage to the company.

\* \* \*

57. It is now possible to turn to the question which is crucial for the instant case, namely whether the three situations just mentioned are the only ones in which international law permits a State to extend diplomatic protection to shareholders who are its nationals.

I find no evidence or reasoning which precludes such protection in other situations, but the question can be answered only by analysing the fundamental principles underlying the right of diplomatic protection.

54. Mais Brownlie assimile le cas où il est mis fin à l'existence de la société à celui où elle est « pratiquement détruite » (*practically defunct*). C'est le terme qui a été employé par le Gouvernement britannique dans l'affaire de la *Delagoa Bay* et qui est fréquemment repris par les Parties dans leur argumentation en l'espèce. Le sens exact de cette expression n'est pas clair, mais il est vrai que la Barcelona Traction a conservé une certaine vie au Canada, même après son anéantissement pratique en Espagne. A partir de 1948 elle s'est trouvée placée sous *receivership*, mais « la nomination d'un *receiver* chargé d'administrer les avoirs et les affaires d'une société n'entraîne pas la dissolution ou l'anéantissement de la société... » (Kerr, *On the Law and Practice as to Receivers*, 13<sup>e</sup> éd. par Walton, 1963, p. 232). Comme nous l'avons déjà fait observer, le *receiver* et administrateur de la Barcelona Traction s'est occupé seulement de favoriser des négociations en vue d'un arrangement amiable entre les parties privées; aucune des entreprises de service public situées en Espagne ne se trouvait sous sa direction ou sous son contrôle; il a dû emprunter l'argent nécessaire à ses opérations à une filiale de la société belge Sidro.

Il est vrai qu'après 1948 les actions de la Barcelona Traction ont fait l'objet de quelques transactions à la Bourse de Bruxelles (compte rendu de la séance du 7 juillet 1969) et, selon le *Moody's Manual of Investments*, pendant des années, de 1952 à 1967, des ventes ont eu lieu à New York, au Canada et à Londres. On ne possède pas de renseignements permettant de déterminer s'il s'agissait de transactions purement spéculatives, mais on notera qu'en 1961, lorsque la Belgique s'est désistée de l'instance qu'elle avait introduite devant la Cour par sa première requête, dans l'espoir qu'il serait possible d'aboutir à un arrangement amiable entre les parties, les cours ont été un peu plus soutenus.

55. Il est vrai qu'en droit canadien, les actionnaires n'avaient pas encore acquis un droit propre sur les avoirs mais, comme je ne fonde pas mes conclusions sur cet élément, je n'en poursuivrai pas l'analyse.

56. J'estime également superflu d'examiner en détail ce qu'on a appelé la troisième « exception » justifiant une protection des actionnaires, à savoir le cas où les actionnaires ont été lésés directement, et non pas indirectement par suite du préjudice causé à la société.

\* \* \*

57. On peut maintenant en venir à la question, cruciale en l'espèce, de savoir si les trois situations qui viennent d'être évoquées sont les seules dans lesquelles le droit international permette à un Etat d'accorder une protection diplomatique à des actionnaires qui sont ses ressortissants.

Je ne trouve aucune preuve ni aucun argument qui interdise une telle protection dans d'autres circonstances mais on ne peut vraiment répondre à cette question qu'en analysant les principes fondamentaux sur lesquels repose le droit de protection diplomatique.

*The Basic Principle of State "Interest"*

58. In this opinion traditional language has been used, for example in speaking of injuries to a corporation as such, but this is really a bit of anthropomorphism since, as Sir Edward Coke remarked, corporations "have no souls" (case of *Sutton's Hospital*, 10 Rep. 32) and as stated by more recent jurists, the corporation "is not a thing. It is a method." (Douglas and Shanks, "Insulation from Liability through Subsidiary Corporations", 39 *Yale Law Journal*, 1929, pp. 193, 194.) That corporations have a nationality, is a legal fiction<sup>1</sup>. In legal principle and practice, the situation is that in relations with other States, a State is entitled to treat a corporation as if it were one of its nationals, provided the corporation is connected with it by certain links.

"Indeed, it is at least arguable that all cases of apparent protection of corporations are in reality cases of protection of the shareholding interest of nationals of the protecting State." (Clive Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Hague Recueil*, 1956, II, p. 657 at p. 704.)

It is customary also to speak about "claims of individuals" or "of natural persons" and about "corporate claims" or "claims of corporations". Such language is convenient, but it conceals the fact that in international relations, the claims in question are always the claims of a State, not of a natural or juristic person. A citizen has no *right* to diplomatic protection; it is wholly within the discretion of the government whether it will or will not extend its diplomatic protection.

59. A State takes up a claim against another State when it considers that its own interests have been affected. As the Court said in *Nottebohm, Second Phase* (p. 24) "Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State". In *Mavrommatis Palestine Concessions (P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12)* the Court identified the State's "own rights" as "its right to ensure in the person of its subject respect for the rules of international law". Almost the identical words were repeated by the Court in *Panevezys-Saldutiskis Railway (P.C.I.J., Series A/B, No. 76, p. 16)*, although in this latter case the Court went on to elaborate the importance of "the bond of nationality".

---

<sup>1</sup> "Legal fiction", according to Morris Cohen, "is the mask that progress must wear to pass the faithful but blear-eyed watchers of our ancient legal treasures. But though legal fictions are useful in thus mitigating or absorbing the shock of innovation, they work havoc in the form of intellectual confusion." Quoted in *Transnational Law*, p. 70.

*Le principe fondamental de l'«intérêt» de l'Etat*

58. J'ai recouru dans la présente opinion au langage traditionnel, par exemple quand j'ai parlé de préjudice infligé à une société en tant que telle, mais c'est un peu de l'anthropomorphisme car, ainsi que sir Edward Coke l'a fait observer, les sociétés « n'ont pas d'âme » (affaire *Sutton's Hospital*, 10 Rep. 32) et, comme d'autres juristes l'ont dit plus récemment, la société « n'est pas une chose. C'est une méthode. » (Douglas et Shanks, « Insulation from Liability through Subsidiary Corporations », 39 *Yale Law Journal*, 1929, p. 193, 194). C'est par une fiction juridique que les sociétés ont une nationalité<sup>1</sup>. Dans les principes et la pratique juridiques, la situation est que, dans ses relations avec d'autres Etats, un Etat a le droit de traiter une société comme un de ses ressortissants, à condition qu'elle lui soit rattachée par certains liens.

« En effet, il est au moins possible de soutenir que tous les cas de protection apparente de sociétés sont en réalité des cas de protection des intérêts d'actionnaires ressortissants de l'Etat protecteur. » (Clive Parry, « Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1956, tome 90, vol. II, p. 704.)

On a l'habitude aussi de parler de « réclamations individuelles » ou « réclamations de personnes physiques » ainsi que de « réclamations de sociétés ». Ces termes sont commodes mais ils dissimulent le fait que, dans les relations internationales, les réclamations en question émanent toujours d'un Etat et non pas d'une personne physique ou morale. Un citoyen n'a aucun *droit* à la protection diplomatique; le gouvernement est entièrement libre de décider s'il accordera ou non celle-ci.

59. Un Etat endosse une réclamation contre un autre Etat lorsqu'il considère que ses propres intérêts ont été atteints. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Nottebohm, deuxième phase*: « La protection diplomatique et la protection par la voie judiciaire internationale constituent une mesure de défense des droits de l'Etat. » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.) Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de Justice internationale a défini le « droit propre » de l'Etat comme le « droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 12). Elle a usé de termes presque identiques dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (*C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 16), bien que dans cette dernière affaire elle ait poursuivi en insistant sur l'importance du « lien de nationalité ».

<sup>1</sup> « La fiction juridique », selon Morris Cohen, « est le masque que doit mettre le progrès pour passer devant les gardiens fidèles mais à la vue trouble de nos anciens trésors juridiques. Cependant si les fictions juridiques jouent un rôle utile en atténuant ou en amortissant ainsi le choc de l'innovation, elles ont un effet désastreux par la confusion intellectuelle qu'elles engendrent ». Cité dans *Transnational Law*, p. 70.

In explaining the basis for a State's right to give diplomatic protection, the rather simplistic notion that a State was injured when an injury was inflicted abroad upon the least of its nationals, has come to be superseded by the realization of the national economic importance of foreign investments as State interests.

This is one reason why it is not now pertinent to stress the difference in municipal law between private "rights" and "interests", as Judge Gros shows so clearly in his separate opinion.

"... States protect their corporations chiefly on the basis of the real national interest and not, in fact, on the basis of nationality. In such a situation, it seems necessary to allow the State of the nationality of these shareholders to present their claims to the limit of their interest in the corporation. . . .

Since the protection of national interest in foreign corporations is based on protecting an economic or pecuniary interest, it matters little whether the party in whose behalf the protection is exercised is a shareholder or a bondholder, or even if the national interest is held indirectly; e.g., if a national corporation controls another corporation which holds bonds or shares in a third corporation sustaining an injury." (Khalid A. Al-Shawi, *The Role of the Corporate Entity in International Law*, 1957, pp. 55 and 59.)

"In three countries—Italy, Britain and France—all proposals for foreign investment must clear government agencies before they can be carried out, whether or not government sources of credit are used . . . The Government of Japan, through the Ministry of Finance (and when required, through such additional agencies as the Ministry of International Trade and Investment and the Ministry of Agriculture), must approve all foreign investments . . ." (Friedmann and Kalmanoff, *Joint International Business Ventures*, 1961, pp. 188 and 190.)

60. No survey of State practice can, strictly speaking, be comprehensive and the practice of a single State may vary from time to time—perhaps depending on whether it is in the position of plaintiff or defendant. However, I am not seeking to marshal all the evidence necessary to establish a rule of customary international law. Having indicated the underlying principles and the bases of the international law regarding diplomatic protection of nationals and national interests, I need only cite some examples to show that these conclusions are not unsupported by State practice and doctrine.

61. The primacy of the general economic interests of the State in protecting private investments abroad, and the minimizing of any one es-

La notion assez simpliste invoquée comme fondement du droit d'un Etat d'accorder une protection diplomatique, à savoir que l'Etat était lésé lorsqu'un préjudice était causé au dernier de ses ressortissants à l'étranger, a reculé à partir du moment où l'on s'est avisé que les investissements faits à l'étranger avaient de l'importance pour l'économie nationale comme intérêts de l'Etat.

C'est une des raisons pour lesquelles il n'est pas ici pertinent de souligner la différence existant en droit interne entre les « droits » et « intérêts » privés, comme M. Gros le montre si clairement dans son opinion individuelle.

« ... les Etats protègent leurs sociétés essentiellement sur la base de l'intérêt national réel et non, en fait, sur la base de la nationalité. Dans une telle situation, il semble nécessaire d'autoriser l'Etat dont les actionnaires ont la nationalité à présenter leurs réclamations dans la mesure où ils ont un intérêt dans la société... »

Dès lors que la protection de l'intérêt national dans les sociétés étrangères est fondé sur la protection d'un intérêt économique ou pécuniaire, il importe peu que la partie au nom de qui la protection est exercée soit un actionnaire ou un obligataire ou même que l'intérêt national soit détenu indirectement — ce qui est le cas par exemple si une société nationale contrôle une autre société possédant des actions ou des obligations dans une troisième société ayant éprouvé un préjudice. » (Khalid A. Al-Shawi, *The Role of the Corporate Entity in International Law*, 1957, p. 55 et 59.)

« Dans trois pays, l'Italie, la Grande-Bretagne et la France, tous les projets d'investissements à l'étranger doivent recevoir l'autorisation des autorités compétentes avant de pouvoir être exécutés, que les sources de crédit utilisées soient ou non gouvernementales ... Au Japon, le gouvernement, par l'intermédiaire du ministère des finances (et, le cas échéant, d'autres administrations comme le ministère du commerce international et des investissements et le ministère de l'agriculture), doit approuver tous les investissements à l'étranger... » (Friedmann et Kalmanoff, *Joint International Business Ventures*, 1961, p. 188, 190.)

60. Aucune étude de la pratique des Etats ne peut être vraiment exhaustive et la pratique d'un Etat donné peut elle-même varier d'une époque à l'autre, sans doute selon qu'il se trouve dans la position de demandeur ou de défendeur. Mais mon propos n'est pas de réunir toutes les preuves nécessaires pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Ayant indiqué les principes fondamentaux et les bases sur lesquelles repose le droit international de la protection diplomatique des nationaux et des intérêts nationaux, il me suffira de citer quelques exemples pour montrer que ces conclusions ne sont pas sans trouver un appui dans la pratique des Etats et dans la doctrine.

61. La primauté des intérêts économiques généraux de l'Etat, dans la protection des investissements privés à l'étranger, et la tendance à



sential test justifying diplomatic protection, are strikingly brought out in the message of the Swiss Conseil fédéral of 29 October 1948 to the Assemblée fédérale, concerning the negotiation of agreements with Yugoslavia on trade, payments, and a global settlement of Swiss claims for nationalized property:

“Article 5 indicates what must be considered as Swiss assets, holdings or claims. This question presents no difficulty when the assets belong to natural persons; in that case the nationality of the owner or creditor serves as the criterion. So far as corporate persons and companies are concerned, the seat, which must be in Switzerland, has not been made the only test, but the question is also raised as to whether there is a substantial Swiss interest in the corporate person or company. In most cases the substantial Swiss interest will be shown to exist when the effective majority of the capital is in Swiss hands. If there is no such majority, it is the minority exerting a decisive influence on the company which is to be taken into account; this is particularly easy to discern when there is a compact minority on one side and a scattered majority on the other. The composition of the board of directors and senior management may also be a determining factor when it belongs to them to shape the will of the corporate person and decide on its behalf. Lastly, in certain cases the creditors ought not to be overlooked either, for they too may exert a certain influence on the undertaking. But it is always necessary to consider the real circumstances and not trust in purely legal constructions, whose sole aim may be to dissimulate the true facts.” (*Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 100<sup>e</sup> année 1948, Vol. III, p. 672 at 686. [*Translation from French by the Registry.*])

62. In its note of 20 April 1938 to the Mexican Government, in regard to the case of Mexican Eagle Oil Company, a Mexican corporation, the British Government said:

“But the fact remains that the majority of shareholders who are the ultimate sufferers from the action of the Mexican Government are British, and the undertaking in question is essentially a British interest.

For this reason alone His Majesty’s Government have the right . . . to protest against an action which they regard as unjustified.” (8 *Whiteman Digest of International Law*, p. 1273.)

In a section of the *British Digest of International Law*, entitled “Protection of British Interests in Foreign-Incorporated Companies”, one finds a number of passages in which the stress is on the British “interests” rather than on the nationality of the company. (See Vol. 5, Part VI, pp. 535 ff.)

ne pas s'en tenir à un critère unique et essentiel qui justifierait l'exercice de la protection diplomatique, ressortent d'une manière frappante du message du Conseil fédéral suisse à l'Assemblée fédérale, en date du 29 octobre 1948, au sujet de la négociation d'accords avec la Yougoslavie en matière de commerce, de paiements et de règlement global des réclamations suisses pour les biens nationalisés :

« *L'article 5* indique ce qui doit être considéré comme biens, participations ou créances suisses. Cette question ne présente aucune difficulté quand les biens appartiennent à des personnes physiques; dans ce cas, on se fonde sur la nationalité du propriétaire ou du créancier. En ce qui concerne les personnes morales et les sociétés commerciales, on n'a pas seulement tenu compte du siège qui doit être en Suisse, mais on s'est encore demandé s'il existait, dans la personne morale ou la société, un intérêt suisse prépondérant (*substantial interest*). Dans la plupart des cas, l'intérêt suisse prépondérant sera démontré lorsque la majorité effective du capital se trouve en mains suisses. S'il n'y a pas de majorité, il y a lieu de s'en tenir à la minorité qui exerce une influence décisive sur la société; ce fait est particulièrement facile à constater lorsqu'une minorité compacte se trouve en présence d'une majorité dispersée. La composition du conseil d'administration et de la direction peut aussi être déterminante lorsque c'est à eux qu'il appartient de former la volonté de la personne morale et de décider pour elle. Enfin, dans certains cas, on ne doit pas négliger non plus les créanciers, car eux aussi peuvent exercer une certaine influence sur l'entreprise. Mais il faut toujours considérer les circonstances réelles et ne pas se fier à des constructions purement juridiques, qui peuvent avoir uniquement pour but de dissimuler les faits véritables. » (*Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 100<sup>e</sup> année, 1948, vol. III, p. 686.)

62. Dans sa note du 20 avril 1938 au Gouvernement mexicain, concernant l'affaire de la *Mexican Eagle Oil Company*, société mexicaine, le Gouvernement britannique déclarait :

« Mais le fait demeure que la majorité des actionnaires qui sont en dernière analyse les parties lésées par l'acte du Gouvernement mexicain sont britanniques, et l'entreprise en question est essentiellement un intérêt britannique.

Ne serait-ce que pour cette raison, le Gouvernement de Sa Majesté a le droit ... de protester contre une action qu'il considère comme injustifiée. » (*Whiteman, Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1273.)

Dans une section du *British Digest of International Law*, intitulée « Protection of British Interests in Foreign-Incorporated Companies », on trouve un certain nombre de passages où l'accent est mis sur les « intérêts » britanniques plutôt que sur la nationalité de la société. (Voir vol. 5, partie VI, p. 535 et suiv.)

63. In regard to the practice of the United States, it has already been noted that that Government maintains that it is entitled under international law to protect substantial American shareholder-interests in foreign corporations and that it declines to protect American companies in which the substantial interest is alien-owned. Thus, in 1912, the Department of State declined to make representations on behalf of an American company in which Americans owned only \$100 worth of shares out of a total of \$450,000. (V. Hackworth, *Digest of International Law*, p. 845.) In 1965, the same Department informed an American embassy: "... the Government of the United States has the right under principles of international law to intervene or espouse a claim on behalf of nationals of the United States who own a substantial interest in a corporation organized under the laws of ... [a foreign country]". (8 Whiteman *Digest*, p. 1272.)

*The Restatement of Foreign Relations Law* of the American Law Institute (1965) in Section 173 provides that a State is liable for damage to alien stockholder interests in a corporation of a third State if "a significant portion of the stock" is alien-owned, the corporation fails to obtain reparation, for reasons which the shareholders can not control, and the corporation has not waived or settled its claim.

"In international law, as in the domestic law of the United States, there has been a gradually increasing tendency to disregard the separate corporate entity when necessary to avoid injustice. Originally the United States, like Great Britain, refused to intervene on behalf of its national shareholders in a foreign corporation . . . Since late in the 19th century, a number of such claims have been presented to and allowed by international tribunals. In most of these, the international responsibility of the State with respect to the injury to the alien shareholder as such was not squarely presented as a question of international law, since this point was settled by the terms of the international agreement establishing the tribunal or by the *compromis* under which the case was submitted to it . . . [citing *Delagoa Bay*]. However, the practice of providing for such cases in international arbitration agreements has apparently come to be regarded as a reflection of customary international law, and it now seems to be recognized that, at least under some circumstances, the State is responsible for the injury to alien shareholders owning a significant interest in the injured corporation." (Reporter's Notes to S. 172; cf. II, Hyde, p. 904.)

64. In the *Hannevig* case, Norway espoused against the United States, the claim of Hannevig, a Norwegian national, on the ground that he had a

63. Pour ce qui est de la pratique des Etats-Unis, on a déjà noté que le gouvernement de ce pays estime que le droit international l'autorise à protéger des intérêts substantiels détenus par des actionnaires américains dans des sociétés étrangères et qu'il refuse de protéger les sociétés américaines dans lesquelles l'intérêt substantiel est étranger. Ainsi, en 1912, le département d'Etat a refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine dans laquelle la participation américaine au capital n'était que de 100 dollars, sur un total de 450 000. (Voir Hackworth, *Digest of International Law*, p. 845.) En 1965, le même département d'Etat a informé une ambassade américaine que « le Gouvernement des Etats-Unis a le droit, en vertu des principes du droit international, d'intervenir ou d'endosser une réclamation au nom de ressortissants des Etats-Unis qui possèdent un intérêt substantiel dans une société constituée selon les lois de ... [un pays étranger] » (Whiteman, *Digest*, vol. VIII, p. 1272).

Il est dit dans le *Restatement of Foreign Relations Law* de l'American Law Institute (1965), à la section 173, qu'un Etat est responsable du préjudice causé aux intérêts des actionnaires étrangers d'une société d'un Etat tiers si « une part importante du capital » est en mains étrangères, si la société ne peut pas obtenir réparation pour des raisons indépendantes de la volonté des actionnaires et si la société n'a pas renoncé à sa réclamation ou abouti à un arrangement.

« En droit international, de même que dans le droit interne des Etats-Unis, une tendance toujours plus forte s'est manifestée à ne pas tenir compte de la personnalité morale distincte quand cela est nécessaire pour éviter une injustice. A l'origine, les Etats-Unis, tout comme la Grande-Bretagne, ont refusé d'intervenir en faveur de leurs nationaux actionnaires d'une société étrangère ... Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, un certain nombre de réclamations de cette nature ont été présentées à des tribunaux internationaux qui les ont admises. Dans la plupart des cas, la responsabilité internationale de l'Etat à raison du préjudice causé à l'actionnaire étranger en tant que tel n'était pas carrément présentée comme une question de droit international car cette question était réglée conformément à l'accord international constituant le tribunal ou conformément au compromis en vertu duquel l'affaire lui était soumise ... [ici, citation de la *Delagoa Bay*]. Toutefois, il semble que la pratique qui consiste à prévoir de tels cas dans les accords internationaux d'arbitrage ait fini par être considérée comme dérivée du droit coutumier international et il paraît maintenant admis que, du moins dans certaines circonstances, l'Etat est responsable du préjudice causé à des actionnaires étrangers qui possèdent un intérêt important dans la société lésée. » (*Reporter's Notes*, sur la section 172; cf. Hyde, vol. II, p. 904.)

64. Dans l'affaire *Hannevig*, la Norvège a endossé, à l'encontre des Etats-Unis, la réclamation d'Hannevig, un ressortissant norvégien au

substantial interest in certain American corporations alleged to have been damaged by action of the United States Government. (The case is described in 32 *American Journal of International Law*, 1938, p. 142.) The United States did not assert the American character of the corporations as a basis for resisting the claim.

65. This section of the opinion may close with the words of Judge Huber in the familiar *Ziat, Ben Kiran* claim:

“International law, which in this field, is in the main based on principles of equity, has laid down no formal criterion for granting or refusing diplomatic protection to national interests bound up with interests belonging to persons of different nationalities.” (8 *Whiteman Digest*, p. 1283.)

\* \* \*

#### *The Question of Double or Multiple Protection*

66. Counsel for the Respondent made numerous statements to the effect that diplomatic protection could never be extended by more than one State in any one case. Such an argument is advanced against the possibility that more than one large shareholding interest might be protected, it being alleged that if the State of which the company has the nationality is the only State entitled to extend diplomatic protection, impermissible double protection would be avoided. That position is not correct since there are various situations in which international law recognizes the right of more than one State to interpose in connection with the same allegedly wrongful act.

67. In an ordinary case of dual nationality, both of those States of which claimant is a national may extend protection although in case of conflict an international tribunal may apply the doctrine of effective nationality. This Court said in the *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* case: “International Tribunals are already familiar with the problem of a claim in which two or more national States are interested, and they know how to protect the defendant State in such a case.” (*I.C.J. Reports 1949*, pp. 174, 186.) In that case, the Court was asked by the General Assembly to consider, and it did consider, whether a claim might be brought both by the State of which the injured person was a national and by the United Nations. The Court said that “there is no rule of law . . . which compels either the State or the Organization to refrain from bringing an international claim”. The General Assembly thereafter recognized that two claims might be presented, and authorized the Secretary-General to negotiate agreements to reconcile action by the United Nations with the rights of the State of which the victim was a national. (UN General Assembly Res. 365 (IV), 1 Dec. 1949, para. 2.)

motif que celui-ci avait un intérêt substantiel dans certaines sociétés américaines qui, prétendait-il, avait subi un préjudice par le fait du Gouvernement des Etats-Unis. (L'affaire est décrite dans 32 *American Journal of International Law*, 1938, p. 142.) Les Etats-Unis n'ont pas fait valoir le caractère américain des sociétés pour s'opposer à la réclamation.

65. On peut clore la présente partie de cette opinion en citant les paroles prononcées par le juge Huber dans l'affaire bien connue *Ziat, Ben Kiran*:

« Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts nationaux liés à des intérêts appartenant à des personnes de nationalités différentes. » (*Whiteman Digest*, vol. VIII, p. 1283.)

\* \* \*

#### *La question de la protection double ou multiple*

66. Les conseils du défendeur ont dit à de nombreuses reprises que la protection diplomatique ne pouvait jamais être accordée par plus d'un Etat dans un cas donné. Ils entendent ainsi écarter la possibilité de protections simultanées lorsqu'il y a plus d'une participation importante, faisant valoir que, si l'Etat dont la société a la nationalité est le seul qui ait le droit d'accorder une protection diplomatique, on évitera une double protection inadmissible. L'argument n'est pas fondé car il existe diverses situations dans lesquelles le droit international reconnaît à plus d'un Etat le droit d'intervenir à propos d'un même acte prétendument illicite.

67. Dans un cas ordinaire de double nationalité, les deux Etats dont le demandeur est ressortissant peuvent accorder leur protection, encore qu'en cas de conflit un tribunal international puisse appliquer la doctrine de la nationalité effective. Dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour a dit: « Les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs Etats nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'Etat défendeur. » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.) Dans cette affaire, l'Assemblée générale Nations Unies avait demandé à la Cour d'examiner si une réclamation pouvait être présentée à la fois par l'Etat dont la personne lésée était ressortissante et par les Nations Unies. La Cour, ayant procédé à cet examen, a déclaré: « il n'existe pas de règle de droit ... qui oblige soit l'Etat soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale ». L'Assemblée générale a reconnu ultérieurement que deux réclamations pourraient être présentées et elle a autorisé le Secrétaire général à négocier les accords utiles pour concilier l'action de l'Organisation et les droits que pourrait posséder l'Etat dont la victime était

68. The situation is not so simple when one considers the condition of artificial or juristic persons. International law has not developed a clear rule of dual nationality for such entities although different criteria are employed for determining nationality. Respondent indicated that a company may have dual nationality because both criteria are acceptable (Preliminary Objections, 1963, p. 191), but it insisted only one of the two States may make a claim. Yet in cases which are now very common in the commercial life of the world, the corporation may have various links with more than one State—links just as real as those which may connect a natural person with two different States whose nationality he possesses. International law cannot be oblivious to these corporate links. As already indicated above, they include the place of incorporation, the place of management, the place of operation (probably including employment of labour and payment of taxes), the nationality of the persons (natural or artificial) who exercise control, whether through the board of directors and management, or through stock interests, which not infrequently may exercise control even when a relatively small minority.

69. I shall not go over all the cases but merely note the double or joint diplomatic interposition in *Delagoa*, *Mexican Eagle* and *Tlahualilo*. (Cf. Paul De Visscher, 102 *Hague Recueil*, 1961, I, pp. 477-478.) In the case of Barcelona Traction, diplomatic representations, some perhaps only in the nature of good offices, were made by Canada, the United Kingdom, United States of America and Belgium.

In the case of two different but simultaneous justifiable diplomatic interpositions regarding the same alleged wrongful act, the Respondent can eliminate one claimant by showing that a full settlement had been reached with the other. If, in this case, Spain made a settlement with Canada for Barcelona Traction, the Belgian claim for the shareholders might be considered moot.

70. With all respect to the Court, I must point out the irrational results of applying a rule which would provide that only the State in which a company is incorporated may extend diplomatic protection in case of damage inflicted under circumstances in which the State inflicting the damage incurs liability under international law, as illustrated by the organization of the Iranian Oil Consortium. In September 1954 an agreement was concluded between eight oil companies on the one side and, on the other side, the Government of Iran and the Government-owned National Iranian Oil Company; it was ratified by the Iranian Parliament.

ressortissante. (Assemblée générale, résolution 365 (IV), 1<sup>er</sup> décembre 1949, par. 2.)

68. Les choses ne sont pas aussi simples lorsqu'on envisage la situation des personnes morales. Dans leur cas, le droit international n'a pas mis au point de règles claires concernant la double nationalité, bien que l'on emploie des critères différents pour déterminer la nationalité. Le défendeur a indiqué qu'une société peut avoir une double nationalité parce que les deux critères sont acceptables (E.P., 1963, p. 191), mais il insiste sur le fait qu'un seul des deux Etats peut présenter une réclamation. Pourtant, dans des cas maintenant très courants dans la vie commerciale, la société peut avoir des liens divers avec plus d'un Etat, liens qui sont tout aussi réels que ceux qui peuvent rattacher une personne physique à deux Etats différents dont elle possède la nationalité. Le droit international ne peut pas ne pas tenir compte de ces liens sociaux. Comme on l'a déjà indiqué plus haut, il s'agit notamment du lieu où la société est constituée (*place of incorporation*), du lieu de l'administration, du lieu de l'exploitation (ce qui peut intéresser notamment l'emploi de la main-d'œuvre et le paiement des impôts), de la nationalité des personnes physiques ou morales qui exercent le contrôle soit par l'intermédiaire du conseil d'administration et de la direction soit par l'intermédiaire d'intérêts dans le capital social (il n'est pas rare que le contrôle appartienne à une minorité relativement faible).

69. Sans reprendre toutes les affaires l'une après l'autre, je me bornerai à noter l'intervention diplomatique double ou multiple qui s'est produite dans les affaires de la *Delagoa*, de la *Mexican Eagle* et de *Tlahualilo* (voir Paul De Visscher, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1961, tome 102, vol. I, p. 477-478). Pour ce qui est de la Barcelona Traction, des représentations diplomatiques, dont certaines n'avaient peut-être que le caractère de bons offices, ont été faites par le Canada, le Royaume-Uni, les Etats-Unis et la Belgique.

S'agissant de deux interventions diplomatiques justifiables, interventions différentes mais simultanées, à propos du même acte prétendument illicite, le défendeur peut écarter un réclamant s'il montre qu'il est parvenu à un règlement complet avec l'autre. Si, en l'espèce, l'Espagne avait abouti à un arrangement avec le Canada à propos de la Barcelona Traction, la réclamation belge au nom des actionnaires pourrait être considérée comme sans objet.

70. Avec tout le respect dû à la Cour, je dois appeler l'attention sur les résultats irrationnels auxquels aboutirait une règle selon laquelle, si une société subissait un dommage dans des circonstances qui, en vertu du droit international engageraient la responsabilité de l'Etat auteur du dommage, seul l'Etat où la société s'est constituée pourrait accorder sa protection diplomatique; je citerai à cette fin l'exemple de l'organisation de l'Iranian Oil Consortium. En septembre 1954, un accord a été conclu entre huit sociétés pétrolières, d'une part, et, d'autre part, le Gouvernement iranien et la National Iranian Oil Company, société



The agreement gives to the Consortium the exclusive rights in a defined area for the production, refining and processing of crude oil and natural gas, together with other facilities. The eight participating oil companies include the former Anglo-Iranian Oil Company, now British Petroleum Company, which participates to the extent of 40 per cent.; five American oil companies also having 40 per cent.; the one Dutch company having 14 per cent. and the French company having 6 per cent. To carry out the operations, the Consortium caused to be incorporated in the Netherlands, two Dutch companies, one a Producing company and the other a Refining company. All the shares of the Dutch Producing company and of the Refining company are owned by an English holding company, Iranian Oil Participants Limited, with offices in London. The shares of the "Holding Company" are owned by the members of the Consortium in the percentages indicated above<sup>1</sup>. The two operating companies were incorporated in the Netherlands because of the liberal provisions of its commercial code which permit the companies to have their head offices and board of directors and management overseas, in this case, in Iran. The code also permits "one-man" companies, which makes it possible for all their shares to be held by the "Holding Company" in London. Fortunately, the Iranian Oil Consortium agreement was so skilfully drawn in a co-operative spirit, that one does not anticipate the likelihood of any diplomatic claims, quite aside from the fact that the agreement includes notable arrangements for arbitration of any disputes<sup>2</sup>. But should there be any question in the future of representations by any government, it would be absurd to maintain that the Netherlands Government would be the sole government entitled to make such representations. Nor would it seem rational to assign an exclusive role to the British Government on the ground that the Holding Company was incorporated in Great Britain and has its office in London. Perhaps a stronger link between the enterprise and Great Britain would be the extent of British Government participation in holding shares in British Petroleum.

\* \* \*

---

<sup>1</sup> Actually, in 1955 nine independent American companies were admitted to participate and each of the original American participating companies surrendered 1 per cent. of their shareholdings to the new group. For the purposes of this illustrative example, it is not necessary to explain further the position of another British company, Iranian Oil Services Ltd. This account of the organization of the companies is based upon "History and Constitution of Iranian Oil Participants and Iranian Oil Services", a talk by Mr. J. Addison, General Manager of Iranian Oil Participants Ltd. to Staff Information Meeting, Tehran, 21 August 1961.

<sup>2</sup> See "The Oil Agreement Between Iran and the International Oil Consortium: The Law Controlling", by Abolbasha Farmanfarma, of the Tehran Bar, in 34 *Texas Law Review*, 1955, p. 259.

appartenant à l'Etat. Cet accord, qui a été ratifié par le Parlement iranien, donne au consortium, dans une zone déterminée, des droits exclusifs de production, de raffinage et de traitement du pétrole brut et du gaz naturel, ainsi que d'autres facilités. Les huit sociétés pétrolières participantes sont: l'ancienne Anglo-Iranian Oil Company, devenue la British Petroleum Company, dont la participation est de 40 pour cent; cinq sociétés pétrolières américaines ayant aussi une participation de 40 pour cent; une société hollandaise avec une participation de 14 pour cent et une société française avec 6 pour cent. Pour ses opérations d'exploitation, le consortium a constitué aux Pays-Bas deux sociétés hollandaises, l'une pour la production et l'autre pour le raffinage. Toutes les actions de la société de production et de la société de raffinage hollandaises appartiennent à une société holding, l'Iranian Oil Participants Limited, qui a ses bureaux à Londres. Les actions de la « société holding » sont réparties entre les membres du consortium selon les pourcentages indiqués plus haut<sup>1</sup>. Les deux sociétés d'exploitation ont été constituées aux Pays-Bas à cause des dispositions libérales du code de commerce de ce pays, qui permet aux sociétés d'avoir leur siège, leur conseil d'administration et leur direction à l'étranger, en l'occurrence en Iran. Ce code autorise aussi les sociétés « unipersonnelles », de sorte que rien ne s'oppose à ce que toutes les actions des sociétés en cause soient détenues par la « société holding » de Londres. Heureusement, l'accord de l'Iranian Oil Consortium a été rédigé si adroitement et dans un tel esprit de coopération que l'éventualité de réclamations diplomatiques paraît peu probable en dehors du fait que l'accord prévoit des dispositions très intéressantes en vue de l'arbitrage des différends qui pourraient surgir<sup>2</sup>. Mais, à supposer que la question de représentations par un gouvernement ou un autre vienne à se poser à l'avenir, il serait absurde de soutenir que le Gouvernement néerlandais est le seul habilité à faire de telles représentations. Il ne serait pas non plus rationnel, semble-t-il, d'attribuer un rôle exclusif, dans ce domaine, au Gouvernement britannique sous prétexte que la société holding a été constituée en Grande-Bretagne et a ses bureaux à Londres. On trouverait peut-être un lien de rattachement plus fort entre l'entreprise et la Grande-Bretagne dans l'importance de la participation du Gouvernement britannique dans la British Petroleum.

\* \* \*

<sup>1</sup> En fait, en 1955, neuf sociétés américaines indépendantes ont été admises à entrer au consortium et chacune des sociétés américaines qui en faisaient partie à l'origine a cédé 1 pour cent de sa participation au nouveau groupe. Il est superflu, pour le propos que le présent exemple est destiné à illustrer, de donner de plus amples précisions sur la situation d'une autre société britannique, l'Iranian Oil Services Ltd. Ce compte rendu de l'organisation des sociétés est fondé sur « History and Constitution of Iranian Oil Participants and Iranian Oil Services », causerie faite par M. J. Addison, directeur général de l'Iranian Oil Participants Ltd., lors d'une réunion d'information du personnel, à Téhéran, le 21 août 1961.

<sup>2</sup> Voir « The Oil Agreement Between Iran and the International Oil Consortium: The Law Controlling », par Abolbasha Farmanfarma, du barreau de Téhéran, dans 34 *Texas Law Review*, 1955, p. 259.

71. The Court could logically have begun its analysis of the case by examining the proof of the nationality of the physical or juristic persons whom Belgium asserts the right to protect. If it found that such nationality was not proved, the Belgian claim must be dismissed without regard to the rule concerning the diplomatic protection of shareholders in a corporation chartered in a third State.

72. The burden of proof was clearly on the Applicant to prove the Belgian nationality of the shareholders on whose behalf Belgium claims. The Belgian argument (7 May 1969) that Spain was estopped or precluded from contesting the Belgian character of Sidro and Sofina, is not persuasive.

### *The Continuity Rule*

73. The two dates on which the nationality had to be proved, are determined by the rule of continuity. As the term implies, the rule requires that the nationality remain unchanged between those two dates. Sir Gerald Fitzmaurice makes a forceful argument against any "too rigid and sweeping" application of the continuity rule, but I believe his illustrative situation in paragraph 62 of his separate opinion may be covered by another rule deriving from the law of State succession, and on that basis would escape the application of the continuity rule for international claims which I consider to be generally binding—*specialia generalibus derogant*.

74. Although the phraseology varies, there is general agreement on the principle that the claim must be national in origin, that is to say that the person or persons alleged to have been injured must have had the nationality of the claimant State on the date when the wrongful injury was inflicted. One might well admit that there is a certain artificiality in the whole notion since it rests basically on the Vatelian fiction, but I do not think the Court can change a long established practice on this matter. (But cf. 1932 *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 37, pp. 479 ff., and Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1947, p. 116.)

75. There was a fleeting attempt by Belgium to identify the origin of the claim as the refusal of foreign exchange, which indeed started the toboggan down the slide in terms of the Belgian contentions. (See especially the statement by counsel for Belgium on 18 April 1969: "Belgium rests its case on the illegality in international law of Mr. Suanzes's rulings in October and December 1946 and the circumstances surrounding them.")

This position was abandoned (it would have weakened the Belgian case in terms of the continuity rule), and throughout much of the written pleadings and oral argument it seems to have been taken for granted

71. La Cour aurait pu logiquement commencer son analyse de l'affaire en examinant la preuve de la nationalité des personnes physiques ou morales que la Belgique affirme avoir le droit de protéger. Si elle avait constaté que la preuve de cette nationalité n'était pas établie, la demande belge aurait dû être rejetée, indépendamment de la règle relative à la protection diplomatique des actionnaires d'une société constituée dans un Etat tiers.

72. C'était manifestement au demandeur qu'il incombait de prouver la nationalité belge des actionnaires au nom desquels la Belgique a présenté sa réclamation. L'argument de la Belgique (audience du 7 mai 1969) selon lequel l'Espagne aurait perdu le droit de contester le caractère belge de la Sidro et de la Sofina n'est pas convaincant.

#### *La règle de la continuité*

73. Les deux dates auxquelles la nationalité doit être prouvée sont déterminées par la règle de la continuité. Comme le mot l'implique, la règle exige que la nationalité soit demeurée inchangée entre ces deux dates. Sir Gerald Fitzmaurice avance des arguments convaincants pour condamner toute application « trop rigide et trop stricte » de la règle de la continuité, mais, à mon avis, la situation qu'il donne comme exemple au paragraphe 62 de son opinion individuelle relève d'une autre règle découlant du droit de la succession d'Etats et, à ce titre, elle ne tomberait pas sous le coup de la règle de la continuité applicable aux réclamations internationales, dont la portée est à mon avis générale — *specialia generalibus derogant*.

74. Malgré les différences de terminologie, on s'accorde généralement à admettre le principe selon lequel la réclamation doit être nationale dans son origine, c'est-à-dire que la personne ou les personnes qui auraient subi un préjudice doivent avoir eu la nationalité de l'Etat réclamant à la date où elles ont été injustement lésées. On pourrait reconnaître que la notion même est empreinte d'un certain artifice puisqu'elle repose essentiellement sur la fiction de Vattel, mais je ne pense pas que la Cour puisse modifier une pratique établie de longue date en cette matière. (Mais voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1932, vol. 37, p. 479 et suiv., et Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1947, p. 116.)

75. La Belgique a bien essayé un instant de considérer comme point de départ de sa réclamation le refus de devises, lequel a en effet amorcé tout le mécanisme de l'affaire du point de vue belge. (Voir surtout l'affirmation d'un des conseils de la Belgique le 18 avril 1969: « la Belgique s'appuie sur l'illégalité en droit international des décisions prises en octobre et décembre 1946 par M. Suanzes et des circonstances qui les entourent ».)

Cette position a été abandonnée (elle aurait affaibli la thèse belge du point de vue de la règle de la continuité) et dans une grande partie des pièces écrites et des plaidoiries il semble avoir été admis comme évident

that the critical date, when the injury complained of was inflicted, was that of the Reus decree declaring Barcelona Traction bankrupt, namely 12 February 1948<sup>1</sup>. I think the Court is entitled to accept that date, at least to the extent of saying that if the claim was not Belgian on that date, the claim must be dismissed.

76. The terminal date under the continuity rule is more controversial. Historically, many international claims have been settled through the diplomatic channel and never were presented to an international tribunal. In many mixed claims commissions, claims were heard long after the events complained of because the commissions were established *ad hoc* after a certain number of claims had accumulated. For a moderate example, the British-American Mixed Claims Commissions established under a treaty concluded in 1910, decided in 1920 a claim based on events which took place in 1898. (VI, *U.N.R.I.A.A.*, p. 42.) This diplomatic practice supported the view that the nationality of the claim had to be proved up to the time when it was *espoused by the State*. Thereafter, it was argued, the claim could be regarded as *statal* and, for the purposes of the continuity rule, the status of the individual on whose behalf the claim was made, became immaterial.

Now the first Belgian representation in regard to the bankruptcy proceedings involving Barcelona Traction, was dated 27 March 1948 (A.M., Vol. IV, Annex 250). But in its Note of 22 December 1951 (*ibid.*, Annex 259), Spain maintained that Belgium had not then as yet made a *formal* claim. This was denied by Belgium (Annex 260), which insisted that its diplomatic protest of March 1948 should be considered a formal claim. In any event, at that period Belgium seems to have claimed on behalf of the Barcelona Traction company and not the Belgian shareholders.

77. However, when a case is brought before a permanent tribunal such as the International Court of Justice, the date of the application takes the place of the first diplomatic representation<sup>2</sup>. Counsel for Belgium on 4 July 1969 made a persuasive argument in favour of choosing that as the date required by the continuity rule although I do not agree that the Court is driven to making new law no matter what terminal date it

<sup>1</sup> In its final submissions on 15 July 1969 under heading VI, Belgium asserted:

“that the Belgian Government has established that 88 per cent. of Barcelona Traction’s capital was in Belgian hands on *the critical dates of 12 February 1948 and 14 June 1962 and so remained continuously between those dates . . .*” (Emphasis supplied.) The same assertion was amplified under heading V.

<sup>2</sup> See Institut de droit international, *Annuaire*, 1965, Vol. II, p. 270.

que la date critique, c'est-à-dire la date à laquelle le préjudice incriminé a été causé, était celle du jugement de Reus prononçant la faillite de la Barcelona Traction, à savoir le 12 février 1948<sup>1</sup>. Je pense que la Cour peut accepter cette date, du moins dans ce sens que la demande de la Belgique doit être rejetée si elle n'avait pas un caractère belge à cette date.

76. La date finale à prendre en considération en vertu de la règle de continuité prête plus à controverse. Historiquement, maintes réclamations internationales ont été réglées par la voie diplomatique et n'ont jamais été portées devant un tribunal international. Dans de nombreuses commissions mixtes de réclamations, des demandes ont été entendues longtemps après les faits incriminés parce que les commissions en question avaient été constituées sur une base *ad hoc* une fois qu'un certain nombre de revendications s'étaient accumulées. Pour prendre un exemple modéré, le tribunal arbitral Grande-Bretagne-Etats-Unis, établi en vertu d'un traité conclu en 1910, s'est prononcé en 1920 sur une demande fondée sur des événements qui avaient eu lieu en 1898 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 42). Cette pratique diplomatique confirme l'opinion selon laquelle la nationalité de la réclamation doit être démontrée jusqu'au moment où elle a été *endossée par l'Etat*. Par la suite, a-t-on affirmé, la réclamation pourrait être considérée comme celle de l'Etat et, aux fins de la règle de la continuité, le statut de l'individu au nom duquel la demande a été introduite devient indifférent.

Or, la première représentation belge relative à la procédure de faillite de la Barcelona Traction est datée du 27 mars 1948 (A.M., vol. IV, ann. 250). Mais, dans sa note du 22 décembre 1951 (*ibid.*, ann. 259), l'Espagne soutient que la Belgique n'a pas encore à cette date introduit de demande *formelle*. C'est ce que nie la Belgique (*ibid.*, ann. 260), qui maintient que sa protestation diplomatique de mars 1948 doit être considérée comme une demande formelle. Quoi qu'il en soit, à cette époque, la Belgique semble avoir présenté sa demande au nom de la société Barcelona Traction et non des actionnaires belges.

77. Toutefois, lorsqu'une affaire est portée devant un tribunal permanent tel que la Cour internationale de Justice, la date d'introduction de la requête prime celle de la première représentation diplomatique<sup>2</sup>. Un des conseils de la Belgique s'est montré très persuasif lorsqu'il a plaidé le 4 juillet 1969 en faveur du choix de cette date-là comme étant celle qu'exige la règle de la continuité, bien que je ne sois pas convaincu

<sup>1</sup> Dans ses conclusions finales du 15 juillet 1969 la Belgique a affirmé sous la rubrique VI

« que le Gouvernement belge a établi que 88% du capital de la Barcelona Traction se trouvaient en mains belges aux dates critiques du 12 février 1948 et du 14 juin 1962 et le sont restés de façon continue entre ces dates... » (Les italiques sont de nous.)

La même affirmation a été développée sous la rubrique V.

<sup>2</sup> Voir Institut de droit international, *Annuaire*, 1965, tome II, p. 261-262.

selects. Counsel for Spain on the other hand, insisted on 21 July 1969 that the critical moment for the terminal date should be when the terms of the dispute were clearly defined which could only be after the respondent State had indicated its position. I find slight precedent for this view and see no logic in it<sup>1</sup>. I therefore conclude that the terminal date for compliance with the continuity rule is 19 June 1962, the date of the "new" Application.

*Piercing the Veil of Sidro and Sofina*

78. Belgium conceded that to prove the nationality of Sidro and Sofina it should go, and had gone, beyond the simple facts of State of corporation and *sège social*. It stated that in strict law it was not necessary to go beyond that but—

"it has always admitted—basing itself on the constant practice of States—that a government is only justified in taking up the claim of a company<sup>[2]</sup> if the latter's nationality be real and effective. For this reason, the Belgian Government has made a point, from its very first pleadings, of showing that three-quarters of Sidro's shares belonged to Belgian shareholders on the two crucial dates (1948 and 1962). On account of the size of the participation in Sidro's capital of another Belgian company, Sofina, the Belgian Government has taken a further step; it has shown that on the same dates Belgian shareholders had an even larger holding in Sofina than in Sidro." (Reply, Part III, Sec. 1013, p. 738.)

In the next section Belgium states that it is not obliged to show that Sidro's shares are, for the major part, Belgian owned but has nevertheless done so particularly in Annex 133 to the Reply.

79. In the light of this statement in its written pleading, the Court is justified in deciding whether Belgium succeeded in its attempt to prove the nationality of the alleged Belgian shareholders in Sidro and Sofina, in other words, to pierce the corporate veils of these two Belgian companies. I repeat that share-ownership is not a test of corporate nationality

<sup>1</sup> Nevertheless, there is some support for the view that nationality must be continuous to the date of the Court's judgment; see the convenient summary in Roëd, "Bankruptcy and the Espousal of Private Claims under International Law" in *Legal Essays—A Tribute to Frede Castberg*, 1963, pp. 307-309.

<sup>2</sup> The "company" in question is *Sidro as shareholder* in *Barcelona Traction*. Mr. Arthur Dean, in his letter of 1 February 1955 to the Spanish Ambassador in Washington, stated that he represented "Sofina, the majority common shareholder" in *Barcelona Traction*. [Footnote added.]

que la Cour se trouve contrainte d'innover en droit, quelle que soit la date finale qu'elle retienne. Un des conseils de l'Espagne a affirmé en revanche le 21 juillet 1969 que le moment critique à retenir comme date finale devrait être celui où les conditions du différend ont été clairement définies, ce qui ne peut se faire qu'après que l'Etat défendeur a indiqué sa position. Je ne trouve guère de précédents à l'appui de cette thèse que je ne considère pas comme logique<sup>1</sup>. J'en conclus donc que la date finale pour l'application de la règle de la continuité est le 19 juin 1962, date de la « nouvelle » requête.

*Levée du voile des sociétés Sidro et Sofina*

78. Le Gouvernement belge a admis que, pour prouver la nationalité de la Sidro et de la Sofina, elle ne pouvait se contenter et ne se contentait pas d'alléguer les simples éléments de fait que sont l'Etat où la société s'est constituée et le siège social. Il a déclaré qu'en droit strict, il n'était pas nécessaire d'aller plus loin, mais

« qu'il a toujours été admis — en s'appuyant sur la pratique constante des Etats — qu'un gouvernement n'est justifié à endosser la demande d'une société<sup>2</sup> que si la nationalité de celle-ci est effective. Pour cette raison, le Gouvernement belge a tenu, dès ses premières écritures, à montrer que les trois quarts des actions de la Sidro appartenaient à des actionnaires belges aux deux dates critiques (1948 et 1962). Eu égard à l'importance de la participation d'une autre société belge, la Sofina, dans le capital de la Sidro, le Gouvernement belge a fait un pas de plus: il a démontré que la part des actionnaires belges dans la Sofina était, aux mêmes dates, plus importante encore que dans la Sidro. » (R., troisième partie, par. 1013, p. 738.)

Dans le paragraphe suivant, la Belgique déclare n'avoir pas à démontrer que les actions de la Sidro sont, en majeure partie, propriété belge mais procède néanmoins à cette démonstration en particulier à l'annexe 133 à la réplique.

79. Etant donné que cette déclaration figure dans les écritures, la Cour est fondée à dire si la Belgique a réussi à prouver la nationalité des prétendus actionnaires belges de la Sidro et de la Sofina, en d'autres termes, à lever le voile social de ces deux sociétés belges. Je répète que la propriété des actions n'est pas un critère de la nationalité des sociétés

<sup>1</sup> Cependant, on a parfois considéré que la nationalité devait être continue jusqu'à la date de l'arrêt de la Cour; voir le résumé commode figurant dans Roëd, « Bankruptcy and the Espousal of Private Claims under International Law », in *Legal Essays, — A Tribute to Frede Castberg*, 1963, p. 307-309.

<sup>2</sup> La « société » en question est la *Sidro en tant qu'actionnaire* de la Barcelona Traction. Dans sa lettre du 1<sup>er</sup> février 1955 à l'ambassadeur d'Espagne à Washington, M. Arthur Dean a déclaré représenter « la Sofina, qui détient la majorité des actions ordinaires » de la Barcelona Traction. [Cette note est de nous.]



in the broad sense, but, as Belgium states, a test of whether the nationality is "real and effective". Belgium in effect thus accepts the application to corporations of the Nottebohm link principle. But there are other Belgian statements in the oral argument which seem to modify that position and which object to the Spanish demand for proof of Belgian shareholding in the two Belgian companies.

80. If, as I maintain, Canada was not legally competent to protect Barcelona Traction because of the absence of a link (such absence being in part proved by the extent of foreign shareholding)<sup>1</sup>, then Belgium by the same token would not be legally competent to protect Sidro unless the presence of a link is established. This is the challenge which Belgium seems to have accepted. Apparently Belgium was willing to have the link tested entirely by the extent of shareholdings and not by other factors. This may be due to inability to prove that the international controlling group was associated with or operated out of Belgium. Here again there is an illustration of the fact that the rule which permits claims to be submitted on behalf of shareholders places a heavy burden of proof on the claimant State, especially in the case of great international holding companies whose focus of power can not easily be proved especially over a period of years. There is added difficulty in time of war when many steps, some of them devious, but quite justifiable, need to be taken to avoid enemy appropriation or exploitation and also characterization as enemy by allied or friendly States. As Berle has abundantly demonstrated, the centre or focus of power is not necessarily to be identified by the location of the largest number of shares<sup>2</sup>. Counsel for Belgium recognized this fact in stating, on 13 May 1969, that Sofina was, at one period, controlled by about 8 per cent. of the shareholdings. The place of incorporation, whence the promoters of an enterprise secure a "charter of convenience", has lost its significance as evidence of the real identification

<sup>1</sup> In all the analyses of the nationality of shareholders, very little emphasis is put on any Canadian holdings. On 1 April 1962, out of 1,798,854 issued shares of Barcelona Traction 41,294 were held in Canada. The Canadian shareholders included 57 individuals (of whom 20 held less than 5 shares each) and 43 Canadian companies of which one, Houston & Co., held 30,225 shares. In the "U.S.A. Section", 11, not counting Newman & Co., held over 1,000 shares each. 15 shareholders holding a total of 2,387 shares, had addresses in Belgium. Of these, 7 held only 1 share each; in at least some of these cases they seem to have been simply qualifying shares (A.M., Annex 10).

<sup>2</sup> "... it is just possible that in talking the language of 'ownership' in relation to the flow of national capital, we are talking the language of history rather than the language of reality" (Berle, *Power Without Property* (Eng. ed. 1960), p. 45).

This is true because, as Judge Tanaka has pointed out, anonymity brings about the separation of management from the ownership. (Cf. *Morphologie des groupes financiers*, Centre de recherche et d'information socio-politiques, 1962, pp. 9 and 60, and Meyssan, *Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes*, 1962, pp. 9-10.)

au sens large, mais, comme l'affirme la Belgique, un critère permettant de déterminer si la nationalité est vraiment « effective ». La Belgique accepte donc en pratique l'application aux sociétés du principe du rattachement énoncé dans l'affaire *Nottebohm*. Mais d'autres affirmations ont été avancées par la Partie belge dans ses plaidoiries, qui semblent s'écarter de cette position et qui dénie à l'Espagne le droit d'exiger la preuve de la participation belge au capital des deux sociétés belges.

80. Si, comme je le maintiens, le Canada n'était pas juridiquement compétent pour protéger la Barcelona Traction faute d'un lien de rattachement (ce défaut de lien étant prouvé en partie par l'importance de la participation étrangère au capital social)<sup>1</sup>, la Belgique, pour la même raison, n'aurait juridiquement compétence pour protéger la Sidro que si l'existence d'un lien de rattachement était établie. La Belgique semble avoir accepté le combat sur ce terrain. Apparemment elle a bien voulu accepter pour critère du lien de rattachement l'importance de la participation au capital social, à l'exclusion d'autres facteurs. Cette prise de position est peut-être due à l'impossibilité de prouver que le groupe international exerçant le contrôle avait des attaches avec la Belgique ou opérait à partir de la Belgique. Cela montre une fois encore que la règle qui permet de présenter des réclamations au nom d'actionnaires impose une preuve difficile à l'Etat réclament, surtout quand il s'agit de grandes sociétés holding internationales, dont les centres d'autorité ne sont pas faciles à localiser, surtout sur une longue période. Des difficultés supplémentaires se présentent en temps de guerre, lorsque de nombreuses mesures, et notamment des mesures de camouflage tout à fait justifiables, doivent être prises pour éviter la confiscation ou l'exploitation par l'ennemi, ainsi que la classification comme société ennemie par des Etats alliés ou amis. Comme Berle l'a abondamment démontré, le centre ou foyer d'autorité ne se trouve pas nécessairement à l'endroit où est réunie la majorité des actions<sup>2</sup>. Un des conseils de la Belgique

<sup>1</sup> Dans toutes les analyses de la nationalité des actionnaires, on ne parle guère des éventuels avois canadiens. Le 1<sup>er</sup> avril 1962, sur 1 798 854 actions émises par la Barcelona Traction, 41 294 actions étaient détenues au Canada. Les actionnaires canadiens comptaient 57 particuliers (dont 20 possédaient moins de 5 actions chacun) et 43 sociétés canadiennes, dont une, Houston & Co., détenait 30 225 actions. Sous la rubrique « actionnaires des Etats-Unis », il y en avait 11, sans compter Newman & Co., qui possédaient plus de 1000 actions chacun. 15 actionnaires détenant au total 2387 actions avaient des adresses en Belgique. Parmi ceux-ci, 7 ne possédaient qu'une action; dans quelques-uns au moins de ces cas, il semble qu'il s'agissait simplement d'actions dont la détention était nécessaire, en vue de l'exercice de responsabilités sociales. (A.M., ann. 10.)

<sup>2</sup> « ...il est bien possible qu'en parlant la langue de la « propriété » à propos des courants de capitaux nationaux, on parle la langue de l'histoire et non pas celle de la réalité » (Berle, *Power Without Property*, éd. anglaise 1960, p. 45).

Cela est vrai car, comme M. Tanaka l'a souligné, l'anonymat entraîne la séparation de la gestion et de la propriété. (Cf. *Morphologie des groupes financiers*, Centre de recherche et d'information socio-politiques, 1962, p. 9 et 60, et Meyssan, *Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes*, 1962, p. 9-10.)

of a holding company. Moreover, the *siège social* in terms of an office, etc., can be merely a façade.

81. There is, to be sure, a certain logic in taking the position that if international law permits a State to protect a shareholder interest, the State should be able to protect a single shareholder and would not have to prove that a substantial percentage of the shares were held by its nationals. This seems to be the Swiss practice but not that of the United States and there is very little support in the doctrine for pushing logic to such extremes. Nor does the claimant State in the instant case rely on any such principle—quite the contrary. Law is constantly balancing conflicting interests. The British-American Claims Commission, under the Presidency of Henri Fromageot, in 1923 in the *Eastern Extension* case, declared that “the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying . . . the corollaries of general principles”. (VI, *U.N.R.I.A.A.*, pp. 112, 114.) It is such reasoning which supports Dunn’s allocation of risk theory in the law of State responsibility. I have elsewhere pointed out as a transnational illustration, the power of a single shareholder to induce a great corporation to change its policies. But the international protection of broad State interests of an economic and financial character does not require permitting a State to protect, let us say, a holder of just one of the hundreds of millions of shares of a company like A.T. & T.

82. It must be realized how different in character are various corporations. Holding companies like Barcelona Traction are very different from, let us say, the Ford Motor Company or the Du Pont Company. In these two examples, regardless of foreign holdings or interests of the companies, and regardless of the number of their shares which may be held by foreign interests, the location of plant, the employment of labour and the payment of taxes are all factors, in addition to place of incorporation and of policy making, identifying the companies as “American”. Generalizations clustered around the word “corporation” or “company” are therefore dangerous.

83. If one looks at the link of management-brains, the citizenship of an individual is not conclusive. If a “Nottebohm” were the sole managing and controlling personality in a company, this would not prove that the company was identified with Liechtenstein, for purposes of the application of rules of international law. Nor is apparent residence conclusive; compare the arguments of the Parties about the residence of Juan March at

l'a reconnu quand il a déclaré le 13 mai 1969 qu'il fut un temps où la Sofina était contrôlée par environ 8 pour cent des actionnaires.

Le lieu de constitution, qui permet aux promoteurs d'une entreprise d'obtenir un « statut de complaisance », a perdu sa signification comme preuve de l'identité réelle d'une société holding. D'autre part, le siège social, sous forme de bureaux, etc., peut n'être qu'une façade.

81. Il y a, bien sûr, une certaine logique à considérer que si le droit international permet à un Etat de protéger un intérêt représenté par des actions, l'Etat devrait pouvoir protéger un actionnaire unique, sans avoir à prouver qu'un pourcentage substantiel des titres est détenu par ses ressortissants. Telle semble être la pratique suisse mais non pas celle des Etats-Unis et la doctrine est fort peu favorable à une logique poussée à de tels extrêmes. En l'espèce, l'Etat réclamant ne s'appuie d'ailleurs pas sur un principe de ce genre, bien au contraire. Le droit établit constamment un équilibre entre des intérêts divergents. Le tribunal arbitral Grande-Bretagne-Etats-Unis, sous la présidence d'Henri Fromageot, a déclaré en 1923 à propos de l'affaire de l'*Eastern Extension* que « la jurisprudence a pour fonction de résoudre les conflits entre droits et intérêts opposés en appliquant... les corollaires de principes généraux » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 112, 114). C'est sur un raisonnement analogue que s'appuie la théorie de Dunn sur la répartition des risques dans le droit de la responsabilité des Etats. J'ai rappelé ailleurs, pour illustrer le caractère transnational, qu'un seul actionnaire pouvait amener une grande société à modifier sa politique. Mais la protection internationale d'intérêts étatiques généraux de caractère économique et financier n'exige pas qu'un Etat ait la faculté de protéger, mettons, le titulaire d'une seule des centaines de millions d'actions d'une société comme l'A.T. & T.

82. Il faut bien voir que les sociétés sont par nature très différentes les unes des autres. Les sociétés holding comme la Barcelona Traction diffèrent profondément de la société Ford ou de la société Du Pont par exemple. Pour ces deux dernières, indépendamment du fait qu'elles peuvent détenir des participations ou avoir des intérêts étrangers, et indépendamment du nombre de leurs actions qui peut être aux mains d'étrangers, l'emplacement de l'usine, la main-d'œuvre, le versement d'impôts, sont autant de facteurs qui concourent tous, en plus du lieu où la société a été constituée et où se trouvent les organes directeurs, à leur donner le caractère « américain ». Il est donc dangereux d'énoncer des généralisations à partir du seul terme de « société » (*corporation* ou *company*).

83. Si l'on considère le lien entre la gestion et la prise de décision, dans le cas d'une société, la nationalité d'un particulier n'est pas un élément déterminant. Il pourrait se trouver qu'un « Nottebohm » exerce à lui seul la direction et le contrôle d'une société, mais cela ne prouverait pas que cette société s'identifie au Liechtenstein aux fins de l'application de règles de droit international. Le lieu apparent de résidence

certain periods, and the challenges to evidence produced to prove residence. From the point of view of explaining the reasons for diplomatic protection, it may be significant that the controlling power group has, for one reason or another, strong political influence with a certain government. Spain's invocation of old press reports of scandalous connections between Belgian Government officials and personalities connected with Sidro or Sofina, suggested this element.

84. There are, of course, abundant precedents for protection of bondholders—I refer to the holders of corporate bonds and not the holders of government bonds which raise entirely different legal (and political) problems, as Drago clearly showed. In the instant case, there was at certain times, as already noted, stress by Great Britain and by Canada upon the interests of bondholders. As a characterization of the claim as Belgian, bondholding does not seem to be significant.

#### *Proof by Presumptions*

85. In the attempt by Belgium to prove that Sofina's shares were held by Belgians, at least in large part, there is a very extended analysis of Belgian wartime legislation. The subject is covered in greatest detail in Annex 133 of the Reply and in counsel's pleading on 13 May 1969. In this line of argument it is explained that under the legislation in question, various rules were laid down concerning certifications and the declarations of ownership of types of shares, whether held in Belgium or abroad. The argument is to say the least devious and rests on a pyramid of presumptions. In Annex 133 to the Reply at page 769, it is said that the proof adduced "rests on presumptions, but presumptions represent a mode of proof recognized by all legislative systems . . .". Yet counsel for Belgium on 17 April wisely admonished the Court: "The Court will, I trust, here as elsewhere, reject any attempt to substitute allegations for proof or insinuations for fact." It must also be noted that Belgian counsel admitted on 4 July 1969 that the certificates did not purport to establish *continuity* of Belgian ownership. Moreover, there are facile transitions as from broad categories such as "non-enemy", which included "allied", to the particularity of "Belgian". I do not find the evidence at all convincing.

In the pleading of Belgian counsel in 1964, it was stated on 15 April that there is a presumption "that when a company is established in a

n'est pas non plus déterminant; voir à ce sujet les thèses des Parties sur le lieu de résidence de Juan March à certains moments, et la manière dont les moyens de preuve produits ont été contestés. Quand il s'agit d'expliquer les motifs d'une protection diplomatique, le fait que le groupe qui contrôle la société exerce, pour une raison ou pour une autre, une forte influence politique auprès d'un gouvernement donné peut présenter de l'importance. Il est du moins permis de le supposer, lorsqu'on constate que l'Espagne a cité d'anciens comptes rendus de presse faisant état de relations scandaleuses entre des membres du Gouvernement belge et des personnalités proches de la Sidro ou de la Sofina.

84. Il existe, bien entendu, de nombreux précédents à l'exercice de la protection d'obligataires — je veux parler des titulaires d'obligations émises par des sociétés et non pas des porteurs de titres d'emprunts publics, qui donnent lieu à des problèmes juridiques (et politiques) entièrement différents, comme Drago l'a bien montré. En l'espèce, la Grande-Bretagne et le Canada ont, à certains moments, comme on l'a déjà noté, souligné les intérêts des obligataires. Pour établir le caractère belge de la réclamation, la détention d'obligations ne semble pas être un élément important.

#### *La preuve par présomption*

85. Voulant prouver que les actions de la Sofina étaient détenues, du moins en grande partie, par des Belges, la Belgique procède à une analyse très détaillée de la législation belge pendant la guerre. On trouve une étude très approfondie de la question à l'annexe 133 de la réplique et dans la plaidoirie faite par l'un des conseils le 13 mai 1969. Il a été expliqué dans ce contexte qu'en vertu de cette législation, les certifications et les déclarations concernant la propriété d'actions, qu'elles soient détenues en Belgique ou à l'étranger, étaient assujetties à diverses règles, selon la catégorie. L'argument est à tout le moins tortueux, et repose sur une accumulation de présomptions. Dans l'annexe 133 à la réplique (p. 11 de l'annexe), on nous dit que la démonstration « s'appuie sur des présomptions, mais [que] la présomption est un mode de preuve reconnu par toutes les législations ... ». Pourtant, le 17 avril, un des conseils de la Belgique a adressé à la Cour un sage avis: « Ici comme ailleurs, la Cour rejettera toute tentative faite pour substituer des allégations à des preuves ou des insinuations à des faits. » Il y a lieu de noter aussi que, le 4 juillet 1969, un conseil belge a reconnu que la certification ne visait pas à établir le *caractère continu* de la propriété belge. Par ailleurs, on passe bien facilement de certaines grandes catégories, le caractère « non ennemi » par exemple qui vise entre autres les « alliés », à des catégories particulières comme le « caractère belge ». Ces moyens de preuve ne me convainquent pas du tout.

Dans les plaidoiries de 1964, à la séance du 15 avril, le conseil de la Belgique déclarait que « lorsqu'une société est constituée dans un Etat et

particular State and enjoys the national character of that State, the company is also owned and controlled by shareholders of the same nationality". By this token, the controlling shareholders of Barcelona Traction would have been Canadian. Counsel offered a further presumption that since the shares of Sidro and Sofina "are traded principally in the Brussels stock market", Belgian nationals own the shares in those companies. [*Ibid.*, p. 14.] It was further suggested that if shareholders give an address in Belgium, they must be presumed to be Belgians. [*Ibid.*, pp. 9-10.]

86. The Belgian Memorial filed in 1959 after the first Application, was more realistic in its appraisal of a submitted classification of ownership of Barcelona Traction shares. The Memorial stated (at p. 19):

"It should be noted that the foregoing classification was, in almost all cases, established on the basis of the place of residence of the person in whose name the shares were registered at that time. Having regard to the Anglo-Saxon custom of resorting to nominees who are merely custodians of the securities, such a classification does not necessarily correspond to the place of residence of the real owners of the securities. Sidro itself had its Barcelona Traction shares registered in the name of an American nominee.

Furthermore, the place of residence may not correspond to the nationality of the person concerned, but this is of no great importance in view of the small number of shares considered as Belgian apart from those held by the Sidro company."

On 13 May 1969, Belgian counsel presented a long detailed list of presumptions, largely based on the time and place of declaration and certification under the Belgian wartime legislation. The information does not seem, as claimed by counsel, to be "both exact and consistent".

On 7 May counsel for Belgium had argued from certain reports of trading in Barcelona Traction bearer shares on the bourse in both Paris and Brussels during 1961-1962. (The reports are in A.R., Annexes 131 and 132.) In Paris the shares were apparently unlisted and there was no record of the number of shares bought and sold. In Brussels 44,264 shares were traded and counsel remarked: "True it cannot be said that all the purchasers were necessarily Belgian but the *likelihood* is that they were." [Emphasis supplied.]

87. The actual Belgian position seemed to fall back on that taken by counsel on 7 May 1969 in the following statement:

"After all, and this is a point of some importance, it is not necessary for the Government of Belgium to satisfy the Court regarding

possède la nationalité de cet Etat, il est en tout cas à présumer que la société est la propriété d'actionnaires de la même nationalité et est contrôlée par eux ». A ce compte-là, les actionnaires qui contrôlaient la Barcelona Traction eussent été canadiens. Le conseil de la Belgique a fait appel à une nouvelle présomption selon laquelle, étant donné que les actions de la Sidro et de la Sofina « sont négociées surtout à la Bourse de Bruxelles », les actions de ces sociétés appartiennent à des ressortissants belges. De plus, il a suggéré que, si les actionnaires donnent une adresse en Belgique, ils doivent être présumés belges.

86. Dans le mémoire qu'elle a déposé en 1959 après la première requête, la Belgique a porté un jugement plus réaliste sur une classification dont les actionnaires de la Barcelona Traction avaient fait l'objet. On lit dans le mémoire (p. 19):

« Il faut noter que la classification ci-avant a été établie, dans la quasi-totalité des cas, sur la base de résidence de la personne au nom de laquelle les actions se trouvaient inscrites à cette époque. Etant donné l'habitude anglo-saxonne de recourir à des *nominees*, simples gardiens des titres (*custodians*), une telle classification ne correspond pas nécessairement à la résidence des propriétaires véritables des titres. La Sidro elle-même avait ses actions Barcelona Traction enregistrées au nom d'un *nominee* américain.

D'autre part, la résidence peut ne pas correspondre à la nationalité, mais l'observation est sans incidence notable vu le petit nombre d'actions réputées belges en dehors de celles de la société Sidro. »

Le 13 mai 1969, le conseil de la Belgique a présenté une longue liste détaillée de présomptions, fondées en grande partie sur la date et le lieu des opérations de déclaration et de certification effectuées en application des lois adoptées par la Belgique pendant la guerre. Les renseignements invoqués ne semblent pas être « à la fois précis et concordants » comme l'affirme le conseil.

Le 7 mai, le conseil de la Belgique a tiré argument de certains rapports concernant la négociation en bourse des actions au porteur de la Barcelona Traction tant à Paris qu'à Bruxelles en 1961-1962. (Ces rapports figurent dans A.R., ann. 131 et 132.) A Paris, les actions n'étaient apparemment pas inscrites à la cote et il n'existait pas de document statistique concernant le nombre d'actions achetées ou vendues. A Bruxelles, 44 264 actions ont été traitées et le conseil de la Belgique a fait observer: « Certes on ne peut pas dire que tous les acheteurs étaient nécessairement belges mais les *probabilités* sont en ce sens. » (Les italiques sont de nous.)

87. En fait, la position de la Belgique peut se ramener, semble-t-il, à celle que son conseil a exprimée le 7 mai 1969 dans la déclaration suivante:

« Après tout, et ce point a quelque importance, il n'incombe pas au Gouvernement belge d'établir devant la Cour l'identité et la



the identity and Belgian nationality of every individual shareholder whose rights and interests underlie the Belgian claim. According to the doctrine recognized by this Court and generally accepted by States, Belgium is presenting a claim for injury done to the State of Belgium through wrongs inflicted upon its nationals. The Court therefore, need do no more than estimate in proximate terms the number of Belgian shareholders in Barcelona Traction.”

Although he argued that the evidence is enough for the Court to find that as of 14 June 1962 “at least 200,000 bearer shares in Barcelona Traction were owned by Belgians other than Sidro”, it was actually left to the Court to make an approximate estimate. All of these presentations and others not noted here, do not suffice to discharge the burden of proof which rested on the Applicant.

88. One cannot deny that it is far from easy to trace the ownership of bearer shares. In the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, the Polish Government argued that “no importance can be attached to the possession of bearer securities, since it is impossible to ascertain in whose hands they may be at a given moment”. (*P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 67.*) The Court did not find it necessary to pursue this point. In the instant case, Belgium said that Spain was seeking to drive them with their backs to the wall by demanding a *probatio diabolica* for identification of holders of bearer shares. But Belgium insisted that in this instance it was able to accomplish this almost impossible task. (Memorial, 1959, p. 17; Reply, Part III, p. 156, and C.R. for 13 May 1969.) I am not convinced that it succeeded<sup>1</sup>.

Apparently 341,326 bearer shares were in the trust account with Securitas (to be discussed later herein), after being deposited 31 December 1939 (O.S., p. 203). Then 8,525 more bearer shares were deposited by Sidro with Securitas—7,925 on 12 December 1939 and 600 on 22 February 1940—while 2,075 bearer shares were, for some reason, left in Brussels. (*Ibid.*, pp. 203-204.)

When on 19 April 1948, Sidro asked Securitas to send to Newman & Co. various securities, it included in the lot to be sent 6,025 bearer shares and the coupons of 341,326 bearer shares, but not the latter certificates themselves. (App. 2 to Annex 11 of the Anexes to the Memorial.) In January 1952, Sidro converted the 341,326 bearer shares then in its

<sup>1</sup> The Belgian State in 1946 or 1947 possessed 10,000 shares of Sofina and 50,000 shares of Sidro. The shares were acquired in payment of a capital levy in 1946 but were apparently held by the State only briefly and probably not after 31 December 1947. See A.O.S., Ann. 30, App. 3, pp. 368 and 381 and Sub-App. 3, p. 388. It was in another context that Belgian counsel spoke, on 4 July 1969, of “the overall claim, here put forward by the Belgian Government, in respect of the injury done to the Belgian State by the unlawful acts for which Spain is responsible”.

nationalité belges de chacun des actionnaires dont les droits et les intérêts sont à la base de la requête belge. D'après la doctrine reconnue par la Cour et généralement acceptée par les Etats, la Belgique présente une demande en raison d'un préjudice causé à l'Etat belge par des actes préjudiciables commis à l'encontre de ses ressortissants. Par conséquent, il suffit à la Cour d'évaluer en chiffres approximatifs le nombre d'actionnaires belges de la Barcelona Traction.»

Bien que, à son avis, les preuves aient été suffisantes pour permettre à la Cour de conclure qu'au 14 juin 1962, « au moins 200 000 actions au porteur de la Barcelona Traction étaient la propriété de Belges autres que la Sidro », la Belgique a en fait laissé à la Cour le soin de procéder à une estimation approximative. Toutefois, malgré ces divers arguments et d'autres qui ne sont pas relevés ici, la charge de la preuve continue à incomber au demandeur.

88. Nul n'ira contester qu'il n'est guère facile de déterminer la propriété d'actions au porteur. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, le Gouvernement polonais a soutenu « qu'on ne saurait attacher de l'importance à la possession de titres au porteur, étant donné qu'il est impossible de contrôler en quelles mains ceux-ci se trouvent à un moment déterminé » (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 67). La Cour n'a pas jugé utile d'aller plus loin. En l'espèce, la Belgique dit que l'Espagne cherchait à la mettre au pied du mur en lui réclamant la *probatio diabolica* que représenterait l'identification des détenteurs d'actions au porteur. Mais la Belgique elle-même a soutenu qu'en l'occurrence elle pouvait accomplir ce tour de force (M. 1959, p. 17; R., troisième partie, p. 737, et compte rendu de l'audience du 13 mai 1969). Je ne suis pas convaincu qu'elle l'ait réussi<sup>1</sup>.

Apparemment, 341 326 actions au porteur figuraient dans le compte de *trust* ouvert avec la Securitas (nous en reparlerons plus loin), après avoir été déposées le 31 décembre 1939 (O.C., p. 203). Puis, la Sidro a confié à nouveau 8525 actions au porteur à la Securitas — soit 7925 le 12 décembre 1939 et 600 le 22 février 1940 — tandis que 2075 actions restaient, pour une raison ou une autre, à Bruxelles (*ibid.*, p. 203-204).

Quand, le 19 avril 1948, la Sidro a demandé à la Securitas de remettre à Newman & Co. divers titres, elle a fait figurer dans le lot à remettre 6025 actions au porteur et les coupons afférents à 341 326 actions au porteur, mais non pas les actions elles-mêmes (A.M., app. 2 à l'ann. 11). En janvier 1952, la Sidro a converti les 341 326 actions au porteur qu'elle

<sup>1</sup> En 1946 ou 1947 l'Etat belge possédait 10 000 actions de la Sofina et 50 000 actions de la Sidro. Ces actions ont été acquises en 1946 en paiement d'un impôt sur le capital mais l'Etat ne les a détenues que peu de temps et probablement pas après le 31 décembre 1947. Voir A.O.C., ann. 30, app. 3, p. 368 et 381 et sous-app. 3, p. 388. C'est dans un autre contexte que le 4 juillet 1969, le conseil de la Belgique a parlé du « grief global présenté par le Gouvernement belge au sujet du préjudice causé à l'Etat belge par les actes illégaux dont l'Espagne est responsable ».

possession to registered shares; they were registered in the name of Newman & Co. (See *ibid.*, Annexes 11 and 4.) I have not been able to establish that none of these 341,326 bearer shares changed hands between 12 February 1948 and January 1952.

It is alleged that 244,832 additional bearer shares were owned by other Belgians in February 1948. (M., Sec. 10.) It was claimed that on 14 June 1962, 200,000 bearer shares were held by Belgians other than Sidro. (O.S., p. 206). I find no proof that these bearer shares were continuously Belgian-owned (assuming the above allegations to be correct) between 1948 and 1962.

89. In reply to a question from the Bench concerning the possible effect on continuity if shares were transferred during the period 1948-1962, counsel for Belgium said, on 4 July 1969, that if shares were sold to other Belgians and then repurchased by Sidro, "the continuity requirement would be satisfied". But "if the shares had been sold to, and then repurchased from, non-Belgian nationals, other than Spanish nationals, the requirement might *possibly* not have been satisfied . . .". The Spanish side challenged this statement, and properly so, because one does not see why this situation would differ from counsel's third case. The third case he put was where the shares had been sold to, and then repurchased from, Spanish nationals; here he agreed the continuity requirement would *not* have been satisfied. Counsel sought to justify his answer to his own second case by various quotations to the effect that the continuity rule is artificial and should be re-examined. But he merely says that Belgium "feels it right that the existence of this body of critical opinion should be drawn to the attention of the Court". He did not, however, deny the existence of the rule. When later he analysed his evidence of Belgian holdings in 1948, he did not try to adduce proof that the shares did not change hands between 1948 and 1962. It was in this context that he rejected the Spanish suggestion that Belgium should prove in regard to each shareholder that he was a Belgian and that he was a shareholder during the critical period. Counsel said:

"It is a lengthy and expensive procedure to carry out the investigation proposed by the Government of Spain. It is justifiable if there is something to be distributed. [*Sc.* an award in this case.] It is not justifiable otherwise."

He felt this was the more true because he considered that Belgium had proved that there was at all material times Belgian ownership of at least 200,000 shares aside from the Sidro holdings. None the less, the statement is a damaging admission of Belgium's inability to identify the

détenait alors en actions nominatives, inscrites au nom de Newman & Co. (voir *ibid.*, ann. 11 et 4). Je n'ai pas été à même d'établir qu'aucune de ces 341 326 actions au porteur n'avait changé de mains entre le 12 février 1948 et janvier 1952.

On nous dit que 244 832 autres actions au porteur étaient aux mains d'autres ressortissants belges en février 1948 (M., p. 12, par. 10). On a soutenu qu'au 14 juin 1962, 200 000 actions au porteur étaient aux mains de ressortissants belges autres que la Sidro (O.C., p. 206). Je ne trouve aucune preuve que ces actions au porteur aient été constamment aux mains de Belges (à supposer que les allégations ci-dessus soient exactes) entre 1948 et 1962.

89. En réponse à une question d'un membre de la Cour concernant l'effet qu'auraient pu avoir la vente et le rachat des actions pendant la période 1948-1962 du point de vue de la condition de continuité, le conseil de la Belgique a dit, le 4 juillet 1969, qu'au cas où la Sidro aurait vendu ses actions à d'autres ressortissants belges et les leur aurait rachetées, « la condition de continuité [aurait été] satisfaite ». Mais, « si les actions avaient été vendues puis rachetées à des ressortissants non belges autres que des ressortissants espagnols, il est *possible* que cette condition n'aurait pas été satisfaite ... ». Les conseils espagnols ont contesté cette déclaration, à bon droit, car on ne voit pas pourquoi cette situation différerait du troisième cas envisagé par le conseil de la Belgique. Ce cas est celui où les actions auraient été vendues puis rachetées à des ressortissants espagnols; et là, il a reconnu que la condition de continuité n'aurait pas été satisfaite. Le conseil belge s'est efforcé de justifier la réponse qu'il donnait à sa seconde hypothèse par diverses citations tendant à montrer que la règle de continuité est artificielle et devrait être réétudiée. Mais il se contente de dire que la Belgique « estime qu'il est bon d'attirer l'attention de la Cour sur l'existence de cet ensemble d'opinions critiques ». Il n'a pas nié toutefois l'existence de la règle. Quand par la suite il a analysé les preuves qu'il apportait de la participation belge en 1948, il n'a pas essayé du tout de montrer que les actions n'avaient pas changé de mains entre 1948 et 1962. C'est dans ce contexte qu'il a écarté l'idée avancée par l'Espagne que la Belgique devrait prouver, au sujet de chaque actionnaire, qu'il avait la nationalité belge et qu'il était actionnaire pendant la période critique. Le conseil dit à ce propos:

« Il faut une procédure longue et coûteuse pour mener à bien les recherches proposées par le Gouvernement espagnol. Elle se justifie s'il y a quelque chose à distribuer [une indemnité, en l'espèce]. Sinon, elle ne se justifie pas. »

A son avis, c'était d'autant plus vrai que la Belgique avait, disait-il, prouvé qu'il y avait constamment eu, à tout moment déterminant, 200 000 actions aux mains de ressortissants belges, outre les titres détenus par la Sidro. Il n'empêche que, par là, il a été forcé de reconnaître

shareholders it sought to protect. The exhaustive effort to trace the bearer shares would hardly have been necessary if Belgium had been confident that the Court would be convinced that Sidro was the real owner of the 1,012,688 registered Barcelona shares throughout the critical period since so large a holding would presumably satisfy the demand that Sidro be identified with Belgian interests. This may be another slight indication that Belgian counsel were aware that they were, for one reason or another, not in a position to prove when the Securitas trust arrangement terminated. (See paragraph 96 below.)

\* \* \*

*Securitas as Trustee for Sidro*

90. On 6 September 1939 Sidro concluded a "custodian" contract with Securitas Ltd. which was a United States corporation formed under the laws of Delaware. (P. 722 of the Chayes Opinion, A.R., Ann. 125; so stated also in A.O.S., Ann. 11, p. 206. Other statements of fact here are taken from the recital in Annex 3 of the Memorial unless otherwise stated.) It is said that this contract was concluded "foreseeing the danger of war". (The contract is in A.M., Ann. 3, App. 2.) Such a custodian contract did not transfer the "real ownership" which was vested in Sidro.

91. The recitals in Annex 3 of the Memorial do not mention the fact (revealed later in A.O.S., Ann. 11, p. 207) that on the same date, 6 September 1939, Sidro made with Securitas a second contract which was a *trust* agreement. It was further revealed that this trust agreement of 6 September 1939 was replaced by another trust agreement on 27 February 1940, but it is said that the differences between the two trust agreements are without relevance for this case! It is said that the second agreement merely took advantage of some new Belgian war legislation. *The texts of the trust agreements have never been revealed throughout the pleadings.* But the existence of the trust agreement of 27 February is recorded in Annex 3, page 36, to the Memorial, where it is described as completing the measures for protection during the war. It is said that this trust agreement was to enter into force when the Brussels area was occupied by the enemy or when any other critical situation developed threatening the normal operations of Sidro. It is further recited that the period of the application of the trust agreement was indicated by a "suspense period" which would cease six months after the end of the critical period. Turning again to Annex 11 of the Observations and Submissions, at pages 207 and 208, it is stated that when one of the "Operative Events" occurred,

que la Belgique est dans l'impossibilité d'identifier les actionnaires qu'elle prétend protéger. Il n'aurait guère été utile de se donner beaucoup de peine pour identifier les actionnaires au porteur si la Belgique avait vraiment cru pouvoir convaincre la Cour que la Sidro était le véritable propriétaire des 1 012 688 actions nominatives de la Barcelona et l'avait été pendant toute la période critique, car une participation aussi importante aurait probablement suffi pour que soit remplie la condition d'après laquelle la Sidro devait s'identifier aux intérêts belges. Peut-être y a-t-il là un léger indice supplémentaire de ce que les conseils belges avaient conscience que, pour une raison ou pour une autre, ils n'étaient pas à même de prouver à quel moment l'accord concernant le dépôt auprès de la Securitas avait pris fin. (Voir par. 96 ci-après.)

\* \* \*

*La Securitas en tant que trustee de la Sidro*

90. Le 6 septembre 1939, la Sidro a conclu un contrat de « dépôt » avec la Securitas Ltd., société américaine constituée conformément au droit du Delaware. (Consultation de M. Chayes, A.R., vol. II, ann. 125, p. 23; dans le même sens: A.O.C., ann. 11, p. 206. Sauf indication contraire, les autres données de fait mentionnées ici sont extraites de l'exposé figurant à l'ann. 3 au mémoire.) Il y est dit que ce contrat avait été conclu « devant la menace de la guerre ». (Le contrat est reproduit dans A.M., ann. 3, app. 2.) Un contrat de cette nature ne transférait pas la *real ownership* dont la Sidro était titulaire.

91. L'exposé qui se trouve à l'annexe 3 au mémoire ne mentionne pas le fait (révélé plus tard dans A.O.C., ann. 11, p. 2) qu'à la même date, le 6 septembre 1939, la Sidro a conclu un second contrat avec la Securitas, un contrat de *trust*. Il a été dévoilé que ce contrat de *trust* du 6 septembre 1939 avait été remplacé par un autre contrat de *trust*, le 27 février 1940, mais l'on a ajouté que les différences entre les deux contrats de *trust* étaient sans importance pour la présente affaire! Le second contrat tirait simplement parti de certaines dispositions nouvelles de la législation de guerre adoptée par la Belgique. *Le texte des accords de trust n'a jamais été divulgué au cours des plaidoiries.* L'existence du contrat de *trust* du 27 février est cependant rapportée à la page 36 des annexes au mémoire (ann. 3), où il est dit qu'il complète les mesures de protection du temps de guerre. Ce contrat de *trust* devait entrer en vigueur dès que l'agglomération bruxelloise serait occupée par l'ennemi ou que toute autre situation critique viendrait à se présenter, menaçant le fonctionnement normal de la Sidro. Il est d'autre part déclaré que la période d'application du contrat de *trust* était assortie d'une *suspense period* devant prendre fin six mois après la fin de la situation critique. Si l'on en revient à l'annexe 11 des observations et conclusions (p. 207 et 208), on y lit que, par la sur-

Securitas automatically became a trustee of Sidro's property outside Belgium and especially of 341,326 bearer shares of Barcelona Traction. The 1,012,688 registered shares were also already on deposit with Securitas and its possession was transformed into "legal ownership" when Securitas became trustee<sup>1</sup>. Securitas became the trustee in May 1940 (*ibid.*, p. 209).

Curiously enough, Mr. Mockridge, Belgium's Canadian expert, refers to the agreement of 6 September 1939 as the "trust agreement" under which Securitas "became Trustee rather than Custodian". (A.R., Ann. 126, p. 8). On the other hand, Professor Chayes, Belgium's American expert, bases the trust on the agreement of 27 February 1940 and does not reveal a familiarity with the earlier trust agreement of 6 September 1939.

92. Annex 17 to the Observations and Submissions is a certificate without date signed by members of the committee named in application of clause 9 of the trust deed of 27 February 1940, certifying, in conformity with clause 4 (III) of the trust deed, that the state of danger which threatened Sidro (citing clause 3 of the trust deed) had ceased to exist on 14 February 1946 (p. 230). (I note that the Belgian Government had returned to Brussels on 8 September 1944 and Germany surrendered on 7 May 1945.) According to the report of Securitas to Sidro dated 24 September 1946 (*op. cit.*, Ann. 18, p. 231; photocopy in A.R., Ann. 123), the "suspense period" ended 14 August 1946, which was six months after the certified date of the end of the danger; this is said to be according to Article 4 (III) of the trust deed. Securitas reports an inventory of what they held in trust on that date. The letter says they hold the securities subject to future instructions from Sidro. There is no flat statement that they ceased at that moment to be trustee although this is implied. A further letter of 17 April 1947 (A.M., Ann. 3, App. 8) encloses a statement of securities held for Sidro "in custody for your account" as of 31 December 1946. It was not until 19 April 1948 that Sidro instructed Securitas to send the securities to Newman & Co. On 3 May 1948 Securitas wrote that they had delivered the securities and that this operation closed Sidro's deposit account with them (A.O.S., Anns. 19 and 20). The lists showed 1,012,688 shares registered in the name of Charles Gordon & Co., and certificates (presumably of bearer shares?) 6,025. On 7 June 1948, Newman & Co. wrote that the shares in the former

---

<sup>1</sup> Securitas held for Sidro many securities other than and in addition to those of Barcelona Traction. For example, of Mexican Light & Power Co. 6 per cent. cumulative income debenture stock, they held shares to par value of \$2,254,250, registered in the name of the Midland Bank of London as nominees, and to the value of \$1,958,000 registered in the name of the Schröder Bank in London as nominees, the nominees in both instances holding for the account of Charles Gordon & Co. (A.O.S., Ann. 14, p. 219).

venance d'un des *Operative Events*, la Securitas devenait automatiquement *trustee* des avoirs de la Sidro situés en dehors de la Belgique et notamment des 341 326 actions au porteur de la Barcelona Traction. Les 1 012 688 actions nominatives étaient déjà déposées auprès de la Securitas et leur possession s'est transformée en une *legal ownership* lorsque la Securitas est devenue *trustee*<sup>1</sup>, événement qui est survenu en mai 1940 (A.O.C., ann. 11, p. 4).

Fait assez curieux: M. Mockridge, expert canadien pour la Belgique, se réfère à l'accord du 6 septembre 1939 comme étant l'accord de *trust* aux termes duquel la Securitas « est devenue *trustee* plutôt que *custodian* » (A.R., vol. II, ann. 126, p. 8). De son côté, M. Chayes, expert américain pour la Belgique, fait reposer le *trust* sur l'accord du 27 février 1940 et semble ne pas connaître le contrat de *trust* antérieur du 6 septembre 1939.

92. L'annexe 17 aux observations et conclusions consiste en un certificat non daté, signé par les membres du comité nommé en application de la clause 9 du contrat de *trust* du 27 février 1940, et il est déclaré dans ce certificat, conformément à la clause 4 (III) du contrat de *trust*, que l'état de danger qui menaçait la Sidro (termes repris de la clause 3 du contrat de *trust*) avait pris fin le 14 février 1946. (Je rappelle que le Gouvernement belge est revenu à Bruxelles le 8 septembre 1944 et que l'Allemagne s'est rendue le 7 mai 1945.) Selon le rapport adressé par la Securitas à la Sidro en date du 24 septembre 1946 (A.O.C., ann. 18; photocopie dans A.R., ann. 123) la *suspense period* s'est terminée le 14 août 1946, c'est-à-dire six mois après la date à laquelle l'état de danger avait pris fin selon le certificat; il est dit que tout cela est conforme à l'article 4 (III) du contrat de *trust*. La Securitas dresse un inventaire de ce qu'elle détient en *trust* à cette date. Dans sa lettre, la Securitas déclare qu'elle détient les titres sous réserve des instructions futures de la Sidro. Il n'est pas expressément déclaré qu'elle a cessé à ce moment d'être *trustee*, bien que cela soit implicite. Une lettre postérieure, du 17 avril 1947 (A.M., ann. 3, app. 8), contient en annexe une liste des titres « détenus en garde » pour le « compte » de la Sidro au 31 décembre 1946. Ce n'est que le 19 avril 1948 que la Sidro a chargé la Securitas d'envoyer les titres à la société Newman & Co. Le 3 mai 1948, la Securitas a écrit qu'elle les lui avait remis et que cette opération clôturait le compte de dépôt de la Sidro auprès de la Securitas (A.O.C., ann. 19 et 20). Dans la liste annexée à cette lettre figurent 1 012 688 actions nominatives enregistrées au nom

---

<sup>1</sup> La Securitas détenait pour le compte de la Sidro beaucoup d'autres titres que ceux de la Barcelona Traction. Par exemple, pour ce qui est du *cumulative income debenture stock* 6% de la Mexican Light & Power Co., elle détenait des actions pour une valeur nominale de 2 254 250 dollars, enregistrées au nom de la Midland Bank de Londres en qualité de *nominee*, et des actions pour une valeur de 1 958 000 dollars, enregistrées au nom de la Schröder Bank de Londres en qualité de *nominee*, ces *nominees* détenant dans chaque cas les actions pour le compte de la société Charles Gordon and Co. (A.O.C., ann. 14, p. 2.)



group had been registered in their name and were in the Chase Safe Deposit Co. in New York (*ibid.*, Ann. 22).

93. Securitas was dissolved by legal action in Delaware, 16 September 1948 (*ibid.*, Annex 25, p. 258). An affidavit by Duncan, Alley and Newman, all directors or officers of Securitas, 30 October 1958, attesting this fact, says they examined the books of Securitas and that it had held (in addition to the registered shares) 341,326 bearer shares at Winchester House, London, and 7,925 plus 600 bearer shares in Chase National Bank, New York. Further, on 20 January 1947 Securitas "delivered" to Sidro 1,400 of these bearer shares and on 25 February 1947, 1,100 of the same. On 16 January 1947, the safe deposit box at Winchester House, with contents, was "assigned" to Sofina. On 3 December 1947, in accordance with request of Sidro, the 341,326 bearer shares were credited by Sofina to Sidro's account (*ibid.*, Annex 26).

94. Now title to bearer shares may be considered to pass by delivery of the certificates, *unless* the transferee is a nominee or other depositary, for the trustee. It is not clear to me from the documents whether Securitas, as trustee, did actually divest itself of title to these bearer shares through these transactions. It should be noted that the communications in question were originally in English and the words quoted above—"delivered" and "assigned"—are the actual terms used, which might or might not indicate passage of title from the trustee. (See A.O.S., Ann. 25.)

95. It is a vital matter to know when the trust ceased to exist. Professor Chayes, Belgium's American expert, clearly points out why this is so; he says that during the German occupation of Belgium—

"... Securitas acted as trustee of the property. As such, Securitas held legal title to the property and could manage the property in its own discretion, without regard to any instructions from Sidro. Indeed, the whole point of the arrangement was to free Securitas from the control of Sidro, since during the German occupation, instructions might come from Belgium with respect to the shares that were inimical to Sidro's true interests and to the allied cause. Securitas was of course, bound to use its discretion for the benefit of Sidro, the beneficiary under the trust instrument. The trustee would be liable if it abused its discretion or used its position to take advantage of Sidro. And it had to account to Sidro, ultimately, for dividends and other profits. But subject to these general limitations,

de Charles Gordon & Co. et des certificats (probablement d'actions au porteur?) pour 6025 actions. Le 7 juin 1948, Newman & Co. écrivait que les actions de la première catégorie avaient été enregistrées à son nom et qu'elles étaient déposées auprès de la Chase Safe Deposit Co. à New York (A.O.C., ann. 22).

93. La Securitas fut dissoute par décision judiciaire prononcée dans le Delaware le 16 septembre 1948 (A.O.C., ann. 25, p. 258). Il est affirmé dans une déclaration sous serment de MM. Duncan, Alley et Newman, tous trois administrateurs ou dirigeants de la Securitas, déclaration qui est datée du 30 octobre 1958, et dans laquelle la dissolution est attestée, que les signataires ont examiné les livres de la Securitas et que cette dernière détenait, en plus des actions nominatives, 341 326 actions au porteur déposées à la Winchester House, à Londres, et 7925 plus 600 actions au porteur déposées à la Chase National Bank, à New York. En outre, le 20 janvier 1947, la Securitas remit (*delivered*) à la Sidro 1400 de ces actions au porteur et, le 25 février 1947, 1100 actions semblables. Le 16 janvier 1947, le coffre à la Winchester House fut transféré (*assigned*) à la Sofina, avec son contenu. Le 3 décembre 1947, à la suite d'une demande de la Sidro, les 341 326 actions au porteur furent créditées par la Sofina au compte de la Sidro (A.O.C., ann. 26).

94. On peut admettre que la propriété d'actions au porteur est transmise par la remise des certificats, à moins que le nouveau détenteur ne soit un *nominee* ou autre dépositaire du *trustee*. Je ne comprends pas bien, au vu des documents, si la Securitas en sa qualité de *trustee* a été effectivement dépouillée de son titre sur ces actions au porteur à la suite de ces opérations. Il convient de relever que les communications en question ont été faites à l'origine en anglais et que les mots *delivered* et *assigned* cités ci-dessus sont ceux qui ont été employés en fait, ce qui pourrait ou ne pourrait pas indiquer que les *trustees* ont été dessaisis du titre (voir A.O.C., ann. 25).

95. Il est essentiel de savoir quand le *trust* a cessé d'exister. Le professeur Chayes, expert américain pour la Belgique, montre clairement pourquoi; il dit que pendant l'occupation de la Belgique par l'Allemagne

« la Securitas a agi en tant que *trustee* des biens. En cette qualité, la Securitas détenait un titre juridique sur les biens et pouvait gérer ces biens comme elle l'entendait sans avoir à tenir compte des instructions de la Sidro. En fait, le but essentiel de l'arrangement était de libérer la Securitas du contrôle de la Sidro puisque, pendant l'occupation allemande, des instructions contraires aux véritables intérêts de la Sidro et à la cause des Alliés pouvaient être données de Belgique à propos des actions. La Securitas était naturellement tenue d'user de son pouvoir dans l'intérêt de la Sidro qui était le bénéficiaire aux termes de l'accord de *trust*. Le *trustee* aurait été responsable s'il avait abusé de son pouvoir ou profité de sa position aux dépens de la Sidro. Finalement il devait rendre compte à la

as trustee during the war Securitas had full authority over the property" (A.R., Ann. 125, p. 707) <sup>1</sup>.

Chayes concludes that the trust had been terminated by 12 February 1948, but in proof of this statement he merely cites Annex 3 to the Memorial, paragraph (g), where it is asserted that the trust ended on 14 August 1946. It is apparent that he either never saw the trust deeds or was not at liberty to disclose their exact terms.

96. Spain, in its Preliminary Objections in March 1963, pages 61-62, remarked on the failure to produce the trust deeds. It also noted the fragile character of the "proof" that the trust ended on 14 August 1946. It noted other documentary omissions by Belgium, some of which at least were later supplied—but the trust deeds were not supplied. The Belgian omission is especially remarkable in Annex 11 to the Observations and Submissions, page 208, where it discusses the two trust agreements of 6 September 1939 and 27 February 1940 and, as already noted, blandly remarks that the differences between the two contracts are irrelevant for the purposes of this case! The content of the trust agreements is described but the text is not produced. In the Rejoinder (p. 951) Spain hammers the point that, with all its documentation, Belgium has not produced the text of the trust agreements, adding a footnote that it was again calling attention to this abnormality. The Rejoinder cites the Chayes opinion along the lines noted above. It makes the sound point that since the personalities acting for Sidro, Securitas and Sofina are essentially the same, their assertions supporting each other are equivalent to self-serving declarations which have little probative value.

In his pleading on 7 May 1969, counsel for Belgium dealt with the question of nominees but did not discuss the trust. On 4 July, he brushed aside the trust issue which had again been raised by counsel for Spain on 18 June. Nor do I find elsewhere in the Belgian oral arguments an attempt to meet the Spanish criticism of the failure to produce the text of the trust agreements.

In his final pleading of 21 July, counsel for Spain stressed the non-production of the trust agreements, calling attention to the whole record on this matter, ending with a reference to the opinion of Professor Chayes. In particular he remarked that the only transfer of shares which Securitas made was that of 3 May 1948 to Newman & Co.—two-and-a-

---

<sup>1</sup> Securitas evidently was not a "passive trustee" in the sense described by Judge Augustus Hand in the *San Antonio Land and Irrigation Co.* case to which the Spanish side attached such importance. (New Documents, Vol. III, p. 114.)

Sidro des dividendes et autres bénéfiques. Mais, sous réserve de ces restrictions générales, la Securitas, en qualité de *trustee* pendant la guerre, avait tous pouvoirs sur les biens. » (A.R., vol. II, ann. 125, p. 8.)<sup>1</sup>

Chayes conclut que le *trust* avait pris fin le 12 février 1948 mais, à l'appui de cette affirmation, il cite seulement l'alinéa *g*) de l'annexe 3 au mémoire où il est déclaré que le *trust* a pris fin le 14 août 1946. Il semble évident qu'il n'a jamais vu les *Trust Deeds* ou qu'il n'était pas libre d'en divulguer le contenu exact.

96. Dans ses exceptions préliminaires de mars 1963 (p. 61-62), l'Espagne faisait observer que les *Trust Deeds* n'avaient pas été produits. Elle relevait aussi le caractère fragile de la « preuve » selon laquelle le *trust* avait pris fin le 14 août 1946. Elle constatait que la Belgique avait omis de produire d'autres documents dont certains tout au moins ont été fournis par la suite — mais non les *Trust Deeds*. Cette omission de la Belgique frappe spécialement quand on lit l'annexe 11 aux observations et conclusions, page 208, où, après avoir examiné les deux contrats de *trust* des 6 septembre 1939 et 27 février 1940, la Belgique, comme il est dit plus haut, affirme candidement que les différences entre les deux contrats n'ont pas d'importance dans la présente affaire! Le contenu des contrats de *trust* est indiqué mais le texte n'en est pas produit. Dans la duplique (p. 951) l'Espagne revient avec insistance sur le fait que, malgré toute sa documentation, la Belgique n'a pas produit le texte des deux contrats de *trust* et elle ajoute dans une note qu'elle attire de nouveau l'attention sur cette anomalie. C'est sur le même ton que la duplique mentionne la consultation de Chayes. Elle invoque l'argument de poids selon lequel, comme les personnes agissant au nom de la Sidro, de la Securitas et de la Sofina sont essentiellement les mêmes, leurs affirmations à l'appui les unes des autres ne sont pas autre chose que des déclarations *pro domo* n'ayant guère de force probante.

Dans sa plaidoirie du 7 mai 1969, l'un des conseils de la Belgique a traité la question des *nominees* mais n'a pas examiné le *trust*. Le 4 juillet, il a écarté la question du *trust* qui avait de nouveau été soulevée par un conseil de l'Espagne le 18 juin. Je constate qu'à aucun autre moment les conseils de la Belgique n'ont essayé de répondre aux critiques de l'Espagne quant au fait que le texte des contrats de *trust* n'avait pas été produit.

Dans sa dernière plaidoirie, le 21 juillet 1969, le conseil de l'Espagne a souligné que les contrats de *trust* n'avaient pas été produits et il a attiré l'attention sur l'ensemble de cette question en se référant pour finir à l'avis du professeur Chayes. Il a notamment fait observer que la seule cession d'actions opérée par la Securitas était celle qu'elle avait faite le

---

<sup>1</sup> La Securitas n'était évidemment pas un « *trustee passif* » au sens indiqué par le juge Augustus Hand dans l'affaire de la *San Antonio Land and Irrigation Co.*, affaire à laquelle on a accordé tellement d'importance du côté espagnol. (Nouv. doc., vol. III, p. 114.)

half months after the critical date of the declaration of bankruptcy. (This is in accord with A.M., Ann. 11, App. 2).

97. I fully agree with Sir Gerald Fitzmaurice (in paragraph 58 of his separate opinion) that this Court does not have any fully developed practice on rules of evidence, but I believe that in the circumstances which have been described it is proper to apply the common law rule which is to the effect that if a party fails to produce on demand a relevant document which is in its possession, there may be an inference that the document "if brought, would have exposed facts unfavourable to the party . . ." <sup>1</sup>. Although it is true, as Sir Gerald Fitzmaurice emphasizes, that one should give due weight to the pressures engendered by the situation in the Second World War, international law has long taken cognizance of practices designed to thwart belligerents by concealing the truth; the history of the law of neutral rights and duties, is full of examples. If disclosure of the text of the trust deeds would have prejudiced some governmental interest, Belgium could have pleaded this fact, as the United Kingdom successfully pleaded "naval secrecy" in the *Corfu Channel* case, *I.C.J. Reports 1949*, pages 4, 32.

Article 48 of the Rules of Court concerning documents submitted after the close of the written proceedings, requires consent of the other party or a special decision of the Court; in this instance, the other party *asked for* the production of the trust document. Nor was the Court strict in the instant case about applying the rule—witness the fact that over 4,000 pages of "new" documents were introduced by the two Parties during the oral proceedings between 21 April and 8 July 1969.

98. The legal aspect of the trust situation which is important is the one which distinguishes it from the nominee situation. As Chayes points out, during the trust, Securitas had not only legal title but full control, even though the beneficial title was in Sidro. Accordingly Belgian character of the claim did not exist during the trust. But in the nominee situations, the nominee is in the position of an agent and the legal title coincides with the beneficial title in the principal even though he is not a registered shareholder.

\* \* \*

---

<sup>1</sup> Wigmore, *Evidence*, 3rd ed. 1940, Vol. 2, secs. 285 and 291. Wigmore traces the rule back to the beginning of the seventeenth century.

3 mai 1948 à la société Newman & Co. — deux mois et demi après la date critique du jugement de faillite (ce qui est conforme à l'ann. 11, app. 2 du mémoire).

97. Je suis tout à fait d'accord avec sir Gerald Fitzmaurice (par. 58 de son opinion individuelle) pour penser que la Cour n'a pas de pratique bien établie en matière d'administration de la preuve, mais je crois que dans les circonstances qui ont été évoquées il conviendrait d'appliquer la règle de la *common law* selon laquelle, lorsqu'une partie ne présente pas un document pertinent se trouvant en sa possession quand la demande lui en est faite, on peut présumer que « le document en question, s'il avait été produit, aurait révélé des faits défavorables à cette partie... »<sup>1</sup>. Il est vrai, comme sir Gerald Fitzmaurice le fait observer, qu'il faut prendre dûment en considération les pressions qui ont pu s'exercer dans la situation créée par la deuxième guerre mondiale, mais le droit international a pris acte depuis longtemps des pratiques par lesquelles on cache la vérité pour déjouer les projets des belligérants. L'histoire des droits et des obligations juridiques des neutres en offre de très nombreux exemples. Si la divulgation du texte des *Trust Deeds* avait dû porter atteinte à un intérêt d'Etat, la Belgique aurait pu se prévaloir de cet argument, comme le Royaume-Uni, qui a argué avec succès du « secret naval » dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, *C.I.J. Recueil 1949*, pages 4, 32.

L'article 48 du Règlement de la Cour, relatif à la présentation de documents après la fin de la procédure écrite, exige l'assentiment de la partie adverse ou une décision spéciale de la Cour; ici la Partie adverse a demandé que le document de *trust* soit produit. D'ailleurs, dans la présente affaire, la Cour n'a pas insisté sur l'application rigoureuse de la règle — comme le démontre le fait que plus de 4000 pages de documents « nouveaux » ont été présentées par les deux Parties pendant la procédure orale entre le 21 avril et le 8 juillet 1969.

98. L'aspect juridique important de la situation de *trustee* est celui qui le distingue du *nominee*. Comme Chayes l'a souligné, la *Securitas* n'avait pas seulement un titre juridique mais elle avait aussi tous pouvoirs pendant la durée du *trust*, alors même que la *Sidro* était investie du *beneficial title*. Par conséquent, la réclamation n'avait pas de caractère belge pendant la durée du *trust*. En revanche, dans le cas du *nominee*, celui-ci est dans la situation d'un mandataire et le titre juridique coïncide avec le *beneficial title* du mandant, même si le nom de ce dernier ne figure pas sur le registre des actionnaires.

\* \* \*

<sup>1</sup> Wigmore, *Evidence*, 3<sup>e</sup> éd., 1940, vol. II, sect. 285 et 291. Wigmore fixe au début du XVII<sup>e</sup> siècle l'origine de cette règle.

*The Status of "Nominees"*

99. The requirements of linguistic simplicity necessitate the constant use of the term "shareholder". The danger is that the reality behind the term will be lost to sight through semantic insistence upon the term itself<sup>1</sup>. To my mind, this defect faults the Spanish arguments concerning nominees. The Spanish argument identifies in all situations, the real "shareholders" with the names inscribed on the stock registers. See the Counter-Memorial, Chapter VI, Sections 47 ff. and Rejoinder, Part III, Chapter II, especially Subsection 2. The legal situation of nominees reveals the fallacy of this approach, quite aside from the fact that the names of holders of bearer shares do not appear on the register although they are certainly "shareholders".

100. Under principles of private international law, the legal nature of the right, title, or interest of nominees in whose names Barcelona Traction shares were registered, must be determined by either New York or Canadian law. Counsel for Belgium properly noted on 7 May 1969 that the principles governing the choice of law are not unfamiliar to the Court in view of the Permanent Court's decisions in the *Serbian* and *Brazilian Loans* cases, *P.C.I.J., Series A, Nos. 20 and 21*. Since according to the unrebutted expert opinions of Chayes and Mockridge there is no material difference between the two legal systems in the matters here involved, they need not be analyzed separately.

Annex 125 of the Reply is the opinion of Professor Chayes, and Annex 126 is the opinion of Mr. Mockridge on the Canadian law. I think it is clear that under both New York and Canadian law, the nominee does not have "real title", is not the "real owner" and that the one for whom the nominee acts has all the real elements of ownership<sup>2</sup>. The limitations on this statement are only those which relate to the rights of the corporation, as for example, its right to deal with the registered owner in the payment of dividends, etc. As has been shown, where shares are held by a trustee under a trust instrument, the same conclusion cannot be drawn. The distinction is clear in both opinions although Mockridge lays more stress on cases where there is a "bare trust". There can be situations in which the legal owner of even 97 per cent. of the shares may own something

<sup>1</sup> On this point counsel for Belgium, speaking on 4 July 1969, was absolutely correct: "The question is not who has the right to term himself 'shareholder' but, in Professor Ago's own words, 'who in the last resort has a proper claim to the economic content of the ownership of a share' . . . so as to enjoy the protection of international law."

<sup>2</sup> In opposition to the Belgian position on nominees, Spain invokes an opinion from an eminent New York law firm—Davis, Polk, Wardwell, Sunderland & Kiendl. (See C.M., Chap. VI, p. 675, and the text of the firm's letter of 28 February 1963 in Annex 65, Appendix 2, Preliminary Objections 1963). In my view, this opinion does not controvert the essentials of the Chayes opinion.

*La situation des nominees*

99. Pour simplifier, on est amené à employer constamment le terme « actionnaire ». D'où le danger que l'emploi répété du mot fasse perdre de vue la réalité qu'il recouvre<sup>1</sup>. A mon sens, c'est là précisément le défaut de l'argumentation espagnole au sujet des *nominees*, qui identifie en toutes circonstances les véritables « actionnaires » d'après les noms inscrits sur les registres des actions. Voir à ce sujet le contre-mémoire, chapitre VI, paragraphes 47 et suivants et la duplique, troisième partie, chapitre II, en particulier la sous-section 2. La situation des *nominees* en droit révèle le caractère fallacieux de cette manière de voir, et cela indépendamment du fait que les noms des détenteurs d'actions au porteur n'apparaissent pas sur le registre bien qu'ils soient indubitablement des actionnaires.

100. En vertu des principes du droit international privé, la nature juridique du droit, titre, ou intérêt des *nominees* au nom desquels les actions de la Barcelona Traction étaient enregistrées doit être déterminée par le droit de l'Etat de New York ou par le droit canadien. Le 7 mai 1969 un conseil de la Belgique a souligné à juste titre que les principes régissant la détermination du droit applicable sont connus de la Cour vu les arrêts de la Cour permanente dans les affaires des *Emprunts serbes* et des *Emprunts brésiliens*, C.P.J.I. série A n<sup>os</sup> 20 et 21. Puisque, aux dires non démentis des experts Chayes et Mockridge il n'existe aucune différence appréciable entre les deux systèmes juridiques en cause sur les points qui nous occupent ici, il n'y a pas lieu de les analyser séparément.

L'annexe 125 de la réplique est constituée par la consultation de M. Chayes et l'annexe 126 par celle de M. Mockridge sur le droit canadien. Il est hors de doute, je pense, qu'aussi bien dans le droit de l'Etat de New York que dans le droit canadien le *nominee* n'a pas de « titre véritable », qu'il n'est pas le « véritable propriétaire » et que celui pour qui il agit dispose de tous les éléments réels de la propriété<sup>2</sup>. Les seules restrictions à cet égard sont celles qui se rapportent aux droits de la société, par exemple son droit de payer les dividendes à ceux dont les noms figurent sur les registres, etc. Ainsi qu'on l'a montré, lorsque des actions sont détenues par un *trustee* en vertu d'un instrument de *trust*, la même conclusion ne s'applique plus. Cette distinction est claire dans les deux consultations, bien que Mockridge place davantage l'accent sur les cas

<sup>1</sup> Sur ce point, l'un des conseils de la Belgique a absolument raison: « La question n'est pas de savoir qui a le droit de se qualifier lui-même d'« actionnaire » mais, selon les termes mêmes de M. Ago, « qui peut revendiquer en dernier ressort le contenu économique de la propriété d'une « action », de manière à bénéficier de la protection du droit international. » (Audience du 4 juillet 1969.)

<sup>2</sup> A l'opposé de la position belge sur les *nominees*, l'Espagne invoque l'opinion d'une éminente firme d'avocats new yorkais — Davis, Polk, Wardwell, Sunderland et Kiendl. (Voir C.M., chap. VI, p. 675, et le texte de la lettre de la firme du 28 février 1963 à l'ann. 65, app. 2, A.E.P.) A mon avis, cette opinion ne contredit pas pour l'essentiel la consultation Chayes.



worthless because, for example, of the beneficial interests of a usufruct under German law—but this is not such a case. (Cf. the decision of the United States District Court in the *Uebersee* case cited above, at p. 13 of that Court's opinion.)

101. Chayes in his conclusion on page 722 (*loc. cit.*) says "I have the honor to conclude that neither Securitas, Ltd., Charles Gordon & Company, Newman & Company ever had any property interest in the Barcelona Traction shares, except for the period of the German occupation of Belgium during World War II, when Securitas, Ltd., held them as Trustee". Mockridge (A.R., p. 732) agrees with Chayes except he adds the period during which the shares were vested in the Canadian Custodian of Enemy Property which period he says terminated before the commencement of the bankruptcy proceedings. According to the Observations and Submissions (p. 204), they were deblocked 29 April 1947; this fact is confirmed in the Reply, paragraph 994. When the shares were first transferred to Charles Gordon & Co., there was attached (in accordance with cabled instructions by Wilmers) a notice reading:

"We hereby certify that the within transfer does not involve a change of ownership of the shares represented by the annexed certificates as it is being made to Charles Gordon & Co. as nominee of our depository therefore no transfer tax is exigible." (A.M., Vol. I, Ann. 3, App. 5, p. 50.)

This was on 11 September 1939 and Chayes stresses that there was nothing inconsistent with the Securitas arrangement in the fact that Sidro transferred direct to Gordon & Co. (A.R., Vol. II, Ann. 125, p. 5). Chayes states on the same page that Sidro listed the shares registered in Gordon's name with the United States authorities before the United States entered the war but there is no documentary record of this listing. But he says that Sidro reported the trust agreement with Securitas and did not report Gordon as holding any interest.

102. I find that it is of no legal consequence that the agents in whose names the shares were registered were not listed publicly as professional nominees. (So also in Canada; Mockridge, A.R., p. 729.) The practice of registering shares in the names of nominees is very common in the United States as Chayes shows (*ibid.*, pp. 708-709). Although nominees were much used in time of war to cloak the identity of the real owner, they are generally used in the United States—where bearer shares are not issued—simply to facilitate transactions in shares<sup>1</sup>. Somewhat comparably, when shares are pledged with a bank as collateral for a loan, a stock power endorsed in blank will be attached.

<sup>1</sup> Under the name of "share warrants" bearer shares may be issued in Canada

où il n'existe qu'un *bare trust*. Même s'il a 97 pour cent des actions le *legal owner* n'aura peut-être qu'un portefeuille sans valeur en raison par exemple de l'existence d'un *beneficial owner* usufruitier tel qu'il existe en droit allemand — mais ce n'est pas le cas en l'espèce. (Voir p. 13 de la décision du tribunal de district des Etats-Unis dans l'affaire *Uebersee* précédemment citée.)

101. Dans sa conclusion (A.R., vol. II, ann. 125, p. 23) Chayes déclare : « Je conclus que ni Securitas Ltd., ni Charles Gordon & Co., ni Newman & Co. n'ont jamais eu d'intérêt en qualité de propriétaires dans les actions de la Barcelona Traction sauf lors de l'occupation de la Belgique par les Allemands pendant la deuxième guerre mondiale, lorsque la Securitas Ltd. détenait ces actions en qualité de *trustee*. » Mockridge (*ibid.*, ann. 126, p. 8) partage cette opinion de Chayes, sauf qu'il ajoute la période pendant laquelle les actions ont été confiées (*vested*) au séquestre canadien des biens ennemis, période qui, dit-il, s'est terminée avant le début de la procédure de faillite. D'après les observations et conclusions (p. 204) ces titres ont été débloqués le 29 avril 1947, fait qui est confirmé dans la réplique, au paragraphe 994. Lorsque les actions ont été transférées pour la première fois à Charles Gordon & Co., elles étaient accompagnées (conformément aux instructions câblées par Wilmers) d'une attestation ainsi conçue :

« Nous certifions que le présent transfert ne met pas en jeu un changement de propriété des actions représentées par les certificats ci-joints, le transfert étant fait à Charles Gordon & Co. en tant que *nominee* de notre dépositaire; aucune taxe de transmission n'est par conséquent exigible. » (A.M., vol. I, ann. 3, app. 5, p. 3, note.)

Ce transfert s'est effectué le 11 septembre 1939 et Chayes souligne que le fait que la Sidro a transféré les titres directement à Gordon & Co. n'était nullement contraire à l'accord conclu avec la Securitas (A.R., vol. II, ann. 125, p. 5). A la même page, Chayes indique que la Sidro a déclaré aux autorités américaines les actions inscrites au nom de Gordon avant que les Etats-Unis n'entrent en guerre, mais cela n'est enregistré dans aucun document présenté. Chayes ajoute cependant que la Sidro a mentionné l'accord de *trust* avec la Securitas et n'a pas indiqué que Gordon eût sur les titres un intérêt quelconque.

102. Je constate qu'il est juridiquement sans importance que les mandataires au nom desquels les actions étaient inscrites ne figurent pas au grand jour sur des listes de *nominees* professionnels (il en est ainsi au Canada; Mockridge, ann. 126, p. 5). La pratique consistant à inscrire les actions au nom de *nominees* est très courante aux Etats-Unis, comme le montre Chayes (ann. 125, p. 9-10). Bien qu'on ait fait grand usage des *nominees* en temps de guerre pour dissimuler l'identité des véritables propriétaires, le système est généralement employé aux Etats-Unis — où il n'est pas émis d'actions au porteur — simplement pour faciliter la négociation des actions <sup>1</sup>. Dans le même ordre d'idées, lorsque des actions

<sup>1</sup> Des actions au porteur peuvent être émises au Canada, comme en Angleterre,

103. Chayes noted (*ibid.*, pp. 714 and 715) that unregistered owners of shares may bring a shareholder's derivative suit, or under Delaware and New York law, in case of voting against a merger, may demand an appraisal of their shares and cash payment of the appraised value. In an appraisal case the New York court said there was no justification for interpreting the word "stockholder" in the statute as meaning "registered stockholder" (*ibid.*, p. 720). Mockridge shows that Canadian courts interpreted the word "shareholder" in agreements, as being broader than and not limited to "registered shareholders"<sup>1</sup>.

Mockridge (*ibid.*, p. 730) indicates that shares registered in Charles Gordon & Co.'s name were vested in Canada although Charles Gordon & Co. had United States nationality, because Sidro as beneficial owner was "enemy" during the German occupation. He does not mention Securitas in this context. In the Observations and Submissions (p. 199), it is said that while the trust was still in force, Sidro declared the Barcelona Traction shares under Belgian law, although they were registered in the name of Charles Gordon & Co.

104. The jurisprudence of the Foreign Claims Settlement Commission of the United States is of interest, notwithstanding the fact that this is a national body, operating in accordance with its statutory terms of reference and with the terms of agreements with various governments<sup>2</sup>. For example, the Commission "denied recovery to a domestic [i.e., United States] corporation with more than eighty per cent. of its stock registered in the names of American citizens but beneficially owned by aliens. (*Claim of Westhold Corporation . . .*)" (*Foreign Claims Settlement Commission of the United States, Decisions and Annotations*, 1968, p. 20). Thus neither place of incorporation nor majority of shares registered in the names of American nominees, sufficed to make the claim "American".

In the Annotations one reads (at pp. 39-41):

"*Beneficial interest.*—Occasionally legal title is vested in one person while the true owner is another. Normally such an arrange-

---

as in England, but they are not extensively used; Schlesinger, *Comparative Law*, 2nd ed., 1960, p. 442.

<sup>1</sup> Cf. Henn, *Corporations*, 1961, sec. 179: "Statutory references to shareholders are not always clear as to whether they refer only to shareholders of record or also to the beneficial owners of shares. A substantial amount of stock is held by brokers in their own names (known as 'street names') in behalf of their customers."

<sup>2</sup> For the contrary Spanish view on the interest of this jurisprudence, see C.M., Chap. VI, Section 55.

constituent la garantie d'un emprunt auprès d'une banque, un pouvoir en blanc est fourni.

103. Chayes souligne (*ibid.*, p. 15 et 16) que le propriétaire non inscrit peut intenter une *derivative suit* en qualité d'actionnaire, ou, en vertu des législations du Delaware et de l'Etat de New York, s'il s'agit de voter contre une fusion, il peut demander une évaluation de ses actions et le paiement en espèces de la valeur ainsi attribuée. Dans un litige relatif à une évaluation, le tribunal de New York a déclaré que rien ne justifiait que le mot « actionnaire », tel qu'il est employé dans la loi, soit interprété comme signifiant « actionnaire inscrit » (*ibid.*, p. 21). Mockridge montre que les tribunaux canadiens ont interprété le terme « actionnaire » employé dans des conventions, comme étant d'une portée plus large et ne désignant pas seulement les « actionnaires inscrits »<sup>1</sup>.

Mockridge (ann. 126, p. 6) indique que les actions inscrites au nom de Charles Gordon & Co. ont été mises sous séquestre au Canada bien que la firme Charles Gordon & Co. eût la nationalité des Etats-Unis, parce que la Sidro, en tant que *beneficial owner*, était « ennemie » sous l'occupation allemande. Il ne fait pas mention de la Securitas à ce propos. Dans les observations et conclusions (p. 199), il est indiqué que la Sidro a déclaré les actions de la Barcelona Traction conformément à la législation belge à une date où le *trust* n'avait pas pris fin et où ces actions étaient inscrites au nom de Charles Gordon & Co.

104. La jurisprudence de la Foreign Claims Settlement Commission of the United States présente ici de l'intérêt, bien qu'il s'agisse d'un organisme national, dont le mandat est régi par la loi et par des accords conclus avec divers gouvernements<sup>2</sup>. Par exemple, la commission « a refusé réparation à une société nationale [c'est-à-dire américaine] dont les actions étaient inscrites pour plus de 80 pour cent au nom de citoyens américains mais avaient des étrangers pour *beneficial owners* (*Claim of Westhold Corporation...*) » (*Foreign Claims Settlement Commission of the United States, Decisions and Annotations*, 1968, p. 20). Ainsi, ni le lieu où la société était constituée ni le fait que la majorité des actions étaient inscrites au nom de *nominees* américains ne suffisait à rendre la demande « américaine ».

On lit dans les *Annotations* (p. 39-41):

« *Beneficial interest* — Il arrive que le titre juridique soit détenu par une personne alors que le propriétaire véritable est une autre

---

sous le nom de *share warrants* mais l'usage en est peu fréquent; Schlesinger, *Comparative Law* (2<sup>e</sup> éd., 1960, p. 442).

<sup>1</sup> Cf. Henn, *Corporations*, 1961, sect. 179: « Lorsqu'ils mentionnent les actionnaires, les textes législatifs n'établissent pas toujours très clairement s'il s'agit seulement des actionnaires inscrits ou également des *beneficial owners* d'actions. Bon nombre de titres sont détenus par des courtiers ou agents de change en leur nom propre (ou *street names*) pour le compte de leurs clients. »

<sup>2</sup> On trouvera les vues opposées de l'Espagne quant à l'intérêt de cette jurisprudence dans le C.M., chap. VI, par. 55.

ment is unnecessary; but as the *Arndt* decision indicates, a 'cloaking' of title was sometimes imperative in view of the discriminatory measures that were practiced during World War II. *Applying settled rules of international law*, the Commission held that beneficial interest, as opposed to nominal or bare legal title, was controlling in deciding the question of ownership. [Emphasis supplied.]

A more common example of beneficial ownership is the case of an agent who acquires title to property on behalf of his principal . . .

The technical, legal form in which title to property is held, and the legal capacity to sue, constituting the so-called 'indicia of title,' must be considered of secondary importance to the question whether the interest for which espousal is sought is truly that of a United States national. . . .

A claim concerned an interest in a family fund or 'syndicate', that owned shares of stock in a Swiss corporation, which assertedly owned all the outstanding shares of stock in a Yugoslav corporation. It was stated that 18,949 shares of stock held by the 'syndicate' in Switzerland had been transferred to claimant in 1942, in recognition of her undivided fractional interest in the family fund . . . It appeared that the various record entries of the transactions were designed merely to cloak the shares of stock with ownership by a national of the United States, a device which was then considered best calculated to safeguard the family interests. The Commission held that on the date of loss claimant was not the owner of the 18,949 shares of stock, but was the beneficial owner of only a 5.29% interest in the family fund. (*Claim of Antonia Hatvany*, Docket No. Y-1063, Dec. No. Y-910, Final Decision.)"

\* \* \*

105. Belgium not having established the Belgian character of any substantial number of shares throughout the critical period which the continuity rule defines, might rely, and at times seemed to rely, on the Belgian nationality of the group which shaped the will of the corporate person and dictated its policies. This also may be a difficult task in the case of great holding companies with many cross-holdings of shares, which cross-holdings, Belgium stated, were permissible under Belgian law. The centre of power may be deliberately concealed, not only in time of war, but for reasons of avoidance of taxation or of the application of anti-trust laws, or otherwise. The individuals who give instructions—for

personne. Des dispositions de cette nature sont normalement superflues; mais, comme le montre la décision dans l'affaire *Arndt*, il était parfois indispensable de camoufler le titre étant donné les mesures discriminatoires en vigueur pendant la deuxième guerre mondiale. *Appliquant des règles établies de droit international*, [les italiques sont de nous] la commission a estimé que le *beneficial interest*, par opposition au titre nominal ou simplement *legal*, joue un rôle décisif quand il s'agit de déterminer qui est propriétaire.

Un exemple plus fréquent de *beneficial ownership* est celui du mandataire qui acquiert des droits de propriété pour le compte de son commettant...

La forme technique, légale du titre de propriété, et la capacité juridique d'agir pour le faire valoir, constituant ce que l'on appelle les « indices » d'un titre, doivent être considérées comme secondaires lorsqu'il s'agit de savoir si l'intérêt pour lequel l'endossement est demandé est véritablement celui d'un ressortissant des Etats-Unis...

Une réclamation concernait un intérêt dans un fonds de famille ou « syndicat », qui possédait des actions dans une société suisse, elle-même, affirmait-on, propriétaire de toutes les actions en circulation d'une société yougoslave. Il a été indiqué que 18 949 actions détenues par le syndicat en Suisse avaient été transférées à la réclamante en 1942, comme constituant sa part personnelle dans le fonds familial ... Il est apparu que les diverses écritures passées visaient seulement à donner l'impression que les actions étaient la propriété d'un ressortissant des Etats-Unis, procédé considéré alors comme le plus propre à sauvegarder les intérêts de la famille. La commission a jugé qu'à la date de la perte la réclamante n'était pas propriétaire des 18 949 actions, mais *beneficial owner* d'un simple intérêt de 5,29 % dans le fonds de famille. » (*Claim of Antonia Hatvany*, Docket n° Y-1063, Dec. n° Y-910, décision finale.)

\* \* \*

105. La Belgique, n'ayant pas démontré qu'un nombre important d'actions étaient belges et avaient conservé ce caractère pendant toute la période critique comme le veut la règle de la continuité, pourrait invoquer, comme du reste elle a paru le faire à divers moments, la nationalité belge du groupe qui inspirait les décisions de la société et lui dictait sa politique. Mais là aussi la tâche est peut-être difficile, s'agissant de grandes sociétés holding avec de nombreuses participations mutuelles qui, selon la Belgique, étaient licites en droit belge. On veut peut-être délibérément dissimuler le centre d'autorité réel, non pas seulement en temps de guerre, mais aussi pour des raisons fiscales, pour l'application des lois antitrust

example, in this case, Mr. Heineman and Mr. Wilmers—may be acting for unidentified financial interests, although I have no reason to suggest that this was actually the case. Belgium in the Reply (Ann. 127, Vol. II) quotes from the report of the Spanish members of the International Committee of Experts in 1950, passages attesting that Sidro controlled Barcelona Traction and that Sofina controlled Sidro; and counsel stated on 13 May 1969 that at least in a certain period, Sofina “était contrôlée par des filiales”. The Spanish arguments and Belgian explanations about the alleged “Belgianization” and take-over bids in 1964 do not prove what the situation was on 19 June 1962. But whatever is the alleged basis for the State interests which justify protection, that basis must be proved just as much as if the justification were to be found solely in the continued nationality of shareholders.

\* \* \*

106. The influence of the Court’s judgments is great, even though Article 59 of the Statute declares that the *decision* “has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. It may be said that the new methods and institutions for foreign investments which have been referred to earlier in this opinion, will overtake the possible consequences of the rule which the Court now holds to be the law. But not all of the older business practices have been abandoned and the managerial community of the commercial world might have to meet the announced rule by new devices. If, for example, it is agreed that when the company has been wound up and has ceased to exist, the shareholders, now having a direct right to the assets, may benefit from the diplomatic protection of the State of which they are nationals, it would be quite feasible to secure the cancellation of the “charter of convenience” which the corporation had obtained. But surely no economic, social or political advantage would be gained if in a situation like that in the instant case, the life of the Barcelona Traction Company had to be officially ended in Canada so that the principal shareholders, who are the real parties in interest, could be protected diplomatically. And could it be reasonably argued in such circumstances, that the United States would be the State entitled to extend diplomatic protection because a majority of the shares were found to be registered in the name of American nominees? One is entitled to test the soundness of a principle by the consequences which would flow from its application; the consequences here would clearly be undesirable. With deference to the opinion of the Court, I cannot agree that international law imposes such a solution of

ou pour d'autres motifs encore. Les personnes donnant les instructions — par exemple, en l'espèce, M. Heineman et M. Wilmers — ont très bien pu agir pour des intérêts financiers non identifiés, encore que je n'aie aucune raison de penser que ce fut effectivement le cas. Dans la réplique (A.R., vol. II, ann. 127), la Belgique cite des extraits du rapport des membres espagnols de la commission internationale d'experts de 1950 selon lesquels la Sidro contrôlait la Barcelona Traction, et la Sofina la Sidro, et le 13 mai 1969 l'un de ses conseils a déclaré qu'au moins pendant une certaine période la Sofina « était contrôlée par des filiales ». Les thèses espagnoles et les explications de la Belgique au sujet de la prétendue « belgianisation » de la société et des offres d'achat de 1964 ne prouvent rien quant à la situation au 19 juin 1962. Or, quel que soit le fondement sur lequel reposeraient les intérêts de l'Etat justifiant une protection, il faut en apporter la preuve même s'il suffisait, aux fins de la justification requise, d'établir la continuité de la nationalité des actionnaires.

\* \* \*

106. Les arrêts de la Cour ont un retentissement considérable, bien que, selon l'article 59 du Statut, la *décision* ne soit « obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». On dira peut-être que les méthodes et institutions nouvelles en matière d'investissements étrangers auxquelles il a été fait allusion précédemment dans la présente opinion sont appelées à l'emporter sur les conséquences éventuelles de la règle que la Cour considère maintenant comme l'expression du droit. Mais les anciennes pratiques commerciales n'ont pas toutes été abandonnées et la règle annoncée amènera peut-être les milieux dirigeants du monde commercial à recourir à des procédés nouveaux. Par exemple, si l'on s'accordait à reconnaître qu'une fois que la société a été liquidée et a cessé d'exister les actionnaires, ayant désormais acquis un droit propre sur les avoirs, peuvent bénéficier de la protection diplomatique de l'Etat dont ils sont ressortissants, il serait parfaitement possible d'obtenir l'annulation du « statut de complaisance » accordé à la société. Mais il est certain qu'il n'y aurait aucun avantage économique, social ou politique à exiger, dans une situation semblable à celle de la présente affaire, que la société — en l'espèce la Barcelona Traction — ait officiellement cessé d'exister au Canada pour que les principaux actionnaires, qui sont les véritables parties intéressées, puissent bénéficier de la protection diplomatique. Et pourrait-on alors raisonnablement soutenir que, dans ces conditions, l'Etat habilité à exercer la protection diplomatique serait les Etats-Unis, parce qu'il aurait été constaté que la majorité des actions étaient inscrites au nom de *nominees* américains? On est en droit de juger de la valeur d'un principe d'après les effets que produit son application; or, dans le



the problem which the *Barcelona Traction* case has laid before the International Court of Justice\*.

(Signed) Philip C. JESSUP.

---

\* Since I have personally had occasion to correct misconceptions about the "law's delays" as a feature of the procedure in the International Court of Justice, I, like Sir Gerald Fitzmaurice, welcome the inclusion in this Judgment of the Court of an indication of the fact that the fault lies with governments of States and not with the Court or its Registry. The Court has never been asked to treat a contested case or a request for an advisory opinion by summary procedure, quite apart from the possible use of the standing Chamber of Summary Procedure, but if the governments concerned desired a prompt decision, the Court could meet their request.

cas présent, ces effets seraient manifestement fâcheux. Malgré tout mon respect pour l'opinion de la Cour, je ne puis croire que le droit international oblige à donner une telle solution au problème qui a été soumis à la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction* \*.

(Signé) Philip C. JESSUP.

---

\* J'ai eu personnellement l'occasion de corriger certaines idées fausses au sujet des « délais de justice » qui caractériseraient la procédure de la Cour. Je me félicite donc, comme sir Gerald Fitzmaurice, de trouver dans le présent arrêt une allusion au fait que la faute en incombe aux gouvernements des Etats et non pas à la Cour ou à son Greffe. Il n'a jamais été demandé à la Cour d'appliquer la procédure sommaire à une affaire contentieuse ou à une demande d'avis consultatif, sans parler d'une éventuelle mise à contribution de la chambre de procédure sommaire. Si les gouvernements souhaitaient qu'une décision soit rendue rapidement, la Cour pourrait certainement leur donner satisfaction sur ce point.