

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. 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

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

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 révolues¹. 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

¹ 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.

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^e siècle¹. 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^e 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

¹ Selon Paul De Visser, 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.

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 ¹ ». 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* ²? Mais ce principe est accepté dans au moins six autres pays ³. Les limites de la compétence nationale en matière judi-

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

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

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

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 international¹. 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 international².

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 naturelles³ 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'écarter 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.

¹ 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).

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

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

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 nationalité¹. 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 absence². 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*

¹ 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.

² 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.

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 cas¹, en n'en tenant pas compte dans d'autres, selon la nature du problème dont ils sont saisis. » (Friedmann, *Legal Theory*, 5^e 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 prédominante² ». Pour ce qui est de la Barcelona Traction, la caractéris-

¹ 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.

² 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-

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 croissante¹ 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 jouer². C'est pourquoi tant de nouveaux Etats et les Nations Unies elles-mêmes encouragent les investissements de capitaux privés³.

* * *

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.)

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

² 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.

³ 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.

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 physiques¹. 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-

¹ 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.

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 contents 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 ... ¹ » (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

¹ 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.

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 dehors¹.

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.)

¹ 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).

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° 28¹).

¹ A la suite de certaines questions et observations de membres de la Cour, la

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^{er} 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^{os} 42-45.

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^{os} 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^{os} 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

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

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 époque¹. 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^{er} 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

¹ 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.

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

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 memorandum 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

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

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*¹. 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

¹ 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.)

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 habilitier 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 ¹.

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 ². 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 ³. 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*,

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

² 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.

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

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 nationalité¹.

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 opinion².

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 Parties³ — 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.

¹ 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.

² 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.

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

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.

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 probant¹.

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

¹ La pratique des Etats est notée *infra*, par. 60 et suiv.

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

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 »¹. 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 navires². 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 développées³. 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*

¹ *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*.

² 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).

³ 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.

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

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 ¹:

« 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.² » (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. »

¹ La nature du litige est sans rapport avec le point en discussion.

² 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.)

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 Toronto¹.

* * *

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 nationalité². Cela tient dans une large mesure à des considé-

¹ 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^e 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.)

² 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

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, Sfériades, 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.

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. 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^e 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.

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 nationalité¹. 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 ».

¹ « 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.

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

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^e 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. 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^e 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

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

ressortissante. (Assemblée générale, résolution 365 (IV), 1^{er} 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

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 haut¹. 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 surgir². 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.

* * *

¹ 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.

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

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

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 1948¹. 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 diplomatique². 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

¹ 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.

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

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 logique¹. 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 société² 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

¹ 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.

² La « société » en question est la *Sidro en tant qu'actionnaire* de la Barcelona Traction. Dans sa lettre du 1^{er} 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.]

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)¹, 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 actions². Un des conseils de la Belgique

¹ Dans toutes les analyses de la nationalité des actionnaires, on ne parle guère des éventuels avois canadiens. Le 1^{er} 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.)

² « ...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.)

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-États-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

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

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

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 réussi¹.

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

¹ 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 ».

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

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-

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*¹, 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

¹ 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.)

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

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.)¹

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

¹ 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.)

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... »¹. 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.

* * *

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

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 recouvre¹. 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^{os} 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 propriété². 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

¹ 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.)

² 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.

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 ¹. Dans le même ordre d'idées, lorsque des actions

¹ Des actions au porteur peuvent être émises au Canada, comme en Angleterre,

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 »¹.

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 gouvernements². 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^e éd., 1960, p. 442).

¹ 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. »

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

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

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

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.