

OPINION INDIVIDUELLE DE M. PADILLA NERVO

[Traduction]

Par son arrêt du 24 juillet 1964, la Cour a joint au fond la troisième exception préliminaire soulevée par le Gouvernement espagnol contre la requête de la Belgique.

La Cour a déclaré à cette occasion :

« La troisième exception comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d'être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l'importance pour sa décision. » (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 46.)

Dans la présente instance, les Parties ont amplement débattu les questions de fond dans leurs exposés écrits et oraux.

Le Gouvernement espagnol conteste la capacité du Gouvernement belge à agir en justice, son *jus standi*, son droit d'intervenir au nom de ressortissants belges (personnes physiques ou morales) que le Gouvernement belge prétend avoir été lésés par une violation du droit international dont il rend les autorités espagnoles responsables.

Le Gouvernement belge soutient qu'il exerce sa protection *exclusivement* et *directement* au nom de personnes de nationalité belge et il affirme que la question de droit qui se pose lorsqu'on examine son *jus standi* dans la présente affaire est celle de la protection diplomatique et judiciaire « non des sociétés commerciales étrangères comme telles mais des personnes physiques et morales » qui, ayant investi des fonds dans lesdites sociétés, ont subi des pertes en tant qu'actionnaires de ces sociétés, par suite d'actes illicites commis contre ces dernières.

A cela, le Gouvernement défendeur oppose que

« le droit international [n'admet] pas, en cas de préjudice causé par un Etat à une société étrangère, une protection diplomatique d'actionnaires exercée par un Etat autre que l'Etat national de la société ».

Le Gouvernement demandeur se prévaut du droit d'intervenir au nom des ressortissants belges, actionnaires de la société, et il affirme que ce sont les règles du droit international relatives au *traitement des étrangers* qui lui confèrent ce droit en ce qui concerne ses ressortissants.

En fait, il s'agit de savoir « si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à cette société par un gouvernement étranger, un droit ou un intérêt distincts et indépendants ».

Dans sa première conclusion, le Gouvernement belge demande à la Cour de dire et juger que l'Etat espagnol est tenu, *à l'égard de la Belgique*, de *réparer* le préjudice causé aux « ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la Barcelona Traction ».

Dans la seconde, il demande à la Cour de

« dire et juger que cette *réparation* doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences que ces actes contraires au droit des gens ont eues pour lesdits ressortissants et que l'Etat espagnol est tenu, dès lors, si possible, d'assurer par voie administrative l'annulation du jugement de faillite et des actes judiciaires et autres qui en ont découlé, en assurant auxdits ressortissants belges lésés tous les effets juridiques devant résulter pour eux de cette annulation... »

Quels sont alors le sens et la portée véritables de l'actuelle requête belge? La nouvelle requête présente comme l'objet de la protection belge, non la société commerciale canadienne Barcelona Traction, mais les ressortissants belges que l'on prétend être actionnaires de la Barcelona Traction.

Le Gouvernement espagnol conteste le droit d'action du Gouvernement belge

« étant donné que la société Barcelona [Traction] n'a pas la nationalité belge et que dans le cas d'espèce, l'on ne saurait admettre une action diplomatique ou judiciaire internationale en faveur des prétendus actionnaires belges de la société pour le préjudice que cette dernière affirme avoir subi ». (Exceptions préliminaires, conclusions ad exception préliminaire n° 3.)

Je partage l'opinion selon laquelle, en l'espèce, *on ne saurait permettre* d'intervenir diplomatiquement ou d'entamer une procédure judiciaire internationale au nom des actionnaires de la société en raison du préjudice que la société prétend avoir subi.

Il n'a pas été établi qu'il existe une règle coutumière particulière qui, dérogeant aux principes fondamentaux du droit international relatifs au statut des étrangers, viendrait appuyer la thèse belge.

Il n'a pas non plus été démontré qu'il existe une règle générale ou prétendue telle autorisant dans tous les cas la protection des actionnaires à la suite d'un préjudice causé à une société.

Il me paraît juste de dire que le droit international ne reconnaît pas le droit de protection diplomatique des actionnaires en tant que tels si leurs droits propres n'ont pas été violés.

De même, aucune règle de droit international n'était ni ne justifie une double protection diplomatique, pour la société d'une part et pour les actionnaires de la société d'autre part.

Dire que la société et les actionnaires ont des intérêts parallèles ne justifie pas une intervention diplomatique concurrente.

Aucun Etat ne serait à l'abri de pressions et du risque d'une pluralité d'interventions diplomatiques de la part d'Etats protégeant leurs ressortissants, actionnaires d'une même société, si le droit de protection diplomatique des actionnaires était reconnu.

Pour l'instant, le principe qui admet la capacité d'un Etat à intervenir, par voie de protection diplomatique, en faveur d'une société ayant sa nationalité, s'est révélé constituer une garantie ou une assurance juste et équilibrée, aussi bien pour l'investisseur que pour l'Etat où les sociétés étrangères déploient leur activité.

Ce système, dont les effets sont bien connus, ne cause pas de surprises et il établit un ordre juridique qui, jusqu'ici, s'est montré généralement adéquat et satisfaisant.

Il semble qu'il n'y ait ni raison fondamentale ni nécessité essentielle qui conduise à s'en écarter. Si l'on ouvre la porte à l'intervention, par voie de protection diplomatique des actionnaires, d'une pluralité d'Etats — autant que de nationalités parmi les actionnaires — une situation chaotique qui pourrait avoir les plus graves conséquences internationales s'instaurerait avec le temps.

Les investissements privés, nécessaires au développement économique, seront encouragés si les Etats qui les reçoivent sont certains que l'Etat national de l'investisseur n'usera pas du prétendu droit de protection diplomatique comme d'un prétexte pour exercer des pressions politiques ou économiques dangereuses pour la souveraineté et l'indépendance d'Etats moins puissants ou moins développés, plus attachés à leur dignité nationale qu'au rythme de leur développement. Il faudrait tendre à un juste équilibre dans les relations entre l'investisseur et l'Etat où il investit, car il est de l'intérêt de la collectivité internationale que les capitaux exportés en vue de réaliser un bénéfice ne constituent pas une menace latente pour les valeurs essentielles et la dignité des Etats.

Les leçons de l'histoire et l'expérience du passé sont, somme toute, la source du droit et de la jurisprudence, et elles doivent avoir leur place et leur importance dans la conscience du juge.

Mervyn Jones, dans son ouvrage sur les réclamations au nom de nationaux actionnaires de sociétés étrangères (*Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies*) fait les observations historiques ci-après en guise d'introduction :

« L'ère des grands investissements étrangers a atteint son apogée au cours des quelque cinquante années qui ont précédé la première guerre mondiale, au moment où les capitaux britanniques et américains se sont déversés dans toutes les parties du monde pour financer la construction de chemins de fer et de ports, l'exploitation de gisements miniers et d'innombrables autres projets dans les pays sous-développés. En même temps, l'institution de la société anonyme par

actions (qui était une création récente) a permis aux petits capitalistes de placer leurs fonds dans des pays lointains où ils étaient d'un meilleur rapport que chez eux. Il ne fait guère de doute que ces pays ont d'abord bien accueilli les capitaux étrangers, dont ils avaient grand besoin, et qu'ils n'ont pas imposé de conditions strictes aux investissements. Au cours de ces premières années, des puissances étrangères n'ont eu à intervenir que rarement par la voie diplomatique en faveur de leurs ressortissants. Toutefois, au début du XIX^e siècle, des mouvements nationalistes se sont élevés contre « l'exploitation économique » étrangère. Ils ont placé l'accent sur la souveraineté économique et politique et, peu à peu, on en est venu à s'intéresser de plus en plus à l'emploi des capitaux étrangers. Le recul du capitalisme libéral et du « laisser faire », qui s'est accompagné de la diffusion de la doctrine socialiste dans le monde entier, a conduit un peu partout les gouvernements à intensifier leur contrôle des biens et ressources économiques de la nation : dans certains pays on en est venu à considérer les capitaux étrangers comme le symbole de la subordination et non pas seulement comme un moyen de développer le pays. Bien des événements ont évidemment justifié cette attitude ; la mainmise des capitaux étrangers sur la vie économique de nombreux pays était considérable. C'est dans ces circonstances que les révolutions du Mexique, en 1911-1920, ont transformé l'aspect politique et social de la nation, comme l'ont fait plus tard les révolutions d'Europe centrale, après la première guerre mondiale, et celles de l'Europe de l'est après la seconde. Ces révolutions se sont accompagnées de mesures d'expropriation qui ont inévitablement posé le problème de la situation, en droit international, des individus qui avaient placé leurs fonds dans des sociétés exerçant une activité dans les pays en question. » (*British Year Book of International Law*, 1949, p. 225.)

L'histoire de la responsabilité des Etats, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées.

Des accords spéciaux visant à constituer des tribunaux d'arbitrage ont été conclus, dans de nombreux cas, sous la pression de menaces politiques, économiques ou militaires.

Bien souvent les Etats protecteurs sont plus soucieux d'aboutir à des arrangements financiers que de sauvegarder des principes. Contre la pression de la protection diplomatique, les Etats faibles ne pouvaient que maintenir et défendre un principe du droit international, tout en cédant du terrain par l'acceptation d'arrangements « amiables » qui, soit accordaient les compensations demandées, soit créaient des commissions de

réclamations, ce qui supposait que la responsabilité d'actes ou omissions divers était reconnue d'emblée, alors que le gouvernement n'était pas vraiment responsable, ni en fait ni en droit.

Dans la procédure écrite et orale, le demandeur s'est référé, pour étayer sa thèse, aux décisions arbitrales de commissions de réclamations — et notamment de celles qui ont été créées conjointement par le Mexique et les Etats-Unis en 1923. Or :

« Ces décisions n'expriment pas nécessairement des règles du droit international coutumier car les commissions pouvaient juger ces réclamations « conformément aux principes du droit international, de la justice et de l'équité » et il se peut par conséquent qu'elles aient été influencées par des considérations autres que strictement juridiques. » (Schwarzenberger, *International Law*, vol. I, p. 201.)

L'article 2 de la convention du 10 septembre 1923 créant la Commission spéciale de réclamations entre le Mexique et les Etats-Unis dispose :

« chaque membre de la Commission ... fera et signera une déclaration solennelle par laquelle il s'engagera à examiner et juger ... au mieux de son jugement et d'accord avec les principes de la *justice et de l'équité* toutes les réclamations présentées pour décision. » (Les italiques sont de nous.)

Le deuxième paragraphe du même article 2 précise :

« Le Gouvernement mexicain désire que les réclamations soient ainsi décidées parce que le Mexique souhaite que sa responsabilité ne soit pas établie conformément aux règles et principes généralement acceptés du droit international, mais il s'estime *ex gratia* moralement obligé d'accorder une pleine indemnité et il reconnaît par conséquent... » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 780.)

L'article 6 de la même convention établit une autre exception aux règles généralement *acceptées*, lorsqu'il dit :

« le Gouvernement mexicain *convient* que la Commission n'écartera ni ne rejettera pas de réclamation en faisant application du principe général du droit international selon lequel l'épuisement des voies de recours juridique est une condition préalable de la validité ou de la recevabilité de toute demande ». (*Ibid.*, p. 781.)

Certaines des décisions des commissions de réclamations invoquées au cours des plaidoiries ne constituent pas, à mon avis, des précédents pertinents pour la présente affaire.

L'évolution du droit international ouvre maintenant d'autres horizons et son développement progressif est plus riche de promesses. Ainsi que Rosenne l'a écrit :

« Il y a, dans le monde d'aujourd'hui, une remise en question générale du droit international contemporain. Ce sentiment procède

de l'idée que le droit international est pour l'essentiel le produit de l'impérialisme et du colonialisme européens et qu'il ne tient pas suffisamment compte du fait que les relations internationales ont complètement changé de caractère...

Si l'on examine attentivement la jurisprudence de la Cour, on peut arriver à la conclusion que celle-ci s'est révélée remarquablement consciente des nouveaux courants de la pensée internationale. A cet égard, elle a rendu un important service à la collectivité internationale dans son ensemble car il est vraiment urgent d'harmoniser le droit international avec les exigences et les conditions de la vie actuelle. » (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. I, p. 17-18.)

Le droit, sous tous ses aspects, ainsi que la jurisprudence et la pratique des Etats, ont changé parallèlement aux transformations du monde et des nécessités courantes de la vie internationale, mais les responsables de l'évolution progressive du droit devraient veiller à ce que leurs décisions contribuent, à la longue, à maintenir la paix et la sécurité ainsi qu'à améliorer le sort de la majorité de l'humanité.

Si l'on considère les besoins et les intérêts de la communauté internationale, dans notre monde en changement, on doit se souvenir qu'il existe des aspects plus importants que ceux qui ont trait aux intérêts économiques et au profit; d'autres intérêts légitimes, d'ordre politique et moral, sont en jeu, et il convient de les prendre en considération lorsqu'on porte un jugement sur la conduite et les opérations d'entreprises commerciales modernes à structure internationale complexe.

Ce ne sont pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui ont besoin de protection diplomatique; ce sont plutôt les Etats pauvres ou faibles où les capitaux sont investis qui ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité, alors même que ces derniers sont juridiquement tenus de partager les risques de leur société et de suivre son sort, et que ces actionnaires ne sont pas ou n'ont jamais été sous la juridiction limitée de l'Etat *de résidence*, qui est accusé d'avoir violé à leur encontre certains droits fondamentaux relatifs au traitement des étrangers. On peut dire assurément que, du seul fait de l'existence de règles relatives au traitement des étrangers, ces derniers possèdent certains droits fondamentaux que l'Etat *de résidence* ne peut violer sans encourir de responsabilité internationale; mais ce n'est pas le cas des actionnaires étrangers en tant que tels, qui peuvent être disséminés dans le monde entier et qui n'ont jamais été et n'ont pas à être *résidents* dans l'Etat défendeur, ni soumis à sa juridiction.

Dans l'affaire *Rosa Gelbrunk* entre le Salvador et les Etats-Unis, le président de la commission arbitrale a exprimé une opinion qui résume

assez bien la situation des étrangers dans le pays où ils *résident*. Cette opinion est la suivante :

« Le citoyen ou le sujet d'une nation qui, dans l'exercice d'une activité commerciale, fait des affaires sur le territoire et sous la protection de la souveraineté d'une nation autre que la sienne, doit être considéré comme *ayant choisi de partager le sort* des sujets ou des citoyens de l'Etat où il *réside* et exerce son activité. [Les italiques sont de nous.]

Dans cette affaire [fait observer Schwarzenberger], la règle a été appliquée à la perte de biens étrangers survenue au cours d'une guerre civile. La décision touche toutefois un aspect d'un problème beaucoup plus vaste : l'existence de normes internationales minimales en vertu desquelles la juridiction territoriale est limitée en ce qui concerne les étrangers. »

Ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans l'affaire du *Lotus* (1927) (C.P.J.I. série A n° 10, p. 19) :

« 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 ».

Les règles relatives au traitement des étrangers constituent une limitation de la juridiction *ratione personae* de l'Etat. Schwarzenberger écrit à ce propos :

« Les Etats exercent généralement une juridiction exclusive sur leurs ressortissants dans les limites de leur territoire, une juridiction concurrente sur leurs ressortissants à l'étranger, et une juridiction restreinte qui s'applique par exemple, *dans les limites de leur territoire*, aux particuliers ou aux groupes de particuliers qui sont protégés par le droit international coutumier ou conventionnel. [Les italiques sont de nous.]

Alors que la souveraineté territoriale s'applique en principe de la même manière aux nationaux et aux étrangers, l'Etat national conserve une juridiction concurrente sur ses nationaux à l'étranger. En outre, l'exercice illimité de la compétence territoriale sur les étrangers par l'Etat de *résidence* peut être restreint par des règles de droit international coutumier ou conventionnel. S'il arrive que cet exercice entre en conflit avec le droit international, cela devient un problème entre les sujets de ce droit. L'Etat national est fondé à exiger le respect des limites internationales auxquelles est soumise la juridiction territoriale, et l'Etat de *résidence* peut avoir à répondre de son ingérence « dans les droits que chaque Etat peut revendiquer *pour ses ressortissants en territoire étranger* » ; en effet, comme la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), « c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à

protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires ». » (Schwarzenberger, *International Law*, vol. I, p. 189-190.)

On a beaucoup parlé de la nécessité de ne pas laisser sans protection les actionnaires de ces entreprises.

La pratique moderne, dans le domaine du commerce international, a sans doute tendance à être indulgente et partielle à l'égard des puissants et des riches mais, lorsqu'il s'agit d'ériger une règle de droit, ce n'est pas là un argument suffisant.

Les investisseurs qui vont à l'étranger en quête de profits prennent un risque et ils y vont pour le meilleur et pour le pire, et non pas seulement pour le meilleur. Ils doivent respecter les institutions de l'Etat où ils ont choisi d'aller et se conformer à ses lois nationales.

* * *

La principale des questions préliminaires intéressant le fond de la présente instance porte sur l'exercice de la protection diplomatique et judiciaire internationale de personnes physiques et morales qui, ayant investi des fonds dans des sociétés commerciales étrangères, ont, en leur qualité d'actionnaires de ces sociétés, subi des pertes par suite d'actes contraires au droit international dont un Etat s'est rendu coupable envers ces sociétés.

Il s'agit d'un problème d'une importance capitale dans le monde moderne, qui préoccupe les gouvernements, les économistes et les hommes d'affaires de nombreux pays soucieux d'assurer la sécurité des investissements effectués à l'étranger. Les juristes, de leur côté, s'en occupent activement et en font un sujet d'étude constant.

Pour être valable, une réclamation internationale doit nécessairement être fondée sur le fait que le ressortissant de l'Etat réclamant a été *directement* lésé dans ses *droits* par un acte contraire au droit international commis par l'Etat auquel la réclamation est adressée.

Il est indispensable que la personne protégée soit elle-même nantie d'un droit qui l'habiliterait, dans l'ordre judiciaire interne, à formuler une réclamation à raison du dommage subi.

Lorsque le débiteur d'un créancier étranger est lésé dans ses droits par un acte qui viole le droit international, l'Etat dont le créancier possède la nationalité n'est pas autorisé de ce fait à exercer une protection diplomatique en sa faveur. La question a été soulevée à diverses reprises devant des tribunaux arbitraux qui ont statué que « des créanciers ne sont pas fondés en droit à demander réparation des dommages subis, par leurs débiteurs ».

Dans l'affaire *Etats-Unis d'Amérique (W. C. Greenstreet, Receiver) c. Etats-Unis du Mexique, General Claims Commission*, il a été conclu que la *nationalité* des créanciers d'une société insolvable n'avait pas à

être prouvée, « la nationalité des créanciers ayant tout aussi peu de pertinence que celle des actionnaires d'une société insolvable ».

En l'affaire de la *Société civile des porteurs d'obligations du Crédit foncier mexicain*, soumise à la commission franco-mexicaine, une réclamation avait été présentée au nom des actionnaires d'une banque. Celle-ci avait des hypothèques sur des biens fonciers ruraux et réclamait des dommages-intérêts parce que les biens servant de garantie avaient été endommagés par des déprédations imputables aux forces révolutionnaires. La commission a décidé que seuls les propriétaires des biens visés étaient en droit de demander réparation. (Feller, *The Mexican Claims Commission*, p. 122.)

La jurisprudence arbitrale confirme la thèse selon laquelle le droit international n'autorise pas à protéger des *intérêts* économiques lésés, mais seulement des droits qui ont été effectivement violés.

Un conseil de l'Etat demandeur a développé l'argumentation suivante :

« Le problème de la protection diplomatique des actionnaires ne se trouve ... posé pratiquement que lorsque les actionnaires ont une nationalité différente de celle de la société. En effet, une atteinte aux intérêts et aux droits de la société et de ses actionnaires risque alors dans ce cas de toucher les droits de deux ou même de plusieurs Etats et par conséquent de faire naître deux ou plusieurs droits à réclamation dans la mesure où les règles relatives au traitement des étrangers n'ont pas été respectées.

En effet, si l'on fait abstraction du fait que des actionnaires sont étrangers, si l'on admet que ces actionnaires étrangers n'ont pas de droits ou d'intérêts distincts et indépendants de ceux de la société, qu'ils se confondent totalement avec celle-ci vis-à-vis du monde extérieur, qu'ils sont entièrement recouverts par le voile de la personnalité morale, alors il faut en conclure que, dans ce cas aussi, l'affaire se trouve entièrement en dehors du champ d'application du droit international. »

Et cette argumentation conduit à conclure que

« L'Etat national des actionnaires n'a à faire valoir aucun droit qui lui aurait été conféré en faveur de ses ressortissants par les règles de droit international relatives au traitement des étrangers. » (Audience du 9 mai 1969.)

Je ne puis souscrire à cette thèse; bien entendu, un Etat peut exercer de tels droits en faveur de ses *ressortissants à l'étranger*, mais non pas parce que ces ressortissants se trouvent posséder des actions au porteur; il peut le faire parce que ses ressortissants ont été lésés dans leurs droits propres — et seulement s'ils l'ont été — par l'Etat de *résidence*, lequel est tenu de respecter les droits des étrangers placés *sous sa juridiction*, conformément aux règles du droit international concernant le traitement des étrangers.

La Belgique soutient que le Gouvernement espagnol a reconnu « qu'il existait certains cas où la protection diplomatique en cas de préjudice causé à la société était admise par le droit international », et, citant ses sources, la Belgique indique que, selon l'Espagne, cette protection est admise « exclusivement dans des cas où la société a la nationalité de l'Etat même contre lequel la réclamation est adressée, de sorte qu'une protection diplomatique de la société en tant que telle se trouve être exclue ».

Dans sa duplique, le Gouvernement espagnol expose que dans tous les cas où la protection des actionnaires a été admise, les réclamations visaient un préjudice causé exclusivement aux « droits propres » des actionnaires, c'est-à-dire n'atteignant pas la société elle-même.

En l'espèce, pour que la Belgique puisse intervenir, il faudrait donc qu'il y ait eu violation des droits des actionnaires belges.

Une telle violation est exclue si l'on se plaint de mesures dirigées ostensiblement contre la société. En plaidoirie, le demandeur a admis que la réclamation belge ne visait pas les dommages résultant d'une violation de l'un quelconque des droits propres reconnus aux actionnaires.

Le droit international se borne à imposer à l'Etat un certain nombre d'obligations vis-à-vis des autres Etats, dont celle de réserver aux étrangers un traitement déterminé, par exemple de leur donner accès à ses tribunaux et de permettre que leurs demandes soient impartialement jugées dans des délais raisonnables et sans discrimination.

Le Gouvernement espagnol soutient qu'il y a lieu de distinguer soigneusement deux hypothèses qui s'excluent mutuellement. Ou bien il y a atteinte illicite aux *droits* des actionnaires, et la protection diplomatique de ces derniers est permise et même la seule à l'être, ou bien il y a atteinte illicite aux droits de la société et seule celle-ci peut faire l'objet d'une telle protection. Il serait radicalement impossible de sortir de cette alternative.

A cette affirmation, la Belgique a rétorqué que :

« Le Gouvernement espagnol veut en réalité démontrer par là qu'en cas de réclamations multiples, nul ne peut agir en invoquant le droit de l'autre. Mais est-il nécessaire de passer par cet extraordinaire détour pour en arriver là? ... La Belgique ne se préoccupe pas du préjudice subi par la Barcelona Traction elle-même — ce qui serait l'affaire du Canada — mais bien de celui qui a été supporté par ses propres nationaux, actionnaires de la société. »

* * *

Si le titulaire du ou des droits auxquels il a été porté atteinte est la société et non pas l'actionnaire, il est hors de doute que l'on se trouve

entièrement hors du domaine dans lequel la protection diplomatique d'actionnaires par leur Etat national peut être admissible, voire concevable.

Dans sa duplique, le défendeur affirme :

« La société internationale d'aujourd'hui ne demande certainement pas un renforcement ultérieur de la protection de certains groupes capitalistes déjà trop puissants et trop capables de se procurer des appuis, renforcement qui se traduirait dans une possibilité de pression accrue sur les pays plus faibles » (duplique, vol. II, p. 1062).

Il ajoute :

« Le droit international contemporain est amené à se préoccuper davantage des exigences de protection des pays à économie faible qu'à favoriser, comme le voudrait le Gouvernement belge, « les besoins de financement des grandes entreprises modernes ». (*Ibid.*)

« De très nombreux Etats exigent, pour de très bonnes raisons, que les capitaux étrangers s'investissent dans des sociétés nationales.

C'est le fait, en particulier, de beaucoup de pays en voie de développement, mais un certain nombre de pays hautement industrialisés posent, en fait ou en droit, des conditions analogues. Bien mieux, les investisseurs étrangers choisissent eux-mêmes spontanément, dans plus d'une occasion, cette formule juridique qui peut présenter à leurs yeux des avantages certains. »

* * *

La Partie belge a fait beaucoup de cas d'une certaine affaire. Il s'agit de la réclamation dont un ressortissant américain, McPherson, avait saisi la Commission des réclamations Etats-Unis-Mexique en 1923. Il était reproché au Gouvernement mexicain d'avoir refusé d'honorer les mandats-poste, que McPherson avait achetés à des autorités illégales par l'intermédiaire d'un mandataire, et que ces autorités avaient émis au nom de ce dernier. Or la décision rendue dans cette affaire se fondait sur une *convention* qui, sur des points essentiels et dans son esprit même, dérogeait manifestement au droit international général.

Quels sont les principes de droit international applicables et quelles sont les conséquences de leur application à la présente affaire?

Mon opinion est la suivante :

Le droit international impose à tout Etat sur le territoire duquel des personnes physiques et morales étrangères résident, demeurent, exercent leur activité ou simplement possèdent des biens, une obligation envers l'Etat dont ces personnes sont ressortissantes : l'obligation de leur accorder un certain traitement. Ce traitement, généralement défini de manière plus précise par le droit conventionnel, n'en est pas moins prévu

par le droit international coutumier pour ce qui est de ses exigences minimales. Celles-ci consistent essentiellement, mais dans certaines limites et sous certaines conditions, dans le respect de certains droits des individus ou des personnes morales, ainsi que dans l'octroi concomitant de la faculté d'avoir recours, en cas de besoin, aux organes judiciaires et administratifs appropriés.

Corrélativement à ces obligations, l'Etat dont ces personnes sont ressortissantes a le droit, sur le plan international, d'exiger que l'Etat tenu par cette obligation s'y conforme, et il a aussi le droit de présenter, le cas échéant, une réclamation dans les formes et suivant la procédure appropriées, si cette obligation n'est pas honorée. C'est exactement là ce qu'on entend par l'exercice de la protection diplomatique. Celle-ci comprend également la protection par voie de recours exercés devant des juridictions internationales.

Les droits reconnus aux Etats par les règles de droit international concernant le traitement des étrangers, d'une part, et les droits reconnus aux individus par les règles de droit interne, d'autre part, se situent sur des plans juridiques différents.

L'existence du droit de l'individu sur le plan interne est la condition qui permet d'exiger, sur le plan international, que ce droit ne soit pas enfreint. Tout ce qu'un Etat peut exiger d'un autre Etat pour ses propres nationaux est le respect des droits qui leur sont reconnus dans le système juridique interne, tels que ce système les définit.

Quand l'étranger est une personne morale, le cas n'est pas différent, en théorie, de celui des personnes physiques. Tous les systèmes juridiques s'accordent pour considérer que les sociétés de capitaux sont des entités juridiques indépendantes. Elles sont des personnes autonomes auxquelles des droits et des obligations peuvent être attribués; en résumé, elles sont en elles-mêmes des sujets de droit.

En matière de traitement des étrangers, le droit international tant coutumier que conventionnel, reconnaît précisément l'existence des sociétés comme entités distinctes de leurs membres.

Pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, la « nationalité » exprime le lien juridique d'appartenance à un Etat déterminé. Pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, la condition imposée, si l'on veut invoquer cette appartenance à l'appui d'une réclamation internationale, est qu'elle s'accompagne d'un lien de rattachement « réel » avec le même pays. En droit international général, un Etat n'a pas le droit d'exiger qu'un certain traitement soit accordé à une personne qui ne possède pas sa nationalité, et en conséquence il ne peut se plaindre si ce traitement n'a pas été accordé à ladite personne.

Un Etat peut formuler une réclamation au nom d'un de ses nationaux s'il apparaît qu'il y a eu violation d'un droit appartenant à ce dernier; mais aucun Etat n'a le droit de formuler une réclamation au nom d'une per-

sonne ayant sa nationalité en raison de ce qu'un droit appartenant à une autre personne, possédant une autre nationalité, n'a pas été respecté.

L'Etat national d'une société peut formuler une réclamation pour la violation d'un droit appartenant à cette société en tant que telle; l'Etat national de l'actionnaire peut formuler une réclamation pour une infraction au droit *stricto sensu* de l'actionnaire en tant que tel. L'existence de rapports ou de liens entre des personnes différentes n'implique pas que ces personnes se confondent.

Une réclamation présentée par un Etat au titre de la protection diplomatique d'un de ses ressortissants, actionnaire d'une société commerciale, n'est recevable qu'à la double condition suivante: l'Etat demandeur doit pouvoir invoquer la violation d'un droit propre de l'actionnaire en tant que tel, et il doit être établi que l'Etat qui est l'auteur de la violation alléguée avait envers l'Etat demandeur l'obligation internationale d'assurer le respect de ce droit. Une demande de cette nature n'est pas recevable s'il apparaît, premièrement, que le droit prétendument violé appartient à la société et non à l'actionnaire, et, deuxièmement, que l'obligation internationale d'assurer le respect de ce droit incombait à l'Etat défendeur envers l'Etat national de la société et non envers l'Etat national de l'actionnaire.

Il découle des principes du droit international que pour formuler une réclamation au nom d'un de ses nationaux, un Etat doit être en mesure de dire que son ressortissant a été victime d'une violation *de ses droits propres* de la part d'un Etat étranger, et que les droits ainsi violés faisaient partie de ceux dont ce dernier Etat était tenu d'assurer le respect en vertu d'une obligation internationale qui le liait à l'égard de l'Etat réclamant.

Rien n'interdit à un Etat de présenter, au nom d'un de ses nationaux, une réclamation relative à la situation de ce dernier en tant qu'actionnaire d'une société; mais alors il doit prouver que cette personne a été lésée dans les droits qui lui appartiennent à titre personnel et *précisément en sa qualité d'actionnaire*; en d'autres termes, qu'elle a été atteinte dans des droits inhérents à cette qualité.

Il ne suffit nullement que l'Etat réclamant invoque une atteinte aux droits de la société elle-même, car aucun Etat ne peut présenter de réclamation au nom d'une personne à raison du non-respect d'un droit appartenant à une autre personne, que cette dernière soit une personne physique ou une personne morale.

Le droit international n'autorise un Etat à intervenir au moyen de la protection diplomatique que pour autant que cet Etat invoque un grief qui lui est propre, c'est-à-dire s'il se plaint d'une infraction aux droits d'un de ses ressortissants, commise en violation d'une obligation internationale liant à son égard l'Etat qui a commis l'infraction.

Si, dans l'affaire soumise à la Cour, il n'y a pas eu violation d'un *droit* appartenant à l'actionnaire, on ne change rien à ce fait en parlant simplement d'*intérêts* en même temps que de droits.

La situation de l'actionnaire, telle qu'elle est définie par les différents systèmes juridiques, recouvre les droits définis par la décision rendue dans l'affaire *Brincart*. Aucun système de droit positif ne confère à l'actionnaire d'une société anonyme une autre situation juridique faite d'éléments subjectifs, et en particulier aucun système ne lui reconnaît un *intérêt juridique* sur le patrimoine de la société, ce qui a d'ailleurs été expressément admis par les deux Parties.

On ne saurait accepter que l'espoir d'un actionnaire de voir la société prospérer se transforme en un droit ou en un intérêt juridique, et on ne saurait davantage accepter la possibilité, pour l'actionnaire, de prétendre qu'une atteinte aux droits de la société constitue une atteinte à ses droits propres.

Les règles de droit international concernant la responsabilité de l'Etat en matière de traitement des étrangers ne permettent pas d'imputer à un Etat un acte internationalement illicite, si cet Etat a seulement porté atteinte à un *intérêt* qui n'est pas protégé par le système juridique interne dudit Etat.

Pour ce qui concerne les actionnaires censément belges de la Barcelona Traction, on n'a établi l'existence d'aucune situation juridique liée à leur statut d'actionnaires qui ait souffert d'atteintes internationalement illicites du fait des autorités administratives ou judiciaires espagnoles.

* * *

La Barcelona Traction aurait été « pratiquement défunte », nous dit-on.

Mais les actionnaires ne sont pas habilités à se substituer à la société pour défendre les droits propres de celle-ci quand ce sont ces droits qui ont été atteints car, du moins tant que la société n'est pas dissoute et liquidée, les actionnaires n'ont aucun droit sur le patrimoine social.

C'est seulement quand une société a été dissoute et qu'elle cesse ainsi d'exister en tant qu'entité juridique distincte, que les actionnaires prennent sa place et sont habilités à se partager le reliquat de ses avoirs, une fois les dettes sociales acquittées. C'est donc uniquement le « décès juridique » de la personne morale qui peut donner naissance à de nouveaux droits au profit des actionnaires en leur qualité de successeurs de la société.

En 1925 les Etats-Unis firent valoir à l'encontre du Gouvernement du Royaume-Uni le droit d'intervenir pour le compte d'intérêts américains dans une société non américaine (la Romano-Americana).

Dans sa réponse à la réclamation américaine, le Royaume-Uni disait : « ce n'est que lorsqu'une société n'a plus d'existence active ou est en liquidation que l'intérêt de ses actionnaires cesse d'être *un simple droit à une part des bénéfices de la société* et devient un droit à une part de l'excé-

dent d'actif réel » (Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, 1943, p. 843).

Dans le cas de la Mexican Eagle, société constituée au Mexique, 70 pour cent du capital-actions était britannique et néerlandais, 25 pour cent était français, le reste se répartissant en intérêts suisses, danois et autres (mais les actions étant au porteur il était impossible de connaître la proportion exacte de chacun de ces intérêts nationaux). Un litige surgit entre le Gouvernement du Mexique et celui du Royaume-Uni, des actionnaires britanniques ayant formulé des réclamations à la suite de l'expropriation des biens de la société.

Dans une note du 26 avril 1938, le Gouvernement mexicain exprimait l'opinion qu'un actionnaire n'était pas copropriétaire du patrimoine de l'entreprise mais « qu'il possédait *simplement* un droit en équité représentant une part de l'actif liquide au moment de la dissolution ou de la liquidation de la société ».

Ce n'est qu'au moment de la dissolution qu'il est possible de déterminer les dommages et le préjudice subis par les actionnaires en les distinguant de ceux éprouvés par la société (Mervyn Jones, *British Year Book of International Law*, 1949, p. 241).

A cette occasion, le Gouvernement mexicain avait déclaré : « Le Mexique ne peut pas admettre que, sous prétexte de protéger les intérêts des actionnaires d'une société mexicaine, un Etat quelconque puisse nier l'existence de la personnalité juridique de sociétés constituées au Mexique conformément à nos lois. »

Je ne partage *pas* le point de vue selon lequel l'Etat national des actionnaires peut exercer la protection diplomatique quand l'acte incriminé a été commis par l'Etat national de la société, car cela revient à admettre que tout Etat, sous prétexte de protéger les intérêts des actionnaires d'une société étrangère, peut refuser de reconnaître la personnalité juridique de sociétés constituées conformément aux lois de l'Etat national de ces sociétés.

J'ai des réserves à formuler sur le paragraphe 92 de l'arrêt. Pour les raisons que je viens d'énoncer, je suis d'avis que la prétendue thèse visée par ce paragraphe est dépourvue de toute validité. Le fait que ce paragraphe de l'arrêt se termine par la phrase suivante : « *Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la Barcelona Traction* », ne doit pas être interprété comme impliquant que cette « thèse » pourrait être applicable dans d'autres cas où l'Etat dont la responsabilité est alléguée est l'Etat national de la société.

Il s'agit là d'un point fondamental dans le domaine de l'intervention exercée pour le compte de nationaux qui sont actionnaires de sociétés anonymes étrangères.

Abstraction faite des nombreux cas où le droit de protection a été exercé dans le passé — en marge ou en contravention du droit international — au moyen de pressions économiques, politiques ou militaires,

il n'est pas inutile de rappeler que — dans le passé également — à l'occasion de prises de positions juridiques sur le respect de la souveraineté des autres Etats, il y a eu reconnaissance historique de la personnalité distincte des sociétés anonymes, et que les opinions exprimées à ce propos ont souligné l'existence indépendante de la société en tant que personne juridique.

C'est ainsi qu'en 1875 le Gouvernement des Etats-Unis, invité à intervenir pour le compte d'actionnaires américains de sociétés chiliennes, répondit par un refus. Sa position fut alors qu'une société formée conformément à la loi locale doit avoir recours aux tribunaux locaux, et que, si le gouvernement pouvait légitimement user de ses *bons offices* en faveur des intérêts américains, il ne pouvait être question d'une intervention officielle ¹ (Moore, *Digest of International Law*, 1906, vol. VI, p. 644). Le Royaume-Uni a eu une pratique similaire. Ainsi, sir Robert Phillimore fit savoir que le ministre britannique au Mexique devait être prié de limiter aux « bons offices » son intervention en faveur d'un actionnaire britannique d'un chemin de fer mexicain saisi par le Gouvernement mexicain et qu'il fallait inciter ce sujet britannique à utiliser avant tout les recours locaux. Plus tard, les deux gouvernements jugèrent bon de s'écarter de cette pratique.

Par conséquent, je ne peux accepter que cette situation — qui n'est pas celle de l'espèce — soit considérée comme une limitation ou une exception à l'application stricte de la règle de droit international suivant laquelle les actionnaires ne peuvent pas être protégés par leur Etat national, sauf dans deux cas: a) quand la société a été liquidée; b) quand un droit propre de l'actionnaire (droit *stricto sensu*) a été violé par un acte illicite entraînant une responsabilité internationale.

De puissantes sociétés internationales ont étendu leur activité sans cesse croissante à l'exploitation des ressources naturelles de maints pays

¹ Dans une dépêche au ministre (américain) en Colombie datée du 27 avril 1866, le secrétaire d'Etat des Etats-Unis écrivait ce qui suit:

« Il se peut que des ressortissants de la Grande-Bretagne, de la France et de la Russie soient actionnaires de nos banques nationales. De telles personnes peuvent en posséder toutes les actions à l'exception du petit nombre nécessaire aux administrateurs choisis par elles.

Serait-il concevable que les gouvernements de chacun de ces pays puissent intervenir quand leurs ressortissants se considèrent lésés par les actes de notre gouvernement? Si on le tolérait, supposez que l'Angleterre accepte un certain mode de règlement ou un certain montant de dommages-intérêts, et que la France en réclame un autre; verrait-on jamais la fin des complications qui en résulteraient?

On peut faire valoir qu'aucune politique ne nous oblige à encourager l'emploi de capitaux américains à l'étranger en leur accordant davantage que la protection à laquelle nous sommes strictement tenus. Ce serait une politique peu sage que de donner à nos concitoyens établis à l'étranger pour leur seul plaisir, confort ou intérêt des moyens accrus d'impliquer le gouvernement de notre pays dans des controverses avec les puissances étrangères. » (*Loc. cit.*, p. 645-646.)

en voie de développement et se sont assuré le contrôle d'un bon nombre de leurs services publics, de sorte que ces Etats, malgré leur souveraineté, se sont trouvés placés à cet égard dans une situation de subordination, et il est souvent arrivé que leur droit d'exiger le respect des dispositions de leur législation interne en la matière soit contesté et compromis. Face aux structures et aux pratiques de la société capitaliste en matière d'investissements étrangers, de nombreux pays ont exigé que les capitaux étrangers se soumettent aux formes juridiques prescrites par la législation nationale. L'exercice de la souveraineté des Etats dans ce domaine ne saurait être juridiquement interprété comme un stratagème destiné à priver les actionnaires éventuels de sociétés anonymes du bénéfice d'une intervention diplomatique de leur Etat national. Les nationalisations et les expropriations réalisées, conformément à la loi, s'expliquent par la nécessité fondamentale de soustraire les services publics et les ressources nationales à la mainmise des intérêts privés de sociétés étrangères.

Je suis également d'avis que la règle — suivant laquelle c'est l'Etat national de la société qui est investi du droit de protection — n'est pas non plus limitée par le fait que l'Etat habilité à protéger n'exerce pas son droit ou cesse de l'exercer. Le droit de protection est un droit discrétionnaire et l'Etat national de la société n'est nullement tenu de l'exercer.

Sur le paragraphe 93, je formulerai les observations suivantes.

Il est dit au début de ce paragraphe que « dans le domaine de la protection diplomatique des actionnaires comme dans tous les autres domaines, le droit ... exige une application raisonnable ».

La phrase qui suit immédiatement se rapporte à une *suggestion* pouvant être interprétée comme un exemple de ce qui est raisonnable dans ce domaine. Cette suggestion, ou hypothèse, est que, « si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale ... il pourrait être indiqué, pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assurée par leur propre Etat national ». Et le paragraphe se termine par la phrase suivante: « *L'hypothèse envisagée ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire.* »

A mon avis, il n'y a pas lieu d'envisager dans l'arrêt une hypothèse sans pertinence en l'espèce. Il est difficile d'imaginer un cas où il serait impossible d'appliquer la règle générale suivant laquelle le droit de protection diplomatique d'une société appartient à son Etat national.

On pourrait soutenir qu'au cas où la société est liquidée et cesse donc juridiquement d'exister, le droit de l'Etat dont elle a la nationalité perd son objet et la règle générale ne peut pas être appliquée. Dans une telle éventualité, les actionnaires peuvent venir défendre leurs intérêts devant les tribunaux de l'Etat dont ils allèguent la responsabilité et épuiser les recours internes qui leur sont ouverts en droit. Si l'on estime qu'il y a déni de justice, l'Etat national de la personne dont les droits ont été violés peut intervenir conformément aux règles relatives à la protection des étrangers, mais dans cette hypothèse l'Etat national des actionnaires

exerce un droit qui lui est propre (que ce droit soit ou non qualifié de « subsidiaire »), et par conséquent son action n'est pas fondée sur des « considérations d'équité ».

L'arrêt tout entier se fonde sur le motif qu'en droit international c'est à l'Etat national de la société, et à lui exclusivement, qu'appartient le droit de protection diplomatique et judiciaire de ladite société. C'est donc une contradiction juridique d'envisager, même à titre de simple hypothèse sans pertinence, que cet Etat, qui par définition a la *capacité juridique* d'agir, puisse être juridiquement privé de cette capacité: l'Etat en question est libre d'exercer ou non son droit de protection mais s'il s'abstient d'agir, cela n'a pas d'incidence sur son droit de le faire. Il ne peut en aucun cas perdre sa capacité d'agir et l'hypothèse d'une *impossibilité d'appliquer la règle générale* est une contradiction juridique et ne peut recevoir aucune justification raisonnable même en tant que simple fantaisie de l'esprit. On ne peut non plus concevoir que, si le Canada n'exerce pas son droit discrétionnaire de protection, ce fait puisse donner naissance à un droit de protection chez l'Etat national des actionnaires.

* * *

Il n'est donc pas possible d'établir sur la base de pareilles limitations hypothétiques une quelconque qualité de la Belgique pour agir.

A propos de l'attitude adoptée en l'espèce par l'Etat national de la Barcelona Traction, le défendeur décrit comme suit les trois phases successives de l'action exercée par le Gouvernement canadien, telle qu'elle ressort de l'examen de la correspondance diplomatique et des documents qui s'y rapportent:

« La première [phase], qui va jusqu'au moment de la déclaration tripartite, est celle où le Gouvernement canadien, informé de façon inexacte par les intéressés, allègue des prétendues violations par l'Espagne d'obligations de droit international général à propos du traitement des étrangers et demande, sur cette base, au Gouvernement espagnol d'intervenir pour faire annuler les actes des autorités judiciaires.

La seconde phase, qui fait suite à la déclaration tripartite et qui est de courte durée, est caractérisée par le net abandon de cette demande ainsi que de toute allégation d'une violation par l'Espagne d'obligations de droit international général. Le Gouvernement canadien fait valoir, par contre, le grief particulier de la violation de certaines clauses des traités en vigueur entre les deux pays. Il propose de résoudre par l'arbitrage les divergences de vues sur ce point.

Dans la troisième phase, après avoir exprimé le regret que le Gouvernement espagnol n'ait pas accepté la proposition de soumettre à l'arbitrage le point spécifique relatif aux traités, le Gouvernement canadien, qui entre-temps a acquis une meilleure connais-

sance des faits, s'engage définitivement sur la voie d'un effort tendant à obtenir que le différend soit résolu à l'amiable par des négociations directes entre les particuliers intéressés.

Il est donc clairement confirmé, une fois de plus, que la fameuse circonstance exceptionnelle de l'« absence de protection par le gouvernement national de la société », que le Gouvernement belge a invoquée à tant de reprises et sous tant de formes pour justifier sa prétention à avoir qualité pour agir en l'espèce au titre de la protection des « actionnaires » belges de Barcelona Traction, en plus de ne pouvoir constituer, en théorie, aucune justification valable, n'est en fait nullement présente en l'espèce. »

* * *

A mon avis, l'exercice du droit de protection diplomatique au profit d'actionnaires d'une société d'une autre nationalité que celle de l'Etat protecteur n'est pas conforme aux principes de droit international en vigueur, c'est-à-dire à la règle qui veut que la protection diplomatique des sociétés soit exercée par l'Etat dont les sociétés sont ressortissantes.

Dans la pratique internationale, il n'existe pas non plus de règle coutumière spéciale autorisant une telle protection. Les décisions arbitrales rendues sur la base de conventions bilatérales particulières ne sont pas normatives et n'ont constitué ni le fondement ni la source d'une règle de droit international coutumier que l'*opinio juris* accepterait aujourd'hui comme telle.

Il n'y a pas non plus, en la présente instance, de circonstances exceptionnelles qui autorisent la moindre dérogation à la règle générale de droit international en la matière.

Le droit de protection diplomatique, de même que n'importe quel autre droit, doit s'entendre comme un droit que possède un Etat déterminé à l'encontre d'un autre Etat déterminé. A quel Etat ce droit appartient-il en l'espèce? Est-ce au demandeur? L'Espagne est-elle liée par une obligation internationale envers la Belgique?

L'Etat défendeur a-t-il violé une obligation internationale envers l'Etat demandeur du fait des mesures qu'il a prises à l'égard de la Barcelona Traction? La personne atteinte par les mesures dont il est fait grief à l'Espagne est-elle liée à l'Etat demandeur par un lien de nationalité?

A toutes ces questions, il convient à mon avis de répondre par la négative, de sorte que la responsabilité internationale alléguée par le demandeur n'existe pas.

L'Etat accusé d'avoir violé les droits d'une personne privée étrangère (personne physique ou personne morale) par un acte illicite préjudiciable à une société anonyme qui a émis des actions au porteur, n'a aucune obligation directe et immédiate envers celui qui, à un moment ou à un autre, se trouve être possesseur d'une de ces actions au porteur.

Comme, théoriquement, la propriété d'une action au porteur n'est pas

ou n'a pas à être continue, la nationalité du détenteur actuel ne donne à l'Etat dont il est ressortissant aucun droit à l'égard du défendeur, qui n'a aucune obligation internationale envers tous les Etats dont des nationaux pourraient figurer, à une date déterminée, au nombre des porteurs d'actions de la société anonyme considérée comme lésée par un acte internationalement illicite, sauf s'il y a eu violation de certains droits bien définis des actionnaires en tant que tels.

Il n'est pas justifié de créer, au mépris des règles existantes et généralement acceptées, une règle spéciale en fonction d'une affaire particulière qui peut et doit être tranchée par application des règles de droit international général régissant la question.

Par les caractéristiques qu'elle présente, la réclamation formulée en l'espèce revient à demander de tourner ou de ne pas appliquer strictement les règles pertinentes de droit international, alors que ces règles « n'admettent pas, en cas de préjudice causé par un Etat à une société étrangère, une protection diplomatique d'actionnaires exercée par un Etat autre que l'Etat national de la société ».

Dans une société commerciale comme la société anonyme, les actionnaires n'ont pas de droit distinct et indépendant à exercer en ce qui concerne un dommage causé à la société par un gouvernement étranger.

On n'est pas fondé à invoquer les règles de droit international concernant le traitement des étrangers à propos des actionnaires en tant que tels.

Cette question doit être considérée sous l'angle de la protection des nationaux à l'étranger et compte tenu de la juridiction de l'Etat où réside l'étranger.

Les principes ci-après, énoncés dans l'ouvrage de Borchard intitulé *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, sont ici particulièrement pertinents :

« Le lien de nationalité implique que l'Etat exerce une surveillance sur ses nationaux à l'étranger, et se réserve le droit d'intervenir activement en leur faveur dans des circonstances appropriées. Dès lors que l'Etat de *résidence* prétend exercer sur eux un contrôle territorial trop sévère, l'Etat dont ils ont la nationalité fait valoir son droit de protection, et les droits exercés par les Etats sur les étrangers *résidant* sur leur territoire ont été définis en grande partie sous l'influence de cette contrainte potentielle.

Les principes de juridiction territoriale et de compétence personnelle sont des forces opposées qui se corrigent mutuellement. La mise en œuvre abusive du principe de territorialité sera limitée par la coutume qui accorde aux Etats étrangers certains droits en faveur de leurs nationaux à l'étranger, lesquels consistent parfois simplement à faire appliquer le droit étranger par les tribunaux locaux, ou parfois à admettre en faveur de ces Etats, en reconnaissance du principe de protection, une certaine compétence.

Tout Etat qui fait partie de la communauté internationale est censé protéger intégralement la vie, la liberté et les biens de tous les particuliers se trouvant *dans les limites de sa juridiction*.

Les dommages subis n'autorisent pas tous l'intervention immédiate de l'Etat. Tout d'abord, il n'est demandé réparation que pour les préjudices dont l'Etat, exerçant en cela un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, estime qu'ils justifient l'exercice de la protection diplomatique. Les facteurs qui sont pris en considération en vue d'une intervention de l'Etat comprennent la gravité de l'infraction, l'atteinte à la dignité de la nation, et des considérations politiques quant à l'opportunité de considérer le préjudice privé comme un dommage public justifiant une action nationale: en somme, ce sont les intérêts du peuple dans son ensemble, par opposition à ceux du citoyen, que l'Etat prend d'abord en considération avant d'intervenir.

En fait, le particulier n'a pas subi de « préjudice » en droit international tant que l'Etat de *résidence* ou les organes officiels de cet Etat ne se sont pas, d'une manière ou d'une autre, associés à l'acte dommageable initial ou qu'ils n'ont pas refusé à la personne lésée la possibilité d'un recours. »

* * *

En l'espèce, ce n'est pas la Belgique mais le Canada qui est habilité à protéger son ressortissant, la Barcelona Traction, conformément à la règle en vigueur admise qui veut qu'une société ne puisse être protégée *que* par l'Etat dont elle a la nationalité.

A la question de savoir si « le droit international reconnaît à un Etat le droit de protéger ses ressortissants, personnes physiques ou morales, qui sont actionnaires d'une société étrangère, et qui ont subi un dommage ... du fait d'un acte internationalement illicite commis par un Etat tiers à l'encontre de la société », il convient de répondre, sur le plan du droit, par la négative.

Quant aux faits et aux circonstances propres à l'espèce, ils ne constituent pas un motif juridiquement valable de déroger à la règle applicable.

* * *

Les actionnaires possédant des actions au porteur d'une société anonyme n'ont pas de responsabilité et ne sont pas connus. Si le prétendu droit de protection judiciaire et diplomatique au profit des actionnaires d'une société anonyme devait être reconnu, tout Etat investissant des capitaux à l'étranger pourrait, par des achats en bourse, acquérir la capacité de présenter, au nom de ses nationaux, des réclamations à l'Etat qui a accepté l'installation sur son territoire d'une société étrangère dont

il *connaissait* la nationalité, et qui savait également que, conformément aux règles en vigueur admises en la matière, les Etats nationaux des actionnaires aussi nombreux qu'inconnus n'avaient pas, en droit international, de droit de protection diplomatique indépendant de celui de l'Etat national de la société.

Reconnaître un droit de protection à l'Etat des actionnaires constituerait une dérogation aux principes de droit international applicables et introduirait des complications inattendues et des conflits inutiles dans les relations commerciales et financières internationales modernes.

Si les divers Etats dont les nationaux sont actionnaires de la même société anonyme étaient habilités à intervenir, chacun pour soi, afin d'exercer une protection diplomatique en faveur de leurs nationaux respectifs, l'implantation de sociétés anonymes étrangères constituerait un grand risque pour l'Etat ayant besoin d'investissements qui accueillerait ces sociétés.

Pareille situation engendrerait la méfiance et l'insécurité et ferait planer la menace de pressions d'origine imprévisible. Elle entraverait, de surcroît, l'activité des entreprises commerciales modernes qui cherchent à investir à l'étranger.

Sur le droit en la matière, Mervyn Jones écrit ceci :

« Si l'Etat dont la société n'a pas la nationalité pouvait normalement endosser une réclamation à raison d'un préjudice infligé à la société, simplement parce qu'il existe des actionnaires qui ont la nationalité dudit Etat et qui ont subi des pertes, on aboutirait, sur le plan international, au même chaos que si, dans l'ordre interne, il était possible à n'importe quel groupe d'actionnaires d'intenter une action dès lors que la société subit un dommage.

Si un Etat pouvait intervenir sans restriction en faveur de ses nationaux actionnaires d'une société étrangère, la situation du gouvernement dont la société a la nationalité et celle du gouvernement de l'Etat auquel les réclamations seraient adressées deviendraient intolérables. Il pourrait arriver alors, en cas de préjudice subi par une grosse société, que les Etats pouvant éventuellement demander réparation, représentent la moitié du monde. Comme, de surcroît, il n'est pas rare que les actionnaires soient eux-mêmes des sociétés anonymes, l'identification de tous les actionnaires pourrait se prolonger indéfiniment; cette identification est, en tout état de cause, difficile dans la pratique. » (« Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies », *British Year Book of International Law*, 1949, p. 234-235.)

* * *

La Cour n'a pas examiné au fond la quatrième exception préliminaire. Néanmoins, il ressort de la procédure écrite et orale que les recours

internes concernant les irrégularités et actes préjudiciables qui auraient été commis n'ont pas été épuisés.

Rien ne permet de dire qu'il y a eu mal-jugé ou que la faillite prononcée était fictive. Il ne fait pas de doute que le jugement de faillite a été rendu conformément au droit espagnol en la matière.

On ne peut se fonder sur aucun motif juridique pour déclarer l'Espagne responsable, sur le plan international, du *niveau* de ses lois et de la *qualité* de la justice rendue par ses tribunaux.

Selon quel *critère* la Cour pourrait-elle mesurer le niveau des lois espagnoles pour décider s'il est élevé ou bas, bon ou mauvais? Et quelle sera la *pièce de touche* lui permettant de se prononcer sur la *qualité* de la justice rendue?

Quels sont les principes de droit international, reconnus par toutes les nations, qui autorisent la Cour à porter un jugement sur ces questions?

* * *

Après avoir examiné attentivement l'argumentation des deux Parties, je conclus qu'aucune preuve convaincante n'a été apportée de l'existence d'un intérêt belge prépondérant chez les personnes physiques ou morales belges qui avaient le caractère d'actionnaires de la Barcelona Traction aux dates critiques, même si l'on admet que ces dates critiques sont 1948 et 1962, c'est-à-dire la date du jugement de faillite et la date du dépôt de la requête dans la présente instance.

Il n'a pas été prouvé que la majorité des actionnaires de la Barcelona Traction avaient la nationalité belge aux dates critiques, ni que les capitaux des sociétés belges considérées comme actionnaires de la Barcelona Traction avaient été investis dans ces sociétés par des ressortissants belges, appartenaient à des Belges ou avaient nécessairement un lien avec la *richesse nationale du demandeur*.

Un Etat ne peut, lorsqu'il considère que ses nationaux ont perdu de l'argent à l'étranger du fait d'un acte de l'Etat de résidence constituant, selon lui, une violation d'une obligation internationale, fonder juridiquement une réclamation sur les conséquences défavorables qui en seraient résultées pour sa richesse nationale.

Si la défense de la richesse nationale pouvait être le fondement juridique du droit propre d'intervention diplomatique ou judiciaire de l'Etat, les règles relatives au traitement des étrangers se trouveraient en fait remplacées par des notions vagues et mal définies selon lesquelles un Etat aurait le devoir — devoir qui n'existe pas — de garantir contre toute perte les investissements étrangers faits sur son territoire, l'Etat national de l'investisseur pouvant arbitrairement prétendre que l'argent investi faisait partie de sa richesse nationale lorsque l'investisseur l'a envoyé à l'étranger.

C'est plutôt, semble-t-il, au moment où un résident quelconque emporte

ou envoie son argent à l'étranger qu'au moment où il perd cet argent, ou ses intérêts, dividendes ou espérances de profit, que la richesse nationale est affectée.

Si la défense de la richesse nationale entraînait le droit d'intervenir, ce ne serait pas la violation d'une obligation envers un étranger qui fonderait la réclamation mais le prétendu dommage causé à la richesse d'un Etat comme conséquence automatique des pertes financières éventuellement subies par ses ressortissants à l'étranger. De telles pertes pourraient être attribuées à des faits survenus dans l'Etat de résidence, indépendamment de sa responsabilité internationale ou de l'existence d'une obligation juridique quelconque concernant le succès d'affaires commerciales ou d'opérations spéculatives entreprises par des étrangers.

* * *

Je souscris donc à l'arrêt de la Cour qui conclut que la demande belge doit être rejetée.

(Signé) Luis PADILLA NERVO.
