

OPINION INDIVIDUELLE DE M. GROS

1. Bien que les motifs d'un arrêt ne participent pas à la force de la chose jugée, la pratique de la Cour et celle des tribunaux arbitraux est de se fonder sur des motifs énoncés dans des décisions antérieures (cf. arrêt n° 10: « La Cour ne voit aucune raison pour se départir d'une interprétation découlant nettement de deux arrêts précédents dont l'argumentation lui paraît toujours bien fondée » (*C.P.J.I. série A n° 11*, p. 18)). Bien que j'accepte le dispositif de l'arrêt de la Cour, mon argumentation est entièrement différente. En raison de l'importance de l'affaire du point de vue de ses conséquences sur le droit applicable aux relations économiques internationales, je crois de mon devoir d'exposer, aussi brièvement que possible, les motifs qui m'amènent à n'accepter dans la décision de la Cour que le seul dispositif.

2. La séparation du fait et du droit n'est pour le juge international qu'une méthode de travail dans le premier temps de l'étude d'une affaire; mais juger est toujours appliquer une règle de droit à des faits particuliers. Il convient donc de rechercher, en tenant uniquement compte des faits de la cause, quelles sont les règles de droit international applicables à la situation faite à une société anonyme, la Barcelona Traction, en Espagne, à partir de la décision du juge de Reus, le 12 février 1948, selon les termes de la demande exposée dans la requête en date du 19 juin 1962 et dans les conclusions finales du Gouvernement belge le 9 juillet 1969. « Il faut traiter chaque cas comme un cas d'espèce » (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 69).

3. En examinant en premier lieu, comme l'a décidé la Cour, la question de la nationalité de la réclamation, les faits prennent une importance capitale dans la présente affaire et la jonction, par l'arrêt du 24 juillet 1964, des troisième et quatrième exceptions préliminaires, trouvait sa justification précisément dans l'idée qu'il était impossible de décider de ces exceptions sans avoir pleine connaissance du fond¹. Ceci fut particulièrement marqué, en ce qui concerne la troisième exception, c'est-à-dire le point même sur lequel est fondé le présent arrêt, par la remarque du Président, au nom de la Cour, à l'ouverture de l'audience du 13 mars 1964.

Quels sont donc les faits de l'affaire. Le Belgique prétendant protéger des ressortissants belges, il faut s'assurer que les personnes en question

¹ Je partage les vues exposées par le juge sir Gerald Fitzmaurice sur la jonction des exceptions préliminaires, aux paragraphes 84 à 90 de son opinion individuelle.

SEPARATE OPINION OF JUDGE GROS

[Translation]

1. Although the force of *res judicata* does not extend to the reasoning of a judgment, it is the practice of the Court, as of arbitral tribunals, to stand by the reasoning set forth in previous decisions (cf. Judgment No. 10: "The Court sees no reason to depart from a construction which clearly flows from the previous judgments the reasoning of which it still regards as sound"; *P.C.I.J., Series A, No. 11*, p. 18). Although I accept the operative part of the present Judgment, my reasoning is entirely different. Considering the importance of the case from the point of view of its consequences on the law applicable to international economic relations, I feel it my duty to set forth, as briefly as possible, the reasons which lead me to accept only the operative part of the Court's decision.

2. The separation of fact and law is for the international judge merely a working-method in the first stage of considering a case; but to judge is always to apply a rule of law to particular facts. What has therefore to be done is to ascertain, taking account solely of the facts of the case, what rules of international law are applicable to the treatment given in Spain to a limited company, Barcelona Traction, as from the decision rendered by the Reus judge on 12 February 1948, according to the terms of the claim set forth in the Application dated 19 June 1962 and in the final submissions of the Belgian Government on 9 July 1969. "Each case must be considered on its individual merits" (*P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 69).

3. If the question of the nationality of the claim is taken first, which is the way the Court decided to proceed, the facts assume crucial importance in the present case, and it was precisely the idea that the third and fourth preliminary objections could not be decided without full knowledge of the merits which served to justify the joinder effected by the Judgment of 24 July 1964¹. This was thrown into particular relief, as regards the third objection, i.e., the very point on which the present Judgment is based, by the observation which the President made on the Court's behalf in opening the hearing of 13 March 1964.

What then are the facts of the case? Since Belgium is claiming to protect Belgian nationals, it has to be verified that the persons in question

¹ I share the views on this joinder expressed by Judge Sir Gerald Fitzmaurice in paragraphs 84-90 of his separate opinion.

étaient belges à la date des actes dont il est fait grief à l'Espagne et l'étaient encore lors du dépôt de la requête. Mais ce problème de preuve de la nationalité de la réclamation a été laissé de côté et la Cour a traité en priorité et exclusivement du droit d'agir de la Belgique pour le compte des actionnaires de la société Barcelona Traction. Bien que la Cour, par la motivation adoptée, n'ait tranché que ce point de droit, je devrai me référer aussi au problème de la preuve de la nationalité de la réclamation.

4. Dans la recherche des personnes pour qui la Belgique a pris fait et cause, il faut avant tout noter un aspect fondamental de l'affaire dont il résulte que toute théorie générale sur le statut des sociétés anonymes ne tient pas compte des faits particuliers de l'espèce et passe à côté du problème juridique posé à la Cour. En protégeant des actionnaires de la société, la Belgique prétend protéger des personnes physiques en nombre restreint et des sociétés actionnaires de Barcelona Traction; c'est-à-dire un investissement important de l'économie belge. Ce n'est pas une situation simple, comme s'il s'agissait d'une société anonyme dont le capital est réparti entre quelques centaines d'actionnaires, personnes physiques dont on peut avoir facilement la liste (cf. sur ce point le rôle des associations de défense des actionnaires, soit nationales, soit particulières, notamment dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. I, p. 86). La Barcelona Traction est une société intégrant quatorze autres sociétés (cf. à l'ann. 24, p. 159, vol. I, annexes au mémoire, le tableau montrant la constitution des sociétés du groupe Barcelona Traction au 31 décembre 1947), et elle est, elle-même, intégrée dans un groupe qui semble dirigé par la société Sofina et qui comporte des relations particulières entre plus de quatre-vingts sociétés, à en juger par la table des matières pour Belgique et Luxembourg de *Who Owns Whom* (Part. I, B.E.13). On ne peut ignorer purement et simplement ce fait et raisonner comme s'il s'agissait de la protection diplomatique d'une société anonyme quelconque. L'affaire actuelle est particulière, d'une part parce que les actionnaires principaux de la Barcelona Traction sont des sociétés, d'autre part parce que la Barcelona Traction elle-même est une société holding d'un groupe de quatorze sociétés qu'elle contrôle soit à 100 pour cent (neuf sociétés), soit à presque 100 pour cent (quatre) ou 90 pour cent (une). Ce sont là des traits qui ont plusieurs conséquences juridiques, sur le problème de la protection diplomatique et sur celui de la juridiction compétente pour juger des activités du groupe. Le problème posé est celui du sort d'un investissement important qu'on soutient avoir été fait par l'économie belge en Espagne et c'est à ce problème qu'il convient d'apporter une réponse. A une époque où, de 1954 à 1968, il y eut environ 30 milliards de dollars d'investissements privés, le droit international ne peut ignorer le phénomène de l'investissement, et il serait difficile de prétendre qu'il n'existait pas pendant la période critique 1948-1952.

5. Pour faciliter cet exposé et en simplifier la présentation, une obser-

were Belgian at the time of the acts with which Spain is reproached and were still Belgian at the moment when the Application was filed. Yet this question of proof of the nationality of the claim has been left aside and the Court has dealt in the first place and exclusively with Belgium's right to institute proceedings in behalf of the shareholders in Barcelona Traction. Though the Court, in the reasoning it chose to follow, dealt only with this point of law, I shall also have to refer to the question of proof of the nationality of the claim.

4. In seeking to ascertain what are the persons whose case Belgium has taken up, one must first and foremost pay attention to a fundamental aspect of the case from which it is evident that any general theory on the status of limited companies fails to take account of the particular facts in the present case and ignores the legal problem with which the Court is faced. In protecting shareholders in the company, Belgium claims to be protecting a moderate number of natural persons and certain companies that hold stock in Barcelona Traction; i.e., an important investment on the part of the Belgian economy. This is not a simple situation, as if it were a question of a limited company whose capital was shared among a few hundred natural persons the list of whose names was readily available (cf. on this point the role of shareholders' protection associations, either national or *ad hoc*, in particular in the *Certain Norwegian Loans* case, *I.C.J. Pleadings*, Vol. I, p. 86). Barcelona Traction is a company heading 14 others in a group of its own (see A.M., Vol. I, Ann. 24; the table shows the composition of the Barcelona Traction group of companies as at 31 December 1947), while itself forming part of a group which appears to be controlled by the Sofina company and, judging by the Belgium-Luxembourg index in *Who Owns Whom* (Part I, B.E.13), involves over 80 closely linked companies. One cannot simply ignore this fact and argue as if the case concerned the diplomatic protection of an ordinary limited company. The present case is a special one, firstly because the principal shareholders in Barcelona Traction are companies and secondly because Barcelona Traction itself is the holding company of a group of 14 others which it controls either 100 per cent. (nine companies), or nearly 100 per cent. (four) or 90 per cent. (one). These features have several legal consequences for the question of diplomatic protection and for that of the jurisdiction competent to pass judgment on the activities of the group. The question that has been raised concerns the fate of a large investment claimed to have been made by the Belgian economy in Spain, and it is to this question that an answer must be given. When the times are such that from 1954 to 1968 private investments of the order of 30,000 million dollars were made, international law cannot ignore the phenomenon of investment, and it can hardly be claimed that it did not exist in the critical period of 1948-1952.

5. To facilitate this exposé and simplify its presentation, one funda-

vation doit être faite sur le droit de protection dans l'ordre international. Lorsque la Cour l'a défini dans l'affaire *Nottebohm*, ce fut en ces termes :

« La protection diplomatique et la protection par la voie judiciaire internationale constituent une mesure de défense des droits de l'Etat. Comme l'a dit et répété la Cour permanente de Justice internationale, « en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international ». » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.)

Le plus souvent, cette formule classique est tenue pour une explication du rôle de l'Etat dans l'action sur le plan international, par rapport à la situation de l'individu. Cette vue des choses pouvait bien être, à l'origine, celle qu'imposait la société des Etats telle qu'elle apparaissait au XIX^e siècle et, déjà avec des atténuations évidentes, pendant le premier tiers du XX^e siècle. Mais depuis lors, et singulièrement à l'époque actuelle, la formule selon laquelle, en défendant ses ressortissants, l'Etat fait valoir sur le plan international « son droit propre », a pris une réalité qui dépasse la justification procédurale de son origine. En laissant de côté la situation des Etats socialistes où le problème d'investissements privés ne peut se poser et où la garantie des investissements publics est obtenue par d'autres procédés¹, et en restreignant l'examen de la nature juridique de l'action judiciaire internationale aux Etats adoptant un régime économique libéral, le monde économique présente aujourd'hui des phénomènes d'intervention et de responsabilité de l'Etat dans les activités économiques de ses ressortissants sur le territoire national et à l'étranger, d'une telle fréquence et d'une telle intensité que la séparation de l'intérêt des individus et de l'intérêt de l'Etat ne correspond plus à la réalité.

Quelques brèves indications suffiront, cette situation étant bien connue. Pour rester dans le domaine des sociétés anonymes, l'importance des mesures prises par de nombreux Etats pour préserver le caractère national de ces sociétés, pour contrôler le problème de l'emploi, l'aide directe apportée par l'Etat pour encourager les investissements et le système d'assurance étatique des risques courus à l'étranger par des sociétés nationales, sont des exemples de la manière dont s'exerce un « droit propre » de l'Etat au contrôle de la croissance de l'économie nationale, celle-ci recouvrant l'ensemble des activités d'entreprises privées dont le résultat entre dans le produit national brut. Ainsi, lorsque, à la suite d'un risque couvert par un contrat d'assurance-crédit, un Etat

¹ Cf. « Observations sur les méthodes de protection des intérêts privés à l'étranger » dans les *Mélanges Rolin*, 1964, p. 125-133.

mental observation is called for with respect to the right of protection in international law. When the Court defined such protection in the *Nottebohm* case, it was in these terms:

“Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State. As the Permanent Court of International Justice has said and has repeated, ‘by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights—its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law’ . . .” (*I.C.J. Reports 1955*, p. 24.)

This classic formula is usually held to be an explanation of the role of the State when acting on the international plane, in relation to the position of the individual. This view of matters might well originally have been that called for by the comity of nations as it appeared in the nineteenth century and, already with evident attenuations, during the first third of the twentieth century. But since then, and particularly at the present day, the formula that in defending its nationals a State is asserting “its own rights” at the international level has acquired a reality which goes further than the procedural justification of its origin. Leaving aside the position of the socialist States where the question of private investments cannot arise and the security of public investments is obtained by other methods¹, and confining our consideration of the legal nature of international judicial action to States with a liberal economic system, the economic world today exhibits phenomena of State intervention in and responsibility for the economic activity of the subject within the national territory or abroad which are so frequent and thoroughgoing that the separation of the interest of the individual from that of the State no longer corresponds to reality.

A few brief illustrations will suffice, since this situation is well known. To remain in the field of limited companies, the scale on which many States have acted to preserve the national character of such companies or regulate the labour problem, the direct aid granted by the State to encourage investment, and the system of State guarantees against the risks incurred in foreign countries by domestic companies, are examples of the way in which the State asserts its “own right” to control the growth of the national economy, ranging over the whole of the activities of private undertakings, the results of which enter into the gross national product. Thus when, in consequence of a risk covered by an export-credit guarantee, a State undertakes to make good to a domestic com-

¹ See “Observations sur les méthodes de protection des intérêts privés à l'étranger” in *Mélanges Rolin*, 1964, pp. 125-133.

assume la réparation des dommages causés par un autre Etat, sur le territoire de celui-ci, à une société anonyme relevant du premier Etat, c'est un effort financier de la communauté nationale qui permet d'assumer cette responsabilité par une solidarité fondée sur l'idée que certaines exportations sont nécessaires à la prospérité de la nation¹. (Voir aussi la législation des Etats-Unis permettant la protection d'industries nationales contre des menaces « effectives ou potentielles »; les dispositions interdisant aux filiales de sociétés américaines, où qu'elles soient, de commercer avec certains pays lorsque 50 pour cent ou plus de leur capital appartient à des actionnaires américains; la loi japonaise du 10 mai 1950 autorisant les investissements étrangers « qui contribuent à l'expansion saine et autonome de l'économie japonaise et à l'amélioration de la balance des paiements du pays... ».) L'arrangement de Luxembourg du 29 janvier 1966 entre les six Etats membres de la CEE comporte une reconnaissance du caractère national des intérêts économiques « très importants » d'un Etat (l'un des Etats membres de la Communauté économique européenne déclare qu'aucune majorité ne saurait contraindre un Etat membre à prendre des mesures qu'il juge contraires à son intérêt national). Dans tous ces cas, qui ne sont que des exemples d'une société industrielle planifiée, il apparaît que la représentation des rapports entre investisseurs privés et Etat comme de simples rapports de droit interne, tant en ce qui concerne l'Etat de l'investisseur que l'Etat où se fait l'investissement, n'est plus en accord avec les faits économiques. L'investissement privé n'est plus une opération isolée mais un élément de la politique de croissance de l'économie nationale.

6. Sans même qu'il soit nécessaire de développer une théorie classique des économies planifiées, il suffira pour l'examen de la présente affaire de rappeler quelle était la situation des Parties à l'époque des faits, en 1948-1952. Alors que la Belgique et l'Espagne tentaient de relever leurs économies dévastées par la guerre mondiale ou la guerre civile, une description exacte des réalités économiques montre que toutes les ressources de ces Etats, comme celles des autres Etats européens, étaient alors mobilisées pour la reconstruction; l'importation, l'exportation, les transports étaient sous le contrôle de l'Etat. Toute atteinte à des éléments essentiels de l'économie nationale était bien une atteinte à l'effort de reconstruction de l'économie nationale. Si, comme on le soutient, l'investissement belge était aussi important dans l'entreprise Barcelona Traction en Espagne, c'était un élément sur lequel le Gouvernement belge était en droit de compter dans ses plans de reconstruction (dans les conclusions finales la valeur 1948 est estimée à 116 millions de dollars). Les effets des deux guerres mondiales sur les investissements à l'étranger des ressortissants des Etats belligérants sont connus; chaque fois les fonds placés à l'étranger ont dû être liquidés et rapatriés.

¹ Cf. « Note sur l'évolution récente des problèmes de l'assurance-crédit à l'exportation »; Nations Unies, Commission économique pour l'Europe, *Bulletin économique*, vol. 12, 1960, n° 2, p. 59 et suiv.

pany any damage caused it by another State within the latter's territory, it is a financial effort on the part of the national community which enables this liability to be assumed, through a solidarity based on the idea that certain exports are necessary for the prosperity of the nation¹. (Cf. likewise the United States legislation providing for the protection of domestic industries against "actual or potential" threats; the provisions prohibiting the subsidiaries of American companies, wherever they may be, from trading with certain countries when 50 per cent. or more of their capital belongs to American shareholders; the Japanese law of 10 May 1950 authorizing foreign investment "which contributes to a healthy and independent expansion of the Japanese economy and to the improvement of the country's balance of payments . . .") The Luxembourg Agreement of 29 January 1966 between the six member-States of the European Economic Community contains a recognition of the national character of the "very important" economic interests of a State (one of the signatories declared that no majority could force a member-State to take measures which it regarded as contrary to its national interests). It is clear from all these examples, which are merely illustrations of a planned industrial society, that it is nowadays out of touch with the facts of economics to represent the relations between private investors and the State—whether that of the investor or the State where the investment is made—as mere relations of municipal law. Private investment is no longer an isolated operation but a factor in the national economic growth policy.

6. For the examination of the present case, however, there is no need to expound the classic theory of planned economies: it will be sufficient to recall the situation of the Parties at the material time, i.e., in 1948-1952. In a period when Belgium and Spain were endeavouring to restore their economies, devastated by the world war or the civil war, a true account of the economic facts shows that all their resources, like those of other European States, were at that time mobilized for reconstruction; imports, exports and transport were State-controlled. Any harm done to essential elements of the national economy constituted, indeed, harm to the efforts at reconstructing that economy. If, as has been maintained, the Belgian investment in the Barcelona Traction undertaking in Spain was so considerable, it formed an element on which the Belgian Government was entitled to count in its plans for reconstruction (in its final submission the 1948 value is estimated at 116 million dollars). The effects of two world wars on the foreign investments of nationals of the belligerent States are well known: each time funds invested abroad have had to be liquidated and repatriated.

¹ See "A Note on Recent Developments and Problems of Export-Credit Guarantees" in *Economic Bulletin* of U.N. Economic Commission for Europe, Vol. 12, 1960, No. 2, pp. 51 ff.

7. A une époque de planification de la vie économique de la Belgique c'est présenter une vue théorique des faits que les interpréter en fonction des rapports juridiques classiquement établis entre individus et sociétés anonymes dans un monde économique libéral qui avait disparu avec la guerre mondiale.

Si l'on tient compte de la situation économique où se trouvent les deux Parties au moment du différend, la distinction sur laquelle se fonde l'arrêt entre les droits et les intérêts pour expliquer la situation des actionnaires ne correspond pas aux faits de la présente affaire.

8. La thèse adoptée par la Cour est que, du fait de son statut juridique d'actionnaire en droit interne, un individu ne peut obtenir, en droit international, la protection de son Etat en cas d'acte illicite imputable à un Etat étranger et atteignant la société anonyme dans ses biens. J'ai indiqué la raison pour laquelle le problème posé à la Cour est différent: le rapport individuel actionnaire-société est confondu dans le phénomène de l'investissement global. Mais, même en se plaçant sur le terrain de l'arrêt, la thèse ne me paraît pas convaincante.

Dans la motivation adoptée par la Cour le problème peut être divisé en deux: en premier lieu, est-ce la qualité d'actionnaire qui rend impossible la protection, ou, en second lieu, est-ce la nature du dommage qui est causé à l'actionnaire « à travers » les biens de la société?

Dans cette affaire on parle de l'actionnaire comme d'un être abstrait et toujours identique à lui-même. Or il existe au moins trois catégories d'actionnaires: le bon père de famille, assez ignorant des problèmes détaillés de l'investissement et généralement constant dans ses placements¹ - le spéculateur qui achète pour revendre vite - l'homme d'affaires ou la société qui, en tant qu'actionnaires, contrôlent l'activité d'une société dans leur intérêt propre, parfois avec une faible participation (les milieux financiers parlent de 10 pour cent dans certaines conditions), soit par une présence effective dans les organes directeurs de la société ou dans les banques qui lui prêtent leur nécessaire concours, soit aussi par la conclusion d'accords de coopération technique ou commerciale.

La première catégorie d'actionnaires n'est pas différente par nature d'une personne dont un dépôt d'argent ou un bien quelconque à l'étranger disparaîtrait à la suite d'un acte illicite imputable à l'Etat étranger.

Il faut donc établir que l'action serait une forme de droit de propriété non protégée pour des raisons propres au régime juridique des rapports

¹ C'est pour cette catégorie d'actionnaires qu'on serait tenté d'admettre *prima facie* la « continuité » de la propriété d'actions Barcelona Traction acquises avant 1948 jusqu'à 1962. C'est aussi pour ces actionnaires individuels que, malgré les traits particuliers de la société holding, pourrait se poser la question de savoir si des droits propres avaient été atteints, comme le dit l'arrêt au paragraphe 47. Mais la demande n'a pas porté sur ce point de droit.

7. In respect of a period when the economic life of Belgium was ordered by planning, it is an academic view of the facts that would construe them in terms of the classic legal relationships which obtained between individuals and limited companies in a world of liberal economics that had disappeared by the advent of the world war.

If the economic situation of the Parties at the time of the dispute be taken into account, the distinction between rights and interests upon which the Judgment bases its explanation of the position of the shareholders does not correspond to the facts of the case.

8. The position adopted by the Court is that an individual cannot, owing to his legal status as a shareholder in municipal law, obtain, in international law, the protection of his national State in cases of unlawful acts, attributable to a foreign State, which result in material loss for the company. I have indicated the reason why the problem before the Court is a different one: because the relationship between the individual shareholder and the company is inextricable from the phenomenon of overall investment. However, even on the Judgment's own ground, the position does not strike me as convincing.

In terms of the reasoning followed by the Court, the problem may be divided into two: in the first place, is it the status of shareholder which makes protection impossible or is it, in the second place, the nature of the damage caused to the shareholder "through" the assets of the company?

In the present case, the shareholder has been treated in discussion as a uniform abstract being. But there are in fact at least three categories of shareholder: the small private investor, largely unfamiliar with the detailed problems of investment and inclined to leave his investments undisturbed¹; the speculator, who buys for a quick resale; the businessman or company that, as shareholders, control the activity of a company in their own interest, at times with a proportionally small holding (financial circles speak of 10 per cent.), either by means of their actual presence in the organs running the company or the banks lending it vital assistance or by the conclusion of agreements for technical or commercial co-operation.

There is no essential difference between a shareholder in the first category whose investment abroad is lost on account of an unlawful act attributable to the foreign State, and the owner of a deposit of money or some other property abroad which has disappeared for the same reason.

It therefore remains to be shown that the share is a form of property right which, for reasons peculiar to the legal régime governing the rela-

¹ It is in respect of this category of shareholder that one would tend to concede, *prima facie*, a "continuity" in the ownership of Barcelona Traction shares acquired before 1948, up to 1962. It is also in respect of these individual shareholders that, despite the particular characteristics of the holding company, the question might arise of whether direct rights have been infringed, as the Judgment says in paragraph 47. However, the claim was not concerned with this legal point.

entre la société anonyme et ses actionnaires. C'est le raisonnement adopté par l'arrêt et que je regrette de ne pouvoir accepter. Il repose en effet sur une conception du rôle de la Cour et des rapports entre droit international et droit interne qu'on peut résumer ainsi :

- a) le juge international doit renvoyer aux notions du droit interne la définition des rapports juridiques entre la société et l'actionnaire;
- b) le droit interne ne comporte pas de droit d'action de l'actionnaire pour le compte de la société;
- c) ce droit n'existant pas, l'Etat de l'actionnaire ne peut invoquer le droit de protection pour ce qui n'est qu'un intérêt financier individuel.

9. La prémisse du raisonnement me semble aussi inacceptable que ses conclusions. Le renvoi au droit interne aboutit en l'espèce à établir une supériorité du droit interne sur le droit international, ce qui est une véritable négation de celui-ci. Il peut se faire, dans certaines affaires, que le seul problème à juger soit celui de la conformité d'une règle de droit interne avec une règle conventionnelle et que, pour ce faire, il soit nécessaire d'interpréter le droit interne tel qu'il est. Mais ici nous avons une situation différente où un déni de justice est invoqué à l'encontre de ressortissants étrangers, tant la société elle-même que les actionnaires. Tenir pour une cause d'irresponsabilité internationale d'un Etat pour un prétendu déni de justice le fait que son droit interne ou des droits internes quelconques ignorent le droit d'action de l'actionnaire n'est pas admissible. Pas plus que l'absence de règles internes sur la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par le législateur, l'administration ou le juge n'est prise en considération par le droit international.

10. Dans la présente affaire les règles du droit interne ne sont pas autre chose que des éléments de fait du dossier et elles méritent la même attention que les autres faits et la même rigueur dans leur interprétation, mais pas davantage. La Cour n'a pas à appliquer les règles du droit interne, comme le ferait le juge national de dernier ressort, aux rapports société-actionnaire; elle en tient compte comme des faits pour son appréciation de la situation juridique qui lui est présentée par les parties afin de vérifier si l'ensemble de cette situation est conforme ou non aux règles du droit international. Et ce sont ces dernières règles qui constituent pour le juge international les motifs de sa décision. Il ne suffit donc pas de dire qu'un droit national établissant une certaine relation juridique, celle-ci, par l'effet du « renvoi » au droit interne, s'impose avec la même force juridique, au juge international. Celui-ci prend cette relation juridique comme un fait établi et la confronte aux règles du droit international. Ainsi, en l'espèce, pour la relation actionnaire-société anonyme que nous examinerons plus avant.

tionships between a limited company and its shareholders, is not protected. This is the reasoning followed by the Judgment, and I regret that I am unable to accept it. For it is based on a conception of the role of the Court, and of the relationship between international and municipal law, which may be summarized as follows:

- (a) an international court must fall back on concepts of municipal law when seeking to define the legal relationships between the company and the shareholder;
- (b) municipal law does not comprise any right of action of the shareholder in behalf of the company;
- (c) since such right of action does not exist, the State of the shareholder cannot invoke its right of protection for what is no more than an individual financial interest.

9. The premise of this reasoning seems to me as unacceptable as its conclusions: the *renvoi* to municipal law leads eventually, in the present case, to the establishment of a superiority of municipal over international law which is a veritable negation of the latter. It may happen, in certain cases, that the only problem to be decided is that of whether a rule of municipal law is in conformity with a treaty rule, and that it is necessary for the purpose to interpret municipal law as it stands. But here we have a different situation, one in which a denial of justice is alleged to have been committed against foreign nationals, both the company itself and the shareholders. To consider as a ground for exonerating a State from international responsibility for an alleged denial of justice the fact that its municipal law, or some systems of municipal law, do not feature a shareholder's right of action is not admissible; any more than the absence of municipal rules on the responsibility of the State for damage caused by the legislature, administration or judiciary is taken into account by international law.

10. In the present case, the rules of municipal law are nothing more than facts in evidence, and they deserve the same attention as the other facts, and the same rigour in their interpretation, but no more. The Court does not have to apply the rules of municipal law, as a municipal court of last instance would, to the relationships between the company and the shareholder; it takes account of them as being facts for the purpose of its appraisal of the legal situation laid before it by Parties and in order to see whether that situation as a whole is in conformity with the rules of international law or not. It is the latter rules which for an international tribunal go to constitute the reasons of its decision. It is therefore not enough to say that since a given municipal legal system creates a certain legal relationship, an international tribunal is obliged, on account of *renvoi* to municipal law, to accept that relationship as possessing the same legal cogency. The international tribunal takes this legal relationship as an established fact and tests it against the rules of international law. This holds good in the present case for the

11. Une remarque d'abord sur la portée limitée de l'arrêt. S'il est exact que, entre 1948 et 1952, au moment des actes incriminés qui ont consommé le transfert de l'investissement en cause dans les rapports entre la Belgique et l'Espagne, les systèmes juridiques des deux pays ne contenaient pas de dispositions permettant de manière générale à un actionnaire d'agir à la place ou pour le compte de la société anonyme, cela n'est pas une règle généralement reconnue. Il suffira de signaler les dispositions adoptées par la loi française du 24 juillet 1966 qui institue pour une minorité d'actionnaires un mécanisme de participation au contrôle de la gestion de la société anonyme ainsi qu'une action en réparation de préjudices subis par la société (art. 226 et 245¹). On aboutit à ce résultat que la situation de l'actionnaire quant à l'exercice de la protection diplomatique dépendrait, dans chaque cas, de l'existence de dispositions de droit interne; il suffirait, dans un cas d'investissement à l'étranger, que l'un des Etats en cause reconnaisse un droit d'action individuel à l'actionnaire pour que la théorie du renvoi ne permette plus de conclure au défaut de qualité de l'Etat.

12. Si la technique du renvoi n'est pas applicable en l'espèce et si les dispositions de droit interne ne sont que des éléments de fait, le grief de spoliation effectuée à l'encontre des actionnaires d'une société anonyme doit être jugé en fonction des règles du droit international applicables aux investissements étrangers sur le territoire d'un Etat et il semble que, entre deux Etats européens tels que la Belgique et l'Espagne, aussi bien aux dates critiques qu'aujourd'hui, la perte totale de biens à la suite d'actes qualifiés d'illicites et sans aucune indemnisation, ce qui équivaut à une confiscation, demeure un grief justifiant l'action en responsabilité internationale. Le protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme du 29 mars 1952 décide:

« Article 1. Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi *et les principes généraux du droit international*. » (Les italiques sont de nous.).

Bien que l'Espagne ne soit pas partie à cette convention, il n'est pas douteux qu'elle en accepte le contenu. Le moins qu'on puisse dire est qu'il s'agit là d'un principe général de droit qui ne perd rien de sa force obligatoire du fait de sa réaffirmation dans le protocole de 1952; il est directement opposable à l'Espagne, en dehors du texte conventionnel. L'investissement est une décision d'affecter des biens à une activité de

¹ Aussi en droit suédois, loi sur les sociétés de 1944, révisée en 1948, art. 129, droit d'action pour une minorité d'actionnaires de 10 pour cent; de même en droit norvégien, loi sur les sociétés de 1957, art. 122; en droit allemand, art. 122-124.

relationship between the shareholder and the limited company, which we will examine further below.

11. First, an observation with regard to the limited scope of the Judgment. If it is true that between 1948 and 1952, at the time of the acts complained of whereby the investment in question changed hands from the viewpoint of Hispano-Belgian relations the legal system of neither country contained any provision generally enabling a shareholder to act in place or in behalf of a limited company, that is not a generally accepted rule. Suffice it to refer to the provisions of the French law of 24 July 1966, which institutes for a minority of shareholders a mechanism enabling them to participate in controlling the way a limited company is run, as well as an action for the reparation of damage sustained by the company (Articles 226 and 245)¹. The result finally produced is that the position of the shareholder as regards the exercise of diplomatic protection would depend in each case on the existence of provisions of municipal law; if, in a given case of investment abroad, one of the States in question allowed shareholders an individual right of action, that would be sufficient to preclude basing on the *renvoi* theory any finding that the State had no capacity.

12. If the *renvoi* method is not applicable in the present case and if the provisions of municipal law are merely factual data, the complaint that the shareholders in a limited company were despoiled must be judged in terms of the rules of international law applicable to foreign investments in the territory of a State, and it would appear that, as between two European States such as Belgium and Spain, on the critical dates no less than at present, a total loss of assets that results from acts described as unlawful and is wholly unindemnified, which amounts to confiscation, constitutes a grievance justifying a claim to establish international responsibility. The protocol of 20 March 1952 to the European Convention on Human Rights declares:

“Article I: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by *the general principles of international law. . .*” (My italics.)

Although Spain is not a party to that convention, there can be no doubt but that it accepts its content. The least that can be said is that here is a general principle of law which loses none of its binding force through being restated in the 1952 protocol; irrespective of any treaty provisions, it is directly opposable to Spain. Investment consists of a decision to assign assets to a productive activity; it does not, merely

¹ Likewise the Swedish company-law of 1944, revised in 1948, provides a right of action for a 10 per cent. minority of shareholders (Art. 129); there are similar provisions in Norwegian law (Art. 122 of the 1957 company-law) and in Articles 122-124 of the corresponding law of the Federal Republic of Germany.

production; parce qu'il est fait dans un Etat étranger il ne devient pas une forme de propriété fragile et confiscable sans recours alors que, fait sur le territoire national, il est fermement protégé contre l'illicite. La présente affaire oppose deux Etats dont les concepts économiques et juridiques sont les mêmes; toute référence à des systèmes juridiques différents est d'autant moins acceptable que, généralement, ceux-ci excluent le recours au juge international et que leurs règles ne peuvent donc être exposées à l'examen de ce juge. J'ajouterai qu'il est paradoxal, et c'est une litote, d'invoquer la protection des droits de l'homme au nom de l'universalité et en même temps d'en exclure la protection des biens contre l'illicite au nom d'une conception particulière, contestataire de ce droit.

Il faut bien constater qu'une entreprise industrielle, dont personne n'a jamais prétendu avant 1948 qu'elle était espagnole, l'est devenue, contre la volonté des organes sociaux de la Barcelona Traction, à la suite d'actions qualifiées globalement et dans le détail de déni de justice. En fait, l'entreprise est aujourd'hui incorporée dans l'économie espagnole, par une sorte de « nationalisation » qui, si elle a été opérée par un détournement de procédure, constitue une violation du droit international entre les Parties. Il est clair que toute nationalisation régulière eût été accompagnée d'une indemnisation. Le fait que des négociations entre les groupes privés ait arrêté la première procédure montre aussi que le principe d'une certaine indemnisation était accepté du côté espagnol. Je vois mal comment on pourrait prétendre que, entre les Parties en cause, une confiscation non régulière ne serait pas une violation du droit international, sous le seul motif que l'actionnaire, en droit interne, n'aurait pas un recours propre. C'est véritablement déplacer le problème sans y répondre.

13. Si la thèse de l'impossibilité d'agir sur le plan international en faveur des actionnaires d'une société anonyme ne peut se justifier par le renvoi à un droit interne qui ignore l'action propre de l'actionnaire, il faut étudier la seconde raison mise en avant pour refuser qualité pour agir à l'Etat dont les actionnaires sont les ressortissants.

L'actionnaire ne pourrait subir un dommage propre, a-t-on soutenu, il s'agirait toujours d'un dommage à la société; il peut certes y avoir effet personnel sur la fortune de l'actionnaire, mais par « ricochet ». Ici encore nous trouvons la même théorie fondée sur certains droits internes aux débuts de la législation sur les sociétés anonymes et expliquant celle-ci par l'idée que l'actionnaire fait abandon de sa participation et doit assumer tous les risques sans avoir droit à la protection qu'aurait l'obligataire-créancier. Pour le bon père de famille cette théorie est inexacte dans sa justification économique, mais elle l'est bien davantage pour la plupart des sociétés importantes dans la vie économique moderne — et cela déjà en 1948. L'actionnaire n'a plus de rôle utile dans le contrôle de la gestion de la société par les assemblées générales car

because it takes place in a foreign country, thereby turn into a vulnerable form of property subject to confiscation without redress, when it enjoys secure protection from unlawful acts if carried out within the national territory. The opponents in the present case are two States whose economic and legal conceptions are the same; any reference to different legal systems is the less acceptable that, generally speaking, they exclude resort to an international court, with the result that their rules cannot be subjected to the examination of such a tribunal. I would add that it is paradoxical, to say the least, to invoke the protection of human rights in the name of universality while at the same time excluding from it the protection of property from unlawful acts in the name of a particular way of thinking which contests that right.

One cannot but observe how an industrial undertaking which nobody ever claimed to be Spanish before 1948 became Spanish, against the will of the corporate organs of Barcelona Traction, as a result of acts characterized as a denial of justice both overall and in detail. In fact the undertaking is today incorporated into the economy of Spain by a sort of "nationalization" which, if it was effected by a misuse of legal procedure, constitutes a breach of international law as between the Parties. It is clear that any nationalization of a regular kind would have been accompanied by compensation. The fact that negotiations between the private groups involved halted the first proceedings also shows that the Spanish private group accepted in principle that some compensation should be provided. I find it hard to see how it could be claimed that, as between the Parties, an irregular confiscation would not be a breach of international law, on the sole ground that in municipal law the shareholder, as such, would have no direct remedy. That is really to displace the problem rather than solve it.

13. If the view that it is impossible to take international proceedings in behalf of the shareholders in a limited company cannot be justified by a *renvoi* of the question to a system of municipal law from which a shareholder's right of action is absent, it remains to examine the second reason advanced for finding that the State of which the shareholders are nationals lacks capacity to institute proceedings.

It has been maintained that the shareholder cannot sustain direct damage: the damage is always to the company; it is true that the shareholder's personal finances might be adversely affected, but only "on the rebound". Here we once again come up against the theory based on certain systems of municipal law as they stood in the early stages of limited-company legislation, explaining the latter by the idea that the shareholder confides his investment to the company for better and for worse, and must accept all the risks without having any right to the protection which the holder of a bond enjoys. As applied to the small private investor, this theory is incorrect in its economic justification, but it is even more incorrect as regards the majority of large companies in the modern economic scene—and this was already true in 1948. The

« nous constatons une confiscation totale du pouvoir de l'assemblée générale par le conseil d'administration et une omnipotence effective du conseil » (A. Tunc, dans *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, 1959, p. 11) ¹.

C'est donc fonder le refus de protection d'un actionnaire sur un motif aujourd'hui inexact car la « nature juridique » des rapports entre la société et l'actionnaire n'a plus aucune commune mesure avec les textes législatifs du début du XIX^e siècle. L'analyse juridique ne peut ignorer les faits économiques; l'opposition actionnaire-obligataire n'a plus de sens si l'on envisage la situation de l'Etat par rapport à la société. Les diverses assurances que l'Etat donne aux actionnaires autant qu'à la société par ses interventions de protection (le crédit en cas de menace de fermeture d'une entreprise) sont la négation même de la notion du risque. L'investissement est un moyen de la politique économique générale. Mais la théorie du risque financier à supporter par l'actionnaire doit être écartée pour une raison tenant à l'idée déjà indiquée que la situation de droit international créée par une confiscation qualifiée d'illicite ne peut être ignorée par le seul motif que les actionnaires doivent accepter tous les risques. C'est supposer le problème de fond résolu, car s'il y a une confiscation illicite, il y a violation du droit international. Les étrangers, parce que actionnaires, ne sont pas tenus par le droit international de courir le risque de disparition de leurs investissements par des actes illicites. Le risque de l'actionnaire est un risque financier, pas un risque de l'illicite.

14. La situation de droit international qu'il faut prendre en considération en l'espèce est une série d'actes qualifiés d'illicites et leurs effets vis-à-vis des investissements faits par des ressortissants d'un autre Etat. Affirmer, par une explication qui ne correspond plus au droit contemporain des sociétés de capitaux, que l'actionnaire est toujours un spéculateur qui doit assumer tous les risques n'est non seulement pas opposable sur le plan du droit international à l'Etat qui constate que son économie générale est atteinte à travers les investissements de ses ressortissants par l'acte qualifié d'illicite, mais ne tient pas compte de la règle de droit international prohibant les confiscations sans indemnité ².

¹ Pour les Etats-Unis voir J. K. Galbraith, *The New Industrial State*, Londres 1967:

« For many years those who specialize on the problems of the corporation have been much concerned with the way control in the large firm has been passing without recourse from stockholders to the hired management. The latter, as sufficiently noted in this study, selects itself and its successors as an autonomous and self-perpetuating oligarchy » (p. 403).

Naturellement il faut tenir compte de l'effort législatif dans certains pays pour remédier à cette situation — cf. par. 11 ci-dessus.

² Le droit moderne de la faillite a autant évolué que le droit des sociétés de capi-

shareholder no longer plays any useful part in controlling the management of the company via general meetings, for "we observe that the board of directors has entirely confiscated the power of the general meeting and become to all intents omnipotent" (A. Tunc, in *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, 1959, p. 11) ¹.

The theory in question, therefore, bases the refusal of shareholder protection on a reason which is today incorrect, because the "legal nature" of the relationships between the company and the shareholder now has scarcely anything in common with the legislative texts of the early nineteenth century. It is inadmissible for the legal analysis to ignore the economic facts; the shareholder-bondholder contrast is now meaningless if the situation of the State in relation to the company be envisaged. The various guarantees that the State gives the shareholders no less than the company by its protecting interventions (advancing credit in the event that an undertaking be threatened with closure) are the very negation of the notion of risk. Investment is an instrument of general economic policy. But the theory of the financial risk to be borne by the shareholder must be ruled out for a reason deriving from the above-mentioned idea that the situation created in international law by a confiscation characterized as unlawful cannot be ignored on the sole ground that shareholders must accept all the risks. That is to proceed as if the substantive issue had been settled, for if there has been unlawful confiscation, there has been a breach of international law. Foreigners are not, just because they are shareholders, bound under international law to run the risk of seeing their investments disappear as a result of unlawful acts. The shareholder's risk is a financial one, not a risk of subjection to unlawful treatment.

14. The international-law situation which must be taken into account in the present case is made up of a series of acts on the part of one State which have been described as unlawful, and of their effects upon investments made by the nationals of another State. To affirm that the shareholder is always a speculator who must shoulder every risk, on the strength of an explanation that no longer corresponds to prevailing corporation law, not only constitutes, on the international plane, an irrelevant submission vis-à-vis a State complaining that, via its nationals' investments, its general economy has been damaged by an act described as unlawful, but also leaves out of account the rule of international law which prohibits confiscation without compensation ².

¹ With regard to the United States, see J. K. Galbraith, *The New Industrial State*, London, 1967, p. 403:

"For many years those who specialize on the problems of the corporation have been much concerned with the way control in the large firm has been passing without recourse from stockholders to the hired management. The latter, as sufficiently noted in this study, selects itself and its successors as an autonomous and self-perpetuating oligarchy."

Of course one must not forget the efforts made by certain countries to remedy this situation by legislative means: cf. paragraph 11 above.

² Modern bankruptcy law has evolved to no less an extent than corporation law,

15. Dans l'analyse à base de droit interne, on affirme bien que le préjudice en tout cas n'est jamais « personnel » et propre à l'actionnaire, mais qu'il s'agit uniquement d'un préjudice subi par la société, ce qui permet de soutenir qu'il n'y a pas eu de dommage pour l'actionnaire, donc pas confiscation. Ici encore, même si l'on se place sur le terrain du droit interne, il ne faut pas pousser l'abstraction trop loin; la société anonyme est toujours un groupement de personnes qui n'ont pas disparu par la reconnaissance d'une personnalité morale, laquelle est destinée à permettre de meilleures conditions de gestion. Les actionnaires constituent la société et l'arrêt admet la possibilité pour l'Etat des actionnaires d'agir lorsque la société a disparu. Ici la société a été entièrement privée des moyens de poursuivre son objet social ce qui, pour les actionnaires, présente les mêmes effets qu'une disparition de la société. La nuance est donc de forme ou plutôt de formalité. Après 1952 l'objet social du groupe Barcelona Traction n'a plus eu de sens ¹.

Si l'actionnaire prétendait à une indemnité pour le manque à gagner de la société dont les activités ont pris fin, il réclamerait une espèce de protection « fonctionnelle », une garantie du droit de commercer à l'étranger qui, s'il existait en vertu d'un traité ou du droit international général, ne pourrait être invoqué que par l'Etat où la société s'est constituée et à l'économie duquel elle se rattache. Mais lorsque les actionnaires demandent l'indemnisation pour leur investissement et ce qu'il représentait au jour du dommage parce que la société est hors d'état de continuer l'entreprise, le fait que ce dommage soit aussi, par l'addition des dommages de tous les actionnaires, le dommage de la société, ne paraît pas pertinent, sous réserve des problèmes de l'évaluation et de la répartition. Le dommage à la société est qu'elle est détruite, le dommage aux actionnaires est qu'ils sont lésés dans leurs biens par la destruction de l'investissement, le dommage à l'Etat des actionnaires est qu'un élément de l'économie

taux et le déroulement de la procédure dans la présente affaire apparaît anachronique. On tend aujourd'hui à sauvegarder l'entreprise quelles que soient les fautes commises par les dirigeants et les sanctions prévues contre eux. Voir l'exposé de M. Houin sur ce point dans *Idées nouvelles sur le droit de la faillite*, 1969, p. 122 et suiv. Il suffira de noter que le choix entre la liquidation des biens (faillite) et le règlement judiciaire (concordat) est décidé par le juge selon un critère économique, la possibilité de redressement de l'affaire. Au surplus, le droit français a établi un régime spécial pour éviter la faillite d'entreprises importantes dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave dans l'économie nationale (ordonnance du 23 septembre 1967).

¹ L'argument fondé sur la négociation récente d'actions de la Barcelona Traction pour prouver que la société est toujours active est peu convaincant. Il suffit de quelques achats ou ventes pour maintenir à certaines bourses une cotation de titres d'emprunt impayés depuis plus d'un demi-siècle. Lorsqu'on dit que l'actionnaire a le droit de céder son action, on veut certainement dire céder à des conditions normales, ce qui, hors quelques spéculations sur l'issue de cette affaire devant la Cour, n'est plus le cas pour Barcelona Traction.

15. In the analysis based on municipal law, it is indeed stated that the damage at all events is never "personal" and proper to the shareholder, but solely damage sustained by the company; this makes it possible to maintain that there has been no damage suffered by the shareholder, and therefore no confiscation. Here again, even if the standpoint adopted is that of municipal law, abstraction must not be driven too far: a limited company is always an assemblage of persons who do not vanish with the attribution of a corporate personality, the *raison d'être* of which is to facilitate the running of the business. The shareholders form the company, and the Judgment recognizes the possibility of action by the State of the shareholders when the company has disappeared. In the present case the company has been entirely deprived of the means for pursuing its corporate objects and, from the point of view of the shareholders, this produces the same effects as a disappearance of the company. The shade of differentiation is therefore a matter of form or rather of formality. As from 1952 the corporate objects of the Barcelona Traction group have been void of meaning¹.

If a shareholder were to claim compensation for the loss of profits of a company whose activities had come to an end, he would be demanding a kind of "functional" protection, a guarantee of the right to trade abroad, which, if it existed by virtue of a treaty or of general international law, could be invoked only by the State in whose territory the company is incorporated and to the economy of which it is linked. But when shareholders ask for compensation for their investment and what it represented on the date of the damage, on the ground that the company is no longer in a position to continue its operations, the fact that this damage, by the totalling of the damages sustained by all the shareholders, is also the damage done to the company does not seem to be relevant, leaving aside the problems of assessment and apportionment. The damage to the company is that it is destroyed; the damage to the shareholders is that they are injured in respect of their property through the destruction of the

so that the proceedings in the present case can be seen to have developed on anachronistic lines. It is nowadays the tendency to rescue the enterprise no matter what the faults committed by its officers and the penalties to which they are liable. See M. Houin's account of the matter in *Idées nouvelles sur le droit de la faillite*, 1969, pp. 122 ff. Suffice it to observe that the judge chooses between the liquidation of the assets (bankruptcy) and judicial settlement (composition) in accordance with an economic yardstick: the chance of bringing the enterprise back to normal. Furthermore, French legislation has set up special machinery for preventing the failure of important undertakings whose disappearance would be likely to result in grave perturbations for the national economy (*Ordonnance* of 23 September 1967).

¹ The argument using the fact that Barcelona Traction shares have recently been transacted to prove that the company is still active is unconvincing. A few purchases or sales are enough to keep certain loan-stock, unpaid for over half a century, quoted on some exchanges. When it is said that the shareholder has the right to dispose of his share, this certainly means to dispose of it under normal conditions, which—apart from a few speculations on the outcome of the present case before the Court—is no longer true in respect of Barcelona Traction.

nationale a été spolié. La cause de la responsabilité est toujours l'acte illicite de l'Etat, et l'action de protection des actionnaires ne peut être qualifiée d'intervention dans les affaires intérieures de cet Etat comme on l'a prétendu parfois, à moins de prétendre que le déni de justice ne relève pas du droit international. Le fait qu'il ne doive pas y avoir double réparation, l'une pour la société, l'autre pour les actionnaires, marque une préoccupation d'équité bien compréhensible. Mais l'individualisation du dommage demeure possible, intellectuellement et juridiquement.

Enfin la thèse de l'arrêt admettant la possibilité d'action pour l'Etat des actionnaires au cas de disparition de la société manque de logique car, dans cette hypothèse, l'Etat de la société qui a entamé une action ne peut en être débouté par la disparition de la société. Et même si cette action a été entamée après la disparition de la société, on voit mal pourquoi l'Etat de la société ne pourrait réclamer contre l'acte illicite qui est à l'origine de la disparition. Alors si, en ce cas, les deux Etats peuvent agir, n'est-ce pas que la règle générale du droit à agir de l'Etat de la société n'est pas une règle exclusive?

16. Reprenons l'argument du risque financier à la charge de l'actionnaire: l'actionnaire n'est pas lésé dans ses « droits », mais seulement dans un intérêt économique non juridiquement garanti et non susceptible de protection diplomatique ou d'action en justice. S'il s'agissait d'une association en participation, ceux mêmes qui refusent la protection de l'actionnaire admettent que la protection est possible, mais on affirme que l'actionnaire n'étant pas titulaire d'un droit sur la société, il a seulement un intérêt à ce qu'elle fonctionne au mieux.

En premier lieu, c'est encore une fois faire de définitions de certains droits internes une règle de droit international, ce qui est paradoxal dans le monde actuel où les deux tiers de la population vivent hors du système capitaliste et des règles juridiques auxquelles se rattachent les Parties. Il faudrait donc établir qu'il s'agit là d'une véritable règle pour les Etats de système économique libéral, acceptée par eux comme une règle de droit international régional. Il n'en est visiblement rien, comme le montrent la pratique diplomatique et l'arbitrage. Au surplus il faut rappeler les nombreux accords, conclus précisément à l'époque où est né le différend, par lesquels des participations minoritaires dans des sociétés ont été indemnisées sur la demande de l'Etat dont les actionnaires minoritaires étaient ressortissants (accord entre la France et la Pologne du 19 mars 1948 par exemple). Dans les conventions conclues par la Suisse avec la Hongrie le 19 juillet 1950, la Roumanie le 3 août 1951 et la Bulgarie le 26 novembre 1954, l'indemnisation est même accordée à des porteurs d'actions isolées. Il me paraît impossible d'écarter d'un trait de plume ces

investment; the damage suffered by the State of the shareholders is that one component element of the national economy has undergone spoliation. The cause of the responsibility is in all cases the unlawful act of the State, and the action for the protection of the shareholders cannot be described as an intervention in the domestic affairs of that State, as has sometimes been alleged, unless it is claimed that denial of justice does not come within the purview of international law. The point that there should not be any double reparation, on the one hand for the company and on the other for the shareholders, denotes a very understandable concern for fair play. Nevertheless, intellectually and juridically, the individualization of the damage remains a possibility.

Finally, the Judgment's view which admits the possibility of action by the State of the shareholders in the event of the disappearance of the company is lacking in logic for, in such an eventuality, if the company's State had started an action it could not be nonsuited through the disappearance of the company. And even if such action had been instituted after the disappearance of the company, it is difficult to see why the State of the company should be unable to make a claim in respect of the unlawful act which was the root cause of the disappearance. If then, in this case, both States can act, does this not mean that the general rule conferring the right of action on the State of the company is not an exclusive rule?

16. Let us now return to the argument of the financial risk that must be borne by the shareholder: the shareholder is not injured in respect of his "rights", but only in respect of an economic interest which is not legally guaranteed and not entitled to diplomatic protection or recourse to proceedings. If a partnership were involved, those very persons who refuse the idea of protection of the shareholder admit that protection would be possible, but we are told that, as a shareholder does not enjoy any right over the company, he has merely an interest in its optimum functioning.

In the first place, this is again to erect definitions taken from certain municipal systems of law into a rule of international law; this is paradoxical in the present-day world, when two-thirds of the population live outside the capitalist system and the legal rules to which the Parties adhere. The principle asserted must therefore be demonstrated to form a veritable rule for States with a liberal economic system, one accepted by them as a rule of regional international law. Such is patently not the case, as is shown by diplomatic practice and arbitration. Moreover, we must recall the numerous agreements, which were concluded precisely in the period when the dispute arose, by which minority holdings in companies were indemnified at the request of the State of which the minority shareholders were nationals (the agreement of 19 March 1948 between France and Poland, for instance). In the conventions concluded by Switzerland with Hungary on 19 July 1950, with Romania on 3 August 1951 and with Bulgaria on 26 November 1954, compensation is granted even to the holders of single shares. It seems to me impossible to dismiss these agree-

accords, notamment ceux de la Suisse qui ne sont pas des règlements de paix imposés par un Etat victorieux; les Etats ne se font pas de cadeaux ¹ et le nombre des accords d'indemnisation d'actionnaires considérés en dehors de la société anonyme implique la reconnaissance d'une obligation.

17. Dans les mœurs contemporaines, la société anonyme n'est qu'un procédé de placement dans l'économie industrielle. L'Etat n'ayant pratiquement plus de biens propres ² surveille et dirige les activités qui constituent le produit national brut par l'établissement de la politique économique de la nation. La surveillance nécessaire pour maintenir les éléments de l'économie nationale dans des conditions normales de travail, notamment d'empêcher leur disparition par des décisions contraires au droit, constitue l'une des fonctions normales de l'Etat, sous forme de prévision, orientation et aide au moment de la décision d'investissement, de protection en cas de besoin, après que l'investissement a eu lieu. Des investissements qui ont permis la création ou le développement d'une entreprise à l'étranger sont aussi essentiels pour l'économie nationale que les investissements opérés sur le territoire national. L'action de l'Etat pour la protection d'un élément de l'économie nationale est un trait naturel de la société économique où s'inséraient la Belgique et l'Espagne au moment où est né le différend.

18. Ce serait déformer la thèse que prétendre qu'elle aboutit à reconnaître à tout actionnaire, en toutes circonstances, le droit d'obtenir la protection de son Etat pour tout fait ayant porté préjudice à la société anonyme elle-même. En premier lieu, il s'est agi dans la présente opinion de montrer, en acceptant pour hypothèse le renvoi aux droits internes, que les prétendus obstacles juridiques à l'exercice d'un droit de protection des actionnaires, comme tels, n'étaient pas insurmontables même dans ce cadre juridique. Ce n'est pas parce que la nature juridique du lien entre l'actionnaire et la société ne permet pas à l'Etat d'agir; ce n'est pas non plus parce que le dommage causé à la société exclut par nécessité la pos-

¹ Dans l'affaire *Hammeken* (Etats-Unis/Mexique, Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 3471) le surarbitre repoussa l'argumentation de l'agent du Mexique selon laquelle une somme de 100 000 dollars que le Mexique avait accepté de payer pour la révocation d'une concession n'aurait constitué qu'un don gracieux: « Si ce gouvernement n'avait pas pensé qu'un dommage eût été causé par ses autorités, il n'aurait pas consenti à accorder une compensation... »

Dans de nombreuses affaires l'Etat défendeur préfère régler une indemnité plutôt que d'être déclaré responsable du dommage; d'où les clauses de style sur les paiements « en équité », « sans reconnaître aucune obligation juridique », « sans rapport avec la question de responsabilité » (cf. Moore, *Digest*, tome VI notamment pour les lynchages d'Italiens dans le Colorado, p. 841, à la Nouvelle-Orléans; le lynchage des Chinois de Rock Springs, p. 830). Mais cette phraséologie ne fait pas disparaître le problème de l'imputation de la responsabilité internationale.

² Lorsque, dans les économies libérales, des organismes publics prennent des participations dans des sociétés et deviennent actionnaires, seraient-ils privés de la protection de l'Etat? (*The Industrial Reorganisation Corporation* en Grande-Bretagne, l'Institut de développement industriel en France.)

ments with a stroke of the pen, in particular those of Switzerland, which are not peace settlements imposed by a victorious State; it is not the habit of States to make each other free gifts¹, and the number of agreements for the compensation of shareholders considered apart from the limited company does imply the recognition of an obligation.

17. In the current ethos the limited company is simply a means of investment in the industrial economy. The State, now having scarcely any property of its own², supervises and directs the activities which go to make up the gross national product, by drawing up the economic policy of the nation. The supervision requisite to make sure that the components of the national economy are maintained in normal working conditions, and in particular to prevent their disappearance as a result of decisions contrary to law, constitutes one of the normal functions of the State, and takes the form of anticipating, guiding and assisting at the time of the decision to make the investment, and of protecting in case of need after the investment has been made. Investments which have made possible the creation or the development of an enterprise abroad are as essential to the national economy as investments which are made within the national territory. The action of the State for the purpose of protecting a component item of the national economy is a natural feature of the economic society of which Belgium and Spain formed part at the time when the dispute arose.

18. It would be a distortion of this argument to claim that it leads to the recognition that, in all circumstances, every shareholder has the right to secure the protection of his State in respect of any act which has inflicted damage on the limited company itself. In the first place, the present opinion has been directed towards showing that, while accepting for the sake of argument the *renvoi* to systems of municipal law, the alleged legal obstacles to the exercise of a right of protection of shareholders, as such, were not insuperable even within this legal framework. It is not the case that the legal characteristics of the bond between the shareholder and the company do not permit the State to act; neither is it the case that the

¹ In the *Hammaken* case (U.S.A./Mexico, Moore, *International Arbitrations*, Vol. IV, p. 3471) the umpire rejected the argument by the agent of Mexico that a sum of \$100,000 allowed by Mexico on account of the cancellation of a concession was only an *ex gratia* donation: "if the [Mexican Government] did not think that the wrong had been done by the Mexican authorities, it would not have agreed to grant compensation . . ."

In many cases the respondent State prefers to pay an indemnity rather than to be declared responsible for the damage; hence the conventional reference to payments "in equity", "without admitting any legal obligation", "without reference to the question of liability" (cf. Moore, *International Law Digest*, Vol. VI, in particular with regard to the lynching of Italians in Colorado (p. 841) and at New Orleans, and the lynching of Chinese at Rock Springs (p. 830)). But these forms of words do not remove the problem of the imputation of international responsibility.

² When, in liberal economies, public bodies buy stock in companies and become shareholders, are they to be deprived of the protection of the State? (The Industrial Reorganisation Corporation in the United Kingdom; the *Institut de développement industriel* in France.)

sibilité d'un dommage propre à l'actionnaire pour lequel l'Etat peut intervenir; ce n'est pas enfin parce que l'Etat des actionnaires est sans droit propre pour préserver les éléments de l'économie nationale. En vérité, il n'y a pas d'obstacles juridiques à l'encontre de cette protection, il n'y a que des aménagements nécessaires, des précautions à prendre pour aboutir à une solution raisonnable dans chaque cas.

En second lieu, la thèse de la défense des investissements par l'Etat dont l'économie nationale est atteinte comporte ses limites par cette définition même. Il faut qu'il s'agisse d'investissements rattachés à l'économie nationale (donc pas d'une opération de portefeuille temporaire) et qu'il y ait eu acte illicite engageant la responsabilité d'un Etat. Le seul problème consiste à rechercher dans chaque cas comment aménager les protections possibles, celle de la société et celle des actionnaires.

19. Pour appliquer plus précisément le raisonnement à l'affaire, il y a un grief de déni de justice, la constatation du transfert d'une entreprise industrielle par des procédures qualifiées d'illicites, donc un problème de violation du droit international. Le contenu de l'obligation invoquée contre le Gouvernement espagnol est l'obligation de respecter les investissements des ressortissants belges et de les protéger contre l'illicite; c'est une obligation générale de comportement entre Etats dans leurs relations économiques. La qualité pour agir du Gouvernement belge est le droit propre de tout Etat d'obtenir le respect de cette obligation, les investissements de ses ressortissants constituant une part importante de l'économie nationale. Le fondement d'une règle de droit international économique doit s'attacher aux réalités économiques. Le lien de nationalité pur et simple de la société peut ne recouvrir aucune consistance économique. Entre les deux critères le juge doit choisir celui qui fait coïncider le droit et les faits, c'est à l'Etat dont l'économie nationale est atteinte en fait qu'appartient le droit d'agir en justice.

* * *

20. En cette matière, il faut rechercher ce qui est raisonnable, à la fois sur le plan juridique et sur le plan des réalités de la vie économique. Lorsqu'une société anonyme a été établie, on peut admettre que l'actionnaire est en principe défendu par la société, sous réserve des remarques antérieures sur les trois catégories d'actionnaires et sur le caractère particulier des holdings.

L'Etat qui a le droit de protéger l'investissement Barcelona Traction serait donc le Canada, et c'est ce que, selon l'arrêt, les deux Parties ont admis. Mais c'est là une proposition qu'il faut vérifier comme il faut vérifier toute prétention d'un Etat qui porte une réclamation internationale devant le juge, pour s'assurer qu'elle correspond bien aux faits. Il

damage done to the company necessarily rules out the possibility of there being a damage proper to the shareholder in respect of which the State may intervene; neither, lastly, is it the case that the State of the shareholders possesses no right of its own to seek to preserve the component items of the national economy. In fact there are no legal obstacles to such protection; there are only necessary dispositions, precautions to be taken so as to reach a reasonable solution in each case.

In the second place, the view that investments may be defended by the State whose national economy is adversely affected is subject to limitation by the terms of that very definition. The investments in question must be connected with the national economy (and therefore not an ephemeral transaction in securities) and there must have been an unlawful act involving the responsibility of a State. The only problem is that of deciding in each case how to co-ordinate the protections possible, that of the company and that of the shareholders.

19. To apply this reasoning more specifically to the case, there is a complaint of denial of justice, the claim that an industrial undertaking was made to change hands by procedures that are described as unlawful, and therefore a problem of violation of international law. The substance of the obligation invoked against the Spanish Government is the obligation to respect the investments of Belgian nationals and to protect them from unlawful acts: this is a general obligation incumbent upon States in the conduct of their economic relations. The Belgian Government's capacity to institute proceedings corresponds to the right possessed by every State to secure the respect of that obligation, when the investments of its nationals constitute an important part of the national economy. The foundation of a rule of economic international law must abide by economic realities. The company's link of bare nationality may not reflect any substantial economic bond. As between the two criteria the judge must choose the one on the test of which the law and the facts coincide: it is the State whose national economy is in fact adversely affected that possesses the right to take legal action.

* * *

20. In the present matter one must seek to ascertain what is reasonable both on the legal plane and on the plane of economic realities. When a limited company has been set up, it may be granted that the shareholder is, in principle, defended by the company, subject to the remarks above as to the three categories of shareholder and the special character of holding companies.

Accordingly, the State which has the right to protect the Barcelona Traction investment would be Canada, and that, according to the Judgment, is what both Parties have admitted. But that is a proposition which must be verified, just as any contention made by a State which brings an international claim before a court must be verified, to make sure that it

s'agit de certains investissements qui ont subi de graves dommages : qui est atteint ? Si des biens quelconques subissent des dommages la réparation doit être demandée par l'Etat auquel les biens se rattachent effectivement. Or, à supposer que le Canada fût intervenu devant la Cour pour se voir reconnaître un intérêt d'ordre juridique en se fondant sur l'article 62 du Statut, l'Espagne n'eût pas manqué de lui objecter qu'il n'y a pas dans Barcelona Traction d'intérêts canadiens substantiels ni sérieux. Certes les contradictions des plaideurs sont inévitables dans les affaires complexes mais il serait regrettable que la Cour leur reconnaisse indirectement une portée. Il existe en effet une raison majeure pour ne tenir aucun compte des déclarations des Parties sur le caractère canadien de la société. L'exemple de la faculté d'intervention prévue par l'article 62 est pertinent ; si le Canada était intervenu, même un accord des deux Parties pour lui reconnaître un intérêt juridique en tant qu'Etat national de la société n'aurait pas dispensé la Cour d'examiner si le Canada avait véritablement un intérêt juridique car l'article 62 dit : « la Cour décide » si une intervention est justifiée et il ne me paraît pas qu'en matière de juridiction la Cour puisse se contenter de prendre acte d'un accord des Parties concernant l'existence d'un intérêt juridique pour un Etat tiers absent de la procédure. L'intérêt juridique du Canada existe ou n'existe pas ; il n'appartient pas à des Etats tiers de le créer et le plus qu'ils aient pu faire est de reconnaître cet intérêt juridique pour ce qui concerne leurs thèses dans la présente instance, sans que cette reconnaissance ait pour la Cour un effet quelconque en ce qui concerne l'obligation qui lui est faite par son Statut de vérifier sa propre compétence.

21. C'est donc un *obiter dictum* sans portée judiciaire que d'affirmer actuellement la nationalité canadienne de la société Barcelona Traction. Ce n'est pas parce que le Canada a agi en fait pendant un certain temps sur le plan diplomatique ni parce qu'il a proposé l'arbitrage, que son droit d'agir en justice doit être reconnu ; il ne suffit pas de prétendre pour être reconnu titulaire d'un droit. Prétendre est ce que font tous les plaideurs ; chaque fois l'un d'eux perd et, sa prétention étant rejetée, il constate qu'il n'avait pas de droit. Une société holding dont le capital est réparti entre des actionnaires de plusieurs nationalités et dont le but social est d'exploiter une industrie à l'étranger ne peut être régie par un seul droit interne pour tous les problèmes qui la concernent (cf. par. 29 ci-après). Et le point de savoir quel est le droit interne applicable à un problème déterminé relève du droit international. C'est ce que recouvre le problème dit de la « nationalité » des sociétés. La présentation par un Etat d'une affirmation de juridiction sur une société n'est qu'une prétention tant qu'elle n'a pas été admise par tous les Etats directement intéressés dans cette situation ou par une décision juridictionnelle internationale.

22. Il n'a pas été établi que le Canada ait la qualité pour agir pour le

really corresponds to the facts. The issue here relates to certain investments which have suffered serious damage; who has been harmed? If any property suffers damage, reparation should be sought by the State with which the property is genuinely linked. Now, supposing that Canada had intervened before the Court in order to be recognized as having an interest of a legal nature, relying on Article 62 of the Statute, Spain would not have failed to object that there were not in Barcelona Traction any substantial or genuine Canadian interests. It is of course inevitable in complicated cases that parties should commit self-contradictions, but it would be regrettable if the Court were indirectly to recognize these as possessing significance. There is indeed a major reason why no account should be taken of the statements made by the Parties concerning the Canadian character of the company. The example of the right to intervene provided for in Article 62 is to the point: if Canada had intervened, even an agreement between the two Parties by which Canada were recognized to have a legal interest as being the national State of the company would not have dispensed the Court from examining the question whether Canada really had a legal interest, for Article 62 says that "It shall be for the Court to decide" whether an intervention is justified, and it seems to me that, in the matter of jurisdiction, the Court cannot content itself with taking note of an agreement between the Parties concerning the existence of a legal interest on the part of a third State which is absent from the proceedings. The legal interest of Canada either exists or does not exist; it is not for third States to create it, and the most they could have done would be to recognize this legal interest so far as their positions in the present case were concerned, without such recognition having for the Court any effect whatever in regard to the obligation laid upon it by its Statute to verify its own competence.

21. It is therefore an *obiter dictum* void of judicial significance to assert at the present time the Canadian nationality of the Barcelona Traction company. That Canada did in fact act at the diplomatic level for a certain time, that it proposed arbitration, these are not reasons for recognizing its right to institute proceedings; it is not enough to claim a right to be recognized as possessing it. All litigants make claims and one is always the loser, and, his claim having been dismissed, he finds that he did not have a right. A holding company whose capital is apportioned among shareholders of several nationalities and of which the object is to operate an industry abroad cannot be governed by one system of municipal law in respect of all the problems concerning it (cf. paragraph 29 below). And the question of which municipal law is applicable to a specific problem is a matter for international law. That is what underlies the problem of the "nationality" of companies. The assertion by a State that it has jurisdiction over a company is nothing but a claim so long as it has not been admitted by all the States directly concerned in that situation or by an international judicial decision.

22. It has not been established that Canada has capacity to institute

compte de la Barcelona Traction, parce que cette société n'avait de canadienne que l'apparence ¹ et que, dans la vie économique, la protection des investissements doit suivre la réalité de l'appartenance. Ce qui a été jugé pour *Nottebohm*, individu, en réservant par le silence le cas des sociétés, est encore plus raisonnable pour les sociétés, car le facteur du rattachement d'intérêt économique est essentiel entre les investissements et l'Etat dont ils proviennent véritablement, ainsi qu'il a été exposé plus haut ². Plus que pour l'individu, plus que pour le navire, l'investissement par la voie d'une société anonyme ne peut être pris en considération sur le plan international que si l'Etat qui réclame a été atteint dans son économie nationale; lorsqu'il y a plusieurs Etats avec lesquels une société a un lien effectif cela peut présenter une complication, mais ce n'est pas le cas pour toutes les sociétés anonymes travaillant à l'étranger et la Cour n'a pas à rendre un arrêt de règlement sur la protection des sociétés anonymes en général.

23. Une dernière remarque s'impose sur l'attitude du Canada depuis que l'action en justice a été entamée. Si le Canada avait ressenti de l'intérêt pour cette affaire, il avait le moyen de le faire connaître à la Cour, sans qu'il lui soit nécessaire d'intervenir et de courir le risque judiciaire d'un rejet de son intervention. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, divers documents ont été proposés à la Cour par le Gouvernement yougoslave qui n'était pas partie, ni intervenant à l'action, et ils furent présentés finalement à la Cour par le Gouvernement albanais après décision de la Cour en date du 10 décembre 1948 (*Détroit de Corfou, Mémoires*, vol. III, p. 190 et voir l'arrêt de la Cour sur ce point: *C.I.J. Recueil 1949*, p. 17). En la présente affaire tout document canadien sur l'histoire de la protection diplomatique par le Canada et les vues exactes du Gouvernement canadien aurait pu être fourni à la Cour par le même procédé. Or, bien au contraire, à la question posée par des membres de la Cour, la réponse elliptique du Gouvernement canadien le 24 juin 1969 n'a pas apporté d'éclaircissements (nouveaux documents déposés le Gouvernement belge, n^{os} 44-45). Je me réfère sur ce point aux paragraphes 19 et suivants de l'opinion individuelle de M. Jessup.

24. Bien que la Cour ait rejeté la possibilité d'envisager une analogie avec l'affaire *Nottebohm*, il me semble que l'arrêt *Nottebohm* fixe un

¹ Malgré les indications de l'arrêt au par. 71 sur divers éléments de rattachement avec le Canada, je me rallie aux observations du juge Jessup, par. 49, spécialement la note. Les véritables dirigeants de la Barcelona Traction ne semblent pas avoir marqué de lien effectif avec Toronto.

² La distinction entre la recherche du lien effectif en faveur ou à l'encontre d'une société de capitaux est dépourvue de signification juridique. Il n'y a jamais de partie favorisée ou pénalisée par le droit en raison du principe primordial de l'égalité devant la loi. La recherche des réalités derrière les apparences a pour but de découvrir la vérité de la situation juridique à travers les formes adoptées. Le rétablissement de la vérité n'est pas inspiré par une orientation favorable ou défavorable à l'un des éléments du problème mais par les exigences de la constatation du droit.

proceedings in behalf of Barcelona Traction, since that company was Canadian in appearance only¹ and since, in the economic sphere, the protection of investments must conform to the reality of the connection. The decision regarding *Nottebohm*, an individual, which tacitly left the case of companies open, can be applied with even greater reason to companies, for the connecting factor of economic interest, as between investments and the State from which they really come, is essential, as has been stated above². It is even more true of investment via a limited company than of an individual or a ship that it cannot be given consideration at the international level unless the State which puts forward the claim has suffered a damage to its national economy; when there are several States with which a company has a genuine connection, a complication may arise, but that is not the case of all limited companies engaged in activities abroad and the Court is not called upon to deliver a judgment laying down the law for the protection of limited companies in general.

23. One final observation must be made concerning the attitude of Canada ever since the proceedings were brought. If Canada had felt any interest in the case it had means so to inform the Court, without having to intervene and run the risk of judicial rejection of its intervention. In the *Corfu Channel* case various documents were proposed to the Court by the Yugoslav Government, which was not a party to nor intervening in the proceedings, and they were finally submitted to the Court by the Albanian Government following a decision taken by the Court on 10 December 1948 (*I.C.J. Pleadings*, Vol. III, p. 190; see also the Judgment on that case, with regard to this point: *I.C.J. Reports 1949*, p. 17). In the present case, any Canadian document relating the course of diplomatic protection by Canada and giving the exact views of the Canadian Government could have been furnished to the Court by the same procedure. Yet, on the contrary, the elliptical answer returned by the Canadian Government on 24 June 1969 to the question put by Members of the Court did not supply any clarification (New Documents Nos. 44 and 45 submitted by the Belgian Government). On this point I would refer to paragraphs 19 ff. of the separate opinion of Judge Jessup.

24. Although the Court has rejected the possibility of considering any analogy with the *Nottebohm* case, it seems to me that the *Nottebohm*

¹ Notwithstanding the references in the Judgment in paragraph 71 to various points of connection with Canada, I agree with the observations made by Judge Jessup in paragraph 49 of his separate opinion (in particular the footnote thereto). Those really in control of Barcelona Traction do not seem to have featured any genuine connection with Toronto.

² The distinction between seeking a genuine connection in favour of or against a company is devoid of legal significance. No party is ever either favoured or penalized by the law, because of the fundamental principle of equality before the law. The purpose of seeking the reality behind appearances is to discover the true legal situation underlying the forms adopted. The bringing of truth to light is not inspired by any favourable or unfavourable attitude towards one of the elements of the problem but by the needs of the process of ascertaining the law.

standard relatif et ne va pas plus loin que la règle déjà rappelée: « Il faut traiter chaque cas comme un cas d'espèce ». Donc, même sans avoir besoin d'invoquer cet arrêt, les particularités de la présente affaire mettent au premier plan des vérifications à opérer par la Cour le problème de l'appartenance effective des investissements en cause. La thèse du lien effectif implique une comparaison entre Canada-Belgique-Espagne, et peut-être d'autres Etats, l'examen de la concentration de l'entreprise en Espagne, le problème de la direction effective par les organes de la Barcelona Traction ou par d'autres, la réalité de l'investissement belge. Ces vérifications n'ayant pas été jugées nécessaires par la Cour en l'espèce, il est difficile d'émettre une opinion définitive sur la dépendance réelle de Barcelona Traction par rapport à une économie nationale, mais quelques conclusions ressortent du dossier.

25. Le rattachement à l'économie nationale du Canada n'est certes pas le plus marqué car il n'est jamais apparu que l'entreprise constitue un élément de production dans cette économie.

Le rattachement de Barcelona Traction à l'économie espagnole n'est pas contestable quant à l'élément production en Espagne de biens et services. La société a concentré toutes ses activités en Espagne et ses filiales, sociétés espagnoles sauf trois d'entre elles, étaient sous son contrôle absolu, de telle sorte qu'on peut considérer que le groupe Barcelona Traction dans son unité d'entreprise était un élément de la production nationale espagnole. Mais si cet aspect des choses peut avoir des conséquences juridiques, notamment sur certains problèmes de juridiction, il en est totalement dépourvu pour la détermination de l'Etat auquel se rattachent effectivement les investissements étrangers qui sont à l'origine de l'entreprise et de son développement. Il n'a pas été établi que ces investissements étaient principalement espagnols. Il n'y a donc pas, en ce qui concerne le droit applicable aux investissements, de rattachement effectif à l'économie espagnole.

26. Le rattachement à l'économie belge a fait l'objet de commentaires très complets du juge sir Gerald Fitzmaurice et du juge Jessup. Pour abrégé, je dirai simplement que la preuve ne me paraît pas avoir été apportée de l'appartenance desdits investissements à l'économie belge dans le sens de la thèse soutenue dans cette opinion.

En l'espèce la preuve n'a pas été fournie de manière satisfaisante pour le juge que, de façon continue, la Barcelona Traction constituait principalement, ou même de façon importante, un investissement de l'économie belge. Si, pendant certaines périodes, par l'origine des capitaux investis et par la direction effective des opérations industrielles et financières, il a été possible d'apporter un commencement de preuve que l'économie belge avait été alors plus intéressée qu'une autre, les remarques du juge Jessup aux paragraphes 72 à 98 de son opinion montrent qu'il n'a pas été prouvé qu'il en ait été de même après 1940 et notamment pendant une partie de la période critique. D'autre part, l'examen du groupe de sociétés dans

Judgment does establish a relative standard and does not go further than the rule already recalled: "each case must be considered on its individual merits." Thus, even without any need to rely on that Judgment, the particulars of the present case are such as to place in the forefront of the matters which the Court should have investigated the problem of the real provenance of the investments in question. The theory of the genuine connection implies comparison between Canada, Belgium and Spain—and perhaps other States—and inquiry into the concentration of the undertaking in Spain, the problem as to whether the real control lay with the organs of Barcelona Traction or elsewhere, and the reality of the Belgian investment. As the Court did not in fact consider these verifications to be necessary, it is difficult to give any final opinion concerning the real connection of Barcelona Traction with any national economy, but the documents in the case do permit of a few conclusions.

25. The connection with the national economy of Canada is certainly not the most conspicuous, for the undertaking has never appeared to constitute a factor of production in that economy.

The connection of Barcelona Traction with the Spanish economy cannot be disputed so far as the factor of the production of goods and services in Spain is concerned. The company concentrated all its activities in Spain, and its subsidiaries, Spanish companies all but three, were under its absolute control, so that it may be considered that the Barcelona Traction group as an integrated enterprise formed a component in the Spanish national production. But although this aspect of the matter may have legal consequences, more particularly in respect of certain problems of jurisdiction, it has none whatsoever for the purpose of ascertaining with which State the foreign investments underlying the creation and development of the enterprise are truly connected. It has not been established that these investments were mainly Spanish. There is therefore, from the standpoint of the law applicable to the investments, no genuine connection with the Spanish economy.

26. The connection with the Belgian economy has been made the subject of exhaustive commentary by Judge Sir Gerald Fitzmaurice and Judge Jessup. For the sake of brevity, I will merely say that I do not feel proof has been supplied that the investments in question belong to the Belgian economy in the sense of the view propounded in this opinion.

In this case, proof has not been supplied in a manner satisfying for a court that Barcelona Traction, in continuous fashion, predominantly—or even substantially—represented an investment on the part of the Belgian economy. While it was possible to furnish *prima facie* evidence that over certain periods, in terms of origin of capital invested and of actual control of industrial and financial operations, the Belgian economy was more involved than others, the observations made by Judge Jessup in paragraphs 72-98 of his opinion show that the same has not been proved true of the period after 1940, more particularly during part of the critical period. Neither was it possible to demonstrate a predominant, constant and certain

lequel Barcelona Traction prend place n'a pas, non plus, permis d'établir un rattachement principal, constant et certain à l'économie belge.

Pour prétendre à la protection des investissements, il ne suffit pas, en effet, de la présomption que des intérêts belges existaient; il s'agit ici de prouver l'appartenance effective à une économie pendant une période continue, permettant de constater que l'appartenance à l'Etat où la société s'est créée n'est pas fondée sur des réalités économiques. Si le contrôle de la réalité du siège est possible, ce ne peut être pour substituer une présomption à une autre. Dans toute affaire de ce genre, il est naturellement difficile de préciser l'appartenance effective à un ordre économique national mais le défaut n'est pas dans une insuffisance des règles juridiques, il est dans les traits mêmes de l'entreprise complexe. Dans la filière des sociétés d'un tel groupe il est peut-être possible, à un moment donné, et pour une opération, de déterminer à quelle économie nationale se rattache cette opération; il n'est pas certain que cela soit possible pour la totalité des opérations du groupe, et singulièrement pas pendant de longues années où participations, contrôles et dirigeants auront changé. Mais chaque affaire pose un problème particulier et il ne serait pas difficile, à l'inverse, de citer des groupes de sociétés qui, malgré leur complexité, se rattachent de manière incontestable à une économie nationale.

27. Il n'existe donc aucune raison de traiter les groupes de sociétés comme des apatrides et de les priver de toute protection sur le plan du droit international; il n'est pas illicite, ni en droit interne, ni en droit international, de constituer de tels groupes et les problèmes qu'ils posent ne diffèrent en rien de ceux qui naissent des opérations commerciales, financières et industrielles effectuées par d'autres sociétés de capitaux. La difficulté de trouver le lien de rattachement crée une complication, pas une incapacité. Il convient, dans chaque cas, de rechercher si l'investissement en cause se rattache, en fait, à un ordre économique national et si l'Etat réclamant a été atteint dans la prospérité de son économie nationale par l'acte illicite qui a frappé la société. Lorsque plusieurs économies sont intéressées c'est une situation familière en droit international qui se résout par la reconnaissance d'une obligation de négocier (comparez les accords actuels entre plusieurs Etat créanciers à l'égard de l'Etat débiteur).

L'effectivité est une condition nécessaire pour la protection de la personne morale comme pour celle de l'individu et, lorsqu'elle fait défaut, le rattachement à l'Etat est fictif et ne donne pas qualité pour agir. Constatant que la preuve de l'appartenance à l'économie belge de Barcelona Traction n'a pas été fournie, soit en raison de l'organisation intérieure du groupe, soit pour d'autres motifs, je dois conclure au rejet de la demande.

* * *

28. J'ajouterai qu'une autre raison me ferait admettre le rejet de la demande mais, la Cour n'en ayant pas délibéré, je ne puis qu'y faire

connection with the Belgian economy on the basis of an inspection of the company-group of which Barcelona Traction forms part.

To claim the right to protect investments, the presumption that Belgian interests existed is indeed not enough; what is needed is to prove a genuine connection with the economy during a continuous period, thus enabling it to be said that appurtenance to the State in which the company was incorporated is not in line with economic realities. If it is possible to verify the genuineness of the seat, that cannot be for the purpose of substituting one presumption for another. In all cases of this kind, it is naturally difficult to pinpoint effective appurtenance to a particular national economy, but the fault does not lie in any inadequacy of legal rules: it lies in the very features of a complex undertaking. Within the ramification of companies in such a group it is perhaps possible at a given moment, and with reference to a given operation, to determine with what national economy that operation is connected; it is not certain that this will be possible for the whole of the group's operations, especially not with regard to long periods during which there will have been changes in stockholdings, control and management. But each case raises its own particular problem and it would not, conversely, be difficult to refer to company-groups which, despite their complexity, are incontestably connected with a given national economy.

27. There is therefore no reason to treat company-groups as stateless and deprive them of all protection at the level of international law; it is not unlawful either in municipal or in international law to set up such groups, and the problems to which they give rise are in no way different from those arising out of the commercial, financial or industrial operations carried out by other corporations. The difficulty of determining the connecting link creates a complication, not an incapacity. What is necessary is to ascertain in each case whether the investment in question is, in fact, connected with a particular national economy and whether the national economic prosperity of the claimant State has been harmed by the unlawful act which directly affected the company. When several economies are affected, this produces a situation which is familiar in international law and is resolved by the acknowledgment of an obligation to negotiate (cf. the agreements nowadays concluded among several creditor States vis-à-vis a debtor State).

That the connection should be genuine is a necessary condition for the protection of a corporate person no less than for that of an individual, and in its absence the link with the State is fictitious and does not confer capacity to institute proceedings. Finding that proof of Barcelona Traction's appurtenance to the Belgian economy has not been produced, whether on account of the internal organization of the group or for other reasons, I am obliged to conclude that the claim must be dismissed.

* * *

28. I would add that there is another ground on which I would consider the dismissal of the claim justified, but as the Court has not dis-

allusion. Dans les limites d'une opinion individuelle sur un point non tranché par l'arrêt et non délibéré je me bornerai à des indications très brèves¹. Cependant l'intérêt de la matière et son caractère prioritaire justifient une esquisse du raisonnement.

Le fait qu'un Etat puisse invoquer le droit de protéger ses nationaux actionnaires d'une société ne dispense pas celle-ci d'épuiser les recours internes qui permettraient de redresser la situation incriminée. La Barcelona Traction aurait dû faire opposition au jugement déclaratif de faillite dans le délai légal et il n'existe pas de motifs raisonnables pour décider que l'absence d'opposition par la société dans le délai ne fait pas obstacle à l'action judiciaire internationale. Comme l'écrivait sir Hersch Lauterpacht dans son opinion individuelle sur l'affaire des *Emprunts norvégiens*: « une tentative aurait dû être faite pour épuiser ces recours, si éventuels et théoriques qu'ils puissent être » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 39). Or, en l'espèce, à la date de la décision du juge de Reus, rien ne permettait de soutenir que l'opposition était un recours théorique. Dans le droit de la faillite, en général, le jugement de faillite dessaisit le failli dès qu'il est rendu et avant toute publicité; peut-être la règle est-elle trop rigoureuse mais elle a ses motifs que connaissent les spécialistes du droit commercial et, en tout cas, cet effet était admis par la loi espagnole en 1948². Même si l'on voulait soutenir que cette règle était contraire à un principe général de droit il fallait faire opposition au jugement, avec les réserves nécessaires sur l'absence de notification; ce grief en effet devait être porté en premier lieu devant le juge local afin que celui-ci puisse se prononcer et, éventuellement, redresser la situation. Qu'il s'agisse d'une violation du droit espagnol ou d'une violation du droit international, il faut demander aux tribunaux locaux d'envisager le problème et leur laisser la possibilité de réparer l'erreur.

29. La reconnaissance de la nécessité de l'opposition est encore renforcée par la constatation d'une certaine justification de la juridiction

¹ Je considère que ce point de principe est toujours réglé par l'observation du Président de la Cour, M. Max Huber, en juillet 1926 (*C.P.J.I. série D, addendum au n° 2*, p. 215) et la résolution de la Cour permanente de Justice internationale du 17 février 1928 (Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, p. 414). Lorsqu'un point de droit n'a pas été retenu, en application de l'article 4 de la résolution visant la pratique interne, comme devant être tranché par la Cour, les indications d'un juge ne peuvent avoir le caractère de prononcé judiciaire.

² On ne trouverait pas à l'époque dans les législations du même système juridique de dispositions sur la publicité telles qu'il soit possible d'en déduire l'existence d'un principe général de droit dont la violation entraînerait *ipso facto* la nullité de toute la procédure. Et dans la mesure où l'absence de publicité au domicile du failli est tenue pour une violation de l'article 1044, 5), du code de commerce espagnol, le premier juge à saisir est le juge espagnol.

cussed the matter I can do no more than allude to it. Within the limits of a separate opinion on a point not settled by the Judgment and not deliberated, I must needs be brief¹. Nevertheless the matter is of sufficient interest and priority to justify an outline of my reasoning.

The fact that a State may invoke the right to protect its nationals who are shareholders in a company does not exempt the company from the obligation of exhausting the local remedies available for the rectification of the situation complained about. Barcelona Traction ought to have entered a plea of opposition to the judgment declaring bankruptcy within the legal time-limit, and there are no reasonable grounds for deciding that the company's failure to enter such opposition within the time-limit does not form a bar to the institution of proceedings on the international level. As Sir Hersch Lauterpacht wrote in his separate opinion on the *Certain Norwegian Loans* case: "however contingent and theoretical these remedies may be, an attempt ought to have been made to exhaust them" (*I.C.J. Reports 1957*, p. 39). As it happens, at the time when the Reus judge gave his decision, there was nothing to justify the contention that the remedy of opposition was merely theoretical. Generally speaking, in bankruptcy law the bankruptcy judgment divests the bankrupt as soon as it is delivered and before any publication; the rule is perhaps too rigorous but there are reasons for it with which specialists in commercial law are familiar, and that effect was at all events a feature of Spanish law in 1948². Even if it had been intended to maintain that this rule was contrary to a general principle of law, it was necessary to enter opposition to the judgment while expressing the necessary reservations as to the lack of notification; this complaint ought indeed to have been laid in the first instance before the local judge so that he could rule upon it and, if need be, rectify the situation. Whether it be Spanish law or international law that is considered to have been violated, it is necessary to request the local courts to look into the matter and allow them the opportunity of correcting any mistake.

29. The necessity of entering a plea of opposition becomes still more evident when it is observed how the concentration of the industrial under-

¹ I consider that this point of principle remains governed by the observation of President Huber in July 1926 (*P.C.I.J., Series D, addendum to No. 2*, p. 15) and the resolution adopted by the Permanent Court of International Justice on 17 February 1928 (Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale*, p. 414). When a point of law has not been retained, in application of Article 4 of the Resolution concerning the Internal Judicial Practice, as one which should be decided by the Court, any observations thereon that a judge may make are precluded from possessing the character of judicial pronouncements.

² There is nowhere to be found in the different legislations of the same legal system, at that time, any provisions concerning publication which are such that they enable the existence to be deduced of a general principle of law the infringement of which would *ipso facto* render the entire proceedings null and void. And if it be held that failure to publish the judgment at the bankrupt's place of domicile constitutes a breach of Article 1044 (5) of the Spanish Commercial Code, then it is to the Spanish courts that complaint must first be addressed in this regard.

espagnole *prima facie*, par la concentration de l'entreprise industrielle en Espagne, si l'on examine le problème de juridiction en général, en dehors de la demande de mise en faillite pour non-paiement des obligations.

Le but social de l'entreprise est de développer l'industrie hydro-électrique en Espagne et le système de transport par chemin de fer et tramways électriques dans la ville et la province de Barcelone (cf. *Moody's Public Utility Manual*, 1968, p. 2067). Aucune autre localisation n'est envisagée que l'Espagne pour le développement hydro-électrique et, en fait, la Barcelona Traction n'a jamais engagé de travaux dans un autre pays; ses filiales ont exploité des services de production et distribution de courant électrique à Barcelone, en Catalogne « et dans les villes industrielles de Tarrasa, Tarragone, Reus (*sic*) et Tortosa » (Moody, *op. cit.*, p. 2067; à noter que ces indications sont rédigées d'après une documentation fournie par la société; voir le paragraphe « Assets seized » et le paragraphe « Assets in Spain sold »). Dans ces conditions, l'absence de publication au Canada prend un caractère particulier; au surplus les considérations développées par plusieurs opinions individuelles sur la réalité du siège à Toronto auraient pu être exposées par le juge espagnol en reprenant la jurisprudence de certains Etats qui pratiquent la mise en faillite de sociétés étrangères ayant une succursale, ayant traité des affaires, émis des obligations ou passé des marchés sur le territoire de l'Etat dont le juge prononce la faillite¹. Il faut noter que certaines juridictions ont déclaré des faillites pour non-paiement d'emprunt, le commerçant ayant fait appel au crédit sur le territoire de l'Etat dont le tribunal est saisi, hypothèse exceptionnelle d'ailleurs. La prétention à une certaine juridiction sur le groupe Barcelona Traction en Espagne n'était donc pas, à priori, illicite, sans que cela implique ni la légitimité de toutes les mesures d'exécution de la faillite ni celle de la demande particulière qui fut faite au juge de Reus. Mais l'état du droit de la faillite des sociétés étrangères, à l'époque des faits, n'est pas tel qu'il ait justifié un abandon par la société des voies de recours qui existaient.

Il est difficile après de nombreuses années et d'innombrables procédures de se replacer à l'époque de l'acte incriminé, mais c'est ce qu'il convient de faire en toute objectivité et l'opposition à la déclaration de faillite aurait dû apparaître à la société comme un recours immédiatement disponible et utile.

(Signé) André GROS.

¹ Dans plusieurs systèmes juridiques européens le débiteur peut être mis en faillite par le tribunal du pays où il exerce une activité secondaire ou a des actifs (art. 9 de la loi italienne, art. 2 de la loi néerlandaise, art. 238 de la loi allemande), ou même si le débiteur a un passif dans le pays (jurisprudence française). Le caractère de holding de la Barcelona Traction est mis en cause par des activités directes en Espagne (cf. les plaidoiries du 14 juillet 1969).

taking in Spain lends colour, prima facie to, the Spanish assumption of jurisdiction, on considering the jurisdiction problem in general and quite apart from the petition for bankruptcy on account of failure to honour bonds.

The corporate purpose of the undertaking is to develop the hydro-electricity industry in Spain, and the electric railway and tramway system in the city and province of Barcelona (cf. *Moody's Public Utility Manual*, 1968, p. 2067). No area other than Spain is contemplated for hydro-electric development, and in fact Barcelona Traction never undertook works in any other country; its subsidiaries operated electricity production and distribution systems in Barcelona, Catalonia "and the industrial cities of Tarrasa, Tarragona, Reus" (*sic*) "and Tortosa" (*ibid.*: it should be noted that these details are based on information supplied by the company; see the paragraphs "Property Seized" and "Assets in Spain sold"). In these circumstances, the absence of publication in Canada can be seen in a particular light; furthermore, the considerations set forth in a number of separate opinions concerning the genuineness or otherwise of the company's headquarters in Toronto could have been adduced by the Spanish judge, who could also have invoked the judicial precedents of certain States, where foreign companies which have a branch, have carried on business, issued bonds or entered into contracts within the national territory have been adjudged bankrupt¹. It should be noted that the courts of certain States have declared bankruptcies for non-repayment of loans, when a businessman has called on credit in their territory, though that is an exceptional circumstance. The claim to possess a certain jurisdiction over the activities of the Barcelona Traction group in Spain was consequently not, *a priori*, illegitimate, though this does not imply the legitimacy of all the measures for the execution of the bankruptcy, or of the actual petition made to the Reus judge. But the state of the law concerning the bankruptcy of foreign companies was not, at the time of the facts, such as to justify any abandonment by the company of the remedies open to it.

After the passage of many years and countless proceedings, it is not easy to recover the standpoint of the time when the act complained of occurred, but that is what has to be done in utter objectivity, and in that light it will be seen that a plea of opposition to the declaration of bankruptcy ought to have appeared to the company as an immediately available and practicable remedy.

(Signed) André GROS.

¹ In several European legal systems a debtor can be declared bankrupt by the courts of a country in which he carries on a secondary occupation or possesses assets (Article 9 of the Italian, Article 2 of the Netherlands and Article 238 of the Federal German laws concerned), or if he is in debt there (French case-law). Some doubt is thrown on the character of Barcelona Traction as a holding company by direct activities in Spain (cf. hearing of 14 July 1969).