

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.

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-

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.

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.

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.

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.

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.

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

« 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-

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.

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

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.)

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

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

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.

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

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

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.

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).