

OPINION DISSIDENTE DE M. RIPHAGEN

1. A mon grand regret il ne m'est pas possible de m'associer à l'arrêt de la Cour et je désire faire usage du droit que me confère l'article 57 du Statut pour indiquer les raisons de mon dissentiment.

2. A mon avis le raisonnement juridique suivi par la Cour méconnaît la nature même des règles de droit international public coutumier applicables dans l'espèce.

L'Etat belge invoque la responsabilité internationale de l'Etat espagnol pour le traitement que les autorités administratives et judiciaires espagnoles ont accordé à une société privée non espagnole, la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. La Cour reconnaît que :

« Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement » (par. 33).

Toutefois la Cour refuse d'examiner si le traitement accordé par les autorités administratives et judiciaires espagnoles à la Barcelona Traction était conforme ou non aux obligations internationales de l'Espagne, attendu que

« la possession par le Gouvernement belge d'un droit de protection constitue une condition préalable à l'examen de ces problèmes. Attendu que la qualité pour agir devant la Cour n'a pas été démontrée ... » (par. 102).

En d'autres termes, il existe bien des obligations internationales de l'Espagne relatives au traitement accordé à la Barcelona Traction mais ces obligations ne seraient pas des obligations *à l'égard de la Belgique*.

Dans tout son arrêt la Cour envisage l'hypothèse qu'une partie plus ou moins grande des actions de la Barcelona Traction était, pendant toute la période pertinente, dans les mains de ressortissants belges, personnes physiques ou morales. Cette hypothèse est contestée; il sera revenu plus loin sur cette question qui n'a pas été traitée dans l'arrêt.

Sur la base de cette hypothèse, et sans faire aucune distinction suivant l'ampleur et la nature de cette participation de personnes physiques ou morales belges au capital et à la gestion de la société Barcelona Traction, la Cour arrive au résultat que l'Etat belge n'aurait aucun droit sur le plan

international qui puisse être violé par le comportement des autorités espagnoles à l'égard de la société Barcelona Traction.

Ce résultat est fondé uniquement sur des considérations relatives à ce que la Cour appelle (par. 38) la nature et l'interaction des droits de la société et des droits des actionnaires *dans l'ordre interne*. C'est en examinant des règles de droit interne qui sont dans une large mesure communes aux systèmes législatifs admettant comme institution la société dont le capital est représenté par des actions que la Cour arrive à la conclusion que, dans l'ordre juridique interne, les *droits* des actionnaires ne sont pas affectés par des mesures prises contre la société. Il s'ensuit, d'après l'arrêt, que l'Etat dont les actionnaires d'une société sont les ressortissants, n'a pas non plus un droit qui pourrait être lésé sur le plan international, par des mesures prises par un autre Etat contre ladite société.

3. C'est en faisant dépendre, purement et simplement, les droits et les obligations des *Etats* sur le plan du droit *international* public coutumier des règles du droit *interne* relatives aux droits et obligations des *personnes privées* dans leurs relations mutuelles, que l'arrêt me semble méconnaître la nature des règles du droit international coutumier y compris les règles du droit international relatives aux droits et obligations des *Etats* dans la matière dite « du traitement des étrangers ».

Il est, toutefois, constant que la responsabilité internationale est une responsabilité d'Etat à Etat et que, par conséquent, les conditions dans lesquelles la responsabilité internationale d'un Etat est engagée ainsi que les conditions dans lesquelles un autre Etat est habilité à exiger une réparation du préjudice qui lui est causé, sont en principe complètement indépendantes du contenu du droit interne desdits Etats.

« 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.P.J.I. série A n° 2*, p. 12 et *série A/B n°s 20-21*, p. 17) » (affaire *Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 24) [les italiques sont de nous].

« Il est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité correspondant au dommage que les ressortissants de l'Etat lésé ont subi par suite de l'acte contraire au droit international. C'est même la forme de réparation la plus usitée; l'Allemagne l'a choisie en l'espèce, et son admissibilité n'est pas contestée. Mais la réparation due à un Etat par un autre Etat ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournira la

mesure. *Les règles de droit qui déterminent la réparation sont les règles de droit international en vigueur entre les deux Etats en question, et non pas le droit qui régit les rapports entre l'Etat qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi le dommage. Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auxquels le même acte peut également porter atteinte.* Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'Etat subira; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'Etat » (affaire de l'*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 27-28*) [les italiques sont de nous].

4. Cette *séparation* complète entre les règles du droit international coutumier en matière de responsabilité pour le traitement des étrangers d'une part et les règles et principes du droit interne d'autre part est beaucoup plus qu'une pure construction juridique, permettant la substitution de rapports juridiques entre Etats aux rapports juridiques entre l'administration et le particulier ou entre particuliers.

Elle traduit une réalité de la vie internationale: elle détermine le contenu même des droits et obligations des Etats sur le plan international.

En effet, il est incontestable que l'Etat porte un intérêt réel au développement de son commerce international dont l'investissement dans les entreprises étrangères et l'établissement d'entreprises à l'étranger sont quelques-unes des manifestations. Aussi en dehors des pays qui pratiquent le système du commerce d'Etat les relations économiques internationales sont en général fortement contrôlées par les autorités publiques. D'autre part, cette activité du commerce international d'un Etat affecte nécessairement l'économie, donc les intérêts publics, de l'Etat d'accueil; elle comporte normalement aussi des contacts avec l'ordre juridique interne et les autorités publiques de cet Etat. Il s'agit donc bien d'assurer un juste équilibre entre les intérêts *des Etats*, tâche traditionnelle des règles du droit international public.

Cette tâche est fondamentalement différente de celle qui incombe aux règles du droit interne et notamment du droit privé interne. Les considérations qui déterminent le choix d'un système particulier de droit privé interne en matière de ce que la Cour appelle « la nature et l'interaction des droits de la société et des droits des actionnaires » sont complètement étrangères aux problèmes qui préoccupent les règles du droit international public en matière de responsabilité pour le traitement des étrangers.

5. Certes, l'activité du commerce international s'effectue, dans une très large mesure, dans les formes du droit interne (acquisition de propriété, contrats, concessions, perception de taxes et impôts). Mais ce ne sont pas les rapports juridiques de droit interne qui en résultent — rapports entre personnes privées ou entre une autorité publique et une personne pri-

vée — qui intéressent le droit international coutumier. Celui-ci ne tend nullement à unifier, même partiellement ou indirectement, les différents ordres juridiques internes dans un ordre juridique commun applicable aux cas de « diversité de nationalité » (*diversity of citizenship*).

La responsabilité internationale d'un Etat n'est point basée sur des règles d'un tel ordre juridique commun ; le droit de l'Etat invoquant cette responsabilité n'est non plus dérivé des droits qui résulteraient pour une personne privée d'un tel ordre juridique commun. L'approche des règles du droit international coutumier est complètement différente ; elles s'intéressent plutôt à l'activité, en tant que telle, des personnes faisant le commerce international d'un Etat, d'une part, des autorités publiques de l'Etat d'accueil d'autre part, ainsi qu'à l'interaction de ces activités. C'est pourquoi la responsabilité internationale pour le traitement des étrangers est essentiellement une responsabilité pour « déni de justice » *lato sensu*. C'est aussi pourquoi l'Etat qui invoque cette responsabilité ne représente pas la personne lésée mais fait valoir son propre intérêt à l'activité de cette personne dans le commerce international. C'est pourquoi, finalement, il est indispensable, dans la détermination de l'existence ou de l'inexistence d'une responsabilité internationale d'un Etat vis-à-vis d'un autre Etat dans un cas concret, de prendre en considération l'ensemble des activités des autorités publiques de l'Etat dont la responsabilité est mise en cause, ainsi que l'ensemble de l'activité dans le commerce international de la personne privée lésée.

6. Il ne faut pas donner à la notion du « commerce international » une interprétation purement économique. A vrai dire, le droit international coutumier protège l'intérêt qu'un Etat porte à *son* commerce international parce que *le* commerce international au sens large de l'expression, présente un intérêt pour la communauté internationale tout entière. Comme le remarquent à juste titre Sohn et Baxter dans leur commentaire au *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* : « Le droit relatif à la responsabilité des Etats vise au maintien de la liberté de communication et de mouvement entre les nations. » [Traduction du Greffe.]

Dans le même sens, le droit international coutumier reconnaît — surtout depuis la seconde guerre mondiale — le respect des libertés fondamentales de l'homme comme un intérêt de la communauté internationale. En effet, même avant et entre les deux guerres mondiales, l'idée d'une protection, par le droit international public, des « droits de l'homme » n'était jamais absente dans la jurisprudence internationale relative à la responsabilité des Etats pour le traitement des étrangers. Ici comme dans la protection du commerce international, il s'agit non pas de créer un ordre juridique commun, déterminant les rapports juridiques entre les autorités publiques et la personne privée ou entre les personnes privées, mais de « contrôler » l'application de l'ordre juridique interne pour sanctionner les « voies de fait », les discriminations arbitraires et l'usurpation de compétence, qui violent le « droit à l'existence » de la personne hu-

maine. Ici, comme dans la protection du commerce international, les modalités différentes du droit interne des différents pays ne sont point pertinentes pour la réalisation des objectifs des règles du droit international coutumier.

7. Ici, il faut ouvrir une parenthèse. L'arrêt semble se baser sur l'idée d'une « référence » par les règles du droit international aux règles de droit interne. Il est dit notamment au paragraphe 38 de l'arrêt que « le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes de droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles ». La technique législative de la référence ou du renvoi d'une règle de droit à une autre règle de droit, ou au résultat de son application, est en effet bien connue dans la science juridique. Pour ce qui concerne plus particulièrement le droit international, cette technique est d'application fréquente dans les règles de droit *écrites*, c'est-à-dire dans les *traités*. Ainsi plusieurs traités, en définissant les obligations des parties contractantes, font référence au droit interne *d'un Etat déterminé*. C'est, par exemple, le cas des traités en matière de conflits des lois et en matière d'entraide judiciaire, y compris la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Mais ce phénomène du renvoi est complètement étranger à la situation dont il s'agit dans le cas actuel.

Tout d'abord il s'agit dans l'affaire de la Barcelona Traction de l'application des règles de droit international *coutumier général*. Le renvoi de telles règles au droit interne d'un Etat déterminé paraît a priori peu probable. D'autre part, la présente affaire ne concerne point la reconnaissance ou l'effet à donner aux décisions, judiciaires et autres, des autorités espagnoles, dans le cadre du système juridique d'un autre Etat. Au contraire, il s'agit de déterminer si ces décisions constituent un déni de justice dans le sens large des mots, c'est-à-dire, une « voie de fait », une discrimination arbitraire ou une usurpation de juridiction, qui porte atteinte aux droits d'un autre Etat. Dans ce domaine il ne *peut* y avoir un « renvoi » aux règles de droit interne de l'Etat dont la responsabilité internationale est mise en cause, ni d'ailleurs au droit *interne* d'un autre Etat, ni aux « règles communes » qui pourraient se dégager d'une étude de droit comparé des différentes législations nationales.

8. La distinction de principe faite par l'arrêt présent entre :

- a) les obligations de l'Etat « dès lors qu'[il] admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales » (par. 33), obligations « qui naissent ... dans le cadre de la protection diplomatique » (*ibid.*);

- b) les obligations de l'Etat résultant de « la mise hors la loi des actes d'agression » (par. 34);
- c) les obligations de l'Etat résultant « des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » (par. 34);
- d) la protection des intérêts économiques résultant de l'investissement fait par un étranger (par. 87);

paraît bien artificielle et ne peut en aucun cas justifier les conséquences juridiques *essentiell*es que l'arrêt attache à cette distinction.

Tout d'abord il semble impossible de distinguer les catégories *a*) et *d*). Le présent arrêt même fait observer à juste titre (par. 37) que l'institution dénommée protection diplomatique des étrangers est « étroitement liée dès son origine au commerce international ». Comment donc reconnaître d'une part que « dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ... il ... assume certaines obligations quant à leur traitement » (par. 33 de l'arrêt) et nier d'autre part à l'Etat dont les ressortissants ont fait de tels investissements toute protection sur le plan international en dehors des « stipulations conventionnelles » (par. 90 de l'arrêt)? Certes, comme la Cour l'indique (par. 87) « dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements ... étrangers, il ... ne devient pas l'assureur des ressources d'un autre Etat que ces investissements représentent ». Personne n'a jamais employé pareille formule pour définir les obligations de l'Etat d'accueil. Ce n'est en tout cas pas la base sur laquelle la Belgique fonde ses réclamations contre l'Espagne dans le cas d'espèce! Le problème de l'étendue de la protection que les règles du droit international assurent à l'intérêt d'un Etat est une question, la désignation du ou des Etats dont l'intérêt est protégé en est une autre.

Mais il y a plus. Dans tous les cas énumérés ci-dessus, le droit international public général protège les droits des Etats en imposant des obligations aux autres Etats pour la bonne raison que c'est un intérêt primordial de la communauté internationale tout entière que ces droits soient respectés.

Certes, sur le plan moral, il est difficile de comparer la gravité d'une atteinte à l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'un Etat à celle d'une atteinte aux libertés fondamentales de la personne humaine ou à celle d'une atteinte au commerce international *lato sensu*.

Mais cela n'empêche pas que, sur le plan juridique, il s'agit dans les trois cas d'intérêts de l'Etat protégés par l'imposition d'obligations aux autres Etats. Evidemment les modalités de la protection sont différentes dans les trois cas, aussi bien quant à la définition des atteintes prohibées — c'est-à-dire l'étendue de la protection — qu'à l'égard de la désignation du ou des Etats habilités à appliquer ou à exiger l'application des sanctions en cas d'atteinte.

C'est de ce dernier ordre d'idées que relève la question de la « qualité pour agir » d'un Etat.

L'arrêt semble faire une distinction entre les *obligations* d'un Etat *erga omnes*, les obligations d'un Etat qui existent envers certains autres Etats d'après le droit international général et des obligations d'un Etat qui n'existent envers un autre Etat qu'en raison de « stipulations conventionnelles ». On peut, certes, faire cette distinction. Encore est-il difficile d'admettre que cette distinction correspondrait nécessairement à une classification à priori suivant la nature des *intérêts* protégés par ces obligations, classification qui est déjà en soi assez douteuse.

En d'autres termes il paraît impossible de dire à priori que les intérêts économiques de l'Etat ne pourraient être protégés par des obligations d'autres Etats qu'en vertu de « stipulations conventionnelles », comme il serait d'ailleurs manifestement faux de dire qu'il existe une qualité d'agir pour chaque Etat au cas où l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un *autre* Etat est atteinte autrement que par une attaque armée ou au cas où un ressortissant d'un autre Etat est victime d'une violation de ses libertés individuelles.

9. Personne ne nie d'ailleurs que la qualité d'agir d'un Etat dans le cadre des règles du droit international coutumier relatives au traitement des étrangers dépend de l'existence d'un *lien* entre cet Etat et la situation atteinte dans le cas d'espèce par le comportement d'un autre Etat.

A cet égard il convient de remarquer que dans les matières régies par le droit international public coutumier il est à priori peu probable qu'il existe des cloisons étanches entre les solutions adoptées pour les différents éléments *théoriquement* séparés dont est composée la règle de droit. C'est l'interaction entre le comportement imputé à un Etat et le comportement imputé à un autre Etat qui fait l'objet des règles de droit international coutumier se manifestant dans la création d'« obligations » et de « droits » des Etats dans leurs relations mutuelles. Dans ces conditions on ne peut notamment pas faire totalement abstraction de la nature et de l'effet de cette interaction dans le cas concret en déterminant la « responsabilité » de l'un et la « qualité d'agir » de l'autre Etat.

10. C'est une raison de plus de ne pas attacher trop d'importance à la distinction fort abstraite et théorique entre « droits » et « simples intérêts » qui semble être la seule base du raisonnement de l'arrêt.

Cette distinction n'a de sens que dans le cadre d'un ensemble concret de règles de droit connues et incontestées.

En analysant un tel ensemble de règles on peut *constater* à posteriori que le manquement à une obligation peut entraîner certaines conséquences dommageables pour certains intérêts, sans que le détenteur de ces intérêts soit habilité, par cet ensemble de règles de droit, à exiger une réparation de celui qui a manqué à cette obligation. Alors on peut en tirer

la conclusion que la victime avait bien un « simple intérêt » mais non pas un « droit » qui était violé.

C'est en effet la conclusion que l'arrêt tire en analysant les règles du *droit privé interne* relatives à la position juridique des actionnaires à l'égard d'actes dirigés contre la société.

Mais dans l'affaire que l'arrêt tranche il ne s'agit ni des obligations des autorités espagnoles sur le plan du droit interne ni des possibilités juridiques qu'auraient les actionnaires d'invoquer cette responsabilité en demandant l'annulation des mesures prises ou une indemnisation.

Il s'agit au contraire d'un tout autre ensemble de règles, à savoir les règles du droit international public coutumier relatives aux obligations et aux droits des Etats dans leurs relations mutuelles.

Or, ces deux ensembles de règles répondent à des exigences tout à fait différentes ; leurs objets et leurs buts sont différents ; ils se sont développés dans des milieux différents.

L'ensemble des règles de droit international public coutumier en matière de traitement des étrangers s'inspire, comme nous l'avons vu, de l'intérêt de la communauté internationale au respect des libertés fondamentales de la personne humaine ainsi qu'au respect de la liberté du commerce international.

C'est en fonction de ces deux principes qu'il faut déterminer aussi bien les obligations que les droits des Etats dans leurs rapports mutuels. Dans l'affaire actuelle c'est surtout le second de ces deux principes qui est en cause.

11. Pour pouvoir qualifier une activité concrète dans le commerce international comme faisant partie du commerce international d'un Etat déterminé, il faut évidemment qu'il existe un lien entre l'activité et cet Etat. Ce lien ne peut s'établir que par l'intermédiaire de l'un ou plusieurs des trois éléments de l'Etat : les ressortissants, le territoire et le gouvernement. Quand l'activité du commerce international se fait par l'établissement d'une personne physique à l'étranger c'est traditionnellement la nationalité de cette personne physique qui détermine le lien entre cette activité et un Etat déterminé. D'autre part on trouve dès le début du développement du commerce international que l'Etat s'intéresse au traitement réservé par les autres Etats à « ses » produits, c'est-à-dire les produits originaires de son territoire, ainsi, qu'à « ses » navires, c'est-à-dire les navires investis par son gouvernement du droit de battre le pavillon national. (Parfois les différentes manifestations de l'activité du commerce international n'étaient pas nettement distinguées. Un exemple typique en est donné par les traités dont l'interprétation était en cause dans l'arrêt de la Cour du 27 juillet 1952 (affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176.) Ces traités, datant du tournant du siècle, visaient en premier lieu à empêcher tout traitement différentiel par un Etat des ressortissants des autres Etats parties auxdits traités. Mais la Cour n'a pas hésité à interpréter ces traités

comme interdisant également toute discrimination en faveur de l'importation de *marchandises en provenance du territoire* d'un de ces Etats (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 183 à 186), reconnaissant ainsi que les traités en cause avaient pour objet la protection de l'ensemble des activités du commerce international de chaque Etat contractant.)

Les techniques du commerce international se sont développées depuis lors, notamment avec l'entrée en scène des sociétés anonymes comme forme juridique de l'organisation de l'activité économique privée.

Pour la détermination du lien entre une activité du commerce international et un Etat particulier ce développement pose deux problèmes distincts, l'un relatif au rapport entre l'activité et une personne, l'autre relatif au rapport entre cette personne et un Etat.

En effet, dans les cas « classiques » de la protection diplomatique, l'intérêt que l'Etat porte à « son » commerce international se confond avec l'intérêt qu'il porte au bien-être de ses *ressortissants*, personnes physiques, aussi bien pour ce qui concerne leur *intégrité physique* et leurs *libertés fondamentales*, que pour ce qui concerne leur pouvoir de *gérer* leurs biens ainsi que leur droit d'en *tirer des profits*.

Les éléments de « l'entreprise » se trouvent réunis dans une seule et même personne physique et indivisible, et l'appartenance de cette personne à un Etat déterminé ne pose normalement pas de problèmes.

L'emploi de la forme juridique de la société anonyme (ayant sur le plan du droit privé interne une personnalité juridique propre) complique la situation.

12. Tout d'abord on peut difficilement admettre qu'une société anonyme en tant que telle puisse avoir une intégrité physique ou des libertés fondamentales. (On peut laisser de côté la question de savoir si, sur le plan du droit interne, la société en tant que telle pouvait se plaindre d'une atteinte à l'intégrité physique ou aux libertés fondamentales des personnes physiques qui la « représentent ».) Il s'agit donc seulement des intérêts « économiques » de l'entreprise: son activité et ses biens. Or, en réalité, la forme juridique de la société anonyme se prête à des organisations assez divergentes des intérêts économiques de l'entreprise. Il y a le type de société pour laquelle la personnalité juridique correspond à une indépendance économique de l'entreprise; la gestion de l'entreprise se trouve dans les mains des administrateurs indépendants et les profits sont en principe affectés à l'entreprise elle-même, c'est-à-dire généralement réinvestis (déduction faite, le cas échéant, d'une certaine rémunération des capitaux déjà investis). Mais il y a aussi le type de société qui est en réalité une forme d'organisation de la coopération dans une entreprise d'actionnaires qui non seulement fournissent le capital mais assurent effectivement la gestion de l'entreprise pour en tirer des profits pour eux-mêmes. Il y a enfin un troisième type de société dont l'entreprise est intégrée dans une autre entreprise plus vaste, appartenant à une autre société qui la domine. Evidemment il s'agit ici de types de sociétés (correspondant à des types

d'actionnaires différents) et non de catégories séparées par des cloisons étanches. Bien entendu pour les trois types de sociétés le régime du droit *privé* interne est généralement le même. D'autre part, sur le plan du droit *fiscal* interne, plusieurs pays reconnaissent la différence fondamentale entre ces trois types en leur donnant un traitement différent.

Sur le plan du *droit international coutumier*, c'est-à-dire aussi bien pour déterminer ce qui est affecté par le comportement d'un Etat vis-à-vis d'une société anonyme que pour déterminer le lien entre ce qui est affecté et un autre Etat, il paraît nécessaire de tenir compte de la réalité des différences entre ces trois types de sociétés. En effet, comme on l'a déjà fait remarquer, sur le plan du droit international il s'agit des droits et des obligations des *Etats* dans leurs rapports mutuels et non pas des rapports de droit interne entre la société et d'autres personnes privées ni même des rapports de droit interne entre la société, ses actionnaires et ses dirigeants, et les autorités publiques d'un Etat.

La nature des droits comme celle des obligations est différente dans le droit international, parce que ces obligations et ces droits correspondent aux exigences spécifiques de la communauté internationale. Il n'est donc pas possible de s'en tenir simplement à la personnalité juridique de la société sur le plan du droit interne.

On ne peut ni considérer la société comme étant toujours la seule qui soit affectée par une mesure quelconque dirigée — sur le plan du droit interne — contre la société, ni assimiler toujours purement et simplement la société à une personne physique pour ce qui concerne sa « nationalité » c'est-à-dire son lien avec un Etat déterminé.

L'un et l'autre sont d'ailleurs reconnus dans la jurisprudence et la pratique internationales.

Bien entendu cette jurisprudence et cette pratique ne sont pas constantes. D'une part, elles se sont souvent inspirées de considérations *ad hoc*; d'autre part, elles ne tiennent pas suffisamment compte de la variété des cas qui peuvent se présenter.

Toujours est-il qu'elles marquent à un degré suffisant la reconnaissance de l'inapplicabilité de la fiction juridique du droit privé interne sur le plan du droit international public. La personnalité morale de la société n'est point le dernier mot ni pour les obligations ni pour les droits des Etats en matière de « traitement des étrangers ».

L'arrêt le reconnaît d'ailleurs en examinant « divers autres motifs pour lesquels on pourrait concevoir que le Gouvernement belge soit justifié à présenter une demande ... » (par. 55). Toutefois, l'arrêt semble persister à considérer ces autres motifs comme l'application de la transposition, sur le plan du droit international, des règles du droit interne relatives au statut de la société et de ses actionnaires (par. 56).

On a déjà exposé ci-dessus pourquoi cette manière de voir paraît contraire à la nature et aux fonctions mêmes des règles du droit international public coutumier. Ce ne sont pas les droits et obligations des

actionnaires qui sont en cause dans l'affaire actuelle, mais les obligations et les droits des Etats; il ne s'agit pas seulement de sujets de droit différents mais aussi d'une *matière* différente.

13. C'est aussi pourquoi il ne paraît pas justifié d'écarter comme non pertinentes la pratique et la jurisprudence internationales en matière de mesures prises à l'égard des biens ennemis ainsi qu'en matière de nationalisations (par. 59 à 62 de l'arrêt). Au contraire, il s'agit là de deux phénomènes *sur le plan international* qui ont trait directement au commerce international ainsi qu'aux liens entre une activité du commerce international et un *Etat* déterminé. En effet, les mesures prises à l'égard des biens ennemis ont le double objectif d'éliminer l'élément ennemi dans la gestion de l'économie nationale et de confisquer les biens ennemis à titre de réparation. Il est hautement significatif que dans le cadre de ce double objectif la personnalité distincte de la société ne fasse pas obstacle à la reconnaissance des réalités. Mais comment donc pourrait-on d'une part accepter le lien entre une activité et des biens privés et un Etat quand il s'agit de mesures à prendre *contre* cet Etat et, d'autre part, méconnaître par principe l'existence d'un tel lien quand il s'agit des *droits* de cet Etat?

Dans le cas des nationalisations d'entreprises appartenant à une société il s'agit évidemment de mesures d'un autre caractère. Toutefois, ici encore, bien des accords internationaux conclus pour régler les suites de ces mesures reconnaissent que celles-ci — qui mettent fin à une activité du commerce international — n'affectent pas seulement l'Etat dont la société comme personne distincte est censée posséder la « nationalité ».

Dans les deux cas — mesures contre les biens ennemis et mesures de nationalisation — il s'agit d'une atteinte — pour des motifs différents — à une activité du commerce international prise comme ensemble; l'objet et le but de ces mesures concernent l'entreprise en tant que telle, bien qu'elles affectent évidemment la propriété et d'autres droits sur des biens isolés.

14. C'est de ce point de vue — atteinte à l'entreprise étrangère plutôt qu'à un droit isolé appartenant à une personne privée étrangère — qu'il faut aussi considérer les cas où la jurisprudence et la pratique internationales ont reconnu un intérêt juridiquement protégé par les règles du droit international à un Etat autre que celui suivant le droit interne duquel la société était constituée. Ce sont notamment les cas où la société était entrée en liquidation ou était « pratiquement défunte » à la suite des mesures prises par l'Etat dont la responsabilité internationale était mise en cause. Il s'agissait alors des cas où la société était forcée de suspendre ou de cesser ses activités, en d'autres termes, où l'entreprise en tant que telle était affectée. Dans la doctrine on a parfois essayé d'expliquer ces cas en y voyant l'application de la notion du *droit privé interne* suivant laquelle en cas de liquidation d'une société les actionnaires reprennent la partie des biens de la société qui est la leur

(ainsi par exemple Reuter: *Droit international public*, 1958, p. 166).

Mais cette explication ne peut pas satisfaire. Sur le plan du droit privé interne ce n'est pas l'entrée en liquidation qui fait naître un droit de chaque actionnaire sur une partie des biens de la société: c'est seulement à la *fin* de la liquidation qu'un reliquat d'actif éventuel est distribué parmi les actionnaires. D'autre part, la liquidation était toujours *postérieure* aux mesures de l'Etat tenu pour responsable sur le plan international de sorte que ces mesures n'ont pas pu porter atteinte aux droits des actionnaires sur le plan du droit privé interne.

Ces deux arguments valent encore à fortiori au cas où la société, sans être entrée en liquidation, était « tombée en sommeil », « pratiquement défunte » ou « détruite ». L'arrêt (par. 64 à 68), tout en reconnaissant des « circonstances spéciales où la règle générale [c'est-à-dire la règle selon laquelle seul l'Etat suivant le droit interne duquel la société était constituée aurait qualité d'agir] pourrait ne pas avoir effet » (par. 64) n'accepte dans le contexte actuel l'existence d'une circonstance spéciale qu'au cas où « la société a disparu *comme personne morale* » et était « devenue *juridiquement* incapable de défendre ses propres droits [et] les intérêts de ses actionnaires » (par. 66). Ce faisant l'arrêt rejette donc toute exception fondée sur l'entrée en liquidation de la société ou sa paralysie entière (par. 65) à *cause des mesures* à l'égard desquelles la responsabilité internationale d'un Etat est invoquée.

Encore une fois l'arrêt fait donc dépendre l'étendue des obligations et des droits internationaux des Etats des règles du droit privé interne relatives au statut des sociétés. L'arrêt constate (par. 66) que « seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société ». Il n'est pas expliqué dans l'arrêt comment alors, après la disparition juridique de la société, l'action d'un *autre* gouvernement que « le gouvernement de la société » puisse être compatible avec la règle de la continuité! En réalité, l'intérêt juridiquement protégé de cet autre Etat, donc aussi les obligations vis-à-vis de l'Etat qui a pris les mesures incriminées, doivent exister sur le plan international, avant la disparition et indépendamment de la disparition de la société sur le plan du droit interne, disparition qui n'est qu'une des conséquences ultérieures *possibles* de ces mesures.

15. L'arrêt constate (par. 65) « qu'elle [c'est-à-dire la Barcelona Traction] a été entièrement paralysée au point de vue économique [et qu'elle a été privée de toutes ses sources de revenus en Espagne] ».

Il est incontestable que les mesures prises par les autorités espagnoles ont porté atteinte à l'entreprise en tant que telle. Le point essentiel est donc l'existence ou l'inexistence d'un lien entre l'entreprise et l'Etat belge, suffisant pour considérer sur le plan international que le commerce

international de cet Etat est affecté par ces mesures. C'est donc la seconde question, mentionnée ci-dessus, que pose l'entrée en scène des sociétés anonymes dans le commerce international, celle du lien entre ce qui est affecté par le comportement d'un Etat, et un autre Etat. A cet égard aussi il paraît impossible de faire abstraction de la différence entre les trois types de sociétés et d'actionnaires mentionnés ci-dessus.

16. Pour ce qui concerne le commerce international d'un Etat qui se fait par l'intermédiaire de personnes *physiques* il est constant, comme le rappelle l'arrêt (par. 36), que c'est en principe le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui compte. Il y a toutefois des exceptions à cette règle générale. D'une part, comme la Cour l'a rappelé dans son avis consultatif du 11 avril 1949 (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 181):

« cette règle comporte d'importantes exceptions, car il existe des cas dans lesquels la protection peut être exercée par un Etat au profit de personnes qui n'ont pas sa nationalité ».

Il s'agit notamment des cas de protection « fonctionnelle » (membres de l'équipage d'un navire battant le pavillon de l'Etat; membres des forces armées d'un Etat; agent de l'ONU); la protection de l'activité comme ensemble, lié en tant que tel à un Etat, s'étend aux personnes qui participent à cet ensemble indépendamment de leur nationalité.

D'autre part, le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu n'est pas toujours suffisant. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a jugé que le Liechtenstein n'était pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala sur la base d'une réponse négative à la question de savoir

« si le rattachement de fait existant entre Nottebohm et le Liechtenstein à l'époque précédant, entourant et suivant sa naturalisation apparaît comme suffisamment étroit, comme si prépondérant par rapport au rattachement pouvant exister entre lui et tel ou tel autre Etat qu'il permette de considérer la nationalité à lui conférée comme effective... » (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 24).

Ici encore on remarque une approche « fonctionnelle ». La naturalisation de M. Nottebohm n'ayant en fait rien *changé* à ses activités prises comme un ensemble (ce que la Cour appelle son « genre de vie » (*ibid.*, p. 26)), l'atteinte alléguée au Guatemala à cette « entreprise » n'était pas considérée comme affectant sur le plan international un intérêt juridiquement protégé du Liechtenstein.

17. Un vrai lien de nationalité, tel qu'il existe entre un Etat et ses ressortissants, personnes physiques, ne peut évidemment pas se concevoir pour les personnes morales en tant que telles. Pour assimiler une société anonyme à un ressortissant, personne physique, il faut donc

avoir recours à d'autres points de rattachement. A cet égard, du point de vue abstrait, trois voies s'ouvrent :

- a) tenir compte de la nationalité des personnes physiques auxquelles « appartient » la société ;
- b) tenir compte du fait que la personnalité juridique a été « conférée » à la société par les autorités d'un Etat déterminé ;
- c) tenir compte du fait que la société, comme entité économique, est « implantée » sur le territoire d'un Etat déterminé.

Dans la pratique des Etats, y compris les traités conclus entre deux ou plusieurs Etats et dans la jurisprudence internationale, on suit tantôt l'une tantôt l'autre de ces voies, ou bien on combine — on met en balance respectivement — des points de rattachement relevant de deux ou trois de ces solutions.

18. Ceci s'explique par le fait que les trois solutions correspondent *grosso modo* aux trois types différents de sociétés et d'actionnaires. En effet, s'il s'agit par exemple d'une société dont toutes les actions se trouvent dans les mains de deux ou trois personnes physiques, qui de cette façon ont combiné leurs capitaux dans une entreprise qu'elles dirigent elles-mêmes, il paraît tout à fait naturel de s'inspirer des considérations bien connues, que Max Huber a exprimées dans son rapport du 1^{er} mai 1925 dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol* :

« la protection des individus couvre tous leurs droits légitimes. Le fait que ces intérêts se trouvent en connexité plus ou moins étroite avec ceux d'une entité juridique morale, ne saurait *ipso facto* les priver de la protection qui leur reviendrait autrement en tant qu'appartenant à une personne protégée » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 661).

« Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts nationaux liés à des intérêts appartenant à des personnes de nationalités différentes » (*ibid.*, p. 729).

Ces considérations s'appliquent aussi dans le cas où la personnalité morale de la société a été conférée par le droit interne de l'Etat dont la responsabilité est invoquée et ceci même quand la société est implantée sur le territoire dudit Etat.

D'autre part le point de rattachement sous *b*) ci-dessus (le fait que la personnalité juridique a été conférée à la société par les autorités d'un Etat déterminé) correspond plutôt au type de société dont l'entreprise est indépendante et dont les actions sont dispersées dans les mains de personnes qui ne s'occupent point de la gestion de l'entreprise mais se bornent à encaisser les dividendes éventuels ou à réaliser des profits par l'achat et la vente de ces actions en bourse.

En réalité ce point de rattachement est dans un certain sens comparable

au lien qui unit un Etat et un navire auquel cet Etat a conféré le droit de battre le pavillon national. Il perd beaucoup de son sens à partir du moment où la constitution d'une société suivant le droit interne d'un Etat s'effectue sans aucune intervention active des autorités publiques de cet Etat et ne requiert l'établissement d'aucun lien réel entre la société et le territoire ou les ressortissants dudit Etat.

Aussi est-il compréhensible que dans la pratique des Etats et dans la jurisprudence internationale ce point de rattachement ne joue pas un rôle prépondérant à moins qu'il n'y ait d'autres liens entre la société et l'Etat où elle a été constituée, comme par exemple le fait que la direction de la société opère effectivement sur le territoire de cet Etat. (Dans certains traités même la nationalité des personnes physiques qui dirigent la société est un facteur pour déterminer le lien entre un Etat et une société. D'après les indications données par Foighel: *Nationalization and Compensation*, 1963, p. 235, ceci est notamment le cas dans un traité accompagné d'un aide-mémoire du 27 septembre 1948 entre la Suisse et la Yougoslavie.)

Enfin, le point de rattachement mentionné sous *c*) ci-dessus (le fait que la société, comme entité économique, est implantée sur le territoire d'un Etat déterminé) répond à la reconnaissance de l'importance croissante de l'économie, donc de ses entreprises, pour l'existence même de l'Etat. De ce point de vue l'Etat dans le territoire duquel une société est implantée est nécessairement intéressé au rayonnement de l'entreprise de cette société à l'étranger que ce soit par des activités isolées ou par l'établissement de filiales ou par la participation à d'autres sociétés qu'elle domine et dont l'entreprise est intégrée dans la sienne.

Bref, ce point de rattachement trouve son application surtout dans le cas où il s'agit du troisième type d'actionnaire et de société mentionné ci-dessus.

19. Dans le cadre de l'application des règles du droit international coutumier relatives à la responsabilité en matière de traitement des étrangers, l'importance relative des trois points de rattachement doit être appréciée non seulement compte tenu du type de société et d'actionnaires en cause dans le cas d'espèce, mais aussi en fonction de la nature de l'atteinte que le comportement incriminé de l'Etat dont la responsabilité est invoquée aurait portée à l'activité du commerce international. Il est évident qu'à cet égard l'atteinte à un bien isolé de la société ne saurait être mise sur le même plan qu'une atteinte à la personnalité même de la société ou une atteinte à l'ensemble de l'activité de cette société dans l'Etat dont la responsabilité est invoquée.

L'arrêt présent semble nier la pertinence, pour la question de la qualité d'agir d'un Etat demandeur, des distinctions faites ci-dessus relatives à la nature de l'atteinte, le type de société et d'actionnaires en cause et le caractère et l'importance relative des formes de rattachement possible entre un Etat et une société. Seules, la distinction du droit privé

interne entre les droits de la société et les droits propres de l'actionnaire, ainsi que la personnalité morale distincte de la société suivant le droit interne de l'Etat où elle est constituée, sont reconnues comme pertinentes dans l'arrêt. Certes, l'arrêt, sans toutefois se prononcer sur les conditions dans lesquelles un Etat déterminé autre que celui suivant le droit interne duquel la société était constituée, peut avoir la qualité d'agir, examine diverses « circonstances spéciales » et « motifs » possibles qui pourraient conduire à la non-application de la règle simple et stricte qu'il énonce. Mais, en réalité, ces circonstances spéciales et ces motifs sont conçus par l'arrêt toujours en fonction de la personnalité distincte de la société sur le plan du droit interne. C'est ainsi que l'arrêt examine « le cas où la société aurait cessé d'exister » (par. 64 à 68) uniquement sous l'angle de l'existence juridique sur le plan du droit interne, sans tenir aucun compte de la finalité de la société qui est l'entreprise.

L'autre éventualité, traitée dans l'arrêt (par. 69 à 84) est celle « où l'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci ».

Ici encore l'arrêt arrive au résultat que seule la création de la personnalité morale par le droit interne d'un Etat déterminé est pertinente, sans toutefois expliquer comment une telle formalité en elle seule peut faire naître, sur le plan du droit international, un intérêt juridiquement protégé de cet Etat aux affaires de la société.

Certes, l'arrêt mentionne (par. 71) certains autres éléments, mais d'une part, ces éléments sont en partie des formalités résultant nécessairement de celle de la constitution de la société suivant les règles du droit privé interne, d'autre part ils n'ont pas beaucoup de poids, en comparaison, avec les rapports de la société avec d'autres Etats. Il résulte d'ailleurs du paragraphe 70 de l'arrêt que la Cour ne les considère point comme juridiquement pertinents.

20. Le raisonnement suivi dans l'arrêt conduit logiquement à la thèse qu'un Etat dont les ressortissants font des investissements à l'étranger sous la forme juridique de la constitution d'une société suivant les règles du droit interne d'un Etat étranger, ou de la participation au capital d'une telle société, *perd* son intérêt au traitement accordé à ces investissements.

Cette thèse, basée sur la distinction entre les « droits » de la société et les « simples intérêts » des actionnaires est *nécessairement* applicable aussi dans le cas où il s'agit du traitement accordé par l'Etat suivant le droit interne duquel la société a été constituée.

En effet, les motifs formulés aux paragraphes 85 à 90 de l'arrêt n'admettent aucune exception.

21. Toutefois, les paragraphes suivants de l'arrêt semblent envisager la *possibilité* de faire appel à des « considérations d'équité » pour per-

mettre « une application raisonnable » du droit international. Ces considérations semblent être que dans le cas d'un investissement étranger, il devrait exister un gouvernement étranger qui puisse exercer la protection diplomatique. Une telle considération semble pourtant contraire à la nature même des règles du droit international coutumier, suivant lesquelles, en exerçant la protection diplomatique, l'Etat défend son *propre* droit. Il ne s'agit donc nullement de trouver un gouvernement quelconque qui puisse agir comme *claim's agent* de l'actionnaire.

Un tel système n'assurerait d'ailleurs aucune amélioration de la position de l'actionnaire, étant donné la liberté complète de tout gouvernement de donner suite ou non à la demande de protection de la part l'actionnaire ainsi que de le faire profiter ou non d'une réparation éventuelle qu'il recevrait.

Si donc la pratique et la jurisprudence internationales admettent l'action de l'Etat dont les ressortissants ont investi leurs capitaux dans une société constituée suivant le droit interne d'un autre Etat en cas de comportement illicite de ce dernier Etat, c'est parce qu'elles reconnaissent un intérêt juridiquement protégé du premier Etat à l'activité de cette société, intérêt qui n'est nullement anéanti par la constitution de la société ou la participation dans celle-ci, ni dévolu à l'Etat où la société s'est constituée.

22. Il résulte de ce qui précède que le comportement d'un Etat qui, sur le plan du droit interne, affecte un bien, la personnalité ou l'entreprise d'une société, peut, sur le plan du droit international, porter atteinte à un intérêt juridiquement protégé d'un Etat autre que celui selon le droit interne duquel la société était constituée. Cela implique aussi que, *dans certaines circonstances*, le même comportement d'un Etat peut porter atteinte aux intérêts juridiquement protégés de deux ou plusieurs Etats.

Une telle situation juridique n'est nullement exclue par les règles du droit international. Il suffit ici de se référer à l'avis consultatif du 11 avril 1949 (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174).

Le présent arrêt (par. 96 et 97) semble pourtant vouloir exclure la possibilité de réclamations diplomatiques concurrentes, à cause des complications auxquelles elle donne lieu.

A cet égard il convient de remarquer tout d'abord qu'il ne faut pas exagérer le nombre des cas où une société est vraiment internationale en ce sens que des points de rattachement *d'importance égale* existent avec plusieurs Etats.

Dans un très grand nombre de cas les trois points de rattachement mentionnés ci-dessus rattachent la société à un seul Etat. C'est précisément pourquoi la pratique internationale a généralement accepté la protection diplomatique de la part de l'Etat suivant le droit interne duquel la société a été constituée.

D'autre part les réclamations concurrentes, bien qu'émanant de

différents Etats, ont toujours le même objet, c'est-à-dire prévenir, faire cesser ou faire corriger par une *restitutio in integrum* les actes illicites d'un autre Etat.

Ce n'est qu'au stade de la réparation pécuniaire qui tient lieu d'une *restitutio in integrum* qu'il est nécessaire de déterminer le montant à payer à chaque Etat. Dans son avis précité la Cour a observé à cet égard :

« Les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs Etats nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'Etat défendeur » (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 186).

Il ne semble donc pas que la possibilité de réclamations concurrentes — qui s'est d'ailleurs réalisée au stade diplomatique de la présente affaire — crée ce « climat de confusion et d'insécurité » dont il est fait mention au paragraphe 96 de l'arrêt. S'il y a des complications, elles ne sont pas insurmontables; elles sont d'ailleurs le fruit de l'interdépendance toujours croissante des Etats dans le monde moderne, fait devant lequel une juridiction internationale ne saurait fermer les yeux.

La même observation vaut pour les complications qui résulteraient d'un règlement intervenu entre l'Etat responsable et un des autres Etats intéressés (par. 97 de l'arrêt). Un tel règlement, comme tout traité, ne saurait lier que les Etats qui l'ont conclu. Dans la pratique internationale les gouvernements savent très bien s'accommoder de cette règle juridique! En tout état de cause si l'Etat selon le droit interne duquel une société a été constituée concluait un règlement avec l'Etat responsable d'un acte illicite envers cette société prévoyant une compensation de l'indemnité avec des réclamations quelconques du dernier Etat vis-à-vis du premier, il serait manifestement injuste de considérer un tel règlement de l'affaire comme excluant une réclamation au sujet du même acte illicite de la part d'un troisième Etat juridiquement intéressé à l'activité de la société au titre d'autres points de rattachement.

La règle de *res inter alios acta* et celle selon laquelle l'Etat en prenant fait et cause pour ses ressortissants défend ses propres droits, sont toutes les deux la conséquence de la structure même du droit international public coutumier.

*

23. La Barcelona Traction appartient clairement au troisième type de société décrit ci-dessus, c'est-à-dire le type de société dont l'entreprise est intégrée dans une autre entreprise, celle de la société Sidro, dont le principal actionnaire est une autre société, la Sofina.

Les liens entre la Sidro et la Sofina n'ont pas été complètement clarifiés (il paraît que la Sidro était aussi actionnaire de la Sofina).

Toutefois, pendant toute la période pertinente, les points de rattachement

ment entre les *deux* sociétés et la Belgique ont été tels qu'on peut difficilement nier qu'il existe un lien suffisant entre l'entreprise de ces sociétés et l'Etat belge. Certes, les Parties au différend sont en désaccord sur les pourcentages exacts des actions de la Sofina qui se trouvaient dans les mains de personnes physiques ou morales de nationalités différentes. Mais il ne semble pas être contesté que la Sofina avait toujours un certain nombre d'actionnaires belges ni que les autres actions de cette société étaient *dispersées* parmi des personnes de nationalités différentes. (Un des conseils de l'Espagne a parlé « des participations américaine, anglaise, française, hollandaise, espagnole, suisse et autres » (audience du 22 juillet 1969).) Il n'existe pas d'indications suffisantes pour supposer que la Sidro et la Sofina étaient des sociétés dont l'entreprise avait des liens avec un autre Etat que la Belgique, ni d'ailleurs pour supposer que ces sociétés appartenaient au premier type, celui des sociétés gérées effectivement par les actionnaires, personnes physiques d'une nationalité autre que belge. Dans ces conditions, les points de rattachement que sont la constitution de ces sociétés suivant le droit belge d'une part et l'implantation de ces sociétés sur le territoire belge d'autre part, sont suffisants pour créer le lien entre ces sociétés et la Belgique qui est nécessaire pour justifier un intérêt juridiquement protégé de l'Etat belge dans l'entreprise de la Barcelona Traction.

24. Toutefois, on a fait valoir que ce lien dont un élément essentiel est la participation dominante de la Sidro dans la Barcelona Traction, assurée quelques années après la première guerre mondiale, était *rompu* du fait que les actions Barcelona Traction appartenant à la Sidro ont fait l'objet de certains contrats passés à l'approche et au début de la deuxième guerre mondiale.

Au cours de cette période fut constituée par la Sidro aux Etats-Unis une société Securitas Ltd., ainsi qu'un *partnership*, Charles Gordon & Co. Des contrats furent conclus entre la Sidro et la Securitas et entre la Securitas et Charles Gordon & Co. Il n'est pas contesté que la Securitas Ltd., ainsi que la firme Charles Gordon & Co. n'étaient en réalité que des *alter ego* de la Sidro-Sofina, ni que le but de toute l'opération était justement d'assurer que la participation effective de la Sidro au capital et à la gestion de la Barcelona Traction puisse *continuer* en dépit de l'occupation du territoire belge par les forces armées allemandes, sans être gênée par les mesures que les Etats alliés devaient prendre dans le cadre de leur législation de guerre à l'égard des biens appartenant aux sociétés résidant dans le territoire occupé par l'ennemi. Il n'est non plus contesté que l'objectif était en fait réalisé. Ce genre d'opération est bien connu des pays européens occupés par les forces allemandes pendant la deuxième guerre mondiale ainsi que des pays alliés comme les Etats-Unis et le Canada où les dirigeants des sociétés de ces pays européens ont trouvé un refuge leur permettant de continuer à gérer les affaires de ces sociétés. Les autorités des pays alliés d'accueil ont d'ailleurs généralement apporté la collaboration nécessaire pour que l'opération atteigne son but. Dans ces conditions,

les événements résumés ci-dessus ne peuvent pas être considérés, sur *le plan du droit international*, comme ayant rompu le lien entre l'Etat belge et l'entreprise de la Barcelona Traction. Cette conclusion est, encore une fois, indépendante des rapports de droit privé interne.

Cette conclusion s'applique donc aussi bien à la période pendant laquelle la Securitas agissait comme *custodian* des actions appartenant à la Sidro qu'à la période pendant laquelle elle était *trustee*. En ces deux qualités, la Securitas n'était autre — pour employer les termes d'un des conseils espagnols — que « Sidro version américaine ». La Securitas a été constituée et le rapport de *trust* entre la Sidro et la Securitas a été créé pour permettre d'échapper aux conséquences de l'occupation du territoire belge. Le rapport de *trust* a pris fin après la guerre comme d'ailleurs a disparu la Securitas. La date précise de la fin de cette période ne paraît pas essentielle dans le contexte actuel, le rapport de *trust* n'ayant jamais été destiné à transférer à autrui la position qu'occupait la Sidro dans la Barcelona Traction et n'ayant jamais eu pareil effet.

25. Pour ce qui concerne l'inscription des actions de la Barcelona Traction appartenant à la Sidro sous le nom de Charles Gordon & Co. (plus tard, Newman & Co.), il suffit de remarquer que ces deux firmes ne furent jamais plus que des *nominees* pour la Sidro et la Securitas. Même sur le plan du droit privé interne applicable il est reconnu que ces *nominees* ne sont que des agents des vrais actionnaires. Sur le plan international, le fait qu'un *nominee* est inscrit comme actionnaire dans le registre officiel de la société n'a aucune pertinence pour la question de savoir ce qui est affecté par des mesures prises par un Etat contre la société.

26. Il a été constaté ci-dessus que, dans le cadre de l'application des règles du droit international coutumier relatives à la responsabilité internationale pour le traitement des étrangers, il n'existe pas de cloisons étanches entre les problèmes juridiques que soulève cette application. En déterminant si, dans un cas concret, le comportement d'un Etat A porte atteinte à un intérêt juridiquement protégé d'un Etat B, on ne peut pas séparer complètement les considérations relatives aux quatre éléments de la question, à savoir: 1) le caractère du comportement de l'Etat A, 2) la nature de l'atteinte, 3) la nature de l'intérêt atteint et 4) le lien entre cet intérêt et l'Etat B.

27. Dans ce contexte, il est important de noter que dans l'affaire actuelle il s'agit non seulement d'une atteinte à un bien appartenant à la société, et d'une limitation apportée à la libre gestion des affaires de la société par ses dirigeants, mais d'une atteinte à l'entreprise en tant que telle, qui est en totalité passée dans les mains d'un groupe espagnol. On ne saurait faire abstraction de ce fait en déterminant la qualité pour agir de la Belgique, dont l'intérêt est justement fondé sur le fait que l'entreprise de la Barcelona Traction est intégrée dans celle de sociétés ayant des points de rattachement importants avec cet Etat.

28. D'autre part, le caractère du comportement de l'Etat espagnol

dont se plaint la Belgique n'est pas non plus sans rapport avec la question de la qualité pour agir de la Belgique. Un élément essentiel de la demande belge tient à ce que la Belgique soutient que, dans les circonstances de l'affaire, l'atteinte à l'entreprise était le résultat de mesures espagnoles qui dépassaient *nécessairement* les limites que le droit international impose à la *juridiction* de tout Etat. Le caractère d'un tel comportement est de nature à influencer la détermination des Etats qui sont en droit de demander une réparation pour le préjudice subi par eux en conséquence de telles mesures.

En effet, ce ne sont certainement pas des relations bilatérales seules qui sont en cause dans un tel cas, l'obligation d'un Etat de se tenir dans les bornes de sa juridiction sur le plan international étant sans doute une obligation *erga omnes*.

En ce qui concerne cet aspect de l'affaire deux observations sont pertinentes.

En premier lieu il n'est pas contestable que dans le cas actuel il ne s'agit point d'une nationalisation des entreprises de production et de distribution d'électricité en Espagne.

Ce ne sont pas les autorités législatives ou exécutives espagnoles qui ont agi pour placer l'entreprise de service public des sociétés filiales de la Barcelona Traction dans les mains de l'Etat; ce sont les autorités judiciaires espagnoles qui, par une déclaration de faillite, suivie d'une vente forcée, ont mis les biens de la société mère, la Barcelona Traction, dans les mains d'autres personnes privées.

En second lieu, il ne s'agit non plus dans l'affaire actuelle d'un jugement d'un tribunal national tranchant un différend qui oppose deux personnes privées ou ordonnant une simple mesure d'exécution forcée. Il résulte clairement des faits que la requête en faillite et tout ce qui s'ensuivait avait comme but et comme effet la réorganisation de l'entreprise de la Barcelona Traction de telle façon que cette entreprise passait du contrôle exercé par des actionnaires belges de la Barcelona Traction au contrôle exercé par un groupe de personnes espagnoles qui avaient acquis à cette fin un certain nombre d'obligations émises par cette société.

Ce but était atteint et cet effet réalisé par une triple opération, destinée, pour ainsi dire, à déplacer la Barcelona Traction, ses biens et ses rapports avec ses obligataires à l'étranger vers l'Espagne. Primo, sur le non-paiement de dettes de la *société Barcelona Traction* fut basée la prise de possession des biens et la « normalisation » *des sociétés auxiliaires* en Espagne (voir par. 13 et 14 de l'arrêt). Secundo, de nouveaux titres des sociétés auxiliaires furent créés en Espagne, annulant les titres appartenant à la Barcelona Traction et se trouvant hors d'Espagne, et il fut décidé que le siège de l'Ebro et de la Catalonian Land (deux sociétés auxiliaires de la Barcelona Traction, constituées suivant le droit canadien) serait désormais à Barcelone et non plus à Toronto (voir par. 17 de l'arrêt). Tertio, la déclaration de faillite fut prononcée pour non-paiement d'intérêts à la requête de certains porteurs d'obligations de la Barcelona

Traction (voir par. 13 de l'arrêt). Or, la Barcelona Traction, société mère, était une société constituée et ayant son siège statutaire au Canada. Tous ses biens, consistant essentiellement en actions des sociétés auxiliaires, se trouvaient au Canada, remis en dépôt à la National Trust de Toronto en garantie des obligations émises. Les obligations dont il s'agissait dans la procédure de faillite étaient libellées en livres sterling et placées dès leur émission sous un régime de *trust* (comportant une *no-action clause*) administré au Canada par la National Trust, société constituée au Canada. Le non-paiement des intérêts desdites obligations avait d'ailleurs donné lieu à des arrangements conclus, avant la demande en faillite et sous le contrôle des tribunaux canadiens, entre la Barcelona Traction, le *trustee* et la masse des obligataires.

On ne peut pas faire abstraction de ces circonstances intéressant les limites de la juridiction de l'Etat espagnol quand il s'agit de savoir si l'Etat belge possède « la qualité pour agir » dans le cas actuel, et ceci essentiellement pour deux raisons. Les règles du droit international public coutumier relatives à la responsabilité internationale pour le « traitement des étrangers » se sont développées précisément du fait que les « étrangers » en cause se trouvent sous la juridiction d'un autre Etat; c'est donc à fortiori qu'elles assurent une protection juridique contre des mesures dépassant les limites de la juridiction de cet Etat. D'autre part, il faut reconnaître que, dans le cas actuel, les mesures prises par les autorités judiciaires espagnoles contre la Barcelona Traction n'ont pu avoir l'effet voulu que par suite du fait que les sociétés auxiliaires de la Barcelona Traction possédaient d'importantes installations situées sur le territoire espagnol; dans ces conditions, il paraît évident qu'il faut aussi tenir compte du fait que la Barcelona Traction elle-même n'est en quelque sorte qu'une « société auxiliaire » de la Sidro-Sofina, sociétés qu'on peut assimiler aux ressortissants belges.

29. Les limites que le droit international impose à la juridiction d'un Etat sont aussi pertinentes pour un autre aspect de l'affaire, à savoir la question dite de « l'épuisement des recours internes ». Ici encore il paraît inadmissible de séparer complètement les différents éléments de la question de la responsabilité internationale d'un Etat envers un autre Etat. La Cour l'a reconnu d'ailleurs, semble-t-il, dans son arrêt du 24 juillet 1964 relatif aux exceptions préliminaires soulevées par l'Espagne. En effet, tout ce qui s'est passé dans l'ordre juridique interne espagnol, y compris les recours intentés et ceux qui ne l'ont pas été, appartient aux faits pertinents pour l'appréciation aussi bien des obligations de l'Espagne que des droits de la Belgique.

Le droit d'un Etat, sur le plan international, à ce que son commerce international soit respecté implique l'obligation de son ressortissant, par l'intermédiaire duquel ce commerce international s'effectue, d'accepter la juridiction de l'Etat d'accueil en faisant un usage normal des moyens de

défense de ses intérêts que l'ordre juridique interne de cet Etat met à sa disposition. Encore faut-il que cette juridiction existe sur le plan international! Sur ce point encore se manifeste la différence fondamentale entre les droits et obligations de l'individu sur le plan du droit interne, et le droit de l'Etat sur le plan international.

Enfin, les limites que le droit international impose à la juridiction de l'Etat sont aussi d'une importance capitale pour le cadre dans lequel doit être appréciée la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses autorités judiciaires. Quand il s'agit d'actes dépassant ces limites c'est le résultat de l'acte plutôt que l'intention ou l'erreur du juge dans l'application des règles du droit interne, qui entre en ligne de compte.

30. Dans son arrêt du 24 juillet 1964 la Cour a tranché les questions relatives à sa compétence. De ce point de vue rien ne s'opposait donc à ce que la Cour examinât le fond de l'affaire, c'est-à-dire les droits et obligations des Etats parties au différend en vertu des règles du droit international coutumier.

Certes, la notion juridique des conditions mises à la recevabilité d'une demande trouve une place aussi dans les règles de droit relatives à la procédure devant un tribunal international. Toutefois, une application extensive de cette notion tend à réduire l'efficacité de la justice internationale, ainsi qu'à donner aux normes du droit international une rigidité incompatible avec leurs fonctions dans la communauté des Etats.

L'arrêt de 1964, joignant au fond les exceptions relatives à la qualité pour agir et à l'épuisement des recours internes, le faisait par des motifs qui mettaient l'accent d'une part sur les liens juridiques entre les questions soulevées et les *droits et obligations* mêmes des Etats dans le domaine du traitement des étrangers, d'autre part sur la nécessité d'élucider certaines questions de *fait*. Ainsi l'arrêt de 1964 semble s'inspirer des considérations relevées ci-dessus.

En revanche, l'arrêt présent se borne à rejeter la demande du Gouvernement belge sur la seule base « que la qualité pour agir devant la Cour n'a pas été démontrée » (par. 102 de l'arrêt), conclusion qui, à son tour, semble être tirée uniquement de considérations juridiques relatives à la personnalité distincte de la société en droit privé interne, considérations qui, toutes, auraient pu être avancées en 1964.

Dans la présente opinion dissidente j'ai exposé les motifs de *droit* qui m'ont conduit à la conclusion que la Cour devrait examiner et se prononcer sur ce qu'elle appelle les autres aspects de l'affaire, et notamment sur la question du caractère illicite ou non du comportement des autorités espagnoles.

Etant donné, d'une part, que la Cour, pour les motifs exprimés dans l'arrêt, n'a pas voulu examiner ces questions de *droit*, et d'autre part, que

les questions de *fait* controversées entre les Parties au différend n'ont pas fait l'objet d'un examen de la Cour, il ne me paraît pas qu'une opinion dissidente devrait, à elle seule, accomplir la tâche qui incombe, selon cette opinion même, à la Cour.

(Signé) W. RIPHAGEN.
